

MOTS CLEFS : licenciement – salariée – réseau social – Facebook – dénigrement – diffamation

La décision de la Cour d'appel de Besançon en date du 15 Novembre 2011 apporte un éclairage supplémentaire sur un type de contentieux auquel la justice est de plus en plus confrontée: le licenciement d'un salarié suite à des propos tenus par celui-ci sur le « mur » du réseau social Facebook. Cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure tout en la précisant en apportant pour la première fois une définition claire du réseau social Facebook et en mettant un terme à l'interrogation du caractère public ou privé des propos tenus sur le « mur ».

FAITS : Un responsable de magasin d'une grande enseigne d'ameublement a été licencié pour faute grave. Certains de ses collègues viennent alors lui manifester leur soutien par le biais de messages sur son « mur » Facebook. A cette occasion Mlle F. va poster les propos suivants: « *c'est clair cette boîte me dégoute!!! [...] ils méritent juste qu'on leur mette le feu à cette boîte de merde* », à la suite desquels un autre collègue mentionnera le nom de la société. Tenue informée de ces propos, la direction licencia la salariée pour cause réelle et sérieuse.

PROCÉDURE : Mlle F saisit alors le Conseil des Prud'hommes de Montbéliard afin d'une part de contester la cause réelle et sérieuse de son licenciement et d' autre part pour réclamer le versement de dommages et intérêts. Une décision du 4 octobre 2010 la déboute de ses prétentions. La partie demanderesse interjette appel et l'affaire est portée devant la Cour d'Appel de Besançon. Les juges ont apprécié le premier moyen en examinant d'une part l'effectivité de la liberté d'expression sur Internet et d'autre part l'opportunité de la qualification juridique des réseaux sociaux. La Cour d'appel rend un arrêt le 15 novembre 2011, au terme duquel elle confirme le jugement prud'homal en toutes ses dispositions et déboute Melle F de l'ensemble de ses demandes.

PROBLÈME DE DROIT : A quelle(s) condition(s) les propos tenus sur un « mur » du réseau social Facebook peuvent-ils motiver un licenciement pour cause réelle et sérieuse ?

SOLUTION : La Cour d'appel considère que le message dont Melle F est l'auteur est constitutif d'un abus de la liberté d'expression et n'avait rien d'une correspondance privée, il présentait donc un caractère public et les termes injurieux voir menaçant justifiaient son licenciement pour cause réelle et sérieuse.

SOURCES :

- HAAS (G.), *A partir de quand les propos tenus sur les murs Facebook peuvent-ils être considérés comme privés*, mis en ligne le 10 janvier 2012, consulté le 18 Janvier 2012, <http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/50715/a-partir-de-quand-des-propos-tenus-sur-les-murs-facebook-peuvent-ils-etre-consideres-comme-privés.shtml>
- KUOK (I.), *Facebook, un ami qui ne vous veut pas forcément du bien*, mis en ligne le 13 Décembre 2011, consulté le 18 janvier 2012, <http://www.village-justice.com/articles/FACEBOOK-forcement-Isabelle-avocat,11346.html>
- ROCHEBLAVE (E.), *Salariés: Attention, à vos propos sur Facebook!*, mis en ligne le 26 Décembre 2011, consulté le 18 Janvier 2012, <http://www.rocheblave.com/avocat-montpellier/droit/licenciement/>



NOTE :

La question de la e-réputation fait écho à la sagesse et au principe socratique: « *connais toi, toi-même* ». Ce précepte est d'actualité avec l'essor des nouvelles technologies en parallèle desquelles émergent de nombreux abus.

De l' exhibitionnisme virtuel...

La réputation est aujourd'hui relayée par le *medium* le plus puissant et le plus étendu dont le principal contributeur est l'internaute. C'est d'ailleurs ce que souligne Laurence Ifrah en considérant que « *l'explosion du Web 2.0, qui offre un contenu généré directement par utilisateurs inconnus, représente une menace considérable pour les entreprises* ». Bien souvent Internet intervient comme un miroir déformant reflétant une identité numérique qui n'est pas fidèle à la réalité puisque subissant à la fois la décontextualisation et l'interprétation.

