

Facebook et le respect du droit à la vie privée du salarié : les limites évoluent !

Olivier Bach et Solène Micolier-Mijno, du Cabinet Éole Avocats, reviennent sur le dernier arrêt « Facebook » de la Cour de cassation qui consacre l'émergence du principe jurisprudentiel du droit à la preuve dans la sphère des réseaux sociaux.



De gauche à droite :

Olivier BACH, Avocat associé

Solène MICOLIER-MIJNO, Avocat, Éole Avocats

1 À l'ère du numérique et dans le contexte d'une multiplication des réseaux sociaux, les employeurs se trouvent confrontés à une problématique récurrente se traduisant par l'émergence de publications « sauvages » de salariés relatives à l'entreprise, sur Facebook, Twitter ou Instagram.

S'ils peuvent être tentés de sanctionner les débordements au constat de propos abusifs ou de comportements inadaptés ou répréhensibles affichés sur ces plateformes, la marge de manœuvre est limitée par la question des modalités d'obtention de la **preuve** de la faute commise et surtout par la nécessité du strict respect du droit à la **vie privée** du salarié.

2 Dans un **arrêt du 30 septembre 2020** largement diffusé, la chambre sociale de la Cour de cassation admet pour la première fois qu'un employeur peut licencier un salarié sur la base d'éléments publiés sur son compte « privé » Facebook, dès lors qu'il n'a eu recours à aucun stratagème pour les obtenir. Elle reconnaît que, sous réserve d'avoir été obtenue loyalement, la production d'éléments tirés de la vie privée du salarié est légitime à la condition que l'atteinte ainsi constatée soit proportionnée à la protection d'un intérêt particulièrement légitime de l'entreprise (Cass. soc. 30-9-2020 n° 19-12.058 PBRI : FRS 19/20 inf. 9 p. 24).

3 **Dans cette affaire**, une salariée exerçant des fonctions de « Chef de projet export » au sein de la société de prêt à porter « Petit Bateau » a publié, sur son compte Facebook, une photographie d'une nouvelle collection, laquelle jusqu'alors n'avait été présentée qu'aux commerciaux de la société. Informé spontanément par une autre salariée de l'existence de cette photographie et surtout de sa mise en ligne sur le réseau social (accessible à certaines personnes de la concurrence),

l'employeur a décidé de la licencier pour faute grave considérant qu'elle avait manqué à ses obligations contractuelles, en particulier à son **obligation de confidentialité**. À l'appui de sa décision, l'employeur produisait les **copies d'écran du compte Facebook** en cause. De son côté, la salariée contestait son licenciement, arguant notamment que l'entreprise ne pouvait pas accéder à son « mur » Facebook privé sans y être autorisée.

I. Les réseaux sociaux, espaces privilégiés d'exercice de la liberté d'expression

4 En principe, et sauf abus, un salarié jouit dans l'entreprise, et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression (Cass. soc. 27-3-2013 n° 11-19.734 FS-PB).

S'agissant de l'exercice de cette **liberté fondamentale** sur internet, le Conseil constitutionnel a pu indiquer que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (Cons. const. 10-6-2009 n° 2009-580 DC).

5 Aussi, sur les réseaux sociaux comme ailleurs, la liberté d'expression du salarié est pleinement protégée et les atteintes à celle-ci ne peuvent qu'être très exceptionnelles. Cette liberté va s'exprimer sans encombre dans la **limite classique de l'abus de droit** caractérisé quand le salarié tient des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs à l'encontre de son employeur (Cass. soc. 14-12-1999 n° 97-41.995 PB : RJS 2/00 n° 192).

6 Lorsque des propos sont tenus dans un cadre privé par un salarié, le pouvoir de sanction de l'employeur se trouve naturellement fortement comprimé, et ce quelle que soit la teneur de ces propos.

Au cours de ces dernières années, la jurisprudence s'est attachée, non sans divergence, à l'exercice périlleux d'apprécier le **caractère privé ou public des propos tenus sur** le réseau social **Facebook**. Si certaines cours d'appel ont considéré que le profil Facebook était destiné « à créer un maillage relationnel » et qu'à ce titre il devait être considéré comme un espace public (CA Besançon 15-11-2011 n° 10/O2642 : RJS 4/12 n° 297; CA Reims 9-6-2010 n° 09/O3209 : RJS 1/11 n° 5; CA Paris 12-12-2018 n° 17/O8095), d'autres ont retenu à l'inverse que le caractère public ou privé dépendait du paramétrage du compte, lequel devait être étayé par les parties (CA Bordeaux 1-4-2014 n° 13/O10992 : RJS 7/14 n° 535; CA Rouen 15-11-2011 n° 11/O1827).

