

Unité d'Etude DR76 - Droit des sociétés – 20 heures

L'objectif de cette unité est de permettre aux étudiants ingénieur de 2^{ème} année de comprendre l'environnement juridique des entreprises, d'appliquer les règles de droit dans le cadre de l'exercice de leur profession et de maîtriser les conséquences de leurs actions dans l'entreprise.

Séance du 27 janvier 2025

I/ Le point sur les droits d'auteur des salariés

La création salariée est une problématique constante en matière de droits d'auteur, comme de droit du travail. Les salariés prenant part au développement des projets de leur employeur, il est essentiel de déterminer qui est titulaire des droits d'auteurs sur les travaux réalisés par le salarié et dans quelles conditions ceux-ci peuvent être exploités par l'employeur.

Titularité des droits *ab initio*.

A cet égard, l'article L111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle établit que

« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

La seule existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits de propriété intellectuelle de l'auteur salarié.

La jurisprudence est constante en la matière et aucune cession tacite des droits au profit de l'employeur n'est reconnue [1] et ce même si l'œuvre est créée en exécution des directives de l'employeur [2].

A défaut de cession de droits à son profit, l'employeur ne peut exploiter l'œuvre créée par son salarié.

Des exceptions ont toutefois été créées au profit des employeurs pour certaines professions (journaliste, fonctionnaire), sur certains produits (logiciels) et sur certains types d'œuvres (œuvre collective).

Nous ne traiterons pas ici des régimes spécifiques mais nous concentrerons sur les dispositions générales. Il semble toutefois important de revenir brièvement sur la notion d'œuvre collective.

L'œuvre collective est, sauf preuve contraire la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée, qui est investie des droits de l'auteur [3]. Cette disposition permet ainsi aux employeurs à l'initiative d'une œuvre collective d'être titulaire des droits d'auteur sur celle-ci sans formalité.

La dérogation étant très favorable aux employeurs, l'article L113-1 du CPI, établit une définition de l'œuvre collective et la qualification d'œuvre collective suppose une œuvre

« créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom » et dans « laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

La qualification a pu être reconnue dans de nombreux cas, notamment pour des dictionnaires, sites internet, œuvres multimédia, créations publicitaires etc.

Il est possible pour un auteur de revendiquer des droits sur sa contribution notamment en démontrant que sa contribution est distincte et individualisable de l'œuvre finale. La jurisprudence est sévère en la matière et apprécie strictement les conditions ci-avant.

Ainsi la qualification d'œuvre collective a pu être rejetée pour les œuvres audiovisuelles, pour un recueil de contributions d'intervenants lors de colloques, pour un magazine etc.

Les conditions d'applications du régime de l'œuvre collective sont strictes et le risque de requalification réelle. L'établissement d'une clause de cession de droits reste donc judicieux.

Nécessité d'une cession au profit de l'employeur.

La transmission des droits est expressément subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée [4].

La clause par laquelle un salarié cède ses droits d'auteur devra en conséquence respecter un certain nombre de conditions, en application de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui est régulièrement rappelé par la jurisprudence [5] :

- ▶ Les droits cédés devront chacun faire l'objet d'une mention distincte et précise dans l'acte de cession ;
- ▶ Le domaine d'exploitation des droits cédés devra être délimité dans son étendue et sa destination, son lieu et sa durée ;
- ▶ Les droits moraux de l'auteur restent incessibles.

Toute clause de cession trop générale ou imprécise des œuvres créées dans le cadre du contrat de travail est susceptible d'être annulée, comme portant atteinte au principe de la prohibition de la cession globale des œuvres futures [6].

Cependant, il a pu être admis que la prévision, dans un contrat entre un annonceur et un agent de publicité, « d'une cession automatique des droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure de l'exploitation ou du règlement éventuel des travaux, ni celle du transfert des seuls engagements en cours à l'agent successeur », avec tous les droits et charges y afférents ne constituait pas une cession globale des œuvres futures [7].

Dans le même sens, « la prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure d'éventuels travaux n'est pas constitutive de la cession globale d'œuvres futures » [8].

De telles décisions vont donc dans le sens de la validité des clauses de cession de droits dans les contrats de travail, dès lors qu'elles sont suffisamment claires.

Rémunération de la cession de droits de l'auteur salarié.

La cession peut être réalisée à titre gratuit ou onéreux [9] cependant l'article L131-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit expressément pour l'auteur une participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation de son œuvre.