Plus encore, l'émergence des réseaux sociaux et l'engouement certain qu'ils suscitent ont multiplié les risques d'atteintes à la réputation. Ceci s'explique à la fois par le nombre de leurs utilisateurs, celui-ci s'élevant à 750 millions d'individus dans le monde, et par l'apparente impunité dont pensent bénéficier les internautes sur ce type de plateforme sociale.

Essentiellement vu comme un outil ludique de communication, les plus profanes d'entre nous n'ont pas conscience des risques que comporte une utilisation déraisonnable de *Facebook*. Si les réseaux sociaux peuvent permettre aux salariés de renforcer l'image de l'entreprise, certains employeurs appréhendent une décentralisation de la communication et une perte de leur pouvoir sur les salariés. L'inquiétude semble être justifiée dès lors que 15% des salariés avouent parler de leur employeur sur *Facebook* ou *Twitter*, dont 21% de façon plutôt négative, bien que 86% d'entre eux disent avoir conscience des enjeux et des risques.

... à la sanction réelle

C'est dans ce contexte que se multiplient les contentieux. Face aux abus manifestes de certains salariés, les cas de licenciement foisonnent. Pour l'essentiel de ces affaires, les juges ont eu à déterminer d'une part si les propos tenus par le salarié mis en cause entraînent dans le champs de la liberté d'expression, et d'autre part le caractère privé ou public du *mur*, ceci déterminant la possibilité ou non pour l'employeur d'utiliser les propos litigieux pour justifier le licenciement pour cause réelle et sérieuse.

L'arrêt rendu le 15 novembre 2011 par la Cour d'appel de Besançon s'inscrit en conformité de la jurisprudence antérieure.

S'agissant de la liberté d'expression du salarié, la Cour en reconnaît l'effectivité tout en posant certaines limites. En l'espèce il a été jugé que les propos tenus par Melle F étaient constitutifs d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression eu égard à leur caractère « *violent voire menaçant* ».

S'agissant du caractère public ou privé des propos tenus sur le *mur* d'un utilisateur du réseau *Facebook*, la Cour a retenu « *que ce réseau doit nécessairement être considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public* ». Eu égard à cette qualification du réseau social, il convient pour celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos, car cela demeure possible, « *soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son « mur* » ».

Cet arrêt apporte pour la première fois une définition précise du réseau social *Facebook* et met un terme à l'interrogation du caractère des propos tenus sur le « *mur* » d'une page personnelle.

Adeline Cornet
Master 2 Droit des médias et des
télécommunications
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-
IREDIC 2012



ARRÊT :

Cour d'appel de Besançon, ch. soc., 15 Novembre 2011, n° 10-02642, *Sandrine Fadel c/ Société CASA FRANCE*

Sur le licenciement.

Attendu que dans la lettre de licenciement, qui fixe les termes du litige, il est reproché dans un premier temps à Mlle Séverine Fadel d'avoir tenu des propos diffamants, insultants et offensants envers la société Casa par le biais du réseau social *Facebook* ; [...]

Que pour tenter d'atténuer la portée de ses propos, Mlle Séverine Fadel expose tout d'abord que ceux-ci étaient destinés à l'ancien directeur du magasin qui venait d'être licencié pour faute grave ; qu'elle précise que ce congédiement s'était déroulé sans aucune explication et qu'il avait suscité chez le personnel une totale incompréhension ; qu'elle indique qu'elle avait réagi de façon impulsive à ce qu'elle considérait comme une injustice ;

- Qu'elle soutient ensuite que dans ses propos elle n'a jamais désigné nommément l'enseigne du magasin ; qu'elle met en avant que celle-ci n'a été révélée qu'ultérieurement par un autre salarié et alors même qu'elle n'était plus connectée ; qu'en conséquence il ne peut lui être reproché d'avoir tenu des propos diffamatoires envers la société Casa ;

- Qu'elle prétend enfin que ses propos ont été tenus dans le cadre d'une conversation privée, l'employeur ne justifiant pas la façon dont il en a eu connaissance ; que la conversation tenue avec son destinataire n'était accessible qu'aux contacts de ce dernier et que sa diffusion s'en trouvait donc restreinte;

