

## LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

### p. 6 **Luisa Corazza**

Régulation du conflit collectif par voie de négociation et reconnaissance internationale du droit de grève

### p. 14 **Masahiko Iwamura**

Autorités non-judiciaires et résolution des différends : une esquisse du droit du travail japonais

### p. 28 **Felicia Rosioru**

La médiation des conflits de travail en Roumanie : une voie alternative ?

### p. 38 **Mahammed Nasr – Eddine Koriche**

À propos des procédures préalables de la saisine de la Justice sociale en Algérie

### p. 46 **Yaroslava Genova**

Autorités et voies non judiciaires de résolution des différends en droit du travail bulgare : Avantages, inconvénients et perspectives

### p. 56 **José Luis Gil y Gil**

L'arbitrage obligatoire en Espagne à l'épreuve du droit international du travail

### p. 66 **Melda Sur**

Litiges du travail en Turquie : comment améliorer l'accès à la justice ?

### p. 76 **Lise Casaux-Labrunée**

Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France : entre effervescence et résistances

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

### THÉMATIQUE : L'UTILISATION PAR LE SALARIÉ DES RÉSEAUX SOCIAUX : L'ABUS DE LIBERTÉ D'EXPRESSION NUIT À L'EMPLOI

### p. 87 **Allison Fiorentino (coord.)**

**Joanna Howe** (Australie)

**Alberto Mattei** et **Sylvain Nadalet** (Italie)

**Martin Stefko** (République Tchèque, Pologne et Slovaquie)

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 114 Afrique du Sud

p. 116 Allemagne

p. 118 Argentine

p. 120 Autriche

p. 122 Brésil

p. 124 Bulgarie

p. 126 Canada (Québec)

p. 128 Chili

p. 130 Colombie

p. 132 Commissions de contrôle des Pactes internationaux

p. 134 Conseil de l'Europe

p. 136 Côte d'Ivoire

p. 138 Espagne

p. 140 États-Unis

p. 142 Fédération de Russie

p. 144 France - Sécurité Sociale

p. 146 France - Travail

p. 148 Grèce

p. 150 Hongrie

p. 152 Italie

p. 154 Japon

p. 156 Lituanie

p. 158 OIT

p. 160 Pays-Bas

p. 162 République Démocratique du Congo (Congo-Kinshasa)

p. 164 Roumanie

p. 166 Royaume-Uni

p. 168 Serbie

p. 170 Slovénie

p. 172 Turquie

p. 174 UE - Protection Sociale

p. 176 UE - Travail



**JURISPRUDENCE SOCIALE  
COMPARÉE**

COORDONNÉE PAR  
ALLISON FIORENTINO



# L'UTILISATION PAR LE SALARIÉ DES RÉSEAUX SOCIAUX : L'ABUS DE LIBERTÉ D'EXPRESSION NUIT À L'EMPLOI

**ALLISON FIORENTINO**

Maître de Conférences à l'Université de Clermont-Ferrand  
Centre de recherche Michel de L'Hospital (EA 4232)

**LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU SALARIÉ UTILISANT LES RÉSEAUX SOCIAUX :  
APPROCHE COMPARATIVE AVEC DES PAYS DE COMMON LAW  
(AFRIQUE DU SUD, ROYAUME-UNI, CANADA, ÉTATS-UNIS, NOUVELLE-ZÉLANDE)**

« **L**ittle Brothers are watching you »<sup>1</sup>, « Facebook m'a licencié »<sup>2</sup>, « Utilisateurs du monde entier unissez vous »<sup>3</sup>, « Un pays nommé Facebook »<sup>4</sup>... La doctrine tant française qu'internationale semble raffoler des titres mordants lorsqu'elle rédige des articles relatifs au contentieux des réseaux sociaux. Comme si l'originalité des questions posées au juge devait trouver un écho dans le titre. En réalité, ce qui est souvent original n'est pas tant le problème juridique que l'adaptation d'une jurisprudence classique aux problèmes techniques soulevés par les nouvelles technologies.