Toutefois, des exceptions sont prévues et permettent une rémunération forfaitaire notamment dans les cas suivants : la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ; les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ; les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ou la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle (soit la contribution de l'auteur ne

constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité).

Dans le cadre de créations salariées, la rémunération proportionnelle n'est généralement pas adaptée notamment pour tous les cas où l'auteur ne participe que de manière accessoire à l'œuvre : consultant sur un projet, réalisation d'éléments graphiques secondaires, écriture de textes de présentation etc.

Il s'agit alors d'inclure dans le salaire une fraction correspondant à la rémunération des droits d'auteurs en opérant une ventilation entre salaire et rémunération forfaitaire des droits d'auteurs.

La jurisprudence est cependant relativement souple à cet égard et a pu admettre la possibilité que la rémunération forfaitaire

« n'opère aucune distinction entre la rémunération de la prestation de travail proprement dite et la contrepartie de la cession continue des droits d'auteur au cours de l'exécution du contrat de travail » [10].

Les juges ont également pu valider le fait qu'un contrat de travail ne détaille pas les modalités financières de la cession des droits et que le salaire englobe à la fois la contrepartie de la cession et celle de la mise en œuvre de la prestation de travail [11].

Enfin, il doit être noté que dans le cadre de telles cessions forfaitaire, une révision pour lésion est possible au profit de l'auteur ayant subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre cédée [12].

La lésion doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat et donc indépendamment des profits ultérieurs du cessionnaire, par référence aux usages professionnels et en fonction des modalités d'exploitation de l'œuvre et la prévision insuffisante des produits de l'exploitation n'est prise en compte que si l'intensité de l'exploitation future n'était pas envisageable à l'instant de la cession faute d'indications de la part de l'employeur.

Il est donc conseillé de fixer une rémunération forfaitaire qui ne soit pas dérisoire, conforme aux usages et à l'exploitation de l'œuvre envisagée.

[1] Civ. 1re, 16 déc. 1992 : RIDA avr. 1993, p. 193, note Sirinelli ; JCP 1993. IV. 549.

[2] T. com. Lyon, réf., 22 oct. 2001 : Rev. judiciaire 2002, no 970.

[3] Article L113-5 CPI.

[4] Civ. 1re, 16 déc. 1992 précité.

[5] Cass. Soc., 7 janv. 2015, n°13-20.224.

[6] L131-1 du Code de la propriété intellectuelle.

[7] Civ. 1re, 4 févr. 1986 : Bull. civ. I, no 12 ; RTD com. 1987. 198.

[8] Lyon, 28 nov. 1991 : Gaz. Pal. 1992. 1. 275, note Forgeron.

[9] Article L122-7 du CPI.

[10] Paris, 22e ch., sect. B, 9 juin 2009, RG n°07/02330.

[11] Paris, pôle 6, 5e ch., 10 mars 2016, RG n°15/00318.

[12] Art. L131-5 CPI.

II/ Le point sur les inventions des salariés

Il s'agit ici de la titularité des droits sur les créations industrielles.

La réglementation des inventions salariées relève de l'article L.611-7 du Code de la Propriété Intellectuelle qui fait dépendre la répartition des droits de la définition de l'invention.

Dans certains cas, le salarié pourra conserver la titularité de ses droits sur l'invention et dans d'autres, c'est à l'employeur qu'ils reviendront.

Cette question suscite beaucoup de litiges ce qui n'est pas étonnant lorsque l'on constate que 90 % des inventions brevetées sont le fait d'inventeurs salariés.

Il faut distinguer entre les inventions de mission et les inventions hors missions

- **Les inventions de mission**

Elles sont créées dans le cadre des missions du salarié ou encore dans le cadre d'études ou de recherches lui ayant été confiées. Dans ce cas, l'employeur est seul titulaire des droits sur l'invention.

En revanche, le salarié pourra s'il le souhaite être mentionné comme inventeur et bénéficiera d'une rémunération supplémentaire (fixée par la convention collective, l'accord d'entreprise ou le contrat de travail).

Depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 mai 2017, en l'absence d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise, les règles de calcul de la rémunération supplémentaire doivent être expressément acceptées par écrit par le salarié pour lui être opposables.

Les inventions hors mission « attribuables »

Le salarié agit hors du cadre de sa mission mais l'invention présente tout de même un lien avec l'entreprise (elle entre dans le domaine d'activité du salarié ou a été mise en œuvre grâce aux moyens mis à disposition par l'entreprise). Le salarié est titulaire des droits sur son invention mais l'employeur bénéficie d'un droit de revendication.