La Cour de cassation apprécie le caractère public ou privé du compte au regard des **paramètres de confidentialité** de l'espace où les propos sont tenus et estime que, lorsque les propos ou publications du salarié sont accessibles à un nombre réduit de personnes ou aux seules personnes autorisées par l'intéressé après paramétrage des critères de confidentialité, les propos sont privés (Cass. soc. 20-12-2017 n° 16-19.609 F-D : RJS 3/18 n° 157 ; Cass. 1^{er} civ. 10-4-2013 n° 11-19.530 FS-PBI : RJS 6/13 n° 429). A contrario, lorsque les propos sont tenus sur un compte « ouvert au public » et accessible à toute personne, dont l'employeur, les propos sont publics et l'employeur peut légitimement en prendre connaissance.

Dans l'espèce qui nous intéresse, il est constant que le caractère « privé » du compte ne faisait aucun doute. Il n'a d'ailleurs pas été discuté.

II. La reconnaissance de la protection d'un intérêt particulièrement légitime de l'entreprise

7 Jusqu'alors, afin de pouvoir envisager de sanctionner d'éventuels comportements nuisibles à l'entreprise, l'employeur n'avait pas d'autre choix en premier lieu que celui de rapporter la preuve du caractère public d'un compte Facebook, espace virtuel sur lequel le fait reproché au salarié est commis.

8 Notons qu'en matière prud'homale, la **preuve** est libre mais empreinte d'une **exigence de loyauté**. À ce titre, la Cour de cassation a rappelé, à plusieurs reprises, que l'employeur ne peut pas avoir recours à un stratagème pour surveiller les salariés ou recueillir une preuve dont il n'aurait pas eu connaissance en temps normal (Cass. soc. 18-3-2008 n° 06-45.093 FS-PB : RJS 6/08 n° 647).

À cet égard, dans une espèce similaire à celle ayant donné lieu à l'arrêt du 30 septembre, il a été jugé qu'un employeur ne pouvait pas accéder, à partir du **téléphone portable d'un autre salarié**, à des informations réservées à des personnes agréées, extraites du compte Facebook d'un salarié sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à sa vie privée (Cass. soc. 20-12-2017 n° 16-19.609 F-D : RJS 3/18 n° 157).

Pour autant, dans l'arrêt du 30 septembre 2020, la Cour de cassation considère que le procédé d'obtention de la preuve n'était pas empreint de déloyauté. Si effectivement les photographies litigieuses ont été publiées sur un compte privé, l'employeur en avait eu connaissance par une **communication spontanée** par le biais d'un **courriel** provenant d'un autre salarié de l'entreprise, ayant pour sa part le statut « d'ami » qui lui permettait d'accéder au contenu du compte litigieux. Cette preuve était donc recevable aux yeux de la Cour.

9 La Cour reconnaît certes que la production de cette preuve caractérise une **violation de la vie privée** de la salariée, droit protégé par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme et par l'article 9 du Code civil et par le même du Code de procédure civile. Toutefois, elle estime que le **droit à la preuve**, qui découle du droit à un procès équitable (Conv. EDH art. 6), peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la **double condition** suivante :

– cette production est indispensable à l'exercice de ce droit ;

– l'atteinte relevée est proportionnée au but poursuivi, à savoir défendre l'intérêt légitime de l'entreprise à la confidentialité de ses affaires.

La Cour applique ici le principe jurisprudentiel du droit à la preuve qui permet de « 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 recherché » (Cass. soc. 9-11-2016 n° 15-10.203 FS-PBRI : RJS 1/17 n° 27).

10 Au cas particulier, la salariée, en divulguant une nouvelle collection de vêtements via sa photographie publiée sur son compte privé Facebook, a méconnu son obligation de **confidentialité**, porté atteinte à la confidentialité des affaires et à la **libre concurrence**, droits fondamentaux dans notre espace normatif, dérivés tous deux du droit de propriété, naturel et imprescriptible, figurant aux meilleures places dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la Constitution.