L'édifice prétorien, patiemment construit durant les années 1990<sup>5</sup>, mettait en lumière la séparation entre la vie personnelle du salarié et le milieu de travail. C'est au nom du respect de la vie personnelle, et d'une certaine moralisation du droit de la preuve, que les parties au contrat de travail se voient interdire certains modes probatoires. Les problématiques que pose le droit des nouvelles technologies ne sont pas nouvelles. Plus particulièrement, lorsqu'il est demandé au juge de faire régner un équilibre entre l'intimité du salarié et les intérêts de l'entreprise. À mesure que le juge a été confronté aux nouvelles technologies, il a dû adapter ses solutions jurisprudentielles classiques aux évolutions.

<sup>1</sup> J. E. Ray, « Little Brothers are watching you », *Sem.soc.Lamy*2010, n°1470, p. 10

<sup>2</sup> G. Singer, « Facebook m'a licencié !-Questions à Maître Grégory Saint Michel, avocat au Barreau de Paris », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, 25/11/2010, n°418.

<sup>3</sup> A.M. Kaplan, M. Haenlein, « Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media », *Business Horizons*, 2010, n° 1, pp. 59-68

<sup>4</sup> G. Criqui, « Un pays nommé Facebook », *La lettre du Centre d'Etudes Juridiques et Economiques du Multimédia*, 2009, n° 41, pp. 12-15.

<sup>5</sup> A. Lyon-Caen, « Libertés et contrôle dans l'entreprise 20 ans après », *RDT Dalloz*2014 p. 386 ; F. Champeaux, A. Marcon, « Philippe Waquet, un magistrat, défenseur de l'Homme », *Sem.soc.Lamy*2011, n° 1508, p. 258 ; P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. Mélanges en l'honneur de Jean Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513 ; L. Pecaut-Rivolier, Y. Struillou, P. Waquet, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Editions Liaisons, 2014.

Depuis l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001<sup>6</sup> (relatif à l'ouverture par l'employeur des courriels du salarié), en passant par les questions de l'ouverture des documents virtuels du salarié, stockés sur son ordinateur professionnel<sup>7</sup>, de l'accès à la liste des favoris créée par le salarié sur l'ordinateur professionnel<sup>8</sup>, ou de l'utilisation par l'employeur d'une clé USB du salarié connectée à un ordinateur de l'entreprise<sup>9</sup>, les magistrats du quai de l'Horloge ont été massivement confrontés au dilemme de la préservation de la vie personnelle du salarié.

Les conséquences de l'utilisation des réseaux sociaux par les salariés ne sont qu'une des situations supplémentaires qui requièrent une adaptation de la jurisprudence. Le terme « d'adaptation » n'est en rien dépréciatif car la transposition d'un raisonnement prétorien naît d'une situation particulière à un autre contexte factuel est loin d'être aisé. Ainsi on comprend parfaitement la logique de la Chambre sociale qui avait décidé en 1991 à propos de l'enregistrement au moyen d'une caméra dissimulée que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »<sup>10</sup>.

L'employeur ne peut, à l'insu du salarié, l'enregistrer. Ce même raisonnement s'applique-t-il au salarié qui dénigre sur *Twitter* son employeur ? Ce dernier peut-il, s'il apprend par un tiers cette situation, se lancer dans une investigation puis, ayant trouvé l'objet virtuel du délit, en faire des captures d'écran qui seront produites en justice si le salarié indélicat conteste la sanction qui ne manquera pas de lui être infligée ?

Ce contentieux possède un côté très cocasse et ne ravira peut-être pas le juriste en quête de réflexions doctrinales poussées. Pour autant, peut-on se permettre de mépriser cette problématique ? Une réponse négative s'impose en raison de l'explosion du nombre d'affaires dont sont saisies les juridictions prud'homales tant françaises qu'étrangères. À cet égard il est intéressant de noter que sur bien des points les magistrats, quelle que soit leur nationalité, aboutissent parfois à des solutions similaires voire identiques. L'appartenance à la sphère de la *common law* ou à celle du droit continental, semble ici moins importante, peut être parce que ces décisions prétoriennes s'expliquent dans une certaine mesure par le « bon sens » des magistrats.

