

Proposition de citation :

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

Art. 328b CO

La fouille illicite de messages privés par l'employeur : entre traitement et moyens de preuve illicites ; commentaire de l'arrêt du TF 4A_518/2020

David Raedler, docteur en droit, avocat

I. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le collaborateur Z était employé par la société A en qualité de directeur des opérations. Parmi les modalités contractuellement prévues, un téléphone ainsi qu'un ordinateur portables lui avaient été mis à disposition, avec la précision que le téléphone devait être utilisé exclusivement à des fins professionnelles et que l'employeuse se réservait le droit d'effectuer des contrôles sur le bon usage qui en était fait.

Après un certain temps, des tensions sont nées entre Z et le directeur général de la société A en raison notamment d'une charge de travail importante et de nombreuses heures supplémentaires effectuées. A ce moment, la société A a mené une enquête interne informelle auprès des membres de l'équipe de Z afin de juger de ses capacités managériales. Peu de temps après, par courrier du 18 novembre 2016, la société A a résilié le contrat de travail de Z pour le 31 janvier 2017. Z y a fait opposition, puis est tombé en incapacité de travail dès le 5 décembre 2017. Par courrier du 16 décembre 2017, l'employeur a signifié à Z la résiliation de son contrat de travail avec effet immédiat en raison d'une rupture du lien de confiance, au motif qu'il aurait tenu des propos grossiers et indécents sur son lieu de travail et aurait commis des agissements obscènes à caractère sexuel. Ces éléments auraient été portés à la connaissance du directeur général par des témoignages écrits reçus les 14 et 15 décembre 2016.

Suite à son licenciement, Z a restitué notamment son téléphone portable, après avoir été invité par l'employeuse à supprimer toute donnée privée qui s'y trouvait. En avril 2017, le directeur général a chargé sa fille de récupérer les données contenues dans ce téléphone portable. Alors qu'il avait eu du mal à accéder aux données WhatsApp sur le téléphone, qui avaient été effacées par Z, il avait facilement pu accéder au compte iCloud de Z en mentionnant le numéro de raccordement qu'il utilisait.

Saisie d'une action déposée par Z, la première instance a condamné l'employeuse A notamment au paiement d'une rémunération à titre d'heures supplémentaires, d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée et d'une indemnité pour tort moral de CHF 5'000.-. Sur appel formé par l'employeuse, la Cour de justice genevoise a réformé le jugement en retenant notamment le caractère justifié de la résiliation immédiate des rapports de travail, mais en maintenant la condamnation en paiement d'une rémunération pour heures supplémentaires non rémunérées et d'une indemnité pour tort moral, toujours à hauteur de CHF 5'000.-. L'employeuse a formé recours auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de ce jugement.

B. Le droit

Par-devant le Tribunal fédéral, le litige se résumait à deux questions : le paiement de l'indemnité pour tort moral ainsi que la rétribution des heures supplémentaires.

S'agissant tout d'abord du **paiement de l'indemnité pour tort moral**, elle avait été prononcée par la Cour de Justice genevoise en raison de l'accès illicite par le directeur général de l'employeuse au téléphone utilisé par Z ainsi qu'à sa messagerie, ceci quatre mois après la fin des rapports de travail.

A ce titre, le TF rappelle tout d'abord les principes généraux issus des art. 328 et 328b du Code des obligations (CO), ainsi que la définition très large des notions de « données personnelles » (art. 3 let. a LPD) et de « traitement » (art. 3 let. e LPD). Il relève aussi que, selon l'art. 4 al. 1 LPD, tout traitement doit être licite, conforme au principe de la bonne foi et proportionnel. A défaut, il constitue une atteinte à la personnalité (art. 12 LPD), laquelle est illicite à moins de trouver un motif justificatif par le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou la loi (art. 13 LPD)¹.

Ces rappels posés, le Tribunal fédéral confirme en toute logique que l'accès par l'employeuse aux messages de l'employé ainsi qu'à sa messagerie électronique, tout comme leur transmission à des tiers, constituaient bien un traitement de données personnelles au sens de l'art. 3 LPD. Il s'interroge donc, dans un second temps, sur le point de savoir si ce traitement constitue une atteinte illicite à la personnalité au sens des art. 12 et 13 LPD, soulignant que la protection de l'art. 328b CO s'applique également après la fin des rapports de travail. Il est précisé dans ce cadre que la nature privée, voire intime, des messages consultés n'était pas contestée par l'employeuse.

