

L'UTILISATION PARFOIS ABUSIVE DES TIC PAR LES SALARIES DE L'ENTREPRISE

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

Quelques observations sous les affaires, Frédéric O, Port autonome de Bordeaux, Fiker

« *Employeurs/salariés* ». Conflits de logique irrémédiablement ? A ces deux expressions qui s'opposent nous préférons celle de « *salariés de l'entreprise* ». Reconnaissance d'un côté, regain de loyauté de l'autre. Il conviendrait, en effet, de ne pas sous-estimer l'étendue de l'application par les juges depuis un certain nombre d'années de ce principe général du droit¹, notamment dans la vie des affaires. Angélisme diront certains. Les réalités sociales, en droit du travail, doivent être prises en considération dans une large mesure, c'est indiscutable. Comme dans un couple chacun n'est-il pas tenté cependant, de tirer parfois la couverture de son côté ? Avec humour, le Professeur RAY, rapporte ainsi les arguments côté employeur et côté salarié. Non sans audace, quelques salariés n'hésitent pas à affirmer : « *Si l'entreprise veut que je sois davantage productif avec les NTIC ... ces courtes périodes de consultation peuvent être considérées comme de la formation sur le tas.* »² Il est vrai, nous le verrons, que quelques salariés « valorisent » avec une habileté indéniable ... leur formation.

¹ Nous visons le devoir de loyauté en tant que PGD. Nous aurons l'occasion de revenir sur le principe mentionné *expresis verbis* à l'article L.121-8 du code du travail issu de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992

² RAY J.-E., *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, 2nd Ed. Liaisons 2001, p.94

Côté employeur, le discours est tout autant légitime. Ce dernier doit prendre en considération les droits des salariés mais également ceux de l'entreprise, son droit et son devoir de protection.³ C'est d'autant plus vrai que les imprudences des salariés dans l'utilisation des TIC ont parfois pour effet la mise en cause, sur le fondement de l'article 1384 al.5 du code civil de la responsabilité de l'employeur en sa qualité de commettant.

Les trois présentes affaires concernaient des litiges ayant donné lieu à des licenciements pour faute grave avec les conséquences matérielles que l'on sait pour les indemnités. Le point de vue de la personne salariée a été semble-t-il entendu. Cette considération sociale a été prise en compte par les juges, lesquels ont retenu la qualification de faute grave plutôt que celle de faute lourde, seule cette dernière ouvrant droit à l'allocation de dommages et intérêts à l'employeur. Le salarié doit, comme le rappelle le Professeur GROUTEL : « *avoir commis une faute lourde pour être tenu à des dommages-intérêts envers l'employeur.* »⁴ Du point de vue de l'entreprise le pouvoir de contrôle de l'employeur, contrôle de l'activité des personnes utilisant les TIC, doit pouvoir s'exercer. Les utilisations abusives ont en effet un coût financier. Elles sont susceptibles de ralentir le fonctionnement des équipements informatiques, comme l'ont constaté les administrateurs réseaux ou les « *Mr Niet* » pour reprendre la formule du professeur RAY.⁵

Dans une première affaire jugée en 2001, la trop célèbre affaire Nikon France, un ingénieur avait été licencié pour faute grave motif pris notamment d'un usage à des fins personnelles, pour une activité parallèle, du matériel mis à sa disposition. La Cour de cassation par décision du 2 octobre 2001⁶ avait 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. Cette décision très controversée a été considérée par une majorité de la doctrine, notamment par Monsieur RAY et par Monsieur FOREST⁷, comme marquant un infléchissement regrettable du pouvoir de contrôle de l'employeur. Nous nous rallions à cette position.

³ Sur ce point et plus spécifiquement sur le rôle de l'administrateur réseau « *pris entre deux feux* » il est fort utile de consulter l'article particulièrement riche de Monsieur CORNUAUD. (CORNUAUD S., Internet et vie privée au bureau une « *liberté surveillée* » aménageable, Rev.Legalism.net, 2002, 1^{er} trim., pp. 17-27). V. également BOCHUBERG L., CORNUAUD S., Internet et la vie privée au bureau, Ed. Delmas, 2001.