<sup>6</sup> Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942. P. Y. Gautier, « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse «la vie privée» des salariés » *D.* 2001, p. 3148 ; J. Heslaut, M. P. Piot, « Cybersurveillance des salariés: clarification du régime juridique », *LPA* 22/11/2001, n° 233, p. 20 ; G. Lyon-Caen, Débat autour de l'arrêt Nikon France, *Sem.soc.Lamy* 2001, n° 1046, p. 8 ; C. Puigelier, « L'employeur viole une liberté fondamentale du salarié en consultant des messages personnels émis et reçus malgré une interdiction d'utilisation non professionnelle de l'ordinateur », *JCP E* 2001, p. 1918 ; J.E. Ray, « Courrier privé et courrier personnel : cassation sociale 2 octobre 2001, Nikon », *Dr. soc.* 2001, p. 915.

<sup>7</sup> Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 ; J. Duplat, « Loyauté et fichiers personnels », *Sem.soc.Lamy* 2005, n° 1218, p. 10 ; F. Favennec-Héry, « Conditions d'ouverture par l'employeur des fichiers identifiés comme personnels par le salarié », *JCP S* 2005, p. 21 ; S. Hadjali, *Gaz. Pal* 19/10/2005, n° 292, p. 36 ; J. Raynaud, *JCP E* 2005, p. 2237 ; J.E. Ray, « Droit du travail et TIC [ technologies de l'information et de la communication ] », *Dr. soc.* 2007, p. 140.

<sup>8</sup> Cass. soc., 9 fév. 2010, n° 08-45253 ; B. Bossu, « Licenciement pour motif personnel : un site Internet inscrit sur la liste des favoris de l'ordinateur n'a pas un caractère personnel », *JCP S* 2010, p. 34 ; M. Trezeguet, « Un favori n'est pas un fichier personnel », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2010, p. 43 ; E. Walle, « À nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement », *Gaz. Pal.* 22/04/2011, n° 112, p. 20.

<sup>9</sup> Cass. Soc., 2 fév. 2013, n° 11-28.649 ; C. Frouin, *Gaz. Pal.* 22/03/2013, n° 81, p. 29 ; L. Lalot, « Une clé USB connectée à l'ordinateur est présumée utilisée à des fins professionnelles », *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2013, p. 46 ; J. P. Lhernould, «NTIC-Les secrets de la clé USB personnelle du salarié accessibles à l'employeur », *JSL* 2013, n° 340, p. 13 ; F. J. Pansier, « La clé USB est présumée contenir des fichiers professionnels », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2013, p. 78 ; S. Tournaux, « La consultation des fichiers contenus dans la clé USB du salarié », *Lexbase Hebdo-édition sociale* 2013, n° 518.

<sup>10</sup> Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120.

L'usage des réseaux sociaux donne l'impression trompeuse d'être en contact permanent avec des amis virtuels et les utilisateurs ont parfois recours à ces réseaux en y accordant la même importance qu'aux paroles qu'ils prononcent. Ce faisant ils oublient la sagesse du vieil adage « paroles s'envolent, les écrits restent » et perdent à tort une partie de leur retenue.

Ainsi que le soulignait le Professeur Ray, il est inutile de surjouer « *Facebook m'a licencié* »<sup>11</sup>. Cette réflexion ironique se vérifie au travers de l'analyse du contentieux de nombreux pays. Jeter l'opprobre sur l'entreprise ou certains salariés au moyen des réseaux sociaux est un motif de licenciement communément admis. Que la cible des propos malveillants soit l'employeur, les clients, d'autres salariés ou même qu'il n'y ait aucune malveillance mais simplement une coupable légèreté de certains salariés, les juridictions sont peu enclines à la clémence envers les salariés qui usent des réseaux sociaux comme d'un exutoire sans se soucier des conséquences pour l'entreprise.

En premier lieu il est fort peu conseillé au salarié de poster des commentaires insultants à l'encontre de son employeur. Une juridiction sud africaine a rejeté les demandes d'indemnisation du salarié licencié pour avoir écrit sur la page de son réseau social que les instances directrices étaient criminelles sans expliquer aucunement ces accusations<sup>12</sup>.