Dans ce contexte, le TF relève que la nature et la portée de l'art. 328b CO sont discutées en doctrine. La majorité retient toutefois qu'il concrétise les principes de proportionnalité et de finalité (soit le fait de restreindre un traitement de données personnelles au but pour lequel celles-ci ont été récoltées) de l'art. 4 al. 2 et 3 LPD. Selon le TF, l'art. 328b CO introduit une « présomption de licéité » du traitement dès le moment où celui-ci porte sur l'aptitude du travailleur à remplir son emploi ou est nécessaire à l'exécution du contrat. Nonobstant cela, le traitement doit toujours respecter les principes généraux de la LPD, dont ceux de bonne foi et de proportionnalité. Si le traitement de données personnelles n'intègre pas le cadre de

¹ Consid. 4.2.1 et 4.2.2 de l'arrêt commenté.

l'art. 328b CO, il est « présumé illicite » selon le TF et doit se fonder sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD.

Afin de savoir ce qui intègre le cadre de l'art. 328b CO dans le cas d'espèce, le TF cite les auteurs de doctrine qui défendent le fait d'opérer une distinction selon si l'employeur a interdit, autorisé ou simplement toléré l'utilisation de la messagerie électronique et des outils informatiques professionnels à des fins privées. La marge de manœuvre de l'employeur serait ainsi plus large si une telle interdiction avait été posée, du fait que l'employeur doit alors pouvoir contrôler le respect de ses directives. Et alors que l'employeur doit, y compris dans ce cas, s'abstenir de consulter des contenus privés qui existeraient néanmoins, cette prescription peut dans les faits être vue comme « artificielle » vu les difficultés pratiques qu'elle pose. Quant à la compréhension de la notion de « données nécessaires à l'exécution du contrat de travail », le TF relève que la doctrine semble l'interpréter de façon large, y compris pour englober les données nécessaires à la conduite d'un procès portant sur un litige relatif aux rapports de travail. Dans tous les cas cependant, le TF note que même un traitement s'inscrivant dans ce qui est possible selon l'art. 328b CO doit néanmoins respecter les principes généraux de la LPD².

A la lumière de ces points, le TF constate que le but de l'employeuse consistait à trouver des preuves susceptibles d'accabler l'employé ; soit un but qui peut entrer dans le champ des possibles de l'art. 328b CO. Toutefois, l'appréciation de la Cour de justice quant au caractère disproportionné de la mesure mise en œuvre dans ce cadre est également confirmée par le TF, compte tenu du fait que des moyens d'investigation moins intrusifs auraient été possibles, dont la possibilité de recueillir des renseignements auprès d'autres employés et les faire auditionner en qualité de témoins. Le TF étant dans ce cadre particulièrement vocal quant à l'appréciation du comportement de l'employeuse, dans la mesure où il relève qu'« [e]n jetant en pâture jusque dans son recours des pans de la vie intime de l'employé pour défendre ses intérêts financiers, l'employeuse ne réussit qu'à démontrer son absence totale d'égard pour la personnalité de l'intimé ».

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral retient le caractère illicite de l'atteinte à la personnalité de l'employé et confirme l'octroi d'une indemnité pour tort morale fondée sur l'art. 49 al. 1 CO³.

Sur le second point examiné, soit **les heures supplémentaires**, le TF confirme également l'appréciation de la Cour de justice genevoise.

A ce titre, il est pertinent de relever que l'autorité précédente avait écarté plusieurs des pièces qui avaient été produites par l'entreprise A afin de contester l'existence des heures supplémentaires : les conversations WhatsApp privées échangées sur le téléphone portable et plusieurs courriels intimes envoyés depuis la messagerie professionnelle. Cette exclusion était intervenue au motif qu'il s'agissait de preuves obtenues en violation des art. 143^{bis} et 179^{novies} du Code pénal (CP), ainsi que des art. 328 et 328b CO ainsi que de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), soit des moyens de preuve obtenus de manière illicite au sens de l'art. 152 al. 2 du Code de procédure civile (CPC). La balance des intérêts entre l'intérêt à la manifestation de la vérité et les droits à la protection de la

² Consid. 4.2.4 de l'arrêt commenté.