⁴ GROUTEL H., Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés, Resp.civ.et assur.2000, chron. N°11, pp.7-8

⁵ Au conflit "employeur /salarié", comme le précise le Professeur RAY : "il convient d'ajouter dans nombre d'entreprises celui opposant les services juridiques (ou ressources humaines) à ceux chargés de la sécurité informatique. Les premiers étant considérés par les seconds comme des "*Mr Niet*" voyant partout et toujours de nouveaux problèmes"... RAY J.-E., Le droit du travail ...op. cit., p.95

⁶ Cass.ch.soc.2 oct.2001 disponible sur le site <http://www.legalis.net/>

⁷ RAY J.-E., La confidentialité du courrier électronique des salariés n'est pas absolue, in Le Monde du 5 février 2002, rubrique Entreprises, p.21.

FOREST D., Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 2 octobre 2001, Brève Jnet, commentaire disponible sur le site <http://www.legalis.net/>.

V. également SCEMAMA A., FLAMBARD G., commentaire de l'arrêt Nikon, Rev.Expertises 01/01/2002, n°255, pp.21-24

Dans la seconde affaire , D.C/ Port autonome de Bordeaux, jugée par la cour d'appel de Bordeaux le 10 juin 2002⁸, l'utilisation des technologies avancées en cause était la suivante : l'usage d'un micro-ordinateur par une personne salariée engagée en qualité de sténo -dactylographe par le 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 pour faute grave.* »Par cet arrêt où la déloyauté du salarié n'a, étonnement , pas été invoquée, fondement qu'il serait peut-être bon d'invoquer à l'avenir, 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 la troisième décision Fiker /Société française des ascenseurs Kone , jugée par la cour d'appel d'Aix en Provence le 17 décembre 2002⁹, un salarié engagé en qualité d'assistant trésorier cadre avait été licencié non pour faute lourde mais du moins pour faute grave, pour avoir visité de manière très prolongée des sites pornographiques .Le moyen de caractériser la faute grave doit retenir l'attention. La cour d'appel a en effet pris en compte les risques qu'encourt l'entreprise : « *la gravité de la faute se trouve notamment caractérisée par les risques de poursuites judiciaires que le salarié a fait encourir à son employeur* »

Quels problèmes juridiques ont du régir les juges de la Chambre sociale dans ces trois décisions ? Certes, ces derniers sont animés par le souci d'un équilibre dans la relation entre l'employeur et les salariés de l'entreprise ,mais comme cela a été affirmé par les deux arrêts de cour d'appel , il est nécessaire de ne pas affaiblir le pouvoir de contrôle de l'employeur, dès lors qu'il ne peut être fait grief à ce dernier d'avoir enfreint le principe de loyauté posé par l'article L.121-8 du code du travail.¹⁰ Il faut donc approuver sans réserve la fermeté des juges de la cour d'appel d'Aix en Provence et de Bordeaux. Ces derniers ont sanctionné sur le fondement de la législation sociale l'utilisation abusive des TIC par des salariés.

La fermeté de la Chambre sociale dans des situations de licenciement pour faute grave du fait d'un usage abusif des TIC doit être saluée

Présentons tout d'abord l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 10 juin 2002.Une distinction nouvelle a été établie par les juges concernant le risque d'atteinte à la vie privée du salarié. Dans un premier attendu, la cour a affirmé : « *les documents appréhendés concernent non des correspondances émises ou reçues par la salariée à partir d'une messagerie personnelle sur son ordinateur mais un ensemble de six disquettes contenant la gestion de la S.A.R.L Air déco* ».En l'espèce, la preuve a été rapportée , par l'employeur, de l'exercice par la salarié d'une activité parallèle « *à toute heure de travail* ».Les disquettes concernaient des devis, factures , P.V de chantiers !