- Attendu ensuite que s'il est avéré que lors du dialogue auquel elle a participé sur *Facebook* avec l'ancien directeur du magasin et certains contacts de ce dernier Mlle Séverine Fadel n'a jamais désigné nommément la société Casa, il en demeure cependant pas moins que ces propos sont demeurés inscrits sur le «*mur*» du profil de son interlocuteur, d'une part, qu'ils ont été par la suite complétés par un autre contact qui a expressément mentionné la société Casa, d'autre part ; que même à supposer que la salariée ait quitté le site sitôt après la délivrance de son dernier message , ses propos sont tout de même demeurés accessibles et son employeur parfaitement identifiable ; que l'absence d'intention de la

part de la salariée se trouve dès lors sans effet dès lors que son comportement imprudent a conduit à un résultat similaire;

- Attendu encore que le réseau *Facebook* a pour objectif affiché de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de façon exponentielle par application du principe «les contacts de mes contacts deviennent mes contacts» et ce, afin de leur permettre de partager toutes sortes d'informations ; que ces échanges s'effectuent librement *via* le «*mur*» de chacun des membres auquel tout un chacun peut accéder si son titulaire n' a pas apporté de restrictions ; qu'il s'en suit que ce réseau doit être nécessairement considéré , au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public ; qu'il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur *Facebook*, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son «*mur*»;

Qu'en l'espèce Mlle Séverine Fadel, qui ne pouvait ignorer le fonctionnement du site *Facebook*, n'est pas fondée à soutenir que son dialogue avec l'ancien directeur du magasin constituait une conversation privée ; que pour ce faire elle disposait en effet de la faculté de s'entretenir en particulier avec lui en utilisant la fonctionnalité adéquate proposée par le site; que d'autre part si la photocopie du "*mur*" du directeur du magasin témoigne de la réalité des propos reprochés à la salariée, il ne porte cependant pas la trace d'une quelconque interrogation de celle-ci quant à l'accès au mur de son interlocuteur ;

- Attendu enfin que si le salarié jouit, dans l'entreprise ou en dehors d'elle, de sa liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, il ne peut abuser de cette liberté par des propos injurieux diffamatoires ou excessifs [...] ; Qu'eu égard à leur caractère violent et excessif ces propos témoignent d'un abus incontestable de la liberté d'expression reconnu à tout salarié ;qu'il s'en suit que ce premier grief constitue un motif réel et sérieux de licenciement .



COMMENTAIRE :

Soixante ans plus tôt, MC Luhan présageait déjà un monde où n'importe qui, n'importe quand, pourrait accéder à n'importe quoi grâce à des réseaux reliant entre eux les médias les plus divers. Cette prédiction se matérialise aujourd'hui par un monde globalisé où chaque individu peut se révéler être un *Big brother* en puissance. C'est d'autant plus vrai que tout ce qui est dit, ce qui est fait ou ce qui est montré sur le *Web* est enregistré dans les « mémoires » numériques. Dans un monde où l'oubli n'a pas encore trouvé sa place, la question de la e-réputation est devenue une préoccupation majeure.

La réputation se crée, se propage et se défait sur Internet, chaque internaute constituant un *medium* potentiel. Si Internet est très vite apparu comme une véritable vitrine virtuelle pour les marques et produits, cette visibilité accrue a, dans le même temps, multiplié les risques d'atteintes portées à leur image. Désormais, une société peut être le sujet de conversations anodines sur la toile mais aussi l'objet d'attaques et de critiques. En effet, tout à chacun peut aisément s'exprimer *via* les forums ou les réseaux sociaux en diffusant sa propre information ou commentant celle des autres, tout ceci participant à la e-réputation d'une entreprise.

Ce phénomène est d'autant plus inquiétant que la critique est parfois galvanisée sur ces plateformes sociales qui sont, pour beaucoup, synonyme d'espace d'impunité. Or ceci est d'autant plus faux que les abus peuvent avoir de graves conséquences.