La jurisprudence fait également preuve de sévérité lorsque les commentaires des salariés dénigrent les clients de l'entreprise, quand bien même les salariés se sont trouvés confrontés à la brutalité ou à la grossièreté de ces mêmes clients. Ainsi, en 2011, un juge britannique<sup>13</sup> a considéré comme justifié le licenciement d'une serveuse de bar qui avait été insultée par des clients et menacée physiquement. Lors d'une dispute dont les origines semblent obscures certains clients du bar s'étaient montrés véhéments entre eux mais également à l'égard du personnel et ont été reconduits à la porte par le personnel de sécurité. L'une des employées qui avait été menacée écrivit sur son compte *Facebook* des commentaires très désobligeants sur deux des clients en les appelant par leur prénom. La fille de l'un des deux clients en fut informée par l'un des 600 « amis » de la salariée et s'en plaint auprès de l'employeur qui licencia son employée. Le fait que cette dernière ait été victime d'abus verbaux et qu'elle se soit comportée professionnellement durant l'incident ne privait pas le licenciement de cause car ses commentaires salissaient publiquement la réputation de l'employeur.

La position du juge canadien est comparable sur cette question. Une décision particulièrement pertinente est celle rendue en 2011 à propos de l'employé d'une compagnie aérienne<sup>14</sup>. Cette dernière avait principalement pour clients les membres de 40 « premières nations » canadiennes<sup>15</sup>. Le salarié posta sur son compte *Facebook* des remarques racistes à l'encontre de ces populations. Il n'y avait aucune référence à son employeur ou à son activité professionnelle. En d'autres termes, aucun lien explicite ne pouvait être fait entre la page *Facebook* du salarié et l'employeur. Regrettablement pour le salarié, ses propos furent rapportés à son employeur par l'un des « amis » virtuels qui étaient en mesure de lire ces écrits. Le salarié fut licencié. Le juge considéra que même si aucune identification expresse de l'employeur n'était faite, il existait pourtant un lien entre les propos injurieux et les clients potentiels. En effet compte tenu de la rapide dissémination de l'information sur Internet, il n'était pas déraisonnable d'envisager une probable atteinte à sa réputation et une perte de confiance des clients. Le salarié pouvait par conséquent être valablement sanctionné<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> J. E. Ray, « *Little Brothers are watching you* », *op. cit.*

<sup>12</sup> *Media Workers Association of SA obo Mvemve v Kathorus Community Radio* [2010] 31 ILJ 2217.

<sup>13</sup> *Preece v JD Wetherspoons plc* ET/2104806/10.

<sup>14</sup> *Wasaya Airways LP v. Air Line Pilots Assn., International (Wyndels Grievance)*, [2010] C.L.A.D. No. 297, 195 L.A.C. (4th) 1.

<sup>15</sup> Au Canada, on appelle « premières nations » les peuples autochtones qui ne sont ni inuits ni métis. Cette terminologie a été choisie en remplacement de celle « d'indien » jugée trop péjorative. O. P. Dickason, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples from Earliest Times*, University of Oklahoma Press, 1992 ; *A Concise History of Canada's First Nations*, Oxford University Press, 2010.

<sup>16</sup> Dans les faits d'espèce, le licenciement fut néanmoins jugé injustifié au motif que l'employeur avait sanctionné différemment certains salariés pour des faits similaires. Cette différence de traitement inexplicquée avait remis en cause la validité du licenciement mais pas la cause de la rupture du contrat. Le juge a souligné que l'impact éventuel de l'attitude du salarié sur la clientèle aurait pu parfaitement être à l'origine d'une sanction autre que le licenciement.

Le fait que les commentaires acrimonieux visent les autres salariés de l'entreprise n'est pas une circonstance atténuante. Une juridiction canadienne a considéré, en 2012<sup>17</sup>, qu'une salariée d'une ancienneté de 31 ans pouvait être licenciée en raison des insultes qu'elle avait écrites sur son compte *Facebook* à propos de deux autres employés. Outre des grossièretés, elle leur souhaitait de mourir et « retourner en enfer ».

