

Les documents détenus par le salarié dans l'entreprise, soit sur ordinateur, soit dans son bureau sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf s'ils sont identifiés par l'intéressé comme étant personnels.

## L'envers de l'arrêt Nikon

Jean-Emmanuel Ray, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)  
Directeur du Master Professionnel « Ressources Humaines »

Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme ayant un caractère personnel, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

« La Cour d'appel, qui a constaté que Jérémy L. avait volontairement procédé au cryptage de son poste informatique sans autorisation de sa société, faisant ainsi obstacle à la consultation, a pu décider que le comportement du salarié qui avait déjà fait l'objet d'une mise en garde au sujet des manipulations sur son ordinateur, rendait impossible le maintien des relations contractuelles pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ».

L'arrêt J.L.F. du 18 octobre 2006<sup>1</sup> rappelle que, même si chaque collaborateur dispose au bureau d'un « Personnel Computer », cet ordinateur professionnel reste la propriété de l'entreprise, qui le « met à disposition pour l'exécution de son travail ». Et que le fruit de ce travail est a priori professionnel.

### UN UTILE RAPPEL JURISPRUDENTIEL

Même si cet arrêt de rejet ne bénéficie pas des prestigieux atours (FS-P + B + R + I) de l'arrêt Cathnet du 17 mai 2005<sup>2</sup> relatif aux conditions d'ouverture des fichiers qualifiés de « personnel », celui du 18 octobre 2006 répond enfin clairement à une question qui fait sourire aux États-Unis mais soulever (cf. Jules Renard) en France : les dossiers et autres fichiers informatiques créés par le salarié sur temps et lieu de travail sont-ils vraiment professionnels, le chef d'entreprise pouvant alors y avoir librement accès ?

Le 2 octobre 2001<sup>3</sup>, l'arrêt Nikon avait conféré au courriel personnel le bénéfice du secret de la correspondance mettant ainsi l'employeur, automatiquement responsable en tant que commettant<sup>4</sup>, dans une situation aujourd'hui encore bien délicate. Cet arrêt avait été ensuite élargi par nombre de cours d'appel croyant bien faire en voyant des courriels et des dossiers personnels partout puisque figurant dans

l'ordinateur d'une personne identifiée<sup>5</sup>. Il est donc sain que la Cour de cassation siffle la fin de la récréation : « Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique [...] sont présumés avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».

« Ordinateur<sup>6</sup> » : ce très puissant classeur virtuel est donc soumis aux mêmes règles que les bons vieux classeurs carton jaune ou bleu qu'au siècle dernier nous rangions soigneusement sur nos magnifiques étagères (la Préhistoire pour nos enfants).

Transposition virtuel/réel que confirme le même jour la Chambre sociale, dans une bien curieuse affaire<sup>7</sup>. Dans le bureau d'un nouveau collaborateur, son supérieur trouve des liasses entières de documents papier très confidentiels provenant de son employeur précédent. Est-il immédiatement promu pour cette délicate attention ? Que nenni : il est immédiatement licencié pour faute lourde, et conteste la rupture : pourquoi diable l'employeur a-t-il mis le nez dans ses affaires, lui-même étant absent lors du constat d'huissier ? « Les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence » (faute grave).

### EXCEPTION À LA PRÉSOMPTION DE DOCUMENT PROFESSIONNEL

Entre le volumineux ordinateur de bureau d'hier et le petit mais plus puissant portable d'aujourd'hui ne quittant jamais son bénéficiaire, y compris pour les week-ends et pendant les vacances (sur son iTunes, les 564 chansons et 331 morceaux classiques si chers à son cœur) le problème est évidemment plus compliqué, et il le sera encore davantage demain lorsque tout téléphone mobile sera devenu un « mini-ordi ». Bien vieille question juridique que les rapports possession/propriété : car à l'instar de la nouvelle répartition des temps du travailleur du savoir, la *summa divisio* professionnel/personnel est aujourd'hui bien floue. *A fortiori* lorsque le salarié intitule « perso » un dossier très profession-

nel car il ne veut pas qu'il soit lu par ses collègues-concurrents (ex : brouillons et autres projets non aboutis) ; ou qu'au contraire, pour éviter que ces derniers ne se précipitent sur un dossier très personnel donc croustillant, il lui donne un intitulé très professionnel aussi technique que repoussant.

