



**AVIS DE Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 950 du 25 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.860

**Décision attaquée : 8 décembre 2022 de la cour d'appel de
Versailles**

**La société SPB France
C/**

M. [C] [K]

Renvoyant au rapport pour un exposé plus complet des faits et de la procédure, rappelons seulement que le salarié, cadre dirigeant, a été licencié pour faute grave en raison de plusieurs griefs, les uns liés à sa participation à une entreprise tierce à laquelle des factures ont été réglées en l'absence de contrat et pour des prestations fictives, pour lesquelles il a réclamé des frais professionnels injustifiés, les autres relatifs à l'envoi de mails à caractère sexuel de son ordinateur professionnel. Débouté de ses demandes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par jugement du conseil de prud'hommes de Nanterre du 5 mai 2017 confirmé par un premier arrêt de la cour d'appel de Versailles du 6 juin 2019, il a obtenu, devant la cour d'appel de renvoi autrement composée à la suite de la cassation intervenue par arrêt du 2 février 2022 au motif de l'absence de faits de harcèlement sexuel, la nullité de son licenciement pour violation de sa liberté d'expression et le paiement de diverses sommes, dont 210.000 € d'indemnité pour licenciement nul.

Le moyen unique en 9 branches du pourvoi de l'employeur est ainsi résumé dans le mémoire ampliatif : - *les quatre premières branches sont relatives au contrôle qui doit être opéré par les juges en cas d'atteinte à la liberté d'expression du salarié ;* - *les cinquième à huitième branches concernent la caractérisation de l'abus et plus largement des limites à la liberté d'expression en cas de diffusion d'images et de propos attentatoires à la dignité de la femme ;* - *la dernière branche a trait à l'impossibilité de considérer comme relevant de la vie privée des messages envoyés par un salarié, cadre dirigeant, depuis sa messagerie professionnelle à un salarié de l'entreprise et à des tiers extérieurs à l'entreprise.*

Plus précisément, les quatre premières branches reprochent à la motivation de l'arrêt de ne pas permettre de saisir ses fondements qui ne seraient pas en adéquation avec le raisonnement suivi, puisque, alors que la cour d'appel vise l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article L.1121-1 du code du travail, elle n'en a pas fait application, se bornant, en définitive, à retenir l'absence d'abus dans la liberté d'expression lequel ne recouvre pas le contrôle exigé par les dispositions conventionnelles et légales.

Les quatre suivantes soutiennent que, quel que soit le fondement choisi, l'abus, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou l'article L.1121-1 du code du travail, les propos et images sexistes stigmatisant les femmes et portant atteinte à leur dignité justifient une restriction à la liberté d'expression des salariés, si bien qu'en les considérant comme non excessifs, la cour d'appel a violé ces textes et le principe suivant lequel la liberté d'expression doit s'exercer dans la limite de l'abus.

Une première observation s'impose, en dehors même du moyen : les licenciements prononcés en raison de l'envoi de mails sans caractère professionnel, pornographiques ou non, par un salarié n'ont jamais été analysés par la chambre comme une violation de sa liberté d'expression mais comme celle, éventuelle, de sa vie privée. Si bien que tout le moyen part, comme l'a fait la cour d'appel, d'un postulat sans le discuter, alors même que le fil paraît pour le moins ténu entre les faits reprochés et la liberté en question. La question pourrait en effet, le cas échéant, se poser, concurremment avec celle de l'atteinte à la vie privée, si les mails en question contenaient des propos pour lesquels le salarié était licencié. Mais en l'espèce, il n'est reproché aucun commentaire à l'intéressé (tout au plus en a-t-il ajouté un relativement au troisième envoi, celui du chien et de sa queue : « *je crois qu'on ne fait pas mieux en termes de marketing* »), si bien que l'on peut s'interroger sur le bien-fondé de cette référence, bien extensive, à la liberté d'expression, dont le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement dans ses décisions (cf. décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012) qu'elle se fonde sur l'article 11 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Dans les circonstances de l'espèce, le salarié n'a exprimé aucune opinion, aucune pensée, aucune « information » ou « idée » comme l'entend la CEDH¹, non seulement personnelle (mise à part sa brève appréciation) mais même ressortant des photos en question et de leurs commentaires, dont le contenu

