



RAPPORT DE Mme MAITRAL, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 951 du 25 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-13.992

Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon du 25 janvier 2023

Mme [C] [O]

C/

La société Verre Equipements

Le présent rapport comporte des propositions de rejet non spécialement motivé des première et cinquième branches du moyen.

En outre, si la chambre s'orientait vers un rejet des deuxième et troisième branches, elle pourrait également envisager de procéder à un rejet non spécialement motivé de la quatrième branche.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [O], engagée en qualité d'assistante technique le 1^{er} novembre 1980 par la société VS technologies, aux droits de laquelle se trouve la société Verre équipements, occupait en dernier lieu les fonctions d'assistante commerciale.

Le 3 janvier 2017, la société VS technologies lui a notifié un avertissement.

Licenciée pour faute grave le 27 septembre 2017, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en annulation de l'avertissement du 3 janvier 2017, ainsi que de demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 3 septembre 2019, le conseil de prud'hommes de Lyon a dit que l'avertissement du 3 janvier 2017 était justifié, débouté la salariée de ses demandes de dommages-intérêts au titre de l'absence totale et durable de toute formation nécessaire à son adaptation aux évolutions de son poste de travail, de la violation de sa vie privée, de la rupture brutale et vexatoire de son contrat de travail et renvoyé en départage pour la demande relative au bien-fondé du licenciement.

Par jugement du 30 juin 2020, le conseil de prud'hommes de Lyon, dans sa formation présidée par le juge départiteur, a dit que le licenciement était fondé sur une faute grave et débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 25 janvier 2023, la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement du 3 septembre 2019, sauf en ce qu'il a rejeté la demande en paiement de dommages-intérêts fondée sur le non-respect par l'employeur de son obligation de formation, et, statuant à nouveau sur ce point, condamné l'employeur à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice en découlant. Elle a, en outre, confirmé en toutes ses dispositions le jugement du 30 juin 2020.

La salariée a formé un **pourvoi le 28 mars 2023** et déposé un **mémoire ampliatif le 28 juillet 2023** (article 700 CPC : 3 000 euros).

L'employeur a déposé un **mémoire en défense le 28 septembre 2023** (article 700 CPC : 4 000 euros).

La procédure paraît régulière en la forme et en l'état d'être jugée.

2 - Propositions de rejet non spécialement motivé

Dans un moyen unique articulant cinq branches, la salariée fait grief à l'arrêt de dire que son licenciement était fondé sur une faute grave et de la débouter de ses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, et de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, outre les congés payés afférents, alors :

- « 1° / que **tout salarié a droit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci au respect de sa vie privée et à la protection de son intimité ; que l'employeur, qui ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin ; qu'une clé USB n'est présumée utilisée à des fins professionnelles, de sorte que l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, y compris hors la présence du salarié, qu'à la condition qu'elle soit connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, ce qu'il appartient à l'employeur, qui se prévaut d'une faute grave du salarié, de démontrer ; qu'en l'espèce, [la salariée] faisait valoir que l'employeur avait profité de son absence dans son bureau pour dérober, dans**

son sac à main, les clés USB sur la base desquelles il a prononcé son licenciement pour faute grave, leur contenu ayant ensuite été analysé sans qu'elle ne soit présente ou appelée ; qu'elle en déduisait que son licenciement était ainsi intervenu en violation de sa vie privée et que la preuve de l'employeur, illicite, devait être écartée des débats ; que pour rejeter le moyen tiré du caractère illicite de la preuve servant de fondement au licenciement, la cour d'appel a relevé qu' "aucun élément ne vient corroborer les affirmations de la salariée selon lesquelles les cinq clefs étaient dans son sac à main qu'elle avait laissé dans son bureau et non pas à un endroit dudit bureau auquel l'employeur avait le droit d'accéder, même en son absence ; qu'en statuant ainsi, quand il appartenait à l'employeur, qui se prévalait d'une faute grave de [la salariée], de justifier des circonstances dans lesquelles il était entré en possession desdites clés USB, dont elle a constaté, par motifs adoptés des premiers juges, qu'il ne faisait pas débat qu'elles appartenaient à la salariée et, notamment, de démontrer qu'il ne les avait pas dérobées dans le cadre d'une fouille illicite du sac à main de l'intéressée, dont elle n'avait pas été avertie et pour laquelle elle n'avait pas donné son accord, la cour d'appel a renversé la charge de la preuve et violé les articles 9 du code civil, 1353 du même code et 9 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017) ».

La première branche n'est **pas fondée**.

C'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a, d'une part, relevé, par motifs propres, que la salariée, qui soutenait que son employeur lui avait dérobé des clés USB qu'elle avait laissées dans son sac (arrêt p. 5 dernier §), n'apportait aucun élément de nature à corroborer ses affirmations (arrêt p. 6 § 11) et, d'autre part, par motifs adoptés, que l'employeur, qui invoquait une faute grave à l'appui du licenciement et produisait plusieurs éléments pour la démontrer, rapportait la preuve de celle-ci en établissant que la salariée avait copié, de sa propre initiative, sur des clés USB de nombreux fichiers, notamment en lien avec le processus de fabrication, qu'elle avait l'intention d'emporter avec elle (jugement de départage p. 5 § 8, p. 9 dernier § et p. 10 § 1).

Il sera rappelé qu'aux termes de l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

La charge de la preuve incombe donc au demandeur à l'allégation.