Ce dernier pourra bénéficier d'un droit de jouissance ou d'un droit d'attribution par lequel il revendiquera la propriété de l'invention en contrepartie du paiement au salarié d'un « juste prix ».

Les inventions hors mission « non attribuables »

Il s'agit du cas des inventions réalisées hors du cadre des missions du salarié et sans aucun lien avec l'entreprise. La titularité des droits revient alors logiquement et entièrement au salarié qui ne bénéficiera d'aucune rémunération de la part de l'employeur.

La rédaction du contrat de travail est primordiale pour anticiper le sort de la titularité des droits des inventions de salariés et ce plus particulièrement au niveau de la définition du cadre de la mission.

Depuis la loi Macron du 6 août 2015 il pèse sur l'employeur une obligation d'informer son salarié inventeur des demandes et des obtentions de titres sur l'invention

En conclusion, voici quelques recommandations pour les entreprises soucieuses de sécuriser leurs droits sur les inventions de leurs salariés :

- Bien rédiger la définition de l'activité pour déterminer avec précision les missions confiées au salarié même temporaires car toutes les inventions dites hors mission appartiennent au salarié
- Prévoir une obligation d'information de l'employeur par le salarié concernant toute création ou invention qu'il aurait créée ayant un lien direct ou indirect avec sa fonction / le domaine d'activité de l'entreprise.
- Intégrer une clause de loyauté contractuelle et de coopération

III/ LES RISQUES DES NTIC DANS L'ENTREPRISE

A. L'employeur peut prendre connaissance d'un fichier qui n'est pas identifié comme personnel sur l'ordinateur professionnel mis à la disposition du salarié.

Les juges considèrent que le fichier créé par le salarié et stocké sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur est professionnel.

L'employeur peut donc en prendre connaissance hors la présence du salarié.

Par exception, les répertoires et fichiers expressément identifiés comme personnels conservent un caractère privé.

Les juges appliquent ici la jurisprudence en matière de messagerie électronique.

Dans un arrêt du 20 juin 2014 n°14/3090, la Cour d'Appel de Paris s'est prononcée sur la régularité de l'obtention des moyens de preuve par l'employeur pour justifier du licenciement pour faute lourde d'un Directeur commercial qui aurait entre autre détourné une partie de la clientèle de son employeur.

Le salarié considérait que l'employeur n'avait pas obtenu régulièrement la preuve du détournement de clientèle puisqu'il avait procédé à une fouille de ses effets personnels sans son accord et en son absence.

Dans ce contexte, la Cour d'Appel de Paris a jugé que :

« Il s'avère toutefois que l'ordinateur de Monsieur Sylvain X..., qui lui avait été fourni par l'employeur pour le bon exercice de ses fonctions, est supposé ne contenir que des données professionnelles, sauf répertoires ou fichiers expressément identifiés comme personnels ».

- Qu'est-ce qu'un « fichier personnel » :

Ce n'est pas un fichier dénommé « mes documents » :

Selon la Cour d'appel de Versailles du 22 janvier 2014 n°12/03390 la dénomination « mes documents » ne suffit pas à rendre personnelles les données stockées sur le fichier.

La Cour confirme ainsi l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2012 n°11-13884 .

Un salarié Responsable chauffeurs est licencié pour faute grave avec mise à pied conservatoire.

L'employeur lui reproche d'exercer une activité de concurrence déloyale.

Le salarié demande alors aux juges d'écarter des débats des documents contenus dans son ordinateur professionnel qu'il considérait comme fichiers personnels car il les avait dénommé « mes documents ».

La Cour d'Appel de Versailles s'y oppose en considérant 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 des 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 sont classés dans un dossier intitulé « mes documents ».

B. La jurisprudence relative aux fichiers électronique est étendue aux moyens de stockages externes.

Pour stocker les données informatiques, les entreprises utilisent notamment un ordinateur professionnel, un disque dur externe, une clé USB, outils techniques qui donnent lieu à des décisions de plus en plus affinées.

Comme pour la messagerie électronique et les fichiers informatiques, les juges considèrent que quel que soit le moyen de stockage utilisé parmi le matériel mis à disposition du salarié par l'employeur, le salarié est présumé utiliser ce matériel à des fins professionnelles sauf s'il identifie ces moyens de stockage externe comme personnels.