¹ CEDH, 7 novembre 2006, n° 12697/03, aff. Mamère c. France ; 7 décembre 1976, n°5493/72, aff. Handyside c. Royaume-Uni.

a pour seul objet de faire rire de par leur caractère sexuel. Il n'est question ici de liberté ni de parler, ni d'écrire, ni d'imprimer, tout au plus de la communication de photos à caractère pornographique entre deux personnes. Si l'intéressé avait déposé sur le bureau, -non virtuel- de son subordonné en son absence lesdites photos, aurait-on pu parler de liberté d'expression ? Je ne le pense pas. Non pas que le contenu desdits mails, -de simples photos accompagnées ou non de commentaires-, ne puisse être considéré comme ne pouvant véhiculer une opinion - la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de retenir que des séquences filmées diffusées sur une antenne de télévision « n'échappaient pas aux limites définies au paragraphe 2 de l'article 10 »², et il doit en être de même de photos ; mais en raison surtout du caractère privé de l'échange.

Car pourquoi, dans ce type de situations, même lorsque les mails litigieux contiennent des propos qui constituent le motif du licenciement, la chambre vise-t-elle le respect de la vie privée et non la liberté d'expression ? Parce que, s'agissant de mails qui, par hypothèse, s'ils ont été envoyés de l'ordinateur professionnel du salarié, ne concernent pas sa vie professionnelle, la question qui se pose est celle de la possibilité pour l'employeur de les ouvrir, d'abord, de les reprocher au salarié, ensuite, en raison de leur caractère privé et du secret des correspondances qui s'y attache. Ce n'est qu'indirectement et subsidiairement, en quelque sorte, que la liberté d'expression peut réapparaître, non pas comme limite au pouvoir disciplinaire de l'employeur, mais comme finalité seconde de ce droit au secret des correspondances privées, qui est de permettre à chacun de dire ce qu'il veut dans le secret d'une correspondance.

Je pense donc que le postulat même sur lequel est fondé le raisonnement de la cour d'appel - lequel est au demeurant parfaitement explicite, puisque le moyen lui reproche précisément de ne pas avoir effectué le contrôle conventionnel et légal qu'appelait le visa de l'article 10 de la CESDH et de l'article L.1121-1 du code du travail - est erroné et devra être rectifié par la chambre, en substituant au fondement de la liberté d'expression celui du droit à la vie privée.

Quelle conséquence doit-on en tirer, s'agissant pareillement d'une liberté fondamentale protégée tant constitutionnellement que conventionnellement, et plus particulièrement du droit au secret des correspondances privées ?

La chambre sociale a développé depuis plus de vingt ans une jurisprudence fournie et spécifique sur la possibilité pour l'employeur de prendre connaissance de la correspondance reçue ou envoyée par le salarié sur le lieu de l'entreprise, particulièrement sur son ordinateur professionnel, et de l'utiliser à son encontre. S'agissant dans un premier temps de l'ouverture des mails, le salarié étant présumé n'utiliser son ordinateur professionnel que pour les besoins de son travail (présomption de bonne foi), la chambre a considéré que cet ordinateur n'est pas *a priori* un espace de vie privée mais un outil appartenant à l'entreprise que l'employeur doit donc pouvoir ouvrir et contrôler en l'absence de son détenteur, à l'occasion notamment de la recherche spécifique d'un dossier mais aussi de façon récurrente ou impromptue dans le cadre de son pouvoir de contrôle de l'activité des salariés, compte tenu des risques qu'une éventuelle utilisation détournée fait courir à l'intégrité du réseau électronique de l'entreprise comme à son image sociale. Toutefois, elle a aussi pris en compte dès ce premier stade la nécessaire protection

² CEDH, 26 juin 2023, n°58951/18 et 1308/19, C8 c. France

des droits du salarié et notamment celui au respect de l'intimité de sa vie privée compris dans l'article L.1121-1 du code du travail, consciente, comme l'avait mis en lumière le professeur Gérard Lyon-Caen, que même au temps et au lieu du travail, il subsiste pour le salarié une part de vie personnelle, "*un noyau d'autonomie*" qui échappe à l'autorité de l'employeur. La chambre a ainsi d'abord décidé que "*sauf risque ou événement particulier*", l'employeur ne peut ouvrir qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé les fichiers qu'il a identifiés comme personnels (soc.17 mai 2005, bull n°165), ce, y compris les messages électroniques (soc.17 juin 2009, bull n°153). Mais pour les raisons indiquées, elle a posé une présomption du caractère professionnel des fichiers électroniques (soc.18 octobre 2006, bull n°308) puis des courriers, tant papiers (ch.mixte, 18 mai 2007, bull n°3) qu'électroniques (soc.15 décembre 2010, n°08-42486).