³ Consid. 4.2.5 de l'arrêt commenté.

personnalité de l'employé faisait primer les seconds. Un raisonnement qui est confirmé par le TF, qui relève le fait que la nature privée des échanges ne laissait « nulle place au doute ». L'absence de mention « privé » sur les messages concernés n'était pas pertinente, tout comme le fait que l'utilisation des moyens informatiques avait été restreinte au domaine professionnel ou encore que la société défendait l'argument que les données contenues sur le « Cloud » lui appartenaient : le TF se fonde dans ce cadre sur la nature clairement privée des messages, qui n'est pas tempérée par ces différents éléments⁴.

Le TF ne revient pas non plus dans ce cadre sur le fait que l'autorité précédente a appliqué l'art. 42 al. 2 CO par analogie afin d'en estimer la quotité, sachant qu'aucun système de comptabilisation des heures de travail n'avait été mis en place durant les rapports de travail. Rappelant uniquement que, de jurisprudence constante, l'art. 42 al. 2 CO mène à un allègement du fardeau de la preuve et non à son retournement. Il appartient donc à l'employé de fournir, dans la mesure du raisonnable, les éléments constituant des indices des heures réalisées⁵.

Enfin, le TF rappelle également que l'employeur ne saurait invoquer le fait que son employé n'aurait pas annoncé les heures supplémentaires effectuées lorsqu'il en avait connaissance ou, vu les circonstances, aurait dû en avoir connaissance. Dans un tel cas, le TF confirme que l'employeur doit se renseigner s'il désire connaître le nombre d'heures supplémentaires accomplies – sous réserve toujours d'un éventuel abus de droit de la part de l'employé. Lequel n'était, en l'espèce, pas donné⁶.

A la lumière de ces points, le TF rejette donc le recours de la société A à l'encontre du jugement de l'autorité inférieure.

III. Analyse

Dans l'ensemble, ce relativement long arrêt apporte à la fois des réponses et de nouveaux questionnements, principalement sur la question de l'accès de l'employeur à des données personnelles privées de l'employé. Les développements donnés quant au sort des moyens de preuve illicites en procédure civile sont également intéressants. Dès lors, chacun de ces deux sujets sera abordé et commenté ci-après.

A. L'accès de l'employeur à des données personnelles privées de l'employé

1. Ce premier sujet peut lui-même être réparti en deux thématiques qui méritent un commentaire : la portée exacte de l'art. 328b CO et les conséquences d'une règle interdisant toute utilisation privée des moyens informatiques professionnels mis à disposition de l'employé.
2. Les art. 328 et 328b CO sont intimement liés dans le cadre plus large de la protection de la personnalité de l'employé. Alors que le premier impose à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur, le second couvre spécifiquement les traitements de données personnelles qui interviennent dans ce même cadre. Il y est prévu que l'employeur ne peut traiter les données personnelles du travailleur que dans la mesure où ces données portent sur ses aptitudes à remplir son

⁴ Consid. 5.2.1.2 de l'arrêt commenté.

⁵ Consid. 5.3 de l'arrêt commenté.

⁶ Consid. 5.4.3 de l'arrêt commenté.

emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Pour le surplus, l'art. 328b CO opère un renvoi explicite à la LPD. Cette dernière exprime pour sa part les règles et impératifs qui doivent régir tout traitement de données personnelles. De façon très résumée, tant la notion de donnée personnelle que celle de traitement (art. 3 let. a et e LPD) reçoivent une définition très large, qui mène à entrer très facilement dans le champ d'application de cette loi⁷. Avec la conséquence que la personne traitant les données personnelles doit s'assurer que cela respecte les principes exprimés dans la LPD, dont ceux de licéité (art. 4 al. 1 LPD), proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD), finalité (art. 4 al. 3 LPD), reconnaissabilité ou information (art. 4 al. 4 LPD ainsi que 14 al. 1 LPD), exactitude (art. 5 LPD) et sécurité (art. 7 LPD). Si le traitement en question lèse la personnalité de la personne concernée, notamment car il enfreint l'un des principes précités ou intervient contre sa volonté expresse, il sera qualifié d'illicite à moins d'être justifié par le consentement de la personne concernée, un intérêt prépondérant privé ou public, ou la loi (art. 12 et 13 LPD).