- « 5°/ que ***l'impression ou la copie de documents dont il n'est pas établi qu'ils appartiendraient à l'entreprise ou revêtiraient un caractère confidentiel n'est pas fautive ; qu'en l'espèce, en retenant à l'appui de la faute grave, par motifs adoptés que " dans une attestation du 6 septembre 2017, M. [P], responsable logistique et machines spéciales dans la société, indique que « le vendredi 28 juillet 2017, le matin, alors qu'elle était seule dans son bureau », [la salariée] « a travaillé sur le poste informatique de sa collègue absente, Mme [J] et a imprimé plusieurs documents papier divers » et que « Mme [J] et M. [P] rapportent chacun dans leur attestation avoir vu, au cours des mois de juin et juillet 2017, [la salariée] imprimer ou copier de nombreux documents papier qu'elle rangeait ensuite dans un grand sac plastique placé, soit au pied de son bureau, soit dans une arme métallique fermée ", sans constater que les documents imprimés ou copiés par la salariée appartenaient à l'entreprise ou présentaient un caractère confidentiel pour celle-ci,*** la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5 et

L. 1234-9 du code du travail (ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017). »

La cinquième branche n'est **pas fondée**.

Après avoir rappelé, par motifs expressément adoptés, les termes de la lettre de licenciement, laquelle faisait état d'un comportement ayant intrigué l'employeur et ayant consisté à effectuer un nombre important de copies de documents sous format papier pour ensuite les regrouper dans des sacs de course avant de les sortir de l'entreprise (jugement de départage p. 5 dernier §), la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche prétendument omise, a expressément relevé que la salariée avait été licenciée pour faute grave pour avoir copié sur des clés USB lui appartenant de très nombreux fichiers de l'entreprise ne relevant pas de son poste de travail et auxquelles elle n'était pas censée avoir accès (jugement de départage p. 8 § 1). Elle a ainsi fait ressortir que l'employeur ne reprochait pas la salariée d'avoir effectué des photocopies, dont elle a relevé par les motifs critiqués que deux salariés avaient été témoins (jugement de départage p. 9 § 3 et 4), mais qu'il ne s'y était référé que pour exposer le contexte dans lequel il avait été amené, au regard des soupçons qu'avait fait naître ce comportement, à faire rechercher par un expert, assisté d'un huissier de justice, le contenu des cinq clés USB trouvées dans le bureau de l'intéressée. La cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision.

3 - Analyse succincte des autres branches du moyen

La salariée fait grief à l'arrêt de dire que son licenciement était fondé sur une faute grave et de la débouter de ses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, et de rappel de salaire sur mise à pied conservatoire, outre les congés payés afférents, alors :

« 2°/ que, subsidiairement, une clé USB n'est présumée utilisée à des fins professionnelles, de sorte que l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, y compris hors la présence du salarié, qu'à la condition qu'elle soit connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail ; qu'en l'espèce, l'employeur, qui soutenait de manière vague que les clés USB litigieuses se trouvaient, lorsqu'il s'en est emparé, " dans le bureau de [la salariée]", puis " sur son bureau de travail ", n'alléguait pas que ces clés étaient, au moment de leur découverte, connectées à l'ordinateur professionnel de la salariée ou à un ordinateur de l'entreprise ; qu'en rejetant dès lors le moyen de la salariée tiré du caractère illicite de la preuve servant de fondement au licenciement, motifs pris de ce que " les cinq clefs qui se trouvaient dans le bureau de la salariée ne pouvaient en elles-mêmes être identifiées comme étant des clefs personnelles ", sans constater que lesdites clés USB étaient connectées à un ordinateur de l'entreprise lors de leur découverte par l'employeur et de son entrée en possession, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017) ;

3°/ que, subsidiairement, pour rejeter le moyen de [la salariée] tiré du caractère illicite de la preuve servant de fondement au licenciement, la cour d'appel a

relevé que " les clefs USB litigieuses ont été connectées par la salariée aux ordinateurs appartenant à son employeur pour y copier des fichiers professionnels de l'entreprise, comme elle l'a indiqué elle-même aux services de police " et que, " s'agissant de supports amovibles, ces clefs ont donc été intégrées à divers moments au matériel informatique de l'employeur, y compris à d'autres ordinateurs que celui mis à la disposition personnelle de la salariée " ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la circonstance que lesdites clés USB avaient, par le passé, été connectées à plusieurs reprises au matériel informatique appartenant à l'employeur, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard des articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017) ;

4°/ que, plus subsidiairement, la violation de l'obligation de discrétion n'est caractérisée qu'en l'état de la divulgation à un tiers ou à une personne non autorisée par l'employeur d'informations concernant l'entreprise ; qu'en l'espèce, pour retenir la faute grave, la cour d'appel, se bornant à adopter les motifs des premiers juges, a retenu que " [la salariée] a copié, de sa propre initiative, sur des clés USB, de nombreux fichiers, notamment en lien avec le processus de fabrication, qu'elle avait l'intention d'emporter avec elle dans son sac " et que " le transfert par la salariée, soumise à une clause relative à une obligation de discrétion, d'informations relatives à la fabrication de produits sur des clés USB lui appartenant, sans justification professionnelle, rendait impossible le maintien de celle-ci dans l'entreprise et constitue une faute grave, peu important l'ancienneté (27 ans) de l'intéressée " ; qu'en statuant ainsi, quand la seule sauvegarde de fichiers appartenant à l'entreprise sur des clés USB, dont il n'est pas établi qu'ils avaient été divulgués à des tiers ou avaient vocation à l'être, ne constituait pas, à elle seule, un manquement de la salariée, qui justifiait d'une ancienneté de 37 années, à son obligation de discrétion rendant impossible son maintien dans l'entreprise, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail (ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017). »

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- La preuve tirée de l'exploitation, hors la présence du salarié, du contenu d'une clé USB, trouvée dans son bureau mais non connectée sur l'ordinateur professionnel mis à sa disposition, est-elle licite ?
- Une obligation contractuelle de discrétion interdit-elle au salarié qui en est débiteur de copier des documents sur une clé USB ne restant pas dans les locaux de l'entreprise ?