1. La clé USB :

La Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 2013 n°11-28649 a jugé le licenciement d'une salariée Assistante Administrative licenciée pour faute grave notamment parce qu'elle aurait enregistré sur une clé USB des informations confidentielles concernant l'entreprise et des documents personnels de collègues et dirigeant de l'entreprise.

Ces informations avaient été enregistrées sur une clé USB personnelle à la salariée néanmoins connectée à l'ordinateur mis à disposition par l'entreprise.

La Cour de Cassation a alors considéré : *« 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 ».*

2. Le disque dur

Deux arrêts précisent la notion de moyens de stockage « personnel » :

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 avril 2014 n°11/04388 qui a jugé le cas d'un salarié licencié pour faute grave qui avait identifié le disque dur de son ordinateur contenant des données personnelles avec la dénomination « Perso ».

L'employeur reprochait notamment à ce salarié Administrateur Systèmes d'avoir utilisé des données de l'entreprise pour son usage personnel.

La Cour d'Appel de Paris rejette l'argumentation du salarié en jugeant que : *« les dossiers et fichiers créés et connexions établies par un salarié grâce à l'outil informatique mis à disposition par son employeur pour l'exécution de son travail, sont présumés avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors de sa présence, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels ; que la dénomination « PERSO » du disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient ».*

C. Exceptionnellement, l'employeur peut être autorisé à accéder aux fichiers identifiés comme personnels.

Dans cet arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 2014 n°12/01863, un employeur a été exceptionnellement autorisé à accéder à un fichier correctement identifié comme personnel par le salarié compte tenu du « risque ou évènement particulier » caractérisé par les juges.

Un salarié embauché comme Infographiste spécialisé en multimédia est mis à pied à titre conservatoire et licencié pour faute grave au motif qu'il aurait inséré dans son site Internet personnel des vidéos publicitaires réalisées pour des clients de son employeur contrairement à la clause figurant dans son contrat de travail.

Selon l'employeur, le contrat de travail spécifiait que toutes réalisations, créations et productions effectuées par le salarié dans le cadre de son contrat de travail resteraient la propriété intellectuelle de la société.

C'est dans ces circonstances très particulières que les juges ont reconnu que l'employeur pouvait consulter, dans l'ordinateur professionnel du salarié, ses fichiers identifiés comme personnels sans que le salarié n'ait été présent à son poste ou dûment appelé.

Ce contrôle exceptionnel de l'employeur doit être justifié et proportionné au but recherché.

La cour constate alors que : *« l'on se trouvait bien donc dans l'un des cas dans lesquels l'employeur peut ouvrir des fichiers identifiés par le salarié comme personnels, en son absence, c'est-à-dire en cas de risque ou d'évènement particulier ».*

D. Une confirmation : le courriel adressé par le salarié depuis sa messagerie personnelle en dehors de son temps et de son lieu de travail reste privé.

Un salarié a été licencié pour faute grave avec mise à pied conservatoire pour avoir dénigré sa supérieure hiérarchique dans un courriel adressé à un collègue. L'employeur considérait que le salarié avait, par l'outrance des propos tenus, manqué à son obligation de discrétion et de loyauté.

La Cour de cassation confirme le caractère privé de ce courriel dont le contenu ne peut donc constituer une faute du salarié qui n'agit plus dans le cadre de son contrat de travail.

« Attendu cependant qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire que s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ; ... l'envoi du courriel litigieux par le salarié, de sa messagerie personnelle et en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail, ce qui conférerait à ce message un caractère purement privé, ne constituait pas un manquement à son obligation de loyauté envers son employeur ».

E. Le courriel envoyé par le salarié de sa messagerie professionnelle ne caractérise pas nécessairement un abus de sa liberté d'expression

Deux cas de figure ont fait l'objet d'une jurisprudence spécifique :

1. Le courriel à caractère privé non identifié comme personnel adressé par le salarié de sa messagerie professionnelle.

Le courriel à caractère privé envoyé par le salarié de sa messagerie professionnelle sans qu'il ne l'ait identifié comme personnel, peut être lu par l'employeur.

Mais les juges considèrent que l'employeur ne peut pas utiliser ce courriel pour sanctionner le salarié lorsqu'il relève de sa vie privée.