3. Ainsi, et à la suite de ce dernier point, la LPD se caractérise par un raisonnement en trois étapes permettant de juger de la licéité ou non d'un traitement de données⁸. Après avoir identifié en premier lieu s'il y a effectivement un tel traitement – ce qui implique à la fois l'existence de données personnelles et d'un traitement – il convient d'examiner dans un second temps si celui-ci entraîne ou non une violation de la personnalité de la personne concernée, notamment au regard de la liste exemplative de l'art. 12 al. 2 LPD. Puis, si une violation de la personnalité est bien constatée, il est encore nécessaire dans une troisième étape d'examiner si un motif justificatif peut la justifier et, par-là, la rendre licite selon l'art. 13 al. 1 LPD. Il s'agit alors d'un renversement de la présomption d'illicéité issue de la violation de la personnalité de la personne concernée constatée à la seconde étape⁹. Il est noté que ce raisonnement en trois étapes demeurera dans le cadre de la future LPD qui devrait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2023 (art. 26 et 27). Il se distingue en revanche de ce qui s'applique en droit européen de la protection des données personnelles, dont l'art. 6 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) impose dans tous les cas l'existence d'un fondement au traitement.
4. Ce rappel posé, l'on peut s'intéresser tout d'abord à la **portée exacte de l'art. 328b CO**, et à sa relation avec la LPD, dans la mesure abordée par l'arrêt ici commenté. Ce thème a longtemps fait l'objet de discussions et de débats en doctrine. D'abord car l'utilité de cette disposition au regard des principes généraux de proportionnalité et de finalité issus de la LPD peut apparaître douteuse, en tant qu'une limitation du traitement à ce qui est nécessaire dans le cadre des relations de travail découle déjà de leur application. Ensuite, et surtout, car la portée de l'art. 328b CO par rapport au système du « motif justificatif » en cas d'atteinte à la personnalité, tel que prévu par les art. 12 et 13 LPD, n'est pas claire. Ainsi, les débats se concentraient notamment sur la question de savoir si l'art. 328b CO constituait une norme spéciale par rapport aux art. 12 et 13 LPD, par laquelle il était *imposé* à l'employeur de ne traiter les données personnelles du travailleur que dans la

⁷ Sur la portée de ces deux notions en droit du travail spécifiquement, voir l'arrêt du TF 4A_588/2018 du 27 juin 2019, consid. 4.

⁸ STEFAN GERSCHWILLER/ASTRID EPINEY/DANIELA NÜESCH/HUSSEIN NOUREDDINE/CLAUDIA LEONIE WASMER, §3 Prinzipien der Datenbearbeitung durch Privatpersonen und Behörden, *in*: Passadelis/Rosenthal/Thür (édit.), Datenschutzrecht, Bâle 2015, N 3.103 ss, notamment le schéma au N 3.134.

⁹ ALEXANDRE GUISAN/CÉLIAN HIRSCH, La surveillance secrète de l'employé : de la protection des données à la procédure pénale, RSJ 117/2019 p. 707 ss, p. 709.