Les réseaux sociaux tels que *Twitter*, *Facebook* ou *LinkedIn* brouillent les frontières entre vie privée et vie professionnelle. Il n'est pas rare de trouver dans la liste d'« amis » d'une personne, des collègues ou des relations d'affaire. Cependant *Facebook* est avant tout conçu comme un moyen de communication ludique dont l'utilisateur use en dehors de son temps de travail, en théorie du moins et dans le cadre de sa vie privée. Pourtant, l'utilisation qu'il fait de cet outil provoque la convergence des sphères

professionnelles et privées, et ce mélange des genres peut conduire à des situations encore inédites il y a peu. Depuis quelques années, un nouveau type de contentieux a émergé: le licenciement d'un salarié suite à des propos tenus sur les réseaux sociaux. Plusieurs décisions semblent indiquer que les propos tenus sur le « mur » de *Facebook* peuvent justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse. C'est notamment le cas lorsque le salarié tient des propos diffamants ou injurieux à l'égard de son employeur. Dans l'essentiel de ces affaires, il s'agit pour les juges de déterminer si le « mur » est un espace public ou privé, ceci conditionnant la possibilité ou non pour l'employeur de se prévaloir des propos tenus pour justifier la cause réelle et sérieuse du licenciement. Depuis la décision du 19 Novembre 2010 rendue par le Conseil des Prud'hommes de Boulogne-Billancourt, la justice a eu régulièrement à traiter de ce type de contentieux. En l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute grave aux motifs d'« incitation à la rébellion contre la hiérarchie » et « dénigrement envers l'entreprise » suite à des propos tenus sur la page personnelle ou « mur » d'un de ses collègues, évoquant l'existence d'un « club des néfastes » où les anciens et actuels salariés se livraient à un rite consistant « à se foutre de la gueule de [leur] supérieur hiérarchique toute la journée sans qu'elle s'en rende compte » et à « lui rendre la vie impossible pendant plusieurs mois ». Le Conseil prud'homal avait alors considéré que la salariée cautionnait ces pratiques dès lors qu'elle avait pris part à la conversation en affirmant s'assurer du respect de ce « rite ». La juridiction a rendu un arrêt historique énonçant que : d'une part, dès lors que la page *Facebook* d'un salarié a un « accès ouvert », permettant à d'autres salariés « amis » de visionner son contenu, et que l'employeur a connaissance de ce contenu, ce dernier « n'a pas violé le droit au respect de la vie privée de la salariée ». D'autre part, dès lors que le contenu exprimé sur cette page *Facebook* peut être lu par d'autres salariés et des personnes tierces, et dès lors que



ce contenu porte atteinte à la réputation d'un supérieur hiérarchique, « *le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, le comportement de la salariée étant constitutif d'une faute grave ne permettant pas son maintien dans l'entreprise* ».

Cette décision a bénéficié d'un large retentissement médiatique qui a permis d'alerter le public sur les dangers d'une utilisation déraisonnable des réseaux sociaux. Ceci n'a pourtant pas empêché la multiplication de ce type de conflits. L'arrêt du 15 novembre 2011 rendu par la Cour d'Appel de Besançon s'inscrit dans cette mouvance.

Les faits de l'espèce sont simples : un responsable de magasin d'une grande enseigne d'ameublement a été licencié pour faute grave. Certains de ses collègues viennent alors lui manifester leur soutien par le biais de messages sur son « mur » Facebook. A cette occasion Mlle F. va poster les propos suivants: « *c'est clair cette boîte me dégoûte!!! [...] ils méritent juste qu'on leur mette le feu à cette boîte de merde* », à la suite desquels un autre collègue mentionnera le nom de la société. Tenue informée de ces propos, la direction licencie la salariée pour cause réelle et sérieuse.

Mlle F saisi alors le Conseil des Prud'hommes de Montbéliard afin d'une part de contester la cause réelle et sérieuse de son licenciement et d'autre part pour réclamer le versement de dommages et intérêts. Une décision du 4 octobre 2010 la déboute de ses prétentions.

La partie demanderesse interjette appel et l'affaire est portée devant la Cour d'Appel de Besançon. Les juges ont apprécié le premier moyen en examinant d'une part l'effectivité de la liberté d'expression sur Internet (I) et d'autre part l'opportunité de la qualification juridique des réseaux sociaux (II). La Cour d'appel rend un arrêt le 15 novembre 2011, au terme duquel elle confirme le jugement prud'homal en toutes ses dispositions et déboute Melle F de l'ensemble de ses demandes. Elle considère que le message dont Melle F est l'auteur est constitutif d'un abus de la liberté d'expression et n'avait rien d'une correspondance privée, il présentait donc

un caractère public et les termes injurieux voir menaçant justifiaient son licenciement pour cause réelle et sérieuse.