Là encore le parallèle virtuel/réel s'impose : un employeur a-t-il le droit d'ouvrir le journal intime d'une salariée ou encore le livret médical des enfants laissés par un collaborateur sur son bureau ? Leur agenda privé ? Comme l'avait légitimement énoncé l'arrêt Nikon : « Même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée<sup>8</sup> ». Le problème étant évidemment de savoir si tel dossier, apparemment neutre, relève de tel ou tel domaine. L'arrêt J.L.F. énonce clairement que c'est au salarié lui-même de « l'identifier comme ayant un caractère personnel ». En application de la présomption simple énoncée par les deux arrêts du 18 octobre dernier, on ne saurait donc reprocher à un employeur (de bonne foi) d'avoir ouvert un dossier privé par erreur, faute d'indications explicites du salarié.

Synthèse pour les fichiers et autres dossiers informatiques :

1. « Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers iden-

tifiés 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 ».

2. Mais si le salarié n'a rien précisé de tel : « Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme ayant un caractère personnel, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».

### CRYPTAGE ET MOT DE PASSE

Comme le rappelait la Cnil dans son rapport de février 2002 sur la cybersurveillance : « Première idée fautive : l'ordinateur personnel mis à disposition des utilisateurs sur le lieu de travail relèverait de la vie privée du salarié. L'ordinateur mis à la disposition du salarié peut être protégé par un mot de passe ou un log-in, mais cette mesure de sécurité est destinée à éviter les utilisations malveillantes ou abusives par un tiers : elle n'a pas pour objet de transformer l'ordinateur de l'entreprise en un ordinateur à usage privé ».

Position de bon sens reprise par l'arrêt du 18 octobre 2006 : « Jérémy L.F. avait volontairement procédé au cryptage de son poste informatique sans autorisation de sa société, faisant ainsi obstacle à la consultation : la Cour d'appel a pu décider que le comportement du salarié, qui avait déjà fait l'objet d'une mise en garde au sujet des manipulations sur son ordinateur, rendait impossible le maintien des relations contractuelles pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ».

Le 23 mai 2006, la Cour de Besançon<sup>9</sup> avait également confirmé la faute grave d'une comptable ayant modifié son mot de

passé juste avant son départ en vacances : « Mme X. ne pouvait ignorer qu'en agissant ainsi, elle risquait de paralyser le fonctionnement de l'association durant son absence, en mettant la présidente dans l'impossibilité d'accéder aux documents comptables et d'établir les bulletins de paye ».

Comme son nom l'indique, un code d'accès vise avant tout à limiter à certaines personnes l'accès<sup>10</sup> à des immeubles ici, à des données ou des dossiers là (ex : plusieurs niveaux d'intranet). Dans l'entreprise, si un tel cryptage ou code d'accès est indispensable pour le médecin du travail dont, secret médical oblige, les dossiers ne doivent être accessibles qu'à lui seul, un salarié modifiant le code personnel qui lui a été confié sans en informer au minimum le responsable informatique peut créer, entre les RTT, les congés et les arrêts-maladie d'énormes dégâts commerciaux.

Même s'agissant d'un salarié en congé-maladie, la Chambre sociale veille donc à l'exécution de bonne foi du contrat : « la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie, si elle dispense le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail de telle sorte qu'il ne saurait être tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur, ne dispense pas le salarié, tenu d'une obligation de loyauté, de restituer à l'employeur qui en fait la demande les éléments matériels qui sont détenus par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise » (Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-46.345<sup>11</sup>). Et en 2003, la Chambre Sociale avait rappelé à une salariée en arrêt maladie qu'elle devait communiquer son mot de passe à son employeur : « le juge devait rechercher si l'employeur avait effectivement la possibilité, sans recourir à la salariée, d'avoir communication du mot de passe informatique, et si de ce fait, la salariée n'avait pas eu la volonté de bloquer le fonctionnement de l'entreprise ». Aux « éléments matériels » de l'arrêt de 2001, la Cour ajoute donc : « le salarié n'est pas dispensé de communiquer à l'employeur qui en fait la demande les informations détenues par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise » (Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343).

Il ne semble pas scandaleux de réclamer à un salarié parti avec la clef de son armoire blindée professionnelle de bien vouloir la restituer à son propriétaire.