- mesure où elles portaient sur ses aptitudes à remplir son emploi ou étaient nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Sans qu'un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD ne puissent donc être invoqué si tel n'était pas le cas.
5. Dans un arrêt de 2019, le TF a plus ou moins tranché ce débat, implicitement, en retenant que l'art. 13 LPD pouvait être considéré et analysé y compris dans le cadre d'une application de l'art. 328b CO¹⁰. Ce faisant, le TF a donc écarté une portée de l'art. 328b CO qui aurait été exclusive et aurait, de ce fait, empêché absolument tout traitement de données personnelles dépassant le but qui y est évoqué. Ainsi, l'art. 13 LPD pouvant également être pertinent dans les rapports de travail, il n'est pas exclu sur le principe que l'employeur puisse également traiter des données sortant du cadre des rapports de travail, moyennant justement l'existence d'un motif justificatif. Ce point tranché, la question demeurerait toutefois de savoir quelle était alors réellement la portée de l'art. 328b CO. En d'autres termes, il devenait douteux de savoir si cette disposition emportait une conséquence propre ou n'était qu'une règle déclarative renvoyant intégralement à la LPD.
 6. Et c'est justement sur cette seconde question que l'arrêt 4A_518/2020 du 25 août 2021 est intéressant. Le TF y retient en effet que l'art. 328b CO introduit une « présomption de licéité » du traitement de données personnelles lorsque celles-ci portent sur les buts qui y sont exprimés, soit les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou l'exécution du contrat. Il complète cette qualification en relevant que « la doctrine admet » que le traitement doit dans tous les cas aussi respecter les principes généraux de la LPD. Enfin, il note qu'un traitement qui n'intégrerait pas le cadre de l'art. 328b CO serait alors « présumé illicite », imposant dans ce cas l'invocation de l'un des motifs justificatifs de l'art. 13 LPD.
 7. Toutefois, par ces trois points, le TF ne permet malheureusement pas de clarifier la portée exacte de l'art. 328b CO ni sa relation exacte avec la LPD.
 8. Tout d'abord, car la notion de « présomption de licéité » n'est pas claire. Le système prévu par les art. 12 et 13 LPD repose en effet déjà sur la nature généralement licite d'un traitement, qui ne devient illicite que s'il (i) cause une atteinte à la personnalité de la personne concernée dans une mesure qui (ii) n'est pas justifiée par un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD. Ainsi, et au contraire de ce qui vaut selon l'art. 6 RGPD, la LPD n'impose pas que *tout* traitement repose impérativement sur un motif justificatif : celui-ci n'est nécessaire qu'en cas de violation de la personnalité de la personne concernée. Quelque chose qui serait notamment réalisé, comme indiqué *supra*, si l'un des principes de la LPD n'était pas respecté, dont ceux de proportionnalité et de finalité. Or, en affirmant coup sur coup que l'art. 328b CO pose une « présomption de licéité » et que le traitement doit, en plus, respecter les principes issus de la LPD, le TF opère en réalité une tautologie : la licéité du traitement, qui est présumée lorsque les principes de la LPD sont respectés, serait présumée par l'art. 328b CO tant que les principes de la LPD sont respectés... Il est à relever d'ailleurs que, dans un précédent arrêt auquel le TF se réfère dans ce cadre, il n'avait pas retenu une telle « présomption de licéité » mais bien une présomption d'absence d'atteinte à la personnalité, laquelle – à nouveau – découle déjà du système des art. 12 et 13 LPD...¹¹.

¹⁰ Arrêt du TF 4A_588/2018 du 27 juin 2019, consid. 4.3.1.

¹¹ ATF 130 II 425, consid. 3.3. Dans le même sens : CÉLIAN HIRSCH, L'accès par l'employeur aux messages WhatsApp de l'employé, *in* : www.lawinside.ch/1098.