Une jurisprudence de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2024, n° 23-11.860, rappelle que si l'employeur peut ouvrir des fichiers présumés professionnels, il ne peut pas sanctionner un salarié pour des contenus relevant de sa vie privée, même s'ils ont été envoyés depuis un outil professionnel, sauf s'il y a usage abusif de l'outil informatique.

2. Les messages qui ne sont pas à caractère privé et qui n'ont pas été identifiés comme personnels sur la messagerie professionnelle sont accessibles à l'employeur qui peut les utiliser pour justifier le licenciement du salarié

Deux arrêts des Cours d'appel de Colmar et de Paris confirment cette jurisprudence.

Dans son arrêt du 8 avril 2014 n°12/04500, la Cour d'appel de Colmar juge bien-fondé le licenciement d'un Directeur Opérationnel licencié pour faute notamment pour manquement à son obligation de loyauté dans un contexte plus global d'actes de concurrences déloyales.

L'employeur avait pris connaissance de courriers électroniques adressés par le salarié à un concurrent durant son temps de travail à l'aide des outils informatiques de l'entreprise.

Ayant constaté que le salarié n'avait pas identifié ses courriels envoyés depuis sa messagerie professionnelle comme personnels la Cour d'appel a jugé que l'employeur avait légitimement pu en prendre connaissance :

« Sont présumés avoir un caractère professionnel les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à disposition par l'employeur pour les besoins du travail, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé ».

Le second arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 mars 2014 n°12/01361 va au-delà puisqu'il statue sur l'accès par l'employeur aux courriels du salarié **placés dans la poubelle de l'ordinateur** et non identifiés par le salarié comme personnels :

Une salariée directrice de département est poursuivie en justice par son ancien employeur après sa démission pour acte de concurrence déloyale.

La Cour d'appel constate que **les courriels non identifiés comme personnels placés dans la corbeille du salarié sont présumés professionnels.**

« Considérant que les courriels électroniques créées et émis par un salarié grâce à l'outil informatique mis à disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels ;

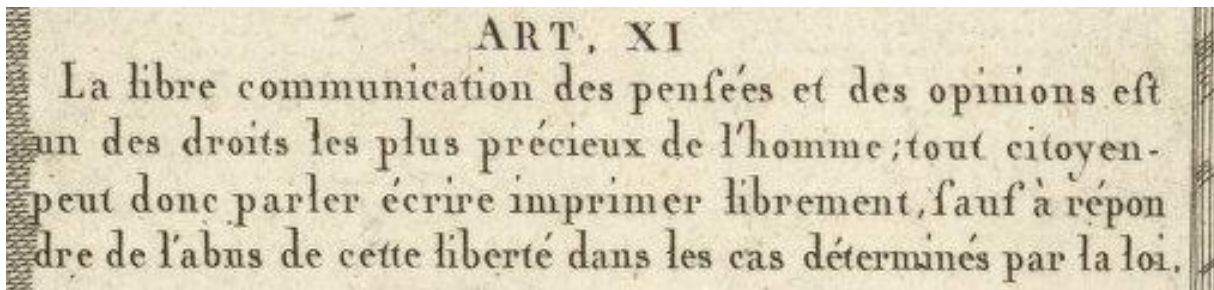
que cette identification doit être claire et univoque ; qu'à défaut, le courrier est considéré comme professionnel et l'employeur peut y avoir librement accès ;

Considérant que les fichiers professionnels réalisés par le salarié avec les outils informatiques mis à disposition par l'entreprise pour l'exécution de son contrat de travail sont la propriété de l'employeur ; que les courriels de la boîte de messagerie professionnelle constituent autant de fichiers présumés à caractère professionnel auquel le salarié ne peut porter atteinte ;

qu'il en résulte que l'employeur est en droit, après le départ du salarié, de procéder aux opérations nécessaires au rétablissement et à la restauration des fichiers professionnels ; qu'il est dès lors en mesure d'ouvrir les messages placés dans la corbeille qui ne sont pas identifiés par le salarié comme étant des messages personnels ».

Les limites de la liberté d'expression

Extrait de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen



En droit interne comme en droit international, le droit d'expression figure au rang des libertés fondamentales. Fort d'une telle reconnaissance, il fait en toute logique l'objet d'une forte protection.

Pour autant, cela ne signifie bien sûr pas que tout un chacun soit fondé à en user sans limite et en toute impunité. Si les restrictions y afférant se doivent d'être aussi limitées que possibles, elles n'en demeurent pas moins indispensables.