Parfois même, ce sont les critiques que les salariés formulent à leur propre rencontre qui peuvent susciter l'ire de l'employeur et aboutir à un licenciement. En Nouvelle-Zélande un agent de probation, chargée de l'insertion des détenus, a été licenciée pour s'être décrite sur *Facebook* comme « une gratte papier onéreuse, hautement compétente dans l'art de perdre du temps et de déplacer le blâme sur quelqu'un d'autre »<sup>18</sup>. La Nouvelle-Zélande prohibe les licenciements injustifiés sans que le législateur n'ait précisément défini cette notion<sup>19</sup>. La salariée avait plaidé que la rupture de son contrat de travail était injustifiée car ces propos ne pouvaient être considérés comme une cause raisonnable de licenciement. Le juge l'a déboutée en considérant que ses commentaires « confirmaient le préjugé selon lequel les fonctionnaires sont paresseux. Ils portaient atteinte à la réputation du service public et étaient dépréciatifs »<sup>20</sup>.

Une telle solution amène à se questionner sur l'existence d'une différence de traitement entre les salariés suivant leur appartenance au secteur public ou privé. En France, le fonctionnaire est tenu d'un devoir de réserve<sup>21</sup>. Les commentaires virtuels d'un agent public à propos de l'exercice de ses fonctions peuvent être considérés comme un manquement à ce devoir<sup>22</sup>. En avril 2014, le Conseil Supérieur de la Magistrature a prononcé un blâme contre un juge du siège et a préconisé un déplacement d'office à l'encontre d'un parquetier<sup>23</sup>. Ces deux fonctionnaires, alors qu'ils étaient en audience, s'étaient échangé des propos sur *Twitter* dont le contenu malmenait quelque peu la retenue à laquelle ils étaient astreints de par leurs fonctions<sup>24</sup>.

Cette distinction public/privé ne se retrouve pas nécessairement en droit comparé. Ainsi, dans la décision néo-zélandaise précitée les commentaires de la salariée ont justifié son licenciement non raison d'une quelconque violation d'obligation statutaire mais parce qu'ils jetaient le discrédit sur son employeur. En revanche, dans d'autres États, les travailleurs du secteur public sont également soumis à une restriction de leur liberté d'expression ce qui a pour conséquence de limiter leur utilisation des réseaux sociaux.

<sup>17</sup> *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, [2012] C.L.A.D. No. 85.

<sup>18</sup> *Dickinson v Chief Executive Ministry of Social Development* (ERA, Auckland AA 508/10, 13 Décembre 2010)

<sup>19</sup> Art. 103(1)(a) Employment Relations Act 2000.

<sup>20</sup> « (...) endorsed a stereotyped view of slothful and exploitative public servants.... They are derogatory of the public service and they are disparaging. »

<sup>21</sup> Ce devoir n'a pas une origine légale mais jurisprudentielle comme cela fut rappelé dans une réponse du ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État à une question parlementaire (*JOAN* 08/10/2001, p. 5798). Au contraire l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires garantit à ces derniers les libertés d'opinion et d'expression. Le Conseil d'État considère pour sa part que : « Le devoir de réserve s'impose à tout agent public » (CE, 28 juill. 1993, n° 97189) ; *LPA* 03/08/1994, n° 92, p. 31.

<sup>22</sup> « E-déontologie des fonctionnaires et e-réputation des élus : les atteintes à l'honneur et au devoir de réserve à l'heure de *Facebook* et des réseaux sociaux. Colloque, 10<sup>ème</sup> journée d'étude de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2011, n° 74, pp. 55-84.

<sup>23</sup> O. Dufour, « *Twitter* est incompatible avec les devoirs du magistrat », *LPA* 14/05/2014, n° 96, p. 4. La question de l'utilisation par les fonctionnaires des réseaux sociaux attire également l'attention de l'exécutif. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les policiers et gendarmes sont expressément tenus de respecter une certaine discrétion sur les réseaux sociaux. Le code de déontologie dispose en son article R. 434- 12 « *Le policier ou le gendarme ne se départ de sa dignité en aucune circonstance. En tout temps, dans ou en dehors du service, y compris lorsqu'il s'exprime à travers les réseaux de communication électronique sociaux (...)* ».

<sup>24</sup> Parmi les propos échangés durant l'audience : « Question de jurisprudence : un assesseur exaspéré qui étrangle sa présidente en pleine audience, ça vaut combien ? » ; « On a le droit de gifler un témoin ? ».

