

Panorama des litiges en matière d'usage des TIC par les salariés :

L'usage abusif des TIC par les salariés et le pouvoir de contrôle de l'employeur

Emmanuelle GARNIER
Docteur en droit
A.T.E.R Paris 1

L'usage des TIC (l'Internet, L'Intra Net ,l'outil informatique au sens large),doivent principalement être abordés. Des litiges relatifs à l'usage d'outils de communication "préhistoriques" comme le téléphone fixe feront également l'objet de développements dans la mesure où ils sont susceptibles d'éclairer le comportement actuel des juges.

Nous exposerons dans un premier temps les moyens licites ou illicites d'exercice par l'employeur de son pouvoir de contrôle de l'activité des salariés .Ce sera l'occasion de rappeler les modalités de contrôle prévus par le législateur. Il est également nécessaire de pénétrer dans les activités de la Cnil.

Après cet aperçu, lequel ne manquera pas d'être illustré de décisions jurisprudentielles ,c'est , dans un second temps ,le résultat d' une étude des solutions des juridictions pénales et civiles que nous exposerons .Nous nous placerons, non plus cette fois du point de vue des obligations incombant à l'employeur mais du point de vue des salariés. L'usage des TIC par ces derniers comporte des limites.

Le panorama permettra de se remémorer ce qui n'était encore que les balbutiements de la jurisprudence en matière d'usage abusif des TIC .Les controverses doctrinales suscitées par le trop célèbre arrêt Nikon France prendront peut-être une toute autre couleur eu égard aux tous derniers arrêts rendus en la matière.

LES MOYENS LICITES ET ILLICITES D'EXERCICE PAR L'EMPLOYEUR DE SON POUVOIR DE CONTROLE

Il faut tout d'abord déterminer quels sont les modalités de contrôle de l'activité des salariés d'après les textes en vigueur .Ensuite, il convient de montrer la traditionnelle méfiance des juges face aux moyens de contrôle utilisés par l'employeur.

Les obligations incombant à l'employeur d'après les textes

Elles sont principalement au nombre de trois.

L'information préalable du salarié d'un contrôle de son utilisation des outils informatiques

Comme le précisent Maître BERENGER-GUILLON et Maître GALLIER : « *Dans le cadre de son pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise , l'employeur a la faculté d'aménager des règles internes concernant l'utilisation des outils professionnels et notamment les moyens informatiques mis à la disposition des salariés.* »¹Et les auteurs de préciser encore : « *L'utilisation des moyens de surveillance n'est autorisée que sous réserve de l'information préalable du salarié(...).Ce principe ressort des dispositions de l'article L.120-2 du Code du travail.* »²Selon cet article , en effet : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

Une seconde disposition , l'article L.121-8 régit également la question de l'information du salarié. Selon cet article : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi.* ».Le défaut d'information préalable d'un salarié a ainsi été sanctionné dans un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 6 juin 2001³ relatif à l'usage d'une messagerie électronique par un dénommé Pierre Kajko engagé par la SCP Lefèvre et Broussous géomètres experts, en qualité de chef de brigade .Le salarié licencié pour avoir selon l'acte d'huissier : « *utilisé frauduleusement , durant le temps de travail et même en dehors(...) son poste de travail informatique à des fins personnelles* », a saisi le Conseil de Prud'hommes lequel a dit que le licenciement ne reposait pas sur une faute grave , ni sur une cause réelle et sérieuse. Appel a été interjeté de ce jugement par les employeurs. Dans sa solution , la cour a pris en considération l'argument de défense de l'intimé. Ce dernier prétendait : « *qu'il n'a jamais été informé qu'il pouvait faire l'objet d'un contrôle.* »La cour d'appel a sanctionné l'employeur sur le fondement de l'article L.121-8 : « *Attendu que la seule production par l'employeur d'un courrier interne qu'il adressait à Pierre Kajko (...) au moment de l'installation d'un système informatique dans l'entreprise ne peut constituer l'avertissement au salarié d'un tel contrôle* ».Doivent dans un second temps être rappelées les modalités d'application de la règle d'information et de consultation du CE (comité d'entreprise) préalablement à la mise en place de nouvelles technologies dans l'entreprise.