⁸ CA Bordeaux ch.soc. section A., 10 juin 2002, Juris-data n°2002 - 184292

⁹ CA Aix en Provence , ch.soc., 17 déc.2002, Juris-data n° 2002 - 205257

¹⁰ L'article L.121-8 du code du travail prévoit qu'aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collecté par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance .

La cour d'appel a affirmé dans un troisième attendu : « *qu'il convient dès lors de réformer le jugement déféré en disant le licenciement de Régine Desclaux justifié par sa faute grave* ».

La solution de la cour d'appel de Bordeaux rendue par la Chambre sociale le 10 juin 2002 doit être approuvée. Pour des faits similaires, l'exercice d'une activité parallèle par le chef du département Topographie de la Société Nikon France, la Cour de cassation, avait, en se fondant notamment sur le principe du secret des correspondances¹¹, cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. Sous les vises de plusieurs articles dont l'article L.120-2¹² du code du travail¹³, la cour a ébranlé le pouvoir de surveillance de l'employeur.

Le litige soumis à la cour d'appel d'Aix en Provence, dans la seconde affaire, ne concernait pas le même usage des TIC que dans l'affaire Port autonome de Bordeaux. 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 d'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. La solution n'a pas en revanche permis à l'employeur de percevoir des dommages et intérêts. La qualification de faute lourde n'a pu s'appliquer du fait de l'absence d'intention de nuire à l'employeur de la part du salarié.

Cette dernière affaire permet de soulever la question d'un dédommagement éventuel de l'employeur. Du fait de l'absence d'intention de nuire, la faute lourde, laquelle entraîne le versements de dommages –intérêts, n'a pas été retenue.

D'autres voies que la législation du travail pourraient être envisagées. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne pourrait-elle pas « s'approprier » les règles de la théorie générale civiliste, pour en faire un usage adapté aux besoins du réel ?

Il convient de procéder par élimination, de la piste la moins utile à la plus utile. Il faut examiner ces voies successivement afin de dire si elles sont susceptibles, ce qui nous semble

¹¹ L'obligation de respect par l'employeur du secret des correspondances est rappelée régulièrement par les juges. V. en ce sens CA Paris 22^{ème} ch. C., 16 mai 2003, SAS Carrefour France c /Nicolas D. L'arrêt est disponible sur le site <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. Le jugement a été confirmé. Aucune faute grave n'a été établie à l'encontre du salarié. La cour a affirmé : "L'employeur ne peut, sans violation de la liberté fondamentale du salarié au respect, même au temps et au lieu de travail, de sa vie privée, qui implique en particulier le respect des correspondances, prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié".

¹² Selon l'article L.120-2 : "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". Concernant le principe de proportionnalité V. en particulier WAQUET PH., "Les libertés dans l'entreprise", RJS 2000, 335. V. également DARMAISIN S., "L'ordinateur, l'employeur et le salarié", Dr. social 2000, 580.

¹³ On s'étonne que l'article L.121-8 du code du travail concernant le principe de loyauté n'ait pas été invoqué par les juges. Concernant le principe de loyauté en vertu duquel aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collecté par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance V. RAY J.-E., "Le droit du travail à l'épreuve des NTIC..." op. cit., p.109

dans des situations extrêmes , important, d'ouvrir un droit à des dommages –intérêts pour l'employeur victime des agissements d'un salarié.

L'abus de droit ne pourrait-il pas être retenu par les juges afin d'allouer des dommages -intérêts à l'employeur ?

Les conditions de mise en œuvre sont bien connues : preuve doit être rapportée que le titulaire du droit , a fait, à dessein de nuire , un usage de son droit , préjudiciable à autrui. Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 17 décembre 2002, le salarié en consultant des sites pédophiles sur l'Internet a causé un préjudice moral à l'entreprise , une atteinte à l'image de la Société Kore. Dans le litige soumis à la cour d'appel de Bordeaux c'est un préjudice matériel qui aurait pu être invoqué , à savoir le coût financier de l'usage des TIC par le salarié, en l'espèce la connexion au réseau pendant et en dehors des heures de travail. Existe-il des précédents concernant l'usage des technologies de l'information et de la communication ?