9. Ensuite, car le TF ajoute tout de même cette « présomption d'illicéité » pour tout traitement qui sortirait du cadre de l'art. 328b CO. A ce titre donc, il serait dans tous les cas nécessaire de justifier par l'art. 13 LPD un traitement de données personnelles qui ne portent pas sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat. Ce qui implique que tout traitement sortant de l'art. 328b CO soit considéré comme enfreignant la personnalité de l'employé, au sens de l'art. 12 LPD, entraînant du coup une présomption d'illicéité qui ne saurait être levée que moyennant l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD. Suivant là donc le raisonnement ordinaire en trois étapes rappelé ci-dessus.
10. En réalité, c'est bien cette seconde appréciation qui nous paraît correcte et permet de donner son sens à l'art. 328b CO, à l'exclusion de la première liée à la « présomption de licéité ». Par ce biais, l'art. 328b CO se voit en effet attribuer une portée propre – et ne constitue pas un seul renvoi à la LPD – par le fait qu'il précise, pour les rapports de travail, la portée de l'art. 12 LPD et intègre une présomption d'illicéité de tout traitement qui dépasserait le cadre qu'il pose. Obligeant donc l'employeur à établir l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD dans tous les cas où il traiterait des données personnelles qui ne portent pas sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat.
11. Un cadre qui, bien qu'ainsi posé, demeure sujet à débat quant à sa portée. En effet, anticipant les développements qui suivent quant à la portée d'une interdiction d'utilisation de moyens informatiques professionnelles à des fins privées, l'on pourrait défendre que la vérification de cette interdiction est « nécessaire à l'exécution du contrat » au sens de l'art. 328b CO, dans la mesure où il s'agit d'une obligation contractuelle de l'employé. Une vérification qui, si l'obligation de l'employé a été enfreinte, intégrerait justement le traitement de messages et autres données personnelles privés de l'employé... Une considération qui apparaît d'ailleurs être faite par le TF lui-même lorsqu'il retient que « l'accession aux messages privés et leur consultation s'inscriraient dans le champ d'activité *a priori* autorisées par l'art. 328b CO »¹². Et qui est d'autant plus ouverte dans la mesure où le TF rejoint aussi les auteurs de doctrine qui interprètent largement la notion de données « nécessaires à l'exécution du contrat de travail », en retenant que cela couvre le fait de préparer et conduire un litige relatif aux rapports de travail.
12. A noter d'ailleurs, à la suite de ce dernier point, que le TF crée ici une différence de régime entre les droits de l'employeur et les droits de l'employé. En effet, alors que la préparation et la conduite d'un litige est dite comme étant dans le cadre de l'art. 328b CO, le droit d'accès de l'employé issu de l'art. 8 LPD a lui-même explicitement été exclu par le TF lorsqu'il vise à obtenir des moyens de preuve en vue d'une procédure civile, dès le moment où il ne porte pas spécifiquement sur l'analyse du respect des conditions et modalités de la LPD (« *Fishing expedition* »)¹³. A notre sens, faire nécessairement entrer dans le cadre de l'art. 328b CO le traitement de données personnelles visant un éventuel procès futur (y compris leur collecte et leur conservation) dépasse le cadre voulu pour cette disposition. Il devrait donc plutôt être nécessaire pour l'employeur d'invoquer son intérêt prépondérant selon l'art. 13 LPD, vu la « présomption d'illicéité » s'appliquant dès que l'on sort du cadre de l'art. 328b CO.

¹² Consid. 4.2.4 de l'arrêt commenté.

¹³ Arrêt du TF 4A_277/2020 du 18 novembre 2020, consid. 5.3 à 5.5 ; également ATF 147 III 139, consid. 1.7.2.

13. Enfin, il est encore pertinent de relever que le TF confirme dans cet arrêt le fait que la protection issue de l'art. 328b CO peut s'exercer également après la fin des rapports de travail, sans limitation de temps¹⁴. Ce principe est similaire à celui qui a été développé par le TF concernant la protection de l'art. 328 CO, qui a également été vue comme dépassant le cadre strict de la durée des rapports de travail pour s'étendre également après leur fin, en tout cas dans une certaine mesure¹⁵.
14. S'agissant ensuite **des conséquences d'une règle interdisant toute utilisation privée des moyens informatiques professionnels mis à disposition de l'employé**, l'arrêt 4A_518/2020 du 25 août 2021 en tempère la portée pour l'employeur.
15. De façon bienvenue, il confirme le fait que des messages et éléments de nature privée le restent nonobstant l'existence d'une telle règle. Autrement dit : ce n'est pas car une telle interdiction a été posée par l'employeur que tout échange intervenu avec les moyens informatiques mis à la disposition de l'employé deviennent automatiquement professionnels. Cette règle intègre en réalité une *présomption* que tout échange de la sorte est professionnel – laquelle est renversée dès le moment où la nature privée du message ressort de son contenu ou des circonstances¹⁶. Dans un tel cas, et sans qu'une « présomption de licéité » n'ait à s'appliquer (comme vu *supra*), il conviendra de s'assurer que le traitement de ces messages et contenus privés respecte les principes issus de la LPD, dont ceux de proportionnalité et de finalité. Or, une telle possibilité sera usuellement exclue pour du contenu privé de l'employé, de sorte qu'il faudra dans une seconde étape examiner si un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD est réalisé, notamment car l'intérêt prépondérant de l'employeur justifierait un tel traitement. Intérêt qui, pour être prépondérant, doit justement respecter d'autant plus clairement le principe de proportionnalité par rapport aux intérêts de l'employé à voir ses messages privés exclus des traitements opérés par l'employeur. Ainsi, et comme retenu par le TF dans l'arrêt 4A_518/2020 du 25 août 2021, un tel intérêt prépondérant sera notamment exclu si l'employeur aurait, par alternative, pu interroger des employés sur les faits concernés. Un élément qui, très fréquemment, pourra être le cas dans le contexte plus large d'une enquête interne. A l'image d'ailleurs de ce qu'avait fait la société A peu avant le licenciement de Z.
16. Par ce raisonnement, le TF confirme donc l'importance pour l'employeur de ne traiter par principe que des contenus de nature professionnelle, à l'exclusion de principe de tout contenu de nature privée. Ceci indépendamment de l'éventuelle violation par l'employé d'une règle contractuellement posée par laquelle il n'aurait dû faire un usage privé des moyens de télécommunication fournis. En outre, l'on peut également en déduire qu'il peut être tenu compte, dans la balance des intérêts en cause, du comportement de l'employeur par rapport à un usage privé dont il aurait connaissance. Ainsi, l'employeur qui aurait exclu un usage privé des moyens de télécommunication tout en le tolérant en