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5. 1. Licéité de la preuve tirée de l'exploitation de clés USB appartenant à la salariée (deuxième et troisième branches)

Le contrôle et la surveillance des salariés constituent des prérogatives de l'employeur inhérentes à son pouvoir de direction et à l'état de subordination des salariés. L'émergence de nouvelles technologies et de nouveaux modes de travail en ont toutefois sensiblement modifié l'étendue. A la surveillance classique du salarié par ses supérieurs hiérarchiques ou par l'employeur lui-même, et aux modalités techniques

telles que la vidéosurveillance et les badges électroniques, sont venus s'adjoindre de nouveaux procédés de contrôle liés notamment à l'informatisation des postes de travail. Cela explique, en partie, pourquoi la vigilance sur le respect des droits de la personne et des libertés fondamentales des salariés, garantis par différents textes, s'est accentuée.

Dans l'exercice de son pouvoir, l'employeur est ainsi tenu de respecter les libertés individuelles reconnues au salarié et en particulier de la protection de sa vie personnelle, telle qu'elle résulte des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du code civil, L. 1121-1 du code du travail et, indirectement, 9 du code de procédure civile. Il en résulte que, lorsque sont en cause des objets ou contenus identifiés comme personnels et sauf si la mesure est justifiée par des circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut y accéder ou en vérifier le contenu que si trois conditions sont réunies : le salarié doit être présent, avoir exprimé son accord et avoir été préalablement averti de son droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin.

La question de la licéité de l'ouverture par l'employeur de documents électroniques contenus dans l'ordinateur d'un salarié, sanctionné ou licencié pour des motifs disciplinaires tirés de faits fautifs fondés sur ces documents, a donné lieu à de nombreux arrêts.

Dans son arrêt « *Nikon* » du 2 octobre 2001 rendu au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L. 120-2 (devenu l'article L. 1221-1) du code du travail, notre chambre a affirmé le droit du salarié au respect de l'intimité de sa vie privée.

S'agissant de correspondances :

Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, Bull. 2001, V, n° 291, sommaire :

« Le salarié a droit, même au temps et au lieu du 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. »

Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-40.392, Bull. 2004, V, n° 245, sommaire :

« Il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, laquelle implique en particulier le secret des correspondances, en sorte que l'employeur ne peut, 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, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

Encourt par suite la cassation l'arrêt qui décide que la mise à pied d'un salarié était justifiée en raison du fait qu'il avait entretenu une correspondance de nature personnelle pendant son temps de travail en utilisant la messagerie électronique de l'entreprise, dès lors que l'employeur avait eu connaissance de cette correspondance en consultant l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'entreprise. »

S'agissant de l'ouverture de fichiers informatiques, Soc. 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, Bull. 2005, V, n° 165, sommaire :

« Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés 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. »

Pour résorber les nombreuses contestations relatives à l'ouverture de fichiers informatiques, notre chambre, soucieuse de concilier les impératifs de l'entreprise et le nécessaire respect de la vie privée des salariés, a posé une présomption simple de caractère professionnel des documents détenus ou reçus par le salarié dans l'entreprise. Ainsi 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 :

Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, Bull. 2006, V, n° 308 :

*« 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 ».*

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840 :

*« Mais attendu que **les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé** ;*

Et attendu que la cour d'appel, qui, par motifs propres et adoptés, a retenu que ni le code d'accès à l'ordinateur connu des informaticiens de l'entreprise et simplement destiné à empêcher l'intrusion de personnes étrangères à celle-ci dans le réseau informatique, ni l'intitulé des répertoires et notamment celui nommé "Alain", ne permettaient d'identifier comme personnels les fichiers litigieux et n'interdisaient leur ouverture en l'absence du salarié, n'encourt pas les griefs du moyen ».

Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 1-13.884, Bull. 2012, V, n° 135 :

*« Attendu, cependant, que **les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels** ;*

Qu'en statuant comme elle a fait, alors que la seule dénomination "Mes documents" donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138, Bull. 2013, V, n° 158 :

« Vu les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile ;

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 ;

[...]

Attendu que pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que selon le rapport établi le 20 mars 2008 par l'expert mandaté par l'employeur, des messages, se trouvant sur le disque dur de l'ordinateur professionnel du salarié, ont été envoyés à ce dernier sur sa messagerie personnelle entre le 20 février 2008 et le 4 mars 2008 et que par ailleurs plusieurs dossiers et fichiers expressément nommés « perso » ou « personnels » découverts sur le disque dur, ont été exclus du rapport d'expertise ; qu'en dehors de la présence de l'huissier de justice qui s'est borné à assister au retrait du disque dur et à la prise de copie de son contenu, l'expert mandaté par la seule société Y & R, a accédé aux dossiers et aux fichiers personnels du salarié, ainsi qu'aux courriels échangés entre ce dernier et l'un de ses collègues à partir de leurs adresses électroniques personnelles ; que **cet accès effectué par un tiers mandaté par l'employeur, en dehors de la présence du salarié qui n'a pas été dûment appelé ou de ses représentants, constitue une atteinte au respect de sa vie privée et de ce fait un mode de preuve illicite** ; que dans ces conditions les constatations effectuées par l'expert pour le compte de la société Y & R sont inopposables au salarié ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part qu'elle avait constaté que l'expert avait exclu de son rapport les fichiers et dossiers identifiés comme étant personnels au salarié, ce dont il résultait que l'employeur n'y avait pas eu accès, d'autre part que des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dans l'arrêt Libert c/ France du 22 février 2018, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que la protection offerte par le droit français aux fichiers personnels des salariés pouvait être compatible avec la convention :

« 48. Cela étant souligné, la Cour constate que le droit positif français contient un dispositif visant à la protection de la vie privée. Le principe est en effet que, si l'employeur peut ouvrir les fichiers professionnels qui se trouvent sur le disque dur des ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, il ne peut, « sauf risque ou événement particulier », ouvrir subrepticement les fichiers identifiés comme étant personnels. Il ne peut procéder à l'ouverture de fichiers ainsi identifiés qu'en présence de l'employé concerné ou après que celui-ci ait été dûment appelé.