I. De l'effectivité de la liberté d'expression sur Internet

L'apparition d'Internet a fait exploser les carcans qui contenaient la liberté d'expression. Subitement, avec la Toile, la liberté d'expression disposait d'un puissant vecteur. Internet est sans conteste le "*plus puissant moyen d'expression individuelle jamais inventé par l'homme*".¹(A). Si l'Internet se caractérise par sa simplicité d'utilisation, il constitue en réalité, un outil complexe générateur d'ambivalence. Il permet à tout à chacun de participer directement à la diffusion de l'information et constitue en cela le support de la liberté d'expression sur Internet mais dans le même temps il fait naître certains dangers source de nouveaux litiges qui nécessitent la limitation de cette même liberté (B).

A. L'émergence d'un nouvel espace de communication: la reconnaissance de la liberté d'expression

La liberté d'expression est un droit fondamental pour les sociétés occidentales². Elle fait partie de l'héritage révolutionnaire de 1789. Libérée de la tutelle de la monarchie absolue, l'Assemblée Nationale vota la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen et consacra la liberté d'expression en son article 11: « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

1 HAMON (A.), *Une approche de la liberté d'expression sur Internet*, 2000, Paris

2 MATHIAS (P.), *Liberté d'expression et Internet*, 2000, Paris



Par la suite, de nombreux textes nationaux et internationaux ont reconnu cette liberté, chacun d'entre eux s'enrichissant des contingences nouvelles. Aujourd'hui il est donc intéressant de s'interroger sur la relation entre Internet et ce droit fondamental.

L'avènement du réseau numérique offre de nouvelles possibilités d'expression, un champ infini où chacun est à même de s'exprimer. Toutefois chaque droit est rarement conçu comme absolu, la liberté d'expression sur Internet ne fait pas exception. La protection de la réputation est l'une de ses limites.

La réputation est envisagée d'une part s'agissant des personnes physiques et d'autres part des personnes morales telles que les entreprises qui nous intéresseront ici.

L'explosion du Web 2.0, qui offre un contenu généré directement par des utilisateurs inconnus, représente une menace considérable pour l'entreprise. Le danger est plus grand encore lorsque ces propos sont tenus par un salarié qui est alors directement associé à l'image de l'entreprise. Il ne s'agit pas pour autant de « museler » le salarié qui bénéficie de la liberté d'expression au même titre que tout autre individu. La loi va plus loin encore en reconnaissant à l'article L 2281-1 du Code du travail que « *les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* ». Si le salarié a le droit de s'exprimer, il a également le droit de critiquer, prérogative découlant de la liberté d'expression. La jurisprudence a d'ailleurs reconnu l'effectivité de ces droits sur Internet.¹ Pour autant, il faut noter que la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le droit d'expression des salariés prévu à l'article susmentionné, s'exerçait seulement dans le cadre des réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail.

Ainsi donc la liberté d'expression est reconnue sur Internet mais elle se trouve

limitée par le respect d'autres droits reconnus, et le champ de son effectivité exclu les abus dans son exercice.

La première affaire où un licenciement a été prononcé à la suite des propos tenus sur Internet date de 2006. Catherine Sanderson, secrétaire le jour, blogueuse racontant sa vie intime la nuit, a été licenciée par son employeur pour avoir terni l'image de l'entreprise en partageant sur la toile ses frustrations intimes et professionnelles. Or, elle tenait ce blog de façon anonyme et n'a jamais cité nommément son entreprise. Elle a finalement été indemnisée par le Conseil des Prud'hommes.² A ce titre l'article L 2281-3 dispose que « *Les opinions que les salariés, quelque que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou à un licenciement* ». Il n'en demeure pas moins que les injures proférées par un salarié à l'encontre de sa hiérarchie, constituent une faute susceptible de donner lieu à son licenciement.

B. L'émergence d'un nouveau type de conflit: la limitation de la liberté d'expression

L'émergence de ce nouveau type de conflit est allée de pair avec le succès des réseaux sociaux qui encouragent leurs utilisateurs à une communication toujours plus libre, plus intime, qui libèrent de la réserve naturelle et se prêtent par là même, à tous les excès.

C'est ce cas de figure que la justice a eu à traiter dans l'affaire opposant Mlle F à son employeur.