¹ BERENGER –GUILLON J.,GALLIER A., Le secret des correspondances privés et l'Intranet dans l'entreprise ,Gaz. Pal. ,n° spécial Droit des technologies avancées , Rec.,19-20 juillet 2000,1294

²BERENGER-GUILLON J., GALLIER A., Informatique et droit du travail , Les nouvelles technologies et les moyens de contrôle de l'activité des salariés, Gaz.Pal.2000,Rec.,mars-avril 2000,p.677

³CA Montpellier 6 juin 2001, disponible sur Juris -data 2001 , 149912

L'information et la consultation du CE préalablement à la mise en place de TIC dans l'entreprise

Maître BERENGUER-GUILLON et Maître GALLIER affirment : « *La mise en œuvre de règles internes concernant l'utilisation des moyens informatiques telles que ceux qui figurent dans le règlement intérieur, la charte déontologique ou les avenants au contrat de travail nécessite l'information préalable de chacun des salariés.* »⁴ Cela résulte de l'article L. 432-2-1 du code du travail.⁵

Revenons sur la question des chartes. Rares sont, en l'état du droit, les litiges relatifs à des chartes. Il faut néanmoins faire état du jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 31 mai 2002⁶ relatif à une charte d'utilisation de l'Intranet. La fédération des travailleurs de la métallurgie CGT avait fait cité la société Renault sur les chefs de diverses demande, plus particulièrement celle qui, dans le cadre de cette étude nous intéresse, à savoir la constatation de la violation par la demanderesse de certains articles de l'accord sur la « *représentation du personnel et la concertation sociale.* » Le litige avait pour mobile les dispositions du chapitre 3 de la charte et particulièrement de l'article 17 traitant de l'utilisation du réseau, destiné à mettre des informations à la disposition des salariés de l'entreprise...en formalisant diverses interdictions d'usage comme le téléchargement de vidéo et autres images animées ou bandes sons...

Le tribunal a estimé que l'organisation syndicale doit pouvoir bénéficier de l'Intranet mais en respectant certaines limites à la liberté d'expression. Une troisième obligation est mise à la charge de l'employeur.

La vérification, avant consultation de courriels, du caractère non personnel de leur objet et du répertoire dans lequel ils sont activés

La Cnil, dans un rapport adopté en séance du 5 février 2002⁷ intitulé « *La cybersurveillance sur les lieux de travail* » a émis des recommandations. Selon la Cnil : « *Envoyer ou recevoir dans des proportions raisonnables, un message à caractère personnel, correspond à un usage généralement et socialement admis.* » Monsieur CORNUAUD affirme : « *alignant sa position sur celle qui est généralement adoptée par la doctrine, la Cnil considère cependant qu'un message envoyé ou reçu par l'employeur ou l'administrateur revêt par défaut un caractère professionnel – c'est-à-dire en l'absence de mention ou d'éléments permettant d'apprécier le caractère personnel du message (indication de l'objet du message, répertoire dans lequel il est activé...).* »⁸ En l'absence d'indication précise de son caractère personnel rien n'interdit donc qu'un message soit lu par l'entreprise. On retiendra donc une certaine souplesse du système. Les obligations mises à la charge de l'employeur ne sont pas draconiennes et doivent pouvoir être remplies sans trop de difficultés.