Mais c'est aussi dans la 2^{ème} étape des événements et du raisonnement, une fois ouvert (licitement) le mail du salarié, que se pose le problème de savoir si son contenu est susceptible d'être invoqué à l'encontre du salarié, en conciliant droit du salarié à une vie personnelle, même aux temps et lieu du travail, et intérêt de l'entreprise. Le caractère privé du contenu du courriel réapparaît donc à ce deuxième stade, puisque selon la jurisprudence sociale, peut être considéré comme relevant de la vie privée du salarié un fait survenu au temps et au lieu du travail, comme la réception d'une correspondance privée, sur le contenu de laquelle l'employeur ne peut se fonder pour sanctionner son destinataire (ch.mixte 18 mai 2007, précité, sur la revue échangiste).

Ainsi, même si l'employeur a le droit d'ouvrir un fichier ou un mail présumé professionnel, il ne peut l'utiliser contre le salarié s'il se révèle finalement comme relevant de sa vie personnelle.

La chambre juge ainsi que : "*le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée*" (soc.5 juillet 2011, n°10-17284 : licenciement pour faute grave pour correspondance érotique - soc.18 octobre 2011, n°10-25706 : correspondance amoureuse produite pour s'opposer à une demande de requalification de la démission et d'heures supplémentaires).

Plus particulièrement dans le domaine des correspondances ou fichiers à caractère sexuel, la jurisprudence autorise l'employeur à reprocher au salarié un manquement à ses obligations contractuelles en raison soit d'un usage abusif de l'outil informatique à des fins privées (soc.16 mai 2007, n°05-43455 : nombre conséquent de fichiers à caractère pornographique démontrant le temps consacré à eux par le salarié avec le matériel professionnel en méconnaissance de son obligation d'exécuter les fonctions lui incombant - soc.29 janvier 2008, n°06-45279 : utilisation abusive du téléphone pour le minitel rose - soc.18 mars 2009, n°07-44247 : usage de la connexion internet à des fins non professionnelles de longue durée : 41heures sur un mois), soit de la commission de faits délictueux (pédophilie, propos antisémites : soc.2 juin 2004, n°03-45269) susceptible de nuire aux intérêts de l'entreprise. Il convient donc de s'attacher à la spécificité soit des modalités d'utilisation, soit du contenu du fichier incriminé. Ainsi, la chambre a retenu l'existence d'une faute grave en cas d'utilisation de la messagerie professionnelle et de la conservation d'un nombre conséquent de fichiers à caractère pornographique susceptibles de revêtir une qualification pénale (soc.15 décembre 2010, n°09-42691) ou de connexions à des sites pornographiques et zoophiles pendant le plus clair du

temps de travail en mettant en ligne le numéro du téléphone mobile professionnel, faisant ainsi courir un risque tangible à l'image de la société (soc.23 novembre 2011, n°10-30833), ou de détention dans le logement de fonction d'un centre de jeunesse d'un grand nombre de photos à caractère pédo-pornographique (soc.8 novembre 2011, n°10-23593), ou de consultation de sites d'activité sexuelle et de rencontres avec téléchargement d'un logiciel permettant l'effacement des fichiers temporaires (soc.21 septembre 2011, n°10-14869) ou d'envoi à plusieurs collègues de sexe féminin de messages ou d'images à caractère pornographique (soc.9 février 2010, n°08-44632), voire même seulement d'effacement d'images pédophiles sur l'ordinateur confié à un client ne permettant plus la poursuite de leur auteur (soc.28 mai 2008, n°07-40670). On voit que le caractère excessif³ de l'usage de l'outil professionnel à des fins privées par rapport au temps de travail ou la qualification pénale de cet usage sont deux éléments caractérisant la faute grave.