Eu égard à la déclinaison de ce droit dans les rapports de travail-dans l'entreprise mais aussi en dehors-, il convient en tout premier lieu de se référer à l'article L.1121-1 du Code du travail. Texte selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Bien que le droit d'expression n'y soit pas expressément visé, il va sans dire qu'il a toute sa place au sein des « droits et libertés individuelles et collectives ».

Dans ce cadre textuel, les juges s'attachent à savoir si l'expression des salariés-même extérieure à l'entreprise-relève de l'usage du droit ou si, au contraire, elle fait l'objet d'un abus.

C'est d'ailleurs bien au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail que trois décisions récentes viennent préciser la portée de l'obligation de loyauté de chaque salarié au regard de l'usage qui peut être fait des nouvelles technologies de l'information et de la communication et, plus précisément, des réseaux dits sociaux au rang desquels figure désormais les célèbres *Facebook* et *twitter*.

Les décisions jurisprudentielles fondatrices...

Dans un arrêt en date du 7 juillet 2012, la Cour d'appel de Reims a pris position dans l'affaire qui suit :

Un salarié « rédacteur statut cadre » reçoit un avertissement en raison de propos, qualifiés par son employeur d'injurieux et de diffamatoires à l'encontre de sa hiérarchie, tenus sur *Facebook*.

Citation : « *Au fait : notre chef, il est vraiment autiste, non tu ne connaîtrais pas un centre spécialisé où, on pourrait le soigner D'ailleurs, est ce que la connerie se soigne Alli je retourne dans le Pays d'Othe, Ca gronde là-bas* ».

La Cour d'appel en insistant sur la profession du salarié et sur sa connaissance, de fait, du peu de discrétion que certains médias assurent, rejette l'argument selon lequel l'utilisation de ces propos constitue une violation de la correspondance privée... Mais elle considère également que le terme utilisé - à savoir « *chef* » - ne permet pas d'identifier la personne visée et que, eu égard à cette considération, l'avertissement doit être annulé.

Dans deux autres décisions émanant du Conseil de prud'hommes de Boulogne en date du 22 septembre 2013, les sanctions dont il est question sont bien plus lourdes puisqu'il s'agit ni plus ni moins de licenciements pour faute grave.

Dans ces affaires, trois salariés, un samedi soir, sur *Facebook*, tiennent les propos qui suivent :

« Sans déconner... et puis-je savoir qui vous a intronisé dans ce club très fermé monsieur, parce que normalement il y a tout un rite, tout d'abord vous devez vous foutre de la gueule de votre supérieur hiérarchique, toute la journée et sans qu'elle s'en rende compte. Ensuite il vous faudra lui rendre la vie impossible pendant plusieurs mois et seulement là nous pourrons considérer votre candidature... ».

Par la suite, les trois salariés sont licenciés pour faute grave sur les motifs « *d'incitation à la rébellion et dénigrement de l'entreprise* ».

Deux d'entre eux saisissent alors le Conseil de prud'hommes en contestation. La discussion devant les juges du fond se focalise, dans un premier temps, sur le caractère public ou privé du « *mur* » sur lequel les propos ont été échangés et sur la violation ou non de la sphère privée.

Puis, dans un second temps, conclu que le profil était public, la nature des propos tenus, à savoir plaisanterie ou pas...

Le Conseil de prud'hommes décide alors, **en départage**, que les licenciements reposent sur une cause réelle et sérieuse et que les comportements considérés sont constitutifs d'une faute grave ne permettant pas le maintien des salariés au sein de l'entreprise.

Au regard de ces trois décisions il convient de se pencher sur ce nouveau mode d'échanges et de communication que sont les réseaux sociaux et l'impact ou l'utilisation possible des propos tenus sur ces derniers, mais également sur l'utilisation qui est faite dans ces espèces de la notion de faute.

Tout d'abord précisons de quoi il est ici question. *Facebook* et *Twitter* sont des outils qui permettent à toute personne qui y ouvre un compte, d'une part, de mettre en ligne toutes les informations qu'il souhaite et, d'autre part, d'en déterminer, pour chacune d'elles, le niveau d'accessibilité vis-à-vis des autres internautes titulaires ou non d'un compte.

Ainsi les profils et informations y figurant (photos, récits) peuvent être soit fermés, soit ouverts.

Dans le premier cas, ils ne seront accessibles qu'à un cercle, pas forcément étroit, mais à tout au moins maîtrisé et délimité par l'internaute lui-même.