Dans la décision *Pickering v. Board of Education* de 1968<sup>25</sup>, la Cour suprême américaine autorisa les employeurs publics à sanctionner voire licencier leurs travailleurs qui perturbent le fonctionnement des services en se plaignant de manière excessive. Ces mêmes actes étaient en revanche interdits lorsque le salarié s'exprimait en tant que citoyen privé sur des problématiques qui touchaient l'intérêt général à moins que l'intérêt de l'employeur à maintenir l'efficacité de son service ne dépasse l'intérêt du salarié à s'exprimer publiquement. Cette décision s'explique par l'importance que revêt le premier amendement de la Constitution américaine qui garantit à tout citoyen le droit à la liberté d'expression. La Cour suprême a cependant ajouté en 1983<sup>26</sup> que pour que le fonctionnaire bénéficie d'une telle protection il doit s'exprimer sur un sujet d'intérêt public.

En pratique, il n'est pas toujours aisé pour un juge de décider quel intérêt doit l'emporter sur l'autre. L'une des décisions les plus récentes en la matière a été rendue le 3 décembre 2013 par une juridiction du Mississippi<sup>27</sup>. Mme Graziosi, sergent de police employée par la ville de Greenville depuis 26 ans, posta sur son compte *Facebook* un commentaire mettant en cause l'attitude de son supérieur hiérarchique. Elle reprochait à ce dernier de n'être pas venu, ni avoir envoyé de représentant aux funérailles d'un officier de police mort dans l'exercice de son devoir. Ses propos n'étaient nullement diffamatoires mais exprimaient un jugement de valeur. Elle jugeait le comportement de son supérieur « totalement inacceptable ». Pour ces quelques mots, elle fut licenciée et saisit une juridiction pour demander des dommages et intérêts. Le juge considéra que le fait pour un officier de police de se rendre ou non à l'enterrement d'un collègue décédé n'est nullement un sujet d'intérêt public. Mme Graziosi fut donc déboutée.

D'aucuns pourraient penser que cette solution s'expliquait en raison de la configuration de son compte *Facebook*. En effet, tout le monde pouvait accéder à ses commentaires. La solution aurait-elle été différente si seuls ses contacts virtuels avaient pu les lire ? La réponse semble être affirmative comme le prouve l'arrêt rendu par une juridiction d'Atlanta le 17 octobre 2013<sup>28</sup>. Mme Gresham, également officier de police, avait posté sur son compte *Facebook* des critiques à l'encontre de l'un de ses collègues qui s'était indûment immiscé lors d'une arrestation qu'elle avait effectué. La page de réseau social était privée de sorte que seuls ses amis pouvaient lire ses écrits. Son supérieur hiérarchique en fut informé après dénonciation de la salariée, capture d'écran à l'appui. Mme Gresham fut licenciée pour ces propos et elle en demanda réparation. Le juge considéra que la salariée ne pouvait prétendre à la protection du premier amendement car elle avait écrit sur un sujet qui n'était pas d'intérêt public. Le caractère privé ne pouvait servir de circonstance atténuante car en postant des commentaires, on abandonne à des tiers le droit de rapporter des propos.

Parfois le lien entre le réseau social et le travail ne résulte pas de commentaire négatif. Le mode d'utilisation en lui-même révèle une faute du salarié. Il en va ainsi du salarié qui poste une photo de lui-même, se livrant à des activités chorégraphiques alors qu'il s'était absenté de son travail pour une raison de santé et que son employeur lui avait maintenu sa rémunération à taux plein. Le juge britannique, dans une décision de 2010<sup>29</sup>, considéra que l'attitude malhonnête de la salariée justifiait une rupture du contrat de travail<sup>30</sup>.

En outre le salarié doit avoir conscience que les images ont autant d'importance que les écrits. Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse rendu en 2013<sup>31</sup>, a retenu la cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié qui avait posté sur son compte

<sup>25</sup> *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968).

<sup>26</sup> *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983).

<sup>27</sup> *Graziosi v. City of Greenville*, Case: 4:12-cv-00068-MPM-DAS.

<sup>28</sup> *Gresham v. City of Atlanta*, 2013 U.S. App. LEXIS 20961.

<sup>29</sup> *Gill v SAS Ground Services Ltd* ET/2705021/09.