La notion d'abus est invoquée par les juges mais ces derniers ne se fondent pas directement sur la notion civiliste (article 1382 du code civil), d'abus de droit. Cette notion n'est pas utilisée de manière autonome par rapport à la législation du travail , pour sanctionner le salarié. On peut citer en ce sens la décision de la Cour de cassation du 11 mars 1998¹⁴ relatif à l'usage abusif du téléphone .Cet usage est seulement invoqué comme moyen de preuve de la faute du salarié justifiant le licenciement. Il convient de ne pas sous-estimer le caractère malaisé de la preuve de l'intention de nuire du salarié, seconde condition de mise en œuvre de l'abus de droit.

L'intérêt pour les avocats de se placer sur le terrain de l'abus de droit ?

L'intention de nuire, comme le savent fort bien, d'expérience, les avocats , fait hélas souvent défaut. C'est le cas notamment dans les deux affaires , celle jugée par la cour d'appel de Bordeaux et celle jugée par la cour d'appel d'Aix en Provence. Le salarié du Port autonome de Bordeaux n'a pas eu pour intention de concurrencer par son activité parallèle , l'entreprise où elle était en poste .L'assistant trésorier cadre de la Société Kone n'était pas animé par le dessein de porter atteinte à l'image de l'entreprise en consultant des sites pédophiles. Dans un jugement du tribunal de grande instance de Marseille du 11 juin 2003,¹⁵ un salarié avait créé sur son lieu de travail et pendant ces heures de travail un site internet nommé "Escroca". L'employeur a été condamné sur le fondement de l'article 1384 al.5 du code civil. Ce dernier avait formé un appel en garantie à l'encontre du salarié. Tous deux ont été condamnés. Les juges ont dit que l'équité commande que le salarié et l'employeur soient condamnés à payer à Escota 4000 euros au titre de l'article 700 du NCPC. A la différence des deux arrêts de cour d'appel précités , les faits de l'espèce se prêtaient à la qualification d'abus de droit de la part du salarié. Cependant , les avocats n'ont pas eu recours à cette stratégie sachant fort bien que l'intention de nuire ne pourrait très probablement pas être établie.

Il pourrait être à notre avis utile à l'avenir , lorsque les faits de l'espèce s'y prêtent, d'invoquer l'abus de droit pour obtenir des dommages –intérêts. Dans les affaires précitées nous avons pu constater que la Chambre sociale est réticente à qualifier la faute du salarié de

¹⁴ Cass.soc.11 mars 1998, RJS , 1998, n°415, p.260

¹⁵ TGI Marseille , 11 juin 2003, Rev.Expertises, Oct.2003, p.351 et s. V . également le commentaire de Madame Sandrine VOISIN , Haro sur la responsabilité d'un employeur pour la création d'un site licencieux par son salarié, Rev. Expertises n° 274, oct.2003, pp.341-345

faute lourde, qualification susceptible de permettre un dédommagement de l'employeur, mais qui n'est guère opportune socialement. Cela ne faciliterait pas, pour le moins, la réinsertion professionnelle du salarié !

Une autre voie a pu être expérimentée, celle de l'article 1135 du code civil.

L'article 1135 du code civil est-il suffisant pour prémunir l'employeur contre les agissements indéliques des salariés ?

L'obligation générale de loyauté du salarié tirée de cette disposition du code civil n'est pas dans la pratique une arme suffisante. Cette voie a notamment été abordée récemment par Monsieur FOREST dans son analyse de l'arrêt Nikon France. Selon ce dernier : « *L'obligation générale de loyauté du salarié tirée notamment de l'article 1135 du code civil ne suffit pas à prémunir l'employeur contre la communication d'informations à un concurrent. Ainsi, l'usage de stipulations expresses constitue-t-il une pratique courante dans l'univers informatique, que ce soit sous la forme d'accord de « confidentialité » [...] ou encore d'obligations spécifiques de non-divulgaration ou de discrétion visant à prémunir l'employeur contre des agissements indéliques. Un tel accord peut notamment traiter de l'usage personnel que le salarié entend faire du logiciel développé* ». ¹⁶

Cette piste reste insuffisante mais de manière générale il ne faut pas renoncer à l'incitation à une plus grande responsabilisation des acteurs de la vie économique ¹⁷. Le principe de loyauté est donc une voie que nous jugeons pour notre part utile.