Dans les faits de l'espèce, la requérante se prévalait de la liberté d'expression qui lui ai reconnu pour justifier les propos tenus qui pour rappel se tiennent en ces quelques mots *mesurés*: « *c'est clair cette*

1 TGI de Lyon, 4 juillet 2005, ordonnance de référé, *Foncia Groupe c. Fernand C, ARC, UNARC*

2 BEM (A.), *Les réseaux sociaux et Facebook comme moyen de licenciement des salariés*, 2010, Paris



boîte me dégoute!!! [...] ils méritent juste qu'on leur mette le feu à cette boîte de merde ».

Ces propos outrepassent manifestement le champ de la liberté d'expression par leur virulence. Ils ne sont d'ailleurs pas le propos d'une critique telle qu'admise par le droit. C'est d'ailleurs, sans surprise que la Cour d'Appel a retenu qu' « eu égard à leur caractère violent et excessif, ces propos témoignent d'un abus incontestable de la liberté d'expression reconnu au salarié ». Il ne s'agit pas ici de limiter le droit à la critique dès lors que ces propos ne constituent en rien une critique mais sont seulement l'expression d'un mécontentement mal contenu et inapproprié eu égard aux fonctions de la salariée mais également aux devoirs auxquels elle est astreinte à l'égard de son employeur. De plus, la direction a rappelait que l'ancienne employée occupait un poste de vendeuse et était, à ce titre, en permanence en contact avec la clientèle et pouvait à ce titre nuire à l'image de marque de la société.

Si le salarié jouit de la liberté d'expression dans et hors de l'entreprise, il doit toutefois observer une obligation de loyauté et un devoir de réserve envers son entreprise. Le droit à la critique trouve sa limite dans le devoir de réserve posé à l'égard de la fonction publique par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'article 23 instaure une obligation de discrétion professionnelle. Cette règle s'applique aussi aux salariés du secteur privé en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du code civil.

Cependant mal nous prendrait de nous satisfaire de cette position, pourtant constante ces derniers mois. En effet la Cour d'appel de Douai a rendu un arrêt le 16 décembre 2011 qui laisse pressentir un futur revirement de jurisprudence. En l'espèce, un animateur radio s'est vu retirer la promesse d'embauche délivrée par son employeur, après avoir qualifié sur le « mur » de sa page Facebook, sa direction de « *belles balles anti-professionnelles* ». Le conseil des Prud'hommes de Tourcoing a validé la rétractation. Le 16 décembre 2011, la

Cour d'appel a infirmé le jugement et retient que « (...) des propos diffamatoires ou injurieux, tenus par un salarié à l'encontre de l'employeur ne constituent pas un événement irrésistible ou insurmontable faisant obstacle à la poursuite du contrat, cette rupture [de la promesse d'embauche] ne procède pas non plus d'un cas de force majeure ». A la suite de cet arrêt, les salariés condamnés en 2010 par le conseil des Prud'hommes de Boulogne Billancourt ont fait appel, espérant pouvoir tirer profit de la nouvelle tendance et voir la décision infirmée. La Cour d'appel de Versailles devrait se prononcer le 22 février 2012 sur la question de la validité de leur licenciement.

Il semble que ce nouveaux types de contentieux est encore source d'incertitudes pour la jurisprudence qui tente de les résoudre non sans peine ni contradiction.

Dans la procédure de l'espèce, la Cour d'appel de Besançon a été également amenée à se prononcer sur la qualification juridique des propos tenus sur le « mur » d'un utilisateur du réseau social Facebook. Cette problématique s'inscrit dans la problématique plus large du respect de la vie privée du salarié.

II. De l'opportunité de la qualification juridique des réseaux sociaux

Devant la multiplication du nombre d'affaires où les publications personnelles des salariés sur la toile ont un impact direct sur le travail, la jurisprudence a eu l'opportunité de se prononcer sur la qualification juridique des réseaux sociaux. Au terme de la décision historique rendu par le Conseil des Prud'hommes de Boulogne-Billancourt le 19 novembre 2010, confirmé par l'arrêt du 15 Novembre 2011, Facebook est reconnu comme un espace public (A). Par ailleurs cette position institue un nouveau mode de preuve (B) qu'il convient d'examiner au regard des règles applicables en matière



de preuve sur Internet.