Cela n'est pourtant pas toujours le cas dans la pratique. Ainsi, le délit de violation du secret des correspondances est parfois constitué et sanctionné.⁹ Le tribunal correctionnel de Paris par jugement du 2 novembre 2000¹⁰ ainsi sanctionné, sous forme d'une amende, le directeur du laboratoire de l'Université de Paris VI qui avait pris connaissance, sans avoir préalablement vérifié le caractère

⁴ BERENGUER-GUILLON J., GALLIER A., Le secret des correspondances privées et l'Intranet dans l'entreprise...op.cit.,1293

⁵ L'article L.432-2-1 du code du travail, prévoit dans un alinéa 3, visant le CE : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.* » Pour un commentaire de cet article V. plus particulièrement RAY J.-E., Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L.432-2-1, Dr. social 1993,215

⁶ TGI Nanterre, 1^{ère} ch. section B., 31 mai 2002, Aff. Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT/SA Renault, jugement disponible sur le site <http://www.legalis.net>. Sur les chartes de manière générale V. notamment BOCHUBERG L., CORNUAUD S., Internet et la vie privée au bureau, Ed. Delmas 2001, p.166

⁷ MOLE A., La Cnil et la cybersurveillance des salariés : faut-il une cyberrégulation ? ; N'KAOUA L., La cybersurveillance revue et corrigée, Les échos.net du 18 février 2002 ; RAY J.-E., La confidentialité du courrier électronique des salariés n'est pas absolue, Le monde, Rubrique Entreprise, 5 février 2002, p.21

⁸ CORNUAUD S., Internet et vie privée au bureau, Rev.Legalis.net 2002, 1^{er} TRIM., Doctr.p.19

⁹ Le secret des correspondances est protégé par la loi du 10 juillet 1991, l'article 226-15 sanctionnant d'un an de prison et de 45734.70 euros (300000francs) d'amende : « le fait commis de mauvaise foi d'ouvrir, de supprimer, de retoucher ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance »

¹⁰ Trib. correc. Paris, 17^{ème} Ch., Al Baho/Virieux et a., Aff.n° 97.522311, cité par le Professeur RAY (RAY., J.-E., Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, 2nd Ed. Liaisons, Coll. Droit Vivant, 2001, p.118

personnel ou non de l'objet du courriel, du contenu de la messagerie électronique puis du disque dur d'un étudiant en thèse. Le tribunal de grande instance de Paris, par ordonnance de référé du 27 janvier 2003¹¹, a rappelé la nécessité de respecter le principe selon lequel les courriers électroniques sont des correspondances privées. En l'espèce, un courriel dénigrant un concurrent avait été envoyé à des salariés d'une société ainsi qu'à un de ses clients via une boîte mail Lycos. Ce dernier réclamait à l'hébergeur l'identification de l'auteur du message, ainsi que l'interception des messages envoyés. Sur le fondement du secret de la correspondance, le juge des référés a interdit à Lycos France l'interception et la transposition sur un autre support du message électronique litigieux : « *Attendu que les courriers électroniques sont des correspondances privées bénéficiant du secret, que dès lors, l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, n'est pas applicable à la demande de communication de l'identité du titulaire de l'adresse électronique marco92000 @robaselycos.fr, que le même secret s'oppose à ce que, la défenderesse puisse intercepter des messages enregistrés sous cette adresse...* ».

Il faut désormais exposer l'attitude des juges face aux moyens de contrôle utilisés par l'employeur. Ces moyens sont, en effet, plus ou moins licites.

La traditionnelle vigilance des juges face aux moyens de contrôle, plus ou moins licites, utilisés par l'employeur

Procédons du général au particulier en abordant successivement les types de moyens de contrôle des salariés en général puis les moyens de contrôle spécifiques de l'usage des TIC par ces derniers.

Les moyens de contrôle des salariés en général

Il s'agit des relevés téléphoniques et de la télésurveillance¹², de la filature par détective privé.¹³ La télésurveillance est un mode de contrôle qui suscite traditionnellement la méfiance des juges. Monsieur GALLOUX rappelle que « *big brother* » ne séduit pas encore les juridictions du travail. L'auteur se fonde sur un arrêt de cour d'appel qu'il est bon de mentionner. Il s'agit de l'arrêt de la cour d'appel de Dijon du 16 décembre 1999¹⁴ relatif au licenciement d'un salarié. La cour a estimé qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié opérateur informatique à qui il est reproché au cours de trois nuits successives, d'avoir dormi (...) alors que cette période, filmée par des caméras n'est pas confirmée par des attestations et que l'assoupissement n'a pas eu de conséquence préjudiciable pour l'employeur.¹⁵ Monsieur GALLOUX affirme ainsi dans son appréciation de la solution, plutôt clémente des juges : « *Il faut moins apercevoir ici la mansuétude d'un tribunal que sa méfiance à l'égard des moyens de télésurveillance qui sont à l'origine du licenciement du salarié.* »¹⁶