En revanche, la chambre sociale a rappelé (soc.15 décembre 2009, bull n°284) que le respect de la vie privée et le secret des correspondances ne s'attachaient pas à des correspondances adressées par le salarié de son lieu de travail ne concernant pas sa vie privée stricto sensu, au sens où l'entend la jurisprudence civile (civ.1ère, 16 octobre 2008, bull. n°225), c'est-à-dire relatives à sa santé, son patrimoine ou sa vie affective. Elle a ainsi précisé dans plusieurs arrêts du 2 février 2011 (n°09-72313 - n°09-72449 et n°09-72450) que des courriels envoyés aux temps et lieu du travail en rapport avec l'activité professionnelle du salarié n'avaient aucun caractère privé, fussent-ils adressés à une personne extérieure à l'entreprise comme son conjoint.

Cet « échantillonnage » jurisprudentiel permet de répondre à la question qui est posée par la 9^{ème} branche du moyen, qui m'apparaît, non pas inopérante comme le soutient le mémoire en défense qui estime qu'elle attaque des motifs surabondants, mais préalable au contraire, les motifs fondés sur la liberté d'expression ne me paraissant pas pouvoir justifier la décision.

Contrairement à ce que soutient la dernière branche, le contenu des mails litigieux démontrait que, bien que découverts sur la messagerie professionnelle et adressés, pour l'un d'eux, à un subordonné, ils relevaient clairement de la vie personnelle du salarié. La chambre, à ma connaissance, n'a jamais utilisé le critère de « fait rattachable à la vie professionnelle » pour sanctionner des mails envoyés depuis la messagerie professionnelle, la jurisprudence rappelée étant spécifique, précisément, à cet usage « détourné » mais licite de l'outil professionnel. Les mails en question ne pouvaient donc, à mon sens, justifier une sanction disciplinaire dès lors qu'ils ne rentraient pas dans l'usage abusif de la messagerie dans ses deux acceptions rappelées ci-dessus - même si l'employeur déplorait que la messagerie ait diminué de moitié de volume à l'occasion de l'audit ce qui démontrait que l'intéressé « avait fait le ménage ». Rappelons en effet que la chambre a écarté par son précédent arrêt de cassation la question de la qualification des mails en harcèlement sexuel et que l'incrimination d'agissements sexistes, développée à longueur du mémoire ampliatif, n'existait pas au moment des faits, ce que rappelle le mémoire en défense.

Reste que, comme il a été dit, pour être personnelle, la correspondance reçue sur le lieu du travail n'est pas nécessairement privée, qui doit s'entendre de l'intimité de la vie privée au sens de la jurisprudence sociale susvisée et pénale, et n'appelle donc

³ - terme, n'en déplaise à la doctrine, qui n'est pas synonyme, on le voit ici, d'abusif, qui n'en est que la qualification juridique -

pas forcément la protection attachée à la violation du droit au respect de la vie privée, qui est la nullité de la mesure prise en violation de cette liberté fondamentale. Or en l'espèce, les « blagues » ou photos à caractère sexuel n'entraient pas dans la stricte intimité de la vie privée du salarié, ne le concernant pas personnellement (ce serait différent en cas d'envoi de photos ou vidéos intimes entre personnes consentantes), et n'entachaient donc pas de nullité le licenciement discuté. N'étant qu'un des motifs du licenciement -et de surcroît pas le motif déterminant à la lecture de la lettre de licenciement - il appartenait donc à la cour d'appel, après l'avoir écarté comme fait de la vie personnelle, d'examiner la réalité et le sérieux de ce qui apparaissait comme le grief principal.

On ne peut que regretter dans ces conditions que le premier arrêt de la chambre ait cru devoir sanctionner un motif qui aurait pu, à mon sens, être qualifié de surabondant, dès lors que la cour d'appel, dans sa première formation, avait retenu le premier grief.

► **Je suis donc d'avis de casser l'arrêt sur le moyen soulevé d'office** par votre rapporteur, à savoir que, si le licenciement prononcé pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, il n'encourt pas la nullité pour ce seul motif.