Ici, en effet, seuls les « *amis* » que l'utilisateur aura lui-même acceptés comme tels pourront prendre connaissance des informations diffusées.

Dans le second cas, ils seront à l'inverse accessibles à un public potentiellement bien plus large et -surtout- aux contours ignorés de l'utilisateur lui-même.

Ici, en effet, les « *amis des amis* » seront également de la partie... Or autant on peut facilement avoir une vue sur qui sont ses « *amis* », autant il serait pour le moins présomptueux de penser qu'on pourrait en avoir une aussi complète à propos des « *amis* » de ses « *amis* ».

Or, dans l'affaire qui nous intéresse ici, les propos litigieux n'étaient nullement réservés qu'aux « *amis* » mais bel et bien ouverts aux « *amis des amis* », ce qui ne sera pas sans conséquence quant au fait qu'ils aient été lisibles d'individus auxquels ils n'étaient visiblement pas destinés.

Il n'est donc pas inutile de s'attarder sur le caractère fondamental de ce premier paramètre de l' « *ouverture* » ou de la « *fermeture* » des profils et propos tenus.

Car de l'option retenue par le « salarié - internaute » dépendra la nature publique ou privée des propos mis en ligne. Ainsi un profil « fermé »-et en fait « ouvert » à seulement quelques « amis »- aura davantage de chance de relever de la sphère privée qu'un profil « ouvert »-aux « amis des amis » donc-, sous réserve toutefois que les « amis » en question soient dignes de confiance, ne soient pas en nombre pléthorique, et ne fassent pas le choix de largement diffuser l'information à laquelle ils ont accès.

Dès lors que les propos seront considérés comme relevant de la sphère privée, la liberté de parole y sera totale et sans limite puisque, par nature, ils ne sauraient faire l'objet de quelque contrôle que ce soit. Secret des correspondances oblige. Tel ne sera pas le cas, par contre, dès lors qu'ils seront considérés comme relevant de la sphère publique puisqu'alors les bornages attachés à la liberté d'expression trouveront nécessairement à s'appliquer. En effet tout salarié bénéficie d'un droit d'expression dans l'entreprise direct et collectif sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de son travail.

En dehors de l'entreprise toute personne dispose d'une liberté d'expression, sous réserve de ne pas commettre d'abus (dénigrer l'employeur ou porter atteinte à la réputation de l'entreprise).

S'il est question de faute il faut s'interroger sur la preuve de cette dernière.

Comment l'employeur a-t-il eu connaissance des propos en question.

Dans les jugements de Boulogne il est clairement indiqué qu'une capture d'écran a été communiquée à l'employeur. Même si on peut se demander quelle a été la réelle motivation du salarié qui a fait part à l'employeur de ces propos, il est indéniable que l'employeur disposait de ces éléments.

Dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Reims, il n'est absolument pas fait mention de ce point, on ne sait pas de quelle manière l'employeur a eu connaissance des propos tenus. Mais dans cette même affaire le Conseil de prud'hommes de Troyes s'était interrogé : « attendu que Monsieur X n'a pu avoir accès au « mur » de Mademoiselle Y, faute d'agrément de cette dernière ; que le Conseil peut légitimement s'interroger sur la manière dont il a eu connaissance du message litigieux ».

Au regard de la particularité de fonctionnement des réseaux, l'employeur n'aurait-il pas emprunté les codes d'accès d'un profil créé... et ne serait-il pas possible qu'un employeur se crée un profil dans le seul but de devenir « ami » avec certains salariés afin de connaître les propos échangés.

D'ailleurs en Suisse une salariée licenciée pour avoir utilisé « Facebook » alors que son employeur l'avait autorisé à rester chez elle en raison d'une migraine ouvre cette voie : bizarrement peu de temps avant les faits, une personne qu'elle ne connaissait pas lui a demandé de devenir son ami comme à quelques autres salariés de l'entreprise... mais plus largement ces jurisprudences risquent de relancer les débats sur la question de la preuve.

La Cour de cassation considère qu'il est possible de produire pour une personne les SMS dont elle est destinataire, puisque l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés sur l'appareil récepteur, mais à l'inverse elle considère que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal irrecevable en justice. Si l'on transpose par pure fiction cette jurisprudence à l'utilisation des réseaux, on pourrait considérer que les propos tenus entre deux ou plusieurs personnes et captés par des personnes qui n'en sont pas destinataires ne sont pas recevables comme éléments de preuve...