Evoquons les moyens de contrôle spécifiques de l'usage des TIC par les salariés

Les moyens de contrôle spécifiques de l'usage des TIC par les salariés

¹¹ TGI Paris, ord.ref.27 janv.2003, P.D.c/Lycos France, disponible sur <http://www.legalis.net/Jnet>. V. également Comm.commerce electr.n°5, mai 2003, Act.74.p.4

¹² Cass.soc.20 nov.1991, 1992, I.panor.cass.p.40/n°44 ; CA Aix-en-provence 4 janvier 1994, JCP G1995, II, 22514 ; CA Paris 7 mars 1997, Gaz. Pal. 1999, I, jur.p.30 note Joëlle Berenguer –Guillou et Laetitia Guignot ; CA Paris 13^{ème} ch.B., 12 mai 1999, Rev. Droit ouvrier, nov.1999, P.460

¹³ Cas.soc.22 mai 1995, Bull.V, n°164.p.119

¹⁴ CA Dijon, ch.soc., 16 déc.1999, SA Obertur Smart Cards c. /Le Curff, Arrêt disponible sur Juris -data n° 102034

¹⁵ Le salarié licencié avait abusé, pourrait-on dire de son droit, pourtant oh combien !légitime, ...d'assoupissement.

Ainsi, il lui a été reproché : « *d'avoir dormi et lu pendant 63 minutes de son temps de travail* ».

¹⁶ GALLOUX J.-C., Sommeil réparateur mais non fautif de l'informaticien salarié : Big brother ne séduit pas encore les juridictions du travail, Note sous CA Dijon ch.soc.16 déc.1999, Comm.com.electr.2000, comm.,n°33

Il s'agit principalement du contrôle de la messagerie électronique. Selon l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001,¹⁷ sur lequel nous reviendrons de manière détaillée dans des développements ultérieurs, l'entreprise ne peut pas prendre connaissance du contenu d'un message personnel d'un salarié, la correspondance privée étant couverte par le principe du secret des correspondances et ce, même lorsqu'un règlement intérieur interdit l'utilisation de la messagerie à des fins personnelles.

Par cette décision, la Cour de cassation a pris fermement position sur la question du contrôle de la messagerie. La jurisprudence rendue postérieurement à cette décision avec l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 décembre 2001¹⁸ se situe dans le même sens. La position des juges du fond est également dénuée d'ambiguïté. Ces derniers ont précisé le rôle de l'administrateur réseau. L'exercice des fonctions de celui-ci implique l'accès aux messageries, sans pour autant que cet accès ne constitue nécessairement une atteinte. Selon la cour d'appel de Paris : « *La préoccupation de la sécurité du réseau justifie que les administrateurs de réseaux informatiques fassent usage des possibilités techniques dont ils disposent pour mener à bien des investigations et prendre les mesures que cette sécurité impose, de la même façon que la poste doit réagir à un colis ou une lettre suspecte. Cependant, est toute autre la question de la divulgation du contenu des messages. La cour a ainsi précisé : « La divulgation du contenu des messages ne relève pas de ces objectifs » .*

Après avoir dressé un récapitulatif des obligations de l'employeur, il convient d'exposer ce qu'il en est du côté de l'autre partie au contrat de travail : le salarié. Il incombe au salarié de ne pas faire un usage abusif des moyens informatiques mis à sa disposition par l'employeur. Un aperçu de la jurisprudence rendue en la matière depuis 20 ans doit être fait.

EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE D' USAGE ABUSIF DES TIC PAR LES SALARIES

Evoquons les balbutiements de la jurisprudence civile et pénale à compter de 1995 puis la période amorcée par la controverse autour de l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001, suivie des très intéressantes décisions de 2002 et 2003.

