

# Légalité des preuves obtenues par l'employeur via l'application de messagerie instantanée Whatsapp utilisée par la salariée sur l'ordinateur professionnel

Emilie Walter, Christelle Radocchia

La connaissance, respectivement l'accès de l'employeur aux correspondances privées du salarié même envoyées depuis son ordinateur professionnel sont limités juridiquement.

Tout d'abord, s'agissant de la surveillance électronique du salarié, l'employeur dispose d'un pouvoir de contrôle restreint. En effet, l'article L.261-1 du Code du Travail énonce précisément les cas où cette surveillance peut intervenir, à savoir pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, pour le contrôle de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact et dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile.

Par ailleurs, est présumée comme étant professionnelle toute correspondance échangée au moyen de l'équipement professionnel sauf si celle-ci est identifiée comme étant de nature privée.

La décision<sup>1</sup> commentée illustre la prise de positionnement.

## 1. Les faits

L'employeur a notifié à la salariée la résiliation de son contrat de travail avec préavis le 21 février 2020, ce pendant la période d'essai.

Le 24 février 2020, la salariée a sollicité auprès de son employeur l'annulation de la résiliation de son contrat de travail en raison de son état de grossesse dûment constaté par certificat médical établi le même jour.

Le 23 mars 2020, l'employeur a prononcé la mise à pied avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de la salariée.

En effet, consécutivement au départ de la salariée le 24 février 2020, l'employeur avait chargé la salariée responsable des ordinateurs et postes de travail de sauvegarder les éventuels documents en lien avec le travail exécuté par la salariée licenciée.

Or, le 26 février 2020, la salariée responsable des ordinateurs a indiqué à son employeur que l'ordinateur était resté allumé, accessible sans autre protection que le mot de passe affiché sur l'écran et que sur cet ordinateur était ouverte une discussion entre la salariée licenciée et une troisième salariée sur l'application de messagerie instantanée « *Whatsapp* ».

## 2. « la mise à pied déclarée dans un premier temps non justifiée par le tribunal du travail vu du mode d'obtention des preuves de la faute grave

---

<sup>1</sup> Ordonnance n°1078/20 rendue 23 avril 2020 par la présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg ; Cour d'appel, 27 janvier 2020 n°17/22, n°CAL-2021-00184 du rôle ; Cour de cassation, 15 décembre 2022, n°156/2022, n°CAS-2022-00039 du registre

Par requête présentée le 26 mars 2020 devant le tribunal du travail, l'employeur a requis que le juge déclare « *bonne et valable* » ladite mise à pied dans la mesure où la faute grave commise par la salariée consisterait en les divers échanges de messages au contenu raciste envers deux autres salariés et désobligeants envers l'employeur.

L'employeur a également sollicité la résiliation du contrat de travail avec effet au 23 mars 2020.

La salariée, quant à elle, demanda à voir déclarer « *nulle et non avenue* » la mise à pied intervenue le 23 mars 2020 pour reposer sur des motifs et preuves illégaux.

En première instance, l'employeur s'est vu débouté de sa demande. En effet, le tribunal du travail a déclaré non justifiée la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020 et l'a annulé, il a également considéré la demande en résiliation du contrat de travail de l'employeur non fondée et a, par conséquent, constaté que la réintégration de la salariée était de droit.

Toujours est-il que le tribunal a confirmé que l'employeur n'avait pas exercé une surveillance prohibée par l'article L.261-1 (1) du Code du travail.

Ceci étant précisé, le tribunal a estimé que les messages privés, même affichés ou transmis par un ordinateur de l'employeur, conservaient leur nature privée et précisant, en citant deux arrêts<sup>2</sup> rendus par la Cour d'appel, que « *le fait que l'application ait été visible ou accessible ne suffisait pas à démontrer une quelconque intention de divulgation de la part de la salariée.* »

Au tribunal de conclure qu'il aurait appartenu à l'employeur de « *s'abstenir de prendre connaissance des messages couverts par le secret des correspondances* » de sorte qu'il ne pouvait se prévaloir de la communication des échanges Whatsapp de la salariée pour justifier sa mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020.

### **3. L'admission par la cour d'appel de la validité de la preuve constituée par les communications Whatsapp de la salariée**

L'employeur considérait que le tribunal du travail avait à bon droit confirmé qu'il n'avait pas exercé de surveillance « continue et exclusive » conformément à l'article L.261-1 du Code du travail.

Ceci étant précisé, l'employeur estimait en revanche que l'analyse du tribunal du travail serait viciée dans la mesure où le prétendu caractère personnel des messages serait mis à néant par le fait que « *les applications auraient été ouvertes et affichées sans aucune protection par un mot de passe sur l'écran de l'ordinateur de travail.* »

En tout état de cause, l'employeur sollicitait alors par réformation de dire que la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020 était intervenue pour de justes motifs conformément à la procédure prévue à l'article L.337-1 du Code du travail dans le cas d'une salariée enceinte et ainsi de confirmer la résiliation du contrat de travail à la date de la mise à pied sinon du dépôt de la requête devant le tribunal du travail.

La salariée conclut à la confirmation du jugement rendu en première instance en réitérant son argumentation de première instance relative au caractère privé des messages litigieux.