49. La Cour constate que les juridictions internes ont fait application de ce principe en l'espèce. La cour d'appel d'Amiens (paragraphe 14 ci-dessus) comme la Cour de cassation (paragraphe 16 ci-dessus) l'ont d'ailleurs explicitement rappelé, la Cour de cassation ayant en particulier souligné que « les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour le besoin de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de sa présence, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ».

50. Répondant au moyen du requérant tiré d'une violation de son droit au respect de sa vie privée, elles ont jugé que, dans les circonstances de la cause, ce principe ne faisait pas obstacle à ce que son employeur ouvre les fichiers litigieux, ceux-ci n'ayant pas été dûment identifiés comme étant privés.

51. La Cour rappelle tout d'abord que c'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter le droit interne ; sous réserve d'une interprétation arbitraire ou manifestement déraisonnable (voir, par exemple, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], no 73049/01, § 86, CEDH 2007-I), son rôle se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (voir, par exemple, *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], no 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et *Rohlina c. République tchèque* [GC], no 59552/08, § 51, CEDH 2015). Elle observe ensuite que, pour parvenir à la conclusion résumée ci-dessus, la cour d'appel d'Amiens (paragraphe 14-15 ci-dessus) s'est fondée sur le constat que les photographies et vidéos pornographiques litigieuses figuraient dans un fichier dénommé « rires » contenu dans un disque dur dénommé « D:/données personnelles », et sur l'explication de la SNCF selon laquelle « le disque « D » [était] dénommé par défaut « D:/données » et serv[ai]t traditionnellement aux agents à stocker leurs documents professionnels ». Elle a ensuite considéré qu'un salarié ne pouvait « utiliser l'intégralité d'un disque dur, censé enregistrer des données professionnelles, pour un usage privé » et qu'« en tout état de cause, le terme générique de « données personnelles » pouvait se rapporter à des dossiers professionnels traités personnellement par le salarié et ne désignait donc pas de façon explicite des éléments

relevant de la vie privée ». Plus spécifiquement, la cour d'appel a retenu que « le terme « rire » ne conf[érait] pas d'évidence au fichier ainsi désigné un caractère nécessairement privé, cette désignation [pouvant] se rapporter à des échanges entre collègues de travail ou à des documents professionnels, conservés à titre de « bêtisier », par le salarié ». La cour d'appel a de plus jugé pertinent l'argument de la SNCF selon lequel la « charte utilisateur prévoyait que « les informations à caractère privé [devaient] être clairement identifiées comme telles (option « privée » dans les critères outlook) » et qu'il en allait de même des « supports recevant ces informations (répertoire « privé ») ». Elle a de plus estimé que la mesure prise contre le requérant – sa radiation des cadres – n'était pas disproportionnée, étant donné que le requérant avait « massivement contrevenu » au code de déontologie de la SNCF et aux référentiels internes, qui rappellent que les agents doivent utiliser les moyens informatiques mis à leur disposition à des fins exclusivement professionnelles, une utilisation ponctuelle à titre privée étant seulement tolérée. Selon la cour d'appel, les agissements du requérant étaient d'autant plus graves que sa qualité d'agent chargé de la surveillance générale aurait dû le conduire à avoir un comportement exemplaire.

52. La Cour, qui observe que les juridictions internes ont ainsi dûment examiné le moyen du requérant tiré d'une violation de son droit au respect de sa vie privée, juge ces motifs pertinents et suffisants. Certes, en usant du mot « personnel » plutôt que du mot « privé », le requérant a utilisé le même terme que celui que l'on trouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle l'employeur ne peut en principe ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme étant « personnels » (paragraphe 18 ci-dessus). Toutefois, au regard de l'appréciation de compatibilité des mesures litigieuses avec l'article 8 de la Convention qu'il revient à la Cour d'effectuer, cela ne suffit pas pour mettre en cause la pertinence ou la suffisance des motifs retenus par les juridictions internes, eu égard au fait que la charte de l'utilisateur pour l'usage du système d'information de la SNCF indique spécifiquement que « les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles (option « Privé » dans les critères OUTLOOK, notamment) [et qu'il en est de même des supports recevant ces informations (répertoire « PRIVÉ »)] ». La Cour conçoit en outre qu'ayant constaté que le requérant avait utilisé une partie importante des capacités de son ordinateur professionnel pour stocker les fichiers litigieux (1 562 fichiers représentant un volume de 787 mégaoctets), la SNCF et les juridictions internes aient jugé nécessaire d'examiner sa cause avec rigueur.

53. En conséquence, la Cour, qui rappelle par ailleurs qu'il lui faut considérer les décisions critiquées à la lumière de l'ensemble de l'affaire, estime que **les autorités internes n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient, et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention.** »

Notre chambre a étendu la présomption de caractère professionnel aux courriels adressés ou reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail, lesquels sont présumés avoir un caractère professionnel (Soc. 15 décembre 2010, n° 08-42.486 ; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782 ; Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-14.022 Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-11.866 ; Soc., 3 avril 2019, pourvois n° 17-20.953 et suivants ; Soc., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-20.489), et au **matériel informatique connecté à un outil mis à disposition par l'employeur** (Soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649, Bull. 2013, V, n° 34, cité par le mémoire ampliatif et le mémoire en défense) :

« Vu les articles 9 du code de procédure civile et L. 1121-1 du code du travail :

Attendu selon l'arrêt attaqué, que Mme [X], engagée le 26 juillet 2006 en qualité d'assistante administrative par la société PBS, a été **licenciée pour faute grave par lettre du 20 février 2009 motif pris notamment de l'enregistrement sur une clé USB d'informations confidentielles concernant l'entreprise et de documents personnels de collègues et du dirigeant de l'entreprise** ;

Attendu que pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient que l'employeur ne peut se prévaloir d'un moyen de preuve illicite, la salariée n'étant pas présente lorsque sa clef USB personnelle a été consultée par son employeur et n'ayant donc pas été informée de son droit d'en refuser le contrôle ou d'exiger la présence d'un témoin ;

Attendu cependant **qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant**

présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié ;

Qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cet arrêt a donné lieu à plusieurs commentaires de la doctrine :

- Commentaire paru à la revue de jurisprudence sociale¹ :

« L'employeur peut-il consulter, hors la présence du salarié, les fichiers contenus dans une clé USB n'appartenant pas à l'entreprise mais qui se trouve connectée sur l'ordinateur de travail d'un salarié ?