Les balbutiements de la jurisprudence civile et pénale à compter de 1995

Les deux juridictions civiles et pénales suivent la même orientation, autrement dit elles sanctionnent sévèrement certains comportements des salariés de l'entreprise. Deux jugements de tribunaux correctionnels doivent être examinés.

En premier lieu, évoquons le jugement rendu par le tribunal correctionnel du Mans le 16 février 1998.¹⁹ M.X., directeur de cabinet du Président du Conseil général de la Sarthe, a utilisé un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour un usage professionnel pour se connecter le soir dans les locaux professionnels à des sites pédophiles consultables sur l'Internet. Des photographies ont été stockées sur le disque dur de l'ordinateur. A l'initiative du Procureur de la république, ce dernier a fait l'objet de poursuites. Le tribunal correctionnel du Mans par jugement du 16 février 1998, l'a condamné à une peine de 6 mois de prison dont 3 mois assortis du sursis simple pour détournement d'un ordinateur à usage professionnel. Comme le fait remarquer le Professeur Jean FRASSINET : « *si le paiement avait été effectué avec des fonds publics, on peut estimer que l'infraction d'abus de confiance (C.pén., art.341-1) ou l'infraction de détournement de fonds publics (C.pén., art.432-15) auraient été constitués.* »

En second lieu, il faut faire état du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 2 novembre 2000.²⁰ La situation de fait régie par le tribunal était la suivante : un conflit entre un laboratoire scientifique représenté par son directeur et un étudiant réalisant une thèse. L'étudiant en thèse avait

¹⁷ Cass.2 oct.2001, Décision Nikon France disponible sur <http://www.legalis.net/>

¹⁸ CA Paris 17 déc.2001, cité par Monsieur CORNUAUD(CORNUAUD S., Internet et vie privée au bureau, une « liberté surveillée » aménageable, Rev.Legalis.net, 2002-1, p.22

¹⁹ Trib. correc. Le Mans 16 février 1998,JCP 1999,II,10011,commentaire Jean Frayssinet,pp.151-154

²⁰ Trib.correc.Paris,17^{ème} ch.,2 nov.2000,Aff.A1 Baho / Virieux et a.,Juris-data n° 97.522311

fait un usage abusif de la messagerie électronique .En effet, il était à lui seul , l'auteur de la moitié des courriels d'un laboratoire de Paris VI , de 70 personnes. La révélation du contenu des messages et la prise de connaissance de son usage de l'Internet ont conduit le doctorant à une fin de thèse anticipée. Le litige soumis au tribunal correctionnel de Paris ne portait pas sur le point de savoir si le Thésard avait fait un usage abusif des TIC.Les juges ont statué sur la question de la violation du secret de la correspondance par le directeur du labo. Ce dernier a été condamné à une amende de 1524,49 euros (10 000frs).Le tribunal a affirmé par jugement du 2 novembre 2000 : « *qu'il y a lieu toutefois de faire (...)une application bienveillante de la loi pénale , eu égard au fait que actes délictueux ont été commis dans le cadre particulier d'un laboratoire de recherche scientifique de haut niveau dont la vie a été perturbée par des conflits de personnes...* »

La jurisprudence civile doit être examinée désormais.