Cette solution de tirage des fichiers permettant de concilier les intérêts en présence peut-elle être étendue aux courriels<sup>12</sup> bénéficiant d'une protection spécifique pénalement sanctionnée : le secret des correspondances ? Une telle solution serait éminemment souhaitable pour mettre un terme à la cacophonie actuelle<sup>13</sup>. ■

## Le texte des arrêts

[Extrait]

Sur le premier moyen :  
Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 21 octobre 2004) d'avoir dit son licenciement fondé sur une faute grave, en violation de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;  
Mais attendu que les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ; que la Cour d'appel, qui a constaté que M. X avait procédé volontairement au cryptage de son poste informatique, sans autorisation de la société faisant ainsi obstacle à la consultation, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le comportement du salarié, qui avait déjà fait l'objet d'une mise en garde au sujet des manipulations sur son ordinateur, rendait impossible le maintien des relations contractuelles pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé.

► Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 P + B

[Extrait]

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 7 septembre 2004), que M. X, consultant à la S<sup>te</sup> Jalma emploi et protection sociale (JEPS), a été licencié pour faute lourde après la découverte dans son bureau de documents provenant de son précédent employeur, estimés confidentiels et dont la présence indue était susceptible, selon la lettre de licenciement, d'engager la responsabilité de l'entreprise ;  
Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes d'indemnités de préavis et de congés payés y afférents et d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors selon le moyen, que l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'en s'abstenant de constater que l'huissier avait procédé à l'inventaire des documents détenus par M. X en la présence de ce dernier pour retenir la faute grave, la Cour d'appel a violé les articles L. 120-2 et L. 122-35 du Code du travail ;  
Mais attendu que les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition, sont lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence. Et attendu qu'il n'était pas soutenu devant la Cour d'appel que le salarié avait identifié les documents en cause comme lui étant personnels.

► Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-47.400 P + B

1. Reproduit ci-contre.

2. Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, M. Philippe K. c/ S<sup>te</sup> Cathnet-Science : cassation au visa des articles 8 de la CESDH, 9 du Code civil, 9 du Nouveau Code de procédure civile et L. 120-2 du Code du travail.

Cf. J. E. Ray, « L'ouverture par l'employeur des dossiers personnels du salarié », Dr. soc. 2005, p. 789.

3. « Même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances. 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 ». Cf. J. E. Ray, « Courrier privé et courriel personnel », Dr. soc. 2001 p. 915.

4. Pour un exemple récent, CA d'Aix, 13 mars 2006, S<sup>te</sup> Lucent Technologies, JCP (S) 18 octobre 2006 p. 1951.

Voir dans la même optique Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269 : « Le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, sur un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis ».

5. CA Bordeaux, 6 févr. 2003 : « Par la formulation familière utilisée et par son orthographe, ce libellé lui conférerait d'évidence un caractère nécessairement et strictement privé ».

6. C'est Jacques Perret, professeur de lettres en Sorbonne, qui à la demande d'IBM voulant traduire « computer » par un autre terme que le bien peu marketing « calculateur électronique », créa le 16 avril 1955 le vocable « ordinateur » (= machine de mise en ordre).

7. L'arrêt est reproduit ci-contre.

8. Il n'est pas certain que seule l'intimité soit protégée (CC, art. 9, al 1).

9. CA Besançon. 23 mai 2006, Jurisdata n° 2006-303966.

10. Mais pas forcément à identifier la personne le composant, contrairement à ce que pense nombre d'entreprises se retrouvant dans la position de l'arroseur arrosé (ex : code commun, ou connu de tous...)

11. Voir Ph. Waquet, « L'entreprise et les libertés du salarié », Ed. Liaisons p. 134.

12. Comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel dans sa décision « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » du 10 juin 2004 : « Sur la définition du courrier électronique : Considérant qu'aux termes du dernier alinéa du IV de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ; Considérant que cette disposition se borne à définir un procédé technique ; qu'elle ne saurait affecter le régime juridique de la correspondance privée ; qu'en cas de contestation sur le caractère privé d'un courrier électronique, il appartiendra à l'autorité juridictionnelle compétente de se prononcer sur sa qualification ».

13. Ex : obligation prévue dans le règlement intérieur de titrer « PRV » les courriels personnels, voir CPH Nanterre, 15 sept. 2005, n° RG 03/02028.