La Haute Juridiction opère donc une appréciation in concreto de la situation en reconnaissant que la **diffusion par une salariée d'informations stratégiques** de l'entreprise porte gravement atteinte à cette dernière, et explicite clairement une primauté du

droit de propriété sur celui du respect de la vie privée. Pour ce faire, elle approuve la cour d'appel d'avoir relevé « que la salariée ne pouvait garantir l'absence de diffusion dans un cercle encore plus large par ces " amis ", dans un secteur très concurrentiel où l'employeur justifiait d'agissements de contrefaçon (...) ».

“ La Cour de cassation devrait être amenée à se positionner plus précisément encore sur la question des éléments de preuve recueillis par l'employeur sur les réseaux sociaux ”

III. Une construction jurisprudentielle en devenir ?

11 La présente décision marque une évolution certaine dans la position de la Cour suprême par l'**élargissement du champ de la preuve légitime**.

Pour la première fois, la preuve tirée d'un compte Facebook personnel dont l'accès est privé ne semble plus, en soi, irrecevable, sous la réserve qu'elle n'ait pas été obtenue par un procédé déloyal. Il y a fort à parier que si la preuve en question n'avait pas été recueillie loyalement, la Cour de cassation aurait pris une position différente.

12 La Cour de cassation dans cette affaire semble enfin prendre en considération une **tendance pragmatique** observée dans certaines **décisions rendues au fond**, tendance résumée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant fait l'objet du présent pourvoi (CA Paris 18-12-2018 n° 17/08095).

En 2016, la cour d'appel de Rouen avait admis que l'employeur puisse utiliser une photographie issue d'un compte Facebook pour licencier une salariée, dès lors que l'information n'avait pas été obtenue de manière déloyale, en considérant que « le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale n'interdit pas à l'employeur d'être destinataire d'un témoignage [spontané], et notamment celui d'une personne habilitée à accéder au compte Facebook du salarié » (CA Rouen 26-4-2016 n° 14/03517).

Des solutions comparables ont également été adoptées par plusieurs cours d'appel (CA Lyon 24-3-2014 n° 13/O3463 : RJS 7/14 n° 535 ; CA Poitiers 4-5-2016, n° 15/O4170 ; CA Besançon 13-11-2018 n° 17/O2496).

La cour d'appel de Poitiers avait aussi fait application de la mise en balance entre respect de la vie privée du salarié et droit à la preuve de l'employeur concernant des publications Facebook (CA Poitiers 4-5-2016, n° 15/O4170 : RJS 11/16 n° 672).

13 Les juges appliquent le droit positif en tenant compte de l'**évolution des moyens de communication** et des difficultés nouvelles auxquelles peut être confronté le monde des affaires.

Au vu du nombre de sanctions disciplinaires prononcées sur constats d'informations extraites d'un réseau social, quel qu'il soit, la chambre sociale de la Cour de cassation devrait avoir à se positionner plus précisément encore sur la question des éléments recueillis via ces prismes de nos vies modernes.

À la lecture de la décision du 30 septembre 2020, l'entreprise dispose désormais d'une légitimité accrue dans l'approche du contenu de certains réseaux sociaux relevant pourtant de la vie privée des salariés, sous la condition nécessaire et déterminante de démontrer alors l'existence de la menace d'un de ses intérêts particulièrement légitime, et l'absence d'autre élément de preuve mobilisable.

14 Il est légitime de voir dans cet arrêt une évolution manifeste du paradigme de la Haute Cour à partir du principe du droit à la preuve, qui peut avoir des **retentissements dans d'autres domaines** où il est question de protection de la vie privée du salarié, au-delà des réseaux sociaux.

Récemment, par exemple, dans une affaire relative à la messagerie instantanée MSN (les faits remontent à 2006...), la Cour de cassation a considéré que les messages échangés par des salariés via une messagerie personnelle, même installée sur un ordinateur professionnel, étaient couverts par le secret des correspondances (Cass. soc. 23-10-2019 n° 17-28.448 F-D : RJS 1/20 n° 3) et que, de fait, aucune sanction ne pouvait être prononcée, car les messages électroniques litigieux s'inscrivaient dans la sphère privée et l'employeur ne pouvait en aucun cas y accéder. Les faits étaient pourtant évocateurs puisqu'une salariée avait ici transmis des documents auxquels elle n'était pas censée avoir accès, particulièrement sensibles et couverts par un haut niveau de confidentialité (attestations Pôle Emploi d'autres salariés, fiches de paie, soldes de tout compte et certificats de travail de plusieurs tiers, visiblement alors transmis pour aider à la preuve dans un litige naissant).

15 Nous suivrons tout particulièrement les décisions à venir.