Comme en matière pénale , la fermeté est la règle .La cour de cassation a pris position dans une décision du 14 mars 2000 ²¹concernant l'usage abusif des TIC par le salarié , en l'espèce un *trader*. L'usage de l'Internet sur le micro-ordinateur de l'entreprise était en cause. Une société de bourse avait informée lors d'une réunion ses collaborateurs des écoutes et enregistrements téléphoniques effectués .Ces écoutes avaient pour but de : « *permettre le cas échéant de justifier des ordres reçus en cas de litige avec un client.* »La cour a affirmé : « *En se bornant régulièrement pendant le temps de travail et avec le matériel de l'entreprise à des prises de paris , le salarié avait commis une faute qui rendait impossible son maintien dans l'entreprise et justifiait son licenciement immédiat.* »Le licenciement pour faute grave , mesure prononcée par l'employeur, a donc été maintenu. L'usage de l'Internet de l'entreprise à des fins personnelles , la prise de paris , a été sévèrement sanctionné comme l'affirme Monsieur CHARBONNEAU.²²Doit être cité dans le même sens le jugement rendu quelques mois plus tard par le Conseil des prud'hommes de Montbéliard le 19 septembre 2000.La mesure disciplinaire prise par l'employeur, une mise à pied, a été maintenue. Un comptable avait fait l'objet d'une mise à pied pour usage excessif de l'Internet. En l'espèce, il s'agissait d'un excès manifeste de correspondance privée avec une ancienne collègue.

Après avoir exposé les balbutiements de la jurisprudence , attardons nous sur la période marquée par la controverse autour de la décision Nikon France. L'exposé de la jurisprudence rendue postérieurement à cette décision du 2 octobre 2001 clôturera le panorama.

La période marquée par la controverse relative à la décision Nikon France du 2 octobre 2001

Avec cette décision de la Cour de Cassation, la position de la juridiction civile a considérablement évolué. Elle consistait à faire preuve d'une grande fermeté dans la sanction prononcée à l'encontre du salarié ayant fait un usage abusif des TIC.La Cour de Cassation avait pris position par arrêt du 14 mars 2000 relative à un *trader* .Il s'agit de savoir si ,avec l'arrêt Nikon , la position de la Cour de Cassation doit ou non être analysée comme un revirement de jurisprudence ?Il convient de répondre par la négative. En l'espèce, un ingénieur avait été licencié pour faute grave motif pris notamment d'un usage à des fins personnelles , pour une activité parallèle , du matériel informatique mis à sa disposition .La cour de cassation dans une décision du 2 octobre 2001²³ a posé le principe suivant concernant l'utilisation et le contrôle de la messagerie électronique : « *Attendu que le salarié a droit même au temps et au lieu de travail , au respect de l'intimité de sa vie privée , que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances.* »La cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel du 22 mars 1999 pour violation des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales , de l'article 9 du code civil , de l'article 9 du nouveau code de procédure civile et de l'article L.120-2 du code du travail .

²¹ Cass.14 mars 2000(cité par RAY.J.-E.,Le droit du travail à l'épreuve des NTIC...op.cit.,p.146

²² CHARBONNEAU C., Travail virtuel , faute bien réelle, note sous Cass.soc.14 mars 2000, CSBP 2000 ,n° 120 ,A-22.

²³ Cass.Soc.2 oct.2001, arrêt Nikon France .Pour des commentaires sur cette décision V.ANTONMATTEI P.-H., NTIC et vie personnelle au bureau , Droit social , numéro spécial , janvier 2002 ; KEHRIG S. , Conclusions à propos de l'arrêt Sté Nikon ,SS Lamy ,8 oct.2001, p.6 ; LYON-CAEN G., Le droit n'a pas à s'incliner devant la technologie ,SS Lamy , 12 oct.2001, p.8 ; WAQUET PH., Introduction au 25^{ème} colloque de Droit social ,numéro spécial , janvier 2002.

Dans cette décision la Cour de Cassation s'est montrée particulièrement clémente à l'égard du salarié et sévère pour l'employeur auquel elle a interdit dans une large mesure le contrôle de la messagerie du salarié. Peut-on qualifier cette décision de revirement de jurisprudence ?