¹⁴ Consid. 4.2.2 de l'arrêt ici commenté, renvoyant à l'ATF 131 V 298, consid. 6.1.

¹⁵ ATF 130 III 699, consid. 5.1. A ce sujet, également JEAN-PHILIPPE DUNAND, La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail, *in* : Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 47 ss, p. 51.

¹⁶ DAVID RAEDLER, Les enquêtes internes sous l'œil des autres procédures internes à l'employeur, *in* : Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Les procédures en droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 183 ss, p. 201, 202 et 206 ; DAVID RAEDLER, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain, Lausanne 2018, p. 502 et 503.

pratique – ce qui était le cas de la société A et ressortait notamment du fait qu’elle avait invité Z à supprimer tout contenu privé de son téléphone avant sa restitution – ne peut par principe plus invoquer un intérêt prépondérant à traiter ce même contenu par la suite au motif de contrôler le respect de sa directive.

17. En conclusion sur ce premier sujet, le TF n’amène malheureusement pas une clarification réelle à la question du champ d’application de l’art. 328b CO ainsi que de sa portée par rapport à la LPD. Ainsi, alors que l’on peut le suivre lorsqu’il retient qu’un traitement sortant de l’art. 328b CO sera « présumé illicite », et devra donc trouver un motif justificatif selon l’art. 13 LPD, il nous paraît peu compatible avec le système de la LPD de retenir en parallèle une « présomption de licéité » dès le moment où le traitement se limite au cadre de l’art. 328b CO. En tout cas si cette notion de « présomption de licéité » dépasse la seule présomption d’une « absence d’illicéité » telle que découlant d’emblée du régime des art. 12 et 13 LPD.

B. L’accès de l’employeur à des données personnelles privées de l’employé

18. Alors que le premier sujet a été traité relativement longuement par le TF, ce second sujet est réglé beaucoup plus brièvement : du fait que les messages de nature privée traités par l’employeur sortaient du cadre de l’art. 328b CO, leur traitement aurait dû reposer sur un motif justificatif au sens de l’art. 13 LPD. Or, comme expliqué ci-dessus, tel n’était pas le cas en raison notamment de l’existence de moyens moins intrusifs à disposition de l’employeur permettant d’atteindre le même objectif. En conséquence, il s’agit d’un moyen de preuve illicite au sens de l’art. 152 al. 2 CPC.
19. De façon générale, l’art. 152 al. 2 CPC permet au tribunal de prendre en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite si l’intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve dite « irrégulière », qui est recueillie en violation d’une règle de procédure, la preuve dite « illicite » est obtenue en violation d’une norme de droit matériel, qui protège le bien juridique lésé contre l’atteinte en cause. Selon la jurisprudence du TF, une telle utilisation n’est possible que d’une manière restrictive et moyennant une pesée des intérêts entre d’une part celui à la protection du bien lésé par l’obtention illicite et, d’autre part, celui à la manifestation de la vérité¹⁷.
20. S’agissant tout d’abord de la qualification du moyen de preuve illicite retenue pour les messages privés consultés et produits par l’employeur, le Tribunal fédéral suit ici une qualification correcte. En effet, il applique là le raisonnement en trois étapes requis par la LPD : dans la mesure où l’obtention de ces messages ne respectait pas le principe de proportionnalité, ou respectivement sortait du cadre de l’art. 328b CO, l’existence d’un motif justificatif au sens de l’art. 13 LPD était nécessaire pour rendre le traitement de données personnelles licite¹⁸. Or, un tel motif justificatif n’a pas été retenu, empêchant du même coup de renverser la présomption d’illicéité découlant de la violation de la personnalité de Z.