<sup>30</sup> On peut opposer ici cette jurisprudence à la position du juge français qui considère que le fait pour un salarié d'exercer une activité durant l'arrêt maladie ne caractérise pas une violation de l'obligation de loyauté qu'il doit respecter lorsque son contrat de travail est suspendu. Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-16.649. Il en va autrement lorsque le salarié, dont le contrat de travail a été suspendu pour une raison de santé, loue ses services à un concurrent de l'employeur. La Cour d'appel de Douai l'a récemment rappelé à propos d'un cuisinier qui profite de son arrêt maladie pour travailler dans un autre restaurant. CA Douai, 28 mai 2014, N° 1029-14, 13/03012.

<sup>31</sup> CA Toulouse 5 déc. 2003, N° 12/00445, 12/00526.



des photos de sa personne le mettant en scène sur son lieu et durant les heures de travail. Il lui était reproché notamment des pauses cigarettes intempestives, une consommation d'alcool sur le lieu de travail et un massage de dos par une cliente.

Les images, tout autant que les écrits peuvent révéler une faute du salarié mais également porter atteinte à la réputation de l'entreprise, si l'employeur est aisément identifiable. On ne peut espérer que les relations de travail se poursuivent paisiblement après que des images grotesques, dues à l'indiscrétion d'un salarié, aient été largement diffusées. Une juridiction de l'Ontario<sup>32</sup> a considéré que la vidéo postée sur internet montrant un salarié revêtu de l'uniforme de l'entreprise, et exhibant ses organes génitaux sur son lieu de travail avant de coller son scrotum à une planche de bois était un motif justifiant amplement la rupture du contrat.

Ainsi qu'on peut le constater, le droit prétorien peut faire preuve de sévérité à l'égard des salariés qui utilisent les réseaux sociaux comme exutoire. Les employeurs ne doivent pas pour autant penser que le motif de licenciement est acquis dès lors qu'un salarié émet une réflexion négative. D'une part certaines critiques ne justifient pas le licenciement, ni même une rétrogradation. Les limites à la liberté d'expression qu'est en droit d'imposer l'employeur ne privent nullement le salarié de donner son point de vue sur un sujet de société tel que le mariage homosexuel ainsi que le prouve une décision de la *High Court* de Londres du 16 novembre 2012<sup>33</sup>. L'employé d'une maison de retraite britannique avait écrit sur son compte *Facebook* des commentaires en réaction à un article publié dans la presse et faisant état d'un possible mariage homosexuel dans une église. Le salarié avait posté sur son compte un lien vers l'article assorti de la phrase : « l'égalité va trop loin ».

À la question d'une collègue qui lui demandait s'il désapprouvait une telle union dans une église, il avait rétorqué : « non pas vraiment, je ne comprends pas pourquoi les gens qui n'ont aucune foi et ne croient pas en Jésus Christ voudraient être unis à l'église (...) la bible est tout à fait claire sur le fait que le mariage est pour les hommes et des femmes (...) si l'État veut offrir le mariage civil au (couple de) même sexe cela regarde l'État ; mais l'État ne devrait pas imposer ses règles dans les lieux de cultes<sup>34</sup> »

Jugeant ces propos homophobes et potentiellement attentatoires à la réputation de l'employeur, ce dernier rétrograda le salarié qui demanda des dommages et intérêts en justice. Il obtint gain de cause car la *High Court* considéra que le salarié était libre de manifester son opinion sur des sujets de société et qu'en l'espèce ces propos ne portaient pas atteinte à la réputation de l'employeur.

D'autre part les messages postés tout en étant négatif à l'égard de l'entreprise font également référence aux droits des salariés. Dans une telle situation certains juges privilégient l'intérêt du salarié comme en témoigne la décision du *National Labor Relations Board américain*<sup>35</sup> rendue le 27 avril 2012<sup>36</sup>. Une salariée avait demandé à son employeur le droit de fermer l'entreprise une heure plus tôt. En effet la salariée travaillait dans un magasin qui fermait plus tard que tous les autres commerces environnant et, pour des questions de sécurité, elle ne souhaitait pas rester seule. Sa demande fut rejetée. Il s'agissait vraisemblablement du dernier désaccord en date entre les parties. La salariée se vengea sur Internet en postant un commentaire *Facebook* selon lequel son manager était immature et le fondateur de l'entreprise devait se « retourner dans sa tombe ».