Le principe général de loyauté peut être utilement invoqué pour conforter l'argumentation de l'employeur lors d'un usage abusif des TIC par un salarié

Ce PGD est appelé à se développer de plus en plus. Il y est fait référence dans de nombreux textes, article 1134 et 1135 du code civil, article L.212-1 du code de la consommation, article 7-2 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980... ¹⁸

Il a été invoqué par les juges pour conférer une certaine moralité à la vie des affaires, et ce, par exemple dans des décisions jurisprudentielles de l'assemblée plénière, où l'abus dans la fixation du prix a été sévèrement sanctionné. ¹⁹

Le respect du principe de loyauté est rappelé régulièrement par les juges concernant les devoirs de l'employeur. La cour d'appel D'aix en Provence dans son arrêt du 17 décembre 2002 concernant l'affaire Fiker, que nous avons commenté, a ainsi pris soin de relever que ce

¹⁶ FOREST D., Commentaire de Cass.ch.soc.2 octobre 2001, disponible sur le site <http://www.legalis.net/>, p.2

¹⁷ V. cpdt. en la matière la décision Costedoat de l'Assemblée plénière du 9 avril 2002 laquelle participe d'un mouvement général d'affaiblissement de la responsabilité civile que nous ne pouvons que constater... V. sur la question les commentaires du Professeur RADE (RADE C., Il faut sauver la jurisprudence Costedoat ! (A propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de Cassation du 9 avril 2002), Resp.civ.et Assur.2000, chron.n13, pp9-11 ; les commentaires du Professeur GROUDEL (GROUDEL H., Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés, Resp .civ .et Assur.2000, chron.n°11, pp.7-8

¹⁸ La liste n'est pas exhaustive. Pour un bilan de la question V. notamment LEGAIS D., Droit commercial et des affaires, 14^{ème} Ed.2001, Ed. Armand Colin, p.15 et s.

¹⁹ Ass.plén.1^{er} déc.1995 (quatre arrêts), D.1996, 17, note L. Aynès ; JCP, Ed.G.,1996, II, 0000, note J. Guestin, RTDCom.1996,153, Obs. Mestre. V. également la jurisprudence sanctionnant le créancier qui tarde à entamer des poursuites pour bénéficier de l'accumulation des intérêts. (Cass.com.31 mai 1994, RTDciv.1995, 105, note J.Mestre, Cass.civ.1^{ère}, 31 janvier 1995, Somm.230, note D.Mazeaud

n'est pas à l'aide de moyens de preuve clandestins ou illicites que la Société Kone , l'employeur, a eu connaissance des agissements du salarié utilisateur des TIC.

On peut espérer que les juges , concernant les devoirs de l'autre partie au contrat non pas l'employeur cette fois mais le salarié, prendront à l'avenir en considération dans une large mesure l'obligation de loyauté qui lui incombe.

La clémence des juges doit en revanche pleinement s'exprimer lorsque le salarié qui a utilisé les TIC à des fins personnelles s'est dans l'exercice de ses fonctions toujours montré loyal. Ainsi, il serait souhaitable que se développe l'orientation dégagée par une partie des juges du fond , notamment dans un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 6 juin 2001²⁰. Le salarié qui certes avait utilisé à des fins personnelles la messagerie électronique pour quelques courriers familiaux a bénéficié de la clémence des juges , ces derniers ayant relevé qu'il s'était toujours montré loyal pendant les seize années au service de la Société Kone, son employeur. Bel encouragement qui ne peut qu'inciter à méditer...

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

²⁰ CA Montpellier , Ch.soc.6 juin 2001, Juris -data n°149912