¹⁷ ATF 140 III 6, consid. 3.1 ; également arrêts du TF 4A_633/2020 du 24 juin 2021, consid. 2.1 et 2.1.1, et 5A_643/2020 du 11 septembre 2020, consid. 4.3.2.

¹⁸ Ceci distingue cet arrêt de ce qui a pu être vu dans de précédents arrêts du TF, dans lesquels il a pu s’égarer dans l’application du raisonnement en trois étapes ; à titre d’exemple, voir arrêt du TF 6B_1188/2018 du 26 septembre 2019, consid. 3.3, commenté dans DAVID RAEDLER, Les *dashcams* et autres caméras en circulation routière, de la récolte à l’utilisation des moyens de preuves, *in* : Revue de droit suisse (RDS/ZSR) 2020, I, p. 141 ss.

21. Concernant ensuite la possibilité de prendre en compte le moyen de preuve en procédure civile, l'approche du TF confirme l'interprétation restrictive qu'il fait de l'art. 152 al. 2 CPC. Dans la même ligne de ce qui a été dit *supra* sous l'angle de l'art. 13 LPD, le TF tient compte ici du fait que la société A avait connaissance du fait que l'interdiction d'un usage privé des moyens de télécommunication n'était pas respecté. Or, en allant ensuite récupérer ces données personnelles sans autorisation ni information de l'employé, la société A n'a pas agi d'une façon conforme au droit. L'on comprend par ailleurs du ton très incisif utilisé par le TF¹⁹ que l'usage qui a été fait par la société A des moyens de preuve en question – soit notamment leur reproduction détaillée dans les écritures en justice – n'a fait qu'aggraver la violation de la personnalité de l'employé Z et, de ce fait, l'importance de protéger le bien lésé par rapport à la manifestation de la vérité invoquée par la société A.
22. Dans l'ensemble, le TF tient compte dans l'appréciation qui est faite sous l'angle de l'art. 152 al. 2 CPC non seulement de l'importance du bien protégé – soit la vie privée et intime de l'employé – mais également du comportement général de la société A et du fait qu'elle avait toléré un usage privé des moyens de télécommunication.

IV. Conclusion

En conclusion, l'on peut retenir de l'arrêt 4A_518/2020 du 25 août 2021 que la portée exacte de l'art. 328b CO n'est malheureusement de loin pas définitivement réglée. Alors que l'existence d'une « présomption d'illicéité » dès le moment où un traitement de données personnelles sort des buts prévus par l'art. 328b CO apparaît être une interprétation devant être suivie pour cette disposition, la mention faite avant cela par le TF d'une « présomption de licéité » découlant du cas inverse – soit d'un traitement limité aux buts prévus par l'art. 328b CO – apporte confusion et incompréhension. En effet, rien ne laisse penser que le but du législateur en adoptant l'art. 328b CO consistait à déroger au raisonnement en 3 étapes appliqué aux art. 12 et 13 LPD. Au contraire, l'art. 328b CO devrait justement s'inscrire dans ce cadre, en permettant de présumer de l'existence d'une atteinte à la personnalité lorsqu'un traitement sortirait des cas qu'il prévoit. En d'autres termes, l'art. 328b CO viendrait préciser l'art. 12 LPD spécifiquement pour les rapports de travail. Une interprétation qui a l'avantage à la fois de lui donner une portée propre, en excluant donc la nature purement déclarative de cette disposition, et de respecter le système prévu par la LPD.

¹⁹ Le TF relève notamment sous l'angle de la nature privée des messages que « La simple lecture de la première ligne des messages en question ne laissait certainement nulle place au doute si l'on en croit la description haute en couleur qu'elle en fait dans son recours » ; il note aussi que « De ce florilège de motifs, plus ou moins sérieux, aucun de fait osciller ne serait-ce que d'un iota la balance qui conduit à faire primer l'intérêt de l'employé » ; ou encore « Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les méandres de son raisonnement : 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 » ; tous au consid. 5.2.1.2.