Statuant sur cette question, pour la première fois à notre connaissance, la Cour de cassation y répond de manière positive et censure l'arrêt de la cour d'appel ayant considéré que les éléments de preuve ainsi obtenus par l'employeur étaient illicites et ne pouvaient donc pas être invoqués à l'appui du licenciement pour faute grave du salarié.

*Pour la Haute Juridiction, une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié pour l'exécution de son travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles de sorte que l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié. **En d'autres termes, une clé USB connectée à un ordinateur n'est jamais qu'une extension du support de stockage de cet ordinateur de sorte que le régime juridique de l'accès à son contenu est identique à celui qui gouverne l'accès au contenu de l'ordinateur lui-même.** On aura en effet reconnu, dans l'attendu du présent arrêt, la formule utilisée par la Haute Juridiction, pour la première fois en 2006, en vue de concilier les impératifs de l'entreprise et la vie privée du salarié en matière de consultation du contenu d'un ordinateur professionnel (Cass. soc. 18 octobre 2006 n° 04-48.025 : RJS 12/06 no 1241 ; voir également Cass. soc. 10 mai 2012 n° 11-13.884 : RJS 7/12 n° 611).*

***L'arrêt [...] laisse dans l'ombre la question d'une clé USB n'appartenant pas à l'entreprise et qui ne serait pas connectée à un ordinateur professionnel mais simplement posée sur le bureau du salarié. Serait-elle, sauf si elle est étiquetée « personnel », présumée avoir une finalité professionnelle du seul fait qu'elle se trouve sur un bureau de travail (comme cela est admis pour les documents papiers détenus par le salarié dans ce bureau : Cass. soc. 18 octobre 2006 n° 04-47.400 : RJS 1/07 n° 7) ?** L'utilisation de plus en plus répandue de petits périphériques de stockage, qu'il s'agisse de clés USB, de micro-cartes ou de disques durs portatifs, et les risques que l'informatique fait courir aux entreprises, donneront sans doute lieu à d'autres contentieux permettant à la Cour de cassation de se prononcer sur cette hypothèse. »*

- Commentaire à la semaine juridique social² :

« Avec l'arrêt du 12 février 2013, la Cour de cassation apporte une nouvelle limitation au respect de la vie privée dans l'entreprise. Dès lors qu'une clé USB est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur, elle est présumée être utilisée à des fins professionnelles. En conséquence, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels figurant sur la clé, même hors la présence du salarié. Cette solution vise évidemment à sauvegarder les intérêts de l'entreprise : il n'est pas admissible qu'un salarié enregistre sur sa clé USB des données confidentielles appartenant à l'entreprise. L'arrêt mérite de retenir l'attention car la cour d'appel avait jugé le mode de preuve illicite. Pour aboutir à une telle solution, les juges du fond se sont appuyés sur une consultation par l'employeur de la clé USB personnelle du salarié hors sa présence. Or, pour la cour d'appel, on devait appliquer les solutions retenues par la jurisprudence en matière de fouille des effets personnels. Ainsi, s'agissant de la fouille d'un sac appartenant à un salarié, la Cour de cassation a décidé le 11 février 2009 que l'employeur ne peut, « sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin » (Cass. soc., 11

¹ RJS 4/13, avril 2013, n° 252, p. 221 - 222.

² B. Bossu, « Vie privée du salarié - La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *La Semaine Juridique Sociale* n° 21, 21 Mai 2013, p. 1217.

févr. 2009, n° 07-42.068 JurisData, note A. Barège et B. Bossu). Cette solution souffre désormais d'une exception : dès lors qu'une clé USB, même personnelle, est connectée à l'ordinateur de bureau, elle est présumée être utilisée à des fins professionnelles.

Reste à préciser la portée exacte de la décision. Faut-il désormais considérer que tout périphérique de stockage connecté à l'outil informatique appartenant à l'entreprise est présumé être utilisé à des fins professionnelles ? On peut le penser et il revient donc au salarié, qui souhaite conserver une certaine intimité, d'éviter par exemple de connecter son Smartphone à son ordinateur professionnel.

La décision soulève une deuxième interrogation : **que se passe-t-il dans l'hypothèse où la clé USB n'est pas connectée à l'ordinateur de l'entreprise ? L'employeur peut-il prendre connaissance du contenu d'une clé USB qui se trouve dans un tiroir de bureau ? On peut supposer que si la clé n'est pas clairement identifiée comme personnelle, l'employeur peut en prendre librement connaissance. On sait en effet que la « présomption de professionnalité » s'applique largement dans l'entreprise.** Ainsi, la Cour de cassation a décidé le 18 octobre 2006 que l'employeur peut accéder librement aux documents se trouvant dans le tiroir du bureau d'un salarié sauf s'ils sont identifiés comme personnels (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 JurisData n° 2006-035418 JCP S 2006, 1946, note J.-Y. Frouin). La Cour de cassation pose aussi en principe la libre consultation par l'employeur des messages électroniques du salarié non identifiés comme personnels (Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-26.782 JurisData : n° 2011-022346 ; Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-25.706 : JurisData n° 2011-022343 JCP S 2012, 1041 note B. Bossu ; RJS 2012, n° 3). S'agissant des courriers sur support papier, la Cour de cassation a affirmé le 11 juillet 2012, que « les correspondances adressées ou reçues par le salarié sur le lieu de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles » (Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-22.972 : RJS 2012, n° 763).