<sup>32</sup> *International Union of Elevator Constructors, Local 50 v ThyssenKrupp Elevator (Canada) Ltd*, 2011 CanLII 46582.

<sup>33</sup> *Smith v Trafford Housing Trust*, [2012] EWHC 3221 (Ch), [2013] IRLR 86 ; disponible sur le site <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3221.html>.

<sup>34</sup> (...) *no not really, I don't understand why people who have no faith and don't believe in Christ would want to get hitched in church (...) the bible is quite specific that marriage is for men and women (...) if the state wants to offer civil marriage to same sex then that is up to the state; but the state shouldn't impose it's rules on places of faith.*

<sup>35</sup> *Le National Labor Relations Board américain* est une agence indépendante du gouvernement fédéral américain dont les missions sont de surveiller les élections syndicales et d'enquêter sur certaines pratiques illégales dans le monde du travail. Ses décisions n'ont pas force exécutoire mais elles peuvent l'acquiescer si un juge ordonne leur mise en application.

<sup>36</sup> *Design Technology Group, LLC et al.*, Case 20-CA-35511.

Elle ajouta également « (...) Demain j'amène au travail un livre sur le droit social de la Californie. Ma mère travaille dans un cabinet spécialisé en droit du travail et vous seriez surpris par toute la m...qui se passe en violation de l'article 8 »<sup>37</sup>. L'article auquel la salariée faisait référence est l'article 8 de la loi *National Labor Relations Act* qui prohibe certaines pratiques en droit du travail<sup>38</sup>. La salariée fut licenciée peu après. La question posée était de savoir si le commentaire *Facebook* justifiait le licenciement. La première partie du commentaire aurait pu fournir un motif de licenciement mais la dernière partie était une allusion à la violation par l'employeur d'une disposition légale dont le *National Labor Relations Board* était chargé de surveiller l'application. Ce dernier jugea que le licenciement de la salariée était injustifié et s'analysait en une mesure de rétorsion à l'encontre d'un salarié qui manifeste des velléités de protestation voire d'action en justice contre des pratiques illégales de l'employeur. Ce commentaire *Facebook* ne pouvait donc pas entraîner la rupture du contrat de travail.

Le fait que les commentaires ne soient accessibles qu'aux « amis » virtuels ne prive pas nécessairement l'employeur du droit de les produire en justice même s'il ne faisait pas partie de ces « amis » initiaux. Il semble à cet égard qu'il y ait un consensus entre les jurisprudences néo-zélandaise, canadienne, britannique et américaine<sup>39</sup>. À titre d'exemple, nous pouvons citer une décision de justice rendue en 2013 par une juridiction néo-zélandaise<sup>40</sup>. Un salarié, mécontent du transfert de son contrat de travail à un nouvel employeur au terme d'une fusion acquisition, avait posté quelques commentaires dénigrant son entreprise et avait informé ses amis qu'il démissionnerait le lendemain, ce qu'il fit quelque temps plus tard. Revenant sur sa décision il saisit un juge et demanda des dommages et intérêts au motif que son employeur l'avait contraint à la démission.

La question avait été posée au juge de savoir si l'employeur pouvait produire en justice des captures d'écran attestant des messages postés par le salarié et relatifs à sa volonté non équivoque de quitter l'entreprise. Le salarié arguait du fait que le message n'était visible que par ses contacts virtuels (dont l'employeur ne faisait pas partie). La Cour considéra qu'un message accessible à plus de 200 « amis » n'est pas comparable à une conversation privée et le salarié devait avoir conscience qu'il perdait le contrôle sur ce message dès lorsqu'il était posté.

Le même raisonnement a été suivi par le juge britannique dans une décision de 2011<sup>41</sup>. Un salarié licencié pour ses commentaires désobligeants envers son employeur tentait de se prévaloir du caractère « privé » de sa page *Facebook*. Cet argument a été rejeté par les magistrats britanniques d'autant plus aisément que le requérant avait inconsciemment fourni un argument de poids en faveur de l'employeur. En effet, afin de prouver qu'il avait été injustement sanctionné, il produisit en justice les captures d'écran des comptes *Facebook* d'autres salariés qui avaient également été les auteurs de