A. L'affirmation du caractère public des réseaux sociaux

Avec les réseaux sociaux a émergé un phénomène nouveau: ce qui relevait jusqu'à alors de la correspondance privée, cas d'un simple échange de mails entre amis par exemple, est devenu visible par tous, ou du moins par tous les contacts ou « amis » de l'internaute concerné. On pourrait dire que l'on est entré dans l'ère de « l'exhibitionnisme virtuel ». Progressivement c'est une véritable redéfinition des contours des sphères publique et privée qui va avoir lieu dans la mesure où des propos diffusés sur des sites collaboratifs par nature privés, tel *Facebook*, peuvent devenir accessibles à un véritable public et causer un préjudice à l'employeur. La frontière entre vie privée et vie professionnelle devient de plus en plus ténue et une bataille judiciaire s'engage sur le point de savoir si les propos tenus sur un « mur » de *Facebook* entre dans le champs de la vie privée ou non. S'il ne fait aucun doute que *Twitter* est un site public (puisque les *tweets* sont visibles par tous même sans être inscrit), cela se révèle beaucoup plus difficile à apprécier pour un site comme *Facebook*.

Si l'ensemble de la jurisprudence semble s'accorder sur le caractère public des messages, les avocats des salariés licenciés tentent invariablement de faire reconnaître au contraire leur caractère privé.

Jusqu'à présent, il semble que les affaires médiatisées en la matière aient donné lieu à des décisions par lesquelles les tribunaux ont considéré que les propos tenus sur le « mur » de profils *Facebook* étaient des propos publics ne bénéficiant pas du secret de la correspondance privée. Emmanuel Derieux va en ce sens en considérant « *qu'à la différence du courrier électronique à caractère personnel, les sites de communication au public en ligne sont des lieux publics virtuels. Les réseaux sociaux [...]*

constituent des espaces publics ». De même le Procureur de la République a déclaré devant la Cour d'appel de Versailles « *que Facebook était un espace public et que la liberté d'expression y était donc restreinte »*

Tout l'intérêt de la qualification juridique de ces propos est de déterminer la recevabilité de la page Facebook comme moyen de preuve.

En l'espèce, Melle F soutenait que la conversation sur le « mur » de la page de son ancien responsable présentait un caractère privé. L'admettre aurait prohibé toute immixtion de l'employeur dans la vie personnelle de l'employée. La hiérarchie ne pourrait alors ni avoir accès au contenu de la discussion, ni se fonder sur la teneur des propos échangés sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié et sans encourir les sanctions prévues aux articles 226-15 et 432-9 du code pénal au titre de la violation du secret des correspondances privées. Cette solution a été adoptée par le Conseil des prud'hommes dans l'affaire des salariés d'Alten. Les juges ont considéré que dans la mesure où le compte était paramétré pour être accessible aux « amis des amis », celui-ci était public rendant la preuve recevable. Par la suite, les arrêts postérieurs confirmeront cette position.

A l'inverse, les avocats des ex-salariés retiennent que les propos tenus sur le « mur » relèvent de la vie privée dans la mesure où ils ont été publiés via « *leur ordinateur personnel* ». Dans cette même hypothèse, les juges estiment que l'accès aux informations personnelles doit être restreint aux seules personnes liées entre elles par une communauté d'intérêt.

Au contraire la jurisprudence définit les propos publics comme « *ceux échangés entre des personnes n'étant pas liées entre elles dans une communauté d'intérêt* ». Ce qui pose ici problème et qui montre une fois encore les contradictions de la jurisprudence, c'est que les réseaux sociaux fonctionnent sur le principe même de la communauté d'intérêt. De part son fonctionnement, le réseau social crée un véritable maillage entre les internautes. On pourrait alors penser que dès lors que



les propos ont été lus par des amis d'amis, ceux-ci étaient liés à l'auteur au sein d'une même communauté, alors ils entrent dans la sphère de la vie privée. Ceci appuierait les arguments des avocats.

Cependant, il semble peu probable que la notion de « *communauté d'intérêt* » trouve valablement à s'appliquer lorsqu'un internaute à des dizaines voire des centaines d' « *amis* » virtuels.