Il nous faut enfin envisager l'hypothèse où la clé USB, clairement identifiée comme personnelle, n'est pas connectée à l'outil informatique de l'entreprise. Faut-il appliquer les solutions dégagées par la jurisprudence pour les fichiers personnels ? Autrement dit, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut pas prendre connaissance du contenu de la clé en dehors de la présence du salarié ou celui-ci dûment appelé. Doit-on, au contraire, retenir la jurisprudence relative à la fouille des effets personnels ? Dans ce cas, sauf circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut prendre connaissance du contenu de la clé sans l'accord du salarié. Dans la mesure où le propriétaire de la clé est bien le salarié, ce sont les règles relatives à la fouille des effets personnels qui devraient s'appliquer. Il n'est pourtant pas certain que cette solution recevra l'approbation de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 23 mai 2012, elle a considéré qu'un employeur pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par une salariée sur son dictaphone personnel dès lors qu'elle est présente ou dûment appelée (Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521 JurisData n° 2012-010790 JCP S 2012, 1371, note B. Bossu). **Cette solution est évidemment très peu respectueuse de la vie privée et risque d'entraîner des dérives.** Ainsi, puisque les smartphones ou les téléphones portables permettent la captation d'images ou de sons dans l'entreprise, il faudrait également, dans le prolongement de l'arrêt du 23 mai 2012, autoriser l'employeur à prendre connaissance des données figurant au sein de ces objets (H. Guyader, Vie privée du salarié : quelle protection pour les outils techniques personnels des salariés ? : Semaine sociale Lamy 2012, n° 1543, p. 11). On l'a compris, de nombreuses incertitudes demeurent, et la prudence commande d'attendre les prochains arrêts de la Cour de cassation ».

- Commentaire paru au Recueil Dalloz³ :

« Avec le développement des techniques de communications où moyens informatiques de l'employeur et moyens informatiques du salarié se côtoient, **la question se pose de savoir dans quelle mesure l'employeur peut avoir accès aux équipements électroniques qui, quoique personnels au salarié, sont utilisés par celui-ci dans le cadre de son activité professionnelle.**

³ Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Philippe Flores – Sabine Mariette – Fanélie Ducloz – Emmanuelle Wurtz – Catherine Sommé – Alexis Contamine, D. 2013., p. 1768

Dans cet arrêt du 12 février 2013, la chambre sociale poursuit la déclinaison de sa jurisprudence en la matière. [...]

L'ordinateur mis à la disposition du salarié reste présumé avoir un caractère professionnel. La protection de la vie privée n'est que l'exception à ce principe. Ce n'est que lorsque le salarié identifie comme personnels certains fichiers informatiques que l'employeur se voit restreindre la possibilité d'y accéder. Il doit alors, avant tout accès, avertir le salarié. En cas de risque ou d'événement particulier, l'employeur peut cependant avoir accès aux fichiers identifiés comme personnels du salarié (Soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. V, n° 165 ; D. 2005. 1448, obs. E. Chevrier, 1873, tribune R. de Quenaudon, 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot, et 2006. 29, spéc. 30, obs. M.-C. Escande-Varniol ; Dr. soc. 2005. 789, note J.-E. Ray). L'employeur devra alors pouvoir justifier de ce risque ou événement particulier. On peut penser par exemple à la nécessité de remédier à un dysfonctionnement du système informatique.

De même, un salarié ne peut identifier comme personnel l'ensemble du disque dur de son poste de travail, ce qui reviendrait à interdire à l'employeur tout accès à l'ordinateur. La dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Soc. 4 juill. 2012, n° 11-12.502, inédit).

Dans le cas de la connexion d'une clé USB personnelle à l'informatique de l'entreprise, deux solutions étaient envisageables : soit faire prédominer le caractère personnel du moyen informatique, et interdire l'accès de l'employeur à cet équipement, soit faire prédominer le fait que ce moyen informatique était connecté à un ordinateur de l'employeur et se trouvait donc présumé être utilisé à des fins professionnelles.

Dans le premier cas, l'employeur n'aurait pas pu accéder à la clé USB. Ayant alors utilisé un mode de preuve déloyal, il n'aurait pu fonder une sanction de la salariée sur les éléments obtenus dans ces circonstances. Dans une affaire récente (Soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521, D. 2012. 1486, 2826, spéc. 2827, obs. J.-D. Bretzner, et 2013. 1026, spéc. 1027, obs. J. Porta), la chambre sociale avait ainsi sanctionné un employeur qui avait accédé aux enregistrements découverts sur le dictaphone personnel d'une salariée. Cette dernière était soupçonnée d'enregistrer clandestinement les propos tenus dans l'entreprise, en son absence. La découverte du dictaphone en cours d'enregistrement avait suscité un certain émoi dans l'entreprise et l'employeur avait procédé sur le champ, devant deux témoins mais hors la présence de la salariée, à l'écoute des enregistrements ainsi pratiqués. La chambre sociale, au visa des articles 9 du code de procédure civile, 6, § 1, de la Convention EDH et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, a retenu que l'employeur ne pouvait avoir accès au contenu d'un tel équipement personnel au salarié en son absence ou sans qu'il ait été dûment appelé.

Il était également possible de considérer que la clé USB, elle-même personnelle, constituait un fichier nécessairement identifié comme personnel et donc à accès restreint pour l'employeur. Mais une telle position pouvait tendre à faire d'une unité de stockage, prise dans son ensemble, un document personnel. La jurisprudence sur l'identification de l'ensemble d'un disque dur comme étant personnel précitée n'allait pas dans cette voie.

C'est une solution différente qui, en l'espèce, est adoptée par la Cour au visa des articles 9 du code de procédure civile et L. 1121-1 du code du travail. Du fait de sa connexion à l'informatique de l'entreprise, l'équipement personnel du salarié, ici une clé USB, est présumé utilisé à ces fins professionnelles. L'employeur peut donc y accéder librement, hors la présence du salarié. Seuls sont protégés de l'intrusion de l'employeur les fichiers figurant sur cette clé eux-mêmes identifiés comme personnels.