---

<sup>2</sup> CSJ, VIIIème, 31 mai 2018, n°43972 ; CSJ, IIIème, 12 novembre 2015, n°41245

La Cour d'appel, a par réformation, dit la mise à pied avec effet immédiat au 23 mars 2020 justifiée et que le contrat de travail de la salariée était résilié avec effet à la même date.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a d'abord rappelé la procédure prévue à l'article L.337-1 alinéas (1) et (2) du Code du travail.

Ensuite, confirmant sur ce point le jugement de première instance, elle a conclu qu'à défaut de disposition légale contraire et en l'absence de définition spécifique de la notion de faute grave dans lesdites dispositions, il y avait lieu d'assimiler la notion de faute grave prévue à l'article L.124-10 du Code du travail à celle de l'article L.337-1 du Code du travail.

Après avoir énoncé les dispositions légales applicables<sup>34</sup>, la Cour d'appel a convenu qu'en l'espèce, la découverte des messages litigieux par l'employeur ne résultait pas d'un « *traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés dans le cadre des relations de travail* » mais de la présence à l'écran de certains de ces messages, sur l'ordinateur mis à la disposition de la salariée par son employeur dans le cadre de son travail.

En effet, il s'avère que l'ordinateur était librement accessible, allumé et non protégé par un mot de passe.

D'ailleurs, la Cour d'appel a relevé que la recherche ponctuelle effectuée par la salariée a permis de découvrir d'autres messages échangés au moyen de l'application privée Whatsapp utilisée par la salariée licenciée lorsqu'elle branchait son téléphone à son ordinateur.

Dans ces conditions, la Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal du travail en ce qu'il a décidé que comme « *la découverte des échanges « WHATSAPP » litigieux suite au licenciement avec préavis [de la salariée] lors d'une recherche ponctuelle de documents à sauvegarder [l'employeur] n'avait pas exercé de surveillance « continue et exclusive » conformément à l'article L.261-1 du Code du travail* ».

En tout état de cause, la Cour d'appel a précisé que le droit de l'employeur de surveiller l'activité de ses salariés se voit limiter par le respect de l'intimité de la vie privée du salarié dont font nécessairement parties les communications effectuées au moyen d'une messagerie privée.

Vu que l'ordinateur de la salariée licenciée n'était pas protégé par un mot de passe et avait été laissé librement accessible suite au départ de celle-ci, la salariée licenciée a nécessairement conféré un caractère professionnel auxdits messages de sorte qu'ils n'étaient pas protégés par le secret des correspondances.

A la Cour d'appel de retenir qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir que la salariée licenciée ait averti à un quelconque moment son employeur de la présence desdits messages sur l'écran de son ordinateur.

La Cour d'appel a alors réformé sur ce point le jugement de première instance en considérant que le contenu des messages découverts et consultés par l'employeur pouvait en tout état de cause être utilisé pour justifier la mise à pied de la salariée licenciée.

La Cour d'appel a finalement procédé à l'examen du caractère des messages litigieux en relevant un nombre élevé de messages découverts sur la courte période de travail de la salariée licenciée, un contenu injurieux sinon irrespectueux sinon dénigrant tant envers l'employeur que les autres salariés.

---

<sup>3</sup> article L.261-1 du Code du travail

<sup>4</sup> Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (article 6 paragraphe 1<sup>er</sup>)

La Cour d'appel relève d'ailleurs qu'aucun élément du dossier ne permet de dire que ces messages auraient été sortis de leur contexte.

Après avoir finalement rappelé la disposition légale<sup>5</sup> relative à la faute grave, la Cour d'appel a alors qualifié l'échange de ces messages totalement inappropriés comme étant constitutif d'une faute grave.

### **3) La confirmation de la Cour de Cassation de la validité de la preuve constituée par les communications Whatsapp de la salariée en l'absence de violation du droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail, respectivement du secret des correspondances**

La Salariée estimait que la Cour d'Appel n'a pas pris en considération son droit au respect à la vie privée sur son lieu de travail issu de l'article 7 et 8 de la convention des droits de l'homme en déclarant justifiée sa mise à pied et en rejetant sa demande en résiliation du contrat de travail.

La Cour de cassation a elle jugé que le moyen soulevé par la demanderesse en cassation n'était pas fondé.

Pour statuer ainsi, la Cour de cassation a tout d'abord relevé que les messages invoqués à l'appui de la mise à pied et de la résiliation du contrat de travail se trouvaient sur l'ordinateur professionnel de la demanderesse en cassation et mis à sa disposition par son employeur en tant qu'outil professionnel pour les tâches lui confiées.

Ensuite, la Cour de cassation a rappelé que si l'Employeur avait eu accès à l'ordinateur de la demanderesse en cassation, cela s'inscrivait uniquement dans le cadre d'une sauvegarde du contenu professionnel, respectivement pour un motif légitime dans le cadre de l'organisation de son entreprise.

Toujours est-il que la Cour de cassation a également mis en exergue l'absence d'identification à première vue du caractère personnel desdits messages.

Finalement la Cour de cassation a convenu que l'Employeur avait eu accès à ces messages alors que l'application de messagerie avait été laissée ouverte à l'écran, sans être protégée par un mot de passe dont l'employeur aurait pu en déduire le caractère privé et permettant indéniablement la lecture directe à l'écran de certains messages litigieux.

Dans ces conditions, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel en ce qu'il a retenu que ces messages revêtaient un caractère professionnel, non protégés par le secret des correspondance et pouvaient dès lors être invoqués par l'employeur pour motiver la mise à pied et solliciter la résiliation du contrat de travail.

---

<sup>5</sup> Article L.124-10 du Code du travail