Ceci met en lumière les incertitudes qui subsistent. Toutefois la jurisprudence actuelle laisse raisonnablement penser que les propos tenus sur le « mur » d'un profil *Facebook*, ont invariablement un caractère public. Il ne s'agirait pas alors d'affirmer que *Facebook* dans son ensemble est un espace public mais que seul l'est le « *mur* ». Le réseau social peut en effet être conçu comme un outil de correspondance privé par le biais de la boîte mail, c'est d'ailleurs ce que souligne la Cour d'appel de Besançon en considérant qu'eut égard aux paramètres de configuration du compte de l'ancien responsable, la conversation pouvait être lue par tout individu inscrit sur le réseau social si l'accès au profil n'avait pas été bloqué et que « *si Melle F. souhaitait avoir une conversation privée, elle pouvait utiliser la fonction: envoyer un message à* ».

Toutefois il faut nuancer la portée de cette qualification juridique dès lors que la cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que des faits relevant de la vie privée, telles que des conversations privées, peuvent être sanctionnés par l'employeur s'ils ont un lien avec l'activité professionnelle et qu'ils causent un trouble objectif à l'entreprise.

B. L'affirmation d' un nouveau mode de preuve

La jurisprudence récente tend à se stabiliser et à établir une position claire et constante, soutenue par le doctrine quant au caractère public du « *mur* » *Facebook*. Cette position bénéficie à l'employeur dès lors qu'elle l'autorise à produire au débat une copie de la page mentionnant les

propos incriminés. Cette solution érige donc un nouveau mode de preuve. Toutefois cette situation appelle à certaines précisions quant aux modes de preuve sur Internet qui comportent quelques spécificités.

Il faut d'ores et déjà préciser que les contenus portés sur la toile et constitutifs d'une atteinte à la réputation d'une personne physique ou morale exigent, pour être recevables devant les tribunaux, qu'ils soient constatés soit par voie d'huissier soit par des agents assermentés près du Celog ou de l'APP et respectant un certain formalisme.¹

Le principe est le suivant: seuls les constats d'huissier, du Celog ou de l'APP respectant les pré-requis techniques, pourront valoir preuve en cas de procédure judiciaire. Il découle de cette règle qu'à l'inverse, une copie d'écran, une impression de page internet ou un constat Internet vicié ne valent pas preuve.

Pour autant cela n'a pas empêché le Conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt d'admettre que « *la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère bien-fondé du licenciement* »² alors que celle-ci avait été imprimée à la suite d'une simple capture d'écran effectuée par un autre salarié. Or, cette affirmation est en contradiction avec la jurisprudence contemporaine. La décision n'indique pas si un constat Internet valable a été versé au débat, mais si cela avait été le cas, on peut raisonnablement penser que le Conseil des Prud'hommes en aurait fait mention.

De plus, les règles dégagées se heurtent au refus des huissiers de justice qui ne consentent pas à procéder au constat internet car ils estiment frauduleux et contraire au principe de la loyauté de la preuve la nécessité, pour établir un constat, de devoir obtenir les identifiants et mots de passe des demandeurs.

Cette vision est contestable car en matière

1 BEM (A.), *La preuve des propos et contenus illicites sur Facebook et les forums de discussion Internet*, mis en ligne le 28 juillet 2010

2 Conseil des prud'hommes, n° 2010-021303, 19 novembre 2010



de preuve administrée par une partie, la loyauté de la preuve n'est pas exigée. Il reste que seuls les constats d'huissier, du Celog, et de l'APP sont en principe recevables.

La solution face à la multiplication de ces litiges résiderait peut être dans des Chartes Internet autrement appelées « Social Media Policy ». La voie contentieuse sanctionne a posteriori les abus dont on pu se rendre coupables les salariés, mais la réputation, ou en tout cas l'image de l'entreprise, n'est pas pour autant rétablie à l'identique. C'est pourquoi la prise de mesures en amont apparait comme une solution plus adéquate ou en tout cas complémentaire. C'est ce que semble aujourd'hui penser un certain nombre de sociétés qui, à l'instar d'Intel, Cisco ou IBM, se dotent de Chartes qui imposent notamment à leurs salariés, lorsque ceux-ci s'expriment sur Internet, de préciser qu'ils le font en leurs noms et non en celui de la société C'est également le cas de Singapore Airlines, qui demande à ses hôtesses de ne pas évoquer leur travail sur les réseaux sociaux.

Anything you say can and will be used against you... Il n'est pas vain de rappeler que tout ce que vous direz sur les réseaux sociaux et tout particulièrement sur *Facebook*, pourra être retenu contre vous.