Cette décision s'inscrit dans la logique de la ligne suivie par la jurisprudence de la Cour en la matière. Les salariés sont de plus en plus souvent amenés, voire invités par l'employeur, à apporter leurs propres équipements électroniques et informatiques sur leur lieu de travail, phénomène que les Anglo-Saxons appellent le BYOD (bring your own device). La question se pose de la possibilité pour un employeur d'accéder aux ordinateurs, tablettes et autres smartphones, personnels aux salariés mais que ceux-ci utilisent pour se connecter sur le système informatique de l'entreprise.

La décision commentée apporte d'importants éléments de réponse. **C'est le fait même de la connexion qui permet l'accès de l'employeur à l'équipement personnel du salarié.** En l'espèce, la connexion était physique, puisque la clé USB était branchée sur l'ordinateur de l'entreprise, mais une solution identique paraît devoir être adoptée dans le cas d'une connexion non filaire, par Wi-Fi ou Bluetooth par exemple. **Tant que l'équipement, même personnel au**

salarié, est connecté à l'informatique de l'entreprise, l'employeur peut y avoir accès librement hors la présence du salarié, sauf à ne pas ouvrir les fichiers identifiés comme personnels. Dès que l'équipement personnel est déconnecté de l'informatique de l'entreprise, l'employeur ne peut y avoir accès qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé ».

La présente affaire invite à se prononcer sur l'hypothèse, différente de celle ayant donné lieu à l'arrêt du 12 février 2013, où la clé USB, trouvée dans le bureau mis à la disposition du salarié par l'entreprise, n'est pas connectée à son ordinateur professionnel. Notre chambre n'a, en effet, pas directement statué sur ce point.

Elle s'est, en revanche, prononcée sur le sort des documents en papier se trouvant dans le bureau mis à la disposition du salarié par l'entreprise et leur a appliqué la présomption de caractère professionnel, réservant le cas où il les a identifiés comme étant personnels :

Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-47.400 :

« 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, 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 ;***

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 ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

Chambre mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803 :

« Mais attendu que l'arrêt relève que le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite ; que le moyen n'est pas fondé ».

Au cas présent, par motifs expressément adoptés, la cour d'appel a, d'abord, retenu que les cinq clés USB, dont l'employeur a fait procéder à l'exploitation, appartenaient à la salariée (jugement de départage p. 8 dernier §). Par motifs propres et adoptés, elle a, ensuite, relevé que celles-ci se trouvaient dans le bureau de la salariée, mis à disposition par l'entreprise (jugement rendu en formation paritaire p. 8 § 3 et arrêt p. 6 § 12), et ne comportaient aucune indication d'un caractère « *personnel* » ou « *confidentiel* » (jugement rendu en formation paritaire p. 8 § 6 et 7, jugement de départage p. 5 § 1 et arrêt p. 6 § 12). Par motifs propres, elle a, encore, relevé que les clés USB litigieuses avaient été connectées par la salariée aux ordinateurs appartenant à son employeur pour y copier des fichiers professionnels de l'entreprise (arrêt p. 6 § 9) et que, s'agissant de supports amovibles, elles avaient été intégrées à divers moments au matériel informatique de l'employeur, y compris à d'autres ordinateurs que celui mis à la disposition personnelle de la salariée (arrêt p. 6 § 10). Elle en a, enfin, déduit qu'elles étaient couvertes par la présomption de professionnalité et que l'employeur

pouvait les consulter hors la présence de la salariée (jugement rendu en formation paritaire p. 8 dernier § et jugement de départage p. 5 § 1).

Le **mémoire ampliatif**, dans la deuxième branche, fait valoir que les clés USB n'étaient pas connectées à un poste professionnel lors de leur découverte par l'employeur et de son entrée en possession.

Dans la troisième branche, il soutient que la circonstance selon laquelle les clés USB avaient été, par le passé, connectées au système informatique de l'employeur était inopérante.

Le **mémoire en défense** réplique que la salariée avait reconnu avoir fait usage des clés USB à des fins professionnelles en les connectant sur des ordinateurs de l'entreprise. Il soutient que la cour d'appel n'était pas tenue de constater que lesdites clés étaient connectées à un poste informatique au moment de leur découverte et de l'entrée en possession de l'employeur. Il ajoute qu'elle a souverainement apprécié l'usage à des fins professionnelles de ces clés.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de ces branches.

5. 2. L'obligation de discrétion (quatrième branche)

- En application de l'article L.1222-1 le salarié est tenu d'exécuter son contrat de travail de bonne foi, ce qui suppose une obligation générale de loyauté de la part du salarié dans l'exécution du contrat (pour illustration, Soc., 21 novembre 2007, pourvoi n° 06-44.229).

L'obligation de discrétion ou de confidentialité participe de cette obligation de loyauté, qui subsiste pendant les périodes de suspension du contrat de travail (Soc., 25 juin 2002, pourvoi n° 00-44.001 et Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.343). L'intensité de cette obligation varie selon le poste et la fonction du salarié dans l'entreprise (Soc., 30 juin 1982, pourvoi n° 80-41.114, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale 1982, n° 425, sommaire) :

*« Commet une faute grave le cadre supérieur qui, **tenu en raison de ses fonctions à une obligation de discrétion à l'égard de la société à la direction de laquelle il participe**, divulgue des renseignements dont il a connaissance en raison desdites fonctions, sur les difficultés financières de cette entreprise, portant ainsi atteinte à sa réputation et à son crédit, tant auprès de ses employés que des tiers. »*

Ainsi indépendamment d'une obligation spécifique de secret professionnel, le salarié est tenu à une obligation de discrétion qui, même en l'absence de clause contractuelle de confidentialité, lui interdit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès (Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.255).

