L'exploitabilité des échanges privés de l'employé

Auteur : Célian Hirsch

Date : 23 octobre 2021

TF, 25.08.2021, 4A_518/2020

Les échanges privés d'un employé obtenus en portant atteinte à sa personnalité sont exploitables uniquement si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant (art. 152 al. 2 CPC). Tel n'est pas le cas lorsque les échanges sont manifestement privés et que l'employeuse a gravement violé les droits de la personnalité de l'employé.

Faits

En septembre 2013, une société qui exploite des centres de formation linguistique engage un employé comme directeur des opérations. Elle lui remet un **téléphone** qu'il doit utiliser exclusivement à des **fins professionnelles**.

En septembre 2016, les relations entre l'employé et le directeur général se dégradent. En novembre, la société **résilie** le contrat de travail. L'employé **rend son téléphone après l'avoir préalablement réinitialisé**. Il forme opposition contre le congé qu'il estime abusif.

En décembre 2016, après que l'employé est tombé en dépression, et qu'il est donc en incapacité de travailler, la société **résilie** le contrat **avec effet immédiat** pour rupture du lien de confiance.

L'employé assigne la société devant le Tribunal des prud'hommes genevois. Il prétend notamment avoir droit à des **indemnités** pour licenciement immédiat injustifié, pour le solde de vacances non prises et pour ses heures supplémentaires.

L'employeuse s'y oppose. Elle produit notamment des **courriels intimes à caractère sexuel** que l'employé avait échangés via sa **messagerie électronique professionnelle** avec une collègue intimement liée à lui, ainsi que des extraits de **conversations WhatsApp privées** entre l'employé et ses proches ou des collègues. Selon elle, ces échanges démontrent que l'employé n'aurait pas effectué systématiquement deux heures supplémentaires de travail par jour du lundi au vendredi.

L'employeuse a notamment réussi à accéder au **compte personnel** iCloud de l'employé, protégé par un mot de passe, afin de récupérer les données contenues dans le téléphone portable remis par l'employé.

Le Tribunal des prud'hommes genevois admet partiellement les diverses prétentions de l'employé, tout **en prenant en compte les échanges produits**. L'employeuse forme appel de ce jugement et l'employé dépose un appel joint.

La Cour de justice considère que les échanges produits par l'employeuse ont été obtenus **illicitement** et qu'ils sont **inexploitables** au sens de l'art. 152 al. 2 CPC (CAPH/163/2020, consid. 2.4).

Saisi par l'employeuse, le Tribunal fédéral est notamment amené à examiner **l'exploitabilité** des pièces relatant les **échanges privés** entre l'employé et ses proches et collègues.

Droit

L'art. 152 al. 2 CPC prévoit que le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière **illicite** que si **l'intérêt à la manifestation de la vérité** est **prépondérant**.

Dans une première partie, le Tribunal fédéral confirme que les pièces produites ont été obtenues en portant **atteinte au droit de la personnalité de l'employé** (cf. LawInside.ch/1098/). Elles ont donc été obtenues de manière **illicite**.

Dans une **seconde étape**, le Tribunal fédéral examine si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

Selon la Cour de justice, la violation grave des droits de la personnalité de l'employé et l'existence d'autres moyens pour l'employeuse d'obtenir des preuves – la production des échanges privés n'étant ainsi pas indispensable – ont pour conséquence que les pièces sont **inexploitables**.

Pour sa part, l'employeuse prétend que **l'intérêt à la manifestation de la vérité** est **prépondérant**. Quand bien même elles seraient illicites, les preuves seraient ainsi exploitables.

En premier lieu, l'employeuse affirme que le téléphone ne pouvait qu'être utilisé à des fins professionnelles. Cela étant, la Cour a constaté que **l'employeuse savait qu'il était utilisé à des fins privées**. Or l'employeuse ne critique pas cet élément déterminant.

L'employeuse prétend également qu'en parcourant les messages de la boîte professionnelle de l'employé, elle ne **pouvait s'attendre** à lire des **échanges privés** puisque l'intitulé des messages électroniques ne comportait **pas la mention « privé »**. Le Tribunal fédéral rejette aisément ce grief puisque « **[l]a simple lecture de la première ligne** des messages en question ne laissait certainement **nulle place au doute** » quant au caractère privé des messages.

L'employeuse prétend enfin que les **données** stockées sur le « Cloud »**lui appartenaient** et qu'elle pouvait les visionner et en disposer comme elle l'entendait. Le Tribunal fédéral écarte sèchement cet argument : « [i]l n'est pas nécessaire d'entrer dans les méandres [du] raisonnement [de l'employeuse]: les données produites en justice **étaient manifestement à caractère privé** et l'employeuse, même avec toute l'ingénuité dont elle s'affuble en la circonstance, ne pouvait manquer de s'en apercevoir » (consid. 5.2.1.2, mise en évidence ajoutée).

C'est ainsi à juste titre que la Cour de justice a considéré les échanges privés de l'employé étaient **inexploitables** au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

La partie de l'arrêt qui traite de l'accès aux messages de l'employé sous l'angle du droit de la personnalité et de la protection des données a été résumée séparément (cf. LawInside.ch/1098/).

L'argument relatif à l'absence de la **mention « privé »** n'était pas dénué de sens. En effet, le Tribunal fédéral a récemment – et malheureusement – admis un tel raisonnement (4A_633/2020, résumé *in* LawInside.ch/1090/). Heureusement, le Tribunal fédéral a balayé cette fois-ci d'un revers de main cet argument.

Cette analyse est **convaincante**. Selon nous, l'employeuse qui prend connaissance des courriels contenus dans la boîte électronique de l'employé ne peut pas invoquer qu'ils ne sont pas étiquetés comme « privé » (ce qu'Outlook permet expressément de faire) ou qu'ils ne sont pas dans un dossier « privé », **s'il ressort de manière claire qu'il s'agit d'échanges privés**. La

question est bien plus délicate lorsque des éléments privés se retrouvent dans un échange professionnel.

À notre avis, si l'employeuse désire simplement prouver que l'employé n'a pas effectué autant d'heures supplémentaires qu'il le prétend, comme dans le cas d'espèce, elle devrait **caviarder** les éléments ressortissant à la vie privée de l'employé contenus dans les courriels de sa boîte professionnelle. Elle pourra ainsi prouver que celui-ci consacrait du temps à des tâches privées, sans porter atteinte de manière illicite à sa personnalité.

Pour un commentaire critique et convaincant de cet arrêt cf. David Raedler, La fouille illicite de messages privés par l'employeur : entre traitement et moyens de preuve illicites ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_518/2020, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2021.