La position des auteurs diverge sur la question. La doctrine majoritaire à laquelle nous nous rallions, estime qu'il convient de ne pas exagérer la portée de cette décision. Ainsi, le Professeur ANTONMATTEI a affirmé : « *On retiendra surtout que la prohibition ne concerne que les messages personnels. Le courriel professionnel n'est donc pas concerné...* ». ²⁴ Dans le même sens, citons le Conseiller –doyen WAQUET. Lors du 25^{ème} colloque de droit social, l'auteur a qualifié la jurisprudence rendue en la matière, visant plus spécialement l'arrêt Nikon, de « *jurisprudence balbutiante* ». ²⁵ D'autres auteurs comme Monsieur FOREST confèrent quant à eux une portée importante à cette décision, un revirement de jurisprudence selon l'auteur. Monsieur FORREST affirme : « *Si la décision rendue par la Cour suit la position de la commission sur ce premier point, elle va bien plus loin en osant également pour l'employeur l'interdiction absolue tant a priori qu'à posteriori d'opérer quelque contrôle que ce soit dès lors que le salarié a signalé le caractère « personnel » du contenu. Car selon les termes de la Cour, « l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale [le respect de l'intimité de la vie privée] prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus après 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.* » ²⁶ De manière générale cette décision fait l'objet de vives critiques. Monsieur RAY a ainsi critiqué l'affaiblissement du pouvoir de contrôle de l'employeur par cet arrêt de la cour de cassation qui avait : « *interdit à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par le salarié* » ²⁷. Monsieur LYON-CAEN a affirmé pour sa part que : « *Le droit, principalement celui des libertés individuelles, n'a pas à s'incliner devant l'état de la technologie, c'est à la technologie de s'adapter (elle en est très capable, aux exigences fondamentales du droit)* ». Selon lui : « *l'employeur ne peut interdire l'emploi non professionnel de l'ordinateur.* » ²⁸

Avec le recul un second regard doit être porté sur l'arrêt Nikon. La jurisprudence rendue postérieurement par les cours d'appel, laisse en effet penser que cette décision n'est en définitive qu'une fausse note. C'est du moins notre opinion.

La portée limitée de la décision Nikon France eu égard à la jurisprudence abondante rendue en 2002 et 2003

Un premier arrêt, celui de la cour d'appel de Paris du 17 décembre 2001²⁹ permet de relativiser la portée de la décision Nikon. La solution rendue était la suivante : « *La préoccupation de la sécurité du réseau justifie que les administrateurs de réseaux informatiques, fassent usage des possibilités techniques dont ils disposent pour mener à bien des investigations.[...].* » La cour n'a pas annulé la mesure prise par l'employeur, un licenciement pour faute grave. Elle a sanctionné l'usage à des fins personnelles de l'Internet par le salarié. Il en fut de même dans un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 10 juin 2002.³⁰ Le litige soumis à la cour portait sur l'usage d'un micro-ordinateur de l'entreprise à des fins personnelles par un salarié, la sténo -dactylographe du Port autonome de Bordeaux. Celle-ci avait exercé sur son lieu de travail et pendant l'exercice de ses fonctions, une activité parallèle, la gestion d'une autre société. Par constat d'huissier il a été établi que cette dernière avait créé : « *233 fichiers à toute heure de travail* ». Les juges ont dit que : « *Le licenciement de Régine Desclaux, par le Port autonome de Bordeaux n'était pas justifié par une faute grave mais reposait sur une cause réelle et sérieuse* ». Suite aux appels interjetés par le salarié et par l'employeur de ce jugement, la cour a réformé ledit jugement en disant : « *le licenciement de Régine Desclaux justifié*

²⁴ ANTONMATTEI P.-H., NTIC et vie personnelle au bureau, Droit social, n° spécial, janv.2002,p.40

²⁵ WAQUET PH., Introduction au 25^{ème} colloque de droit social, Droit social n° spécial, janv.2002

²⁶ FOREST M., Vers une « ambassade virtuelle » en terre patronale ? Commentaire de Cass.soc.2 oct.2001, disponible sur http://www.legalis.net/jnet/commentaires/comm_ccas_nikon_021001.htm

²⁷ RAY J.-E., La confidentialité du courrier électronique des salariés n'est pas absolue, Le Monde Rubrique Entreprise, 5 février 2002, p.21

²⁸ LYON-CAEN G., Le droit n'a pas à s'incliner devant la technologie, Commentaire de Cass.soc.2 oct.2001, SS, Lamy 12 oct.2001, p.8