Cette obligation s'applique en premier lieu aux secrets de fabrication dont l'inobservation est sanctionnée pénalement aux termes de l'article L.1227-1 du code du travail.

L'employeur ne peut prendre en considération le simple risque de communication de renseignement à un concurrent. La Cour de cassation considère que la simple liaison du salarié avec un proche lié à une entreprise concurrente ne constitue pas en soi un motif de licenciement. Il faut caractériser un fait précis, objectif et imputable au salarié (Soc., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-41.276, Bull. 1998, V, n° 283).

- Mais cette obligation peut être renforcée lorsque le contrat de travail prévoit une clause spécifique. Les clauses de confidentialité ou de discrétion restreignent nécessairement les droits et libertés des salariés, ne serait-ce que parce qu'elles limitent la liberté d'expression dont chaque salarié peut user, sauf abus, dans l'entreprise ou à l'extérieur de celle-ci. Dès lors, conformément à l'article L. 1121-1 du code du travail, l'insertion d'une telle clause dans un contrat de travail doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

La violation d'une clause de confidentialité est passible d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave :

Soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-45.519 :

*« Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, sans encourir le grief de la quatrième branche du moyen, a retenu que M. [X] avait, en violation de ses obligations contractuelles, **volontairement transmis à des personnes extérieures à l'entreprise, en utilisant le réseau professionnel interne et une liste de diffusion personnelle, une succession de courriers électroniques contenant des informations confidentielles, concernant les relations de la société avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à la réputation de celle-ci** ; qu'elle a pu décider que ce manquement, qui rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, constituait une faute grave et a ainsi écarté, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, les conclusions par lesquelles le salarié soutenait que le licenciement reposait sur un autre motif que celui énoncé dans la lettre de licenciement ».*

Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-13.372 :

*« Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a retenu que **le courriel adressé par la salariée à une personne extérieure à l'entreprise à partir de la messagerie professionnelle du président-directeur général et qui ne pouvait à ce titre revêtir un caractère privé, contenait des informations confidentielles et des remarques de nature à déconsidérer les personnes de l'entreprise évoquées**, a pu en déduire que la salariée avait manqué à l'obligation de loyauté compte tenu de ses fonctions auprès du président directeur général dont elle était l'assistante ; que le moyen n'est pas fondé ».*

Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-24.069 :

*« Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que la salariée avait **divulgué à un salarié le montant des salaires perçus par certains de ses collègues, manquant ainsi aux règles de confidentialité lui incombant** au regard des fonctions exercées et étant de nature à créer des difficultés au sein de l'entreprise, a pu en déduire que ce manquement constituait une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé ».*

Au cas présent, la cour d'appel a relevé que la salariée était soumise à une obligation contractuelle de discrétion ainsi rédigée :

« Article 7 - obligation de discrétion

En considération de sa fonction, [la salariée] est tenue, indépendamment d'une obligation de réserve générale et de secret professionnel à une discrétion absolue à l'égard de tous les faits dont elle pourrait prendre connaissance, en raison de ses fonctions ou de son appartenance à l'entreprise, et qui concernerait tant la gestion et le fonctionnement de cette dernière que sa situation et ses projets.

Cette obligation de discrétion joue tant à l'égard des tiers que des salariés de l'entreprise. Elle s'applique pendant toute la durée du contrat de travail et se prolongera après la rupture de celui-ci, pour quelque motif que ce soit » (jugement de départage p. 8 § 2).

Elle a ajouté que le transfert par la salariée, soumise à une clause relative à une obligation de discrétion, d'informations relatives à la fabrication de produits sur des clés USB lui appartenant, sans justification professionnelle, rendait impossible son maintien dans l'entreprise (jugement de départage p. 10 § 2).

Le mémoire ampliatif soutient, dans la quatrième branche, que la violation de l'obligation de discrétion n'est caractérisée qu'en l'état de la divulgation à un tiers, ou à une personne non autorisée par l'employeur, d'informations concernant l'entreprise et non en cas de sauvegarde de fichiers appartenant à l'entreprise sur des clés USB, dont il n'est pas établi qu'ils ont été divulgués à des tiers ou avaient vocation à l'être.

Le mémoire en défense réplique que le transfert par la salariée à son domicile d'informations confidentielles appartenant à l'entreprise, sans justification professionnelle, rendait impossible le maintien de l'intéressée dans l'entreprise et constituait une faute grave.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de cette branche. **Si, toutefois, elle entendait rejeter les deuxième et troisième branches du moyen, il serait proposé de rejeter la quatrième branche par voie de rejet non spécialement motivé dans les termes suivants :**

La quatrième branche, qui critique un motif surabondant de l'arrêt, est inopérante.

Nonobstant les motifs erronés mais surabondants selon lesquels la salariée était soumise à une obligation contractuelle de discrétion (jugement de départage p. 8 § 3 à 4 et p. 10 § 2), la cour d'appel a, par motifs expressément adoptés, après avoir repris les termes de la lettre de licenciement qui lui reprochait d'avoir récupéré des données particulièrement sensibles sans aucune autorisation et sans en avoir informé son employeur à qui elle avait fait prendre un risque majeur de voir ses données les plus sensibles « *se retrouver dans la nature* » sur des clés USB non sécurisées et en anéantissant tous les efforts consentis pour protéger ses données (jugement de départage p. 7 § 2 à 6), relevé qu'elle avait des attributions administratives et commerciales, que, bien qu'elle ne fût pas en charge de la fabrication de produits (jugement de départage p. 8 § 9), elle était en possession de fichiers qui y étaient relatifs (jugement de départage p. 9 avant-dernier §) et qu'elle avait l'intention de les emporter avec elle dans son sac (jugement de départage p. 9 dernier § et p. 10 § 1). Compte tenu de ces énonciations et de ces constatations, la cour d'appel a pu retenir que, nonobstant l'ancienneté de la salariée, les faits rendaient impossible son maintien dans l'entreprise (jugement de départage p. 10 § 2).