²⁹ CA Paris, 17 déc.2001, cité par RAY J.-E. ; La confidentialité des courriers électroniques...op .cit., p.21

³⁰ CA Bordeaux ch. Soc. section A., 10 juin 2002, Juris -data n° 2002-18492

pour faute grave ». Par cet arrêt la cour a estimé qu'il n'y avait pas atteinte à la vie privée, l'employeur pouvant légitimement exercer son pouvoir de contrôle de l'utilisation des TIC, dès lors que les documents ont été appréhendés à partir d'un ensemble de disquettes et non sur la messagerie. Dans un troisième arrêt, celui rendu par la cour d'appel d'Aix en Provence le 17 décembre 2002³¹, était une fois encore en cause l'usage de l'Internet à des fins personnelles. Il s'agissait de l'usage de l'Internet par un salarié lequel avait été licencié pour avoir visité des sites pornographiques alors qu'il avait été averti que l'usage de l'Internet était réservé à des fins professionnelles. La cour a relevé que le principe de loyauté a été respecté par l'employeur. Ce n'est pas à l'aide de moyens de preuve clandestins ou illicites que la société a eu connaissance des agissements du salarié mais à l'occasion d'une vérification de routine par un salarié informaticien. L'intérêt de cet arrêt rendu par la chambre sociale le 17 décembre 2002 réside dans le moyen de caractériser la faute grave. Il a en effet été pris en compte les risques de poursuite que le préposé a fait encourir au commettant. Des sites à caractère pédophile ont également été consultés. La fermeté de la cour est indéniable.

Les trois arrêts précités vont dans le même sens. Par ces trois décisions est rétabli, selon nous, la position de fermeté des juges à l'égard d'un usage abusif des TIC par les salariés³². Il convient d'approuver les solutions rendues.

Gageons que la « *question décidément lancinante de la surveillance du courrier électronique* », pour reprendre l'expression du Professeur LEPAGE, ne connaisse pas à l'avenir de trop grands soubresauts. L'usage abusif des TIC est sanctionné. Quid du refus de l'usage des TIC ? Les juges de la cour d'appel de Montpellier par arrêt du 11 septembre 2002³³ ont dernièrement refusé d'annuler le licenciement d'une standardiste ayant délibérément refusé de se former aux technologies nécessaires à l'évolution de son poste. L'intérêt, pourtant hautement juridique de la question, ne semble pas avoir suscité, du moins à ce jour, de vifs débats.

Emmanuelle GARNIER
Docteur en droit
A.T.E.R. Paris 1

³¹ CA Aix en Provence, ch. soc., 17 déc. 2002, Juris -data n° 2002-205257

³² V. cpdt. CA Paris, 22^{ème} ch., section C., 16 mai 2003, SAS Carrefour France c/Nicolas D., Comm. commerce. Electr., comm.n°100

A.Lepage, pp.38-39, arrêt disponible également sur <http://www.juris.classeur.com/>.

Un salarié avait été licencié pour avoir détourné à des fins personnelles pendant son temps de travail l'outil informatique. Il avait quitté le réseau Intranet pour adresser des messages personnels sur l'Internet. Il avait transmis à d'anciens collègues des fichiers très déplaisants. Le jugement du tribunal a été confirmé. Aucune faute grave n'est établie à l'encontre du salarié ni même une faute constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il a été interdit à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié : « *et ce même au cas où l'employeur aurait interdit un utilisation non professionnelle de l'ordinateur ayant servi à cet échange de correspondances* ». Selon le Professeur Agathe LEPAGE la question lancinante de la surveillance du courrier électronique ne serait pas encore réglée. L'auteur, en effet, émet le vœu suivant « *Souhaitons que cet arrêt donne lieu à un pourvoi, ce qui offrirait à la Cour de Cassation l'occasion d'en dire peut-être un peu plus sur cette question décidément lancinante de la surveillance du courrier électronique du salarié.* »

³³ CA Montpellier 11 septembre 2002, J.M.c./SARL Ambulances du Haut Vernet, Juris -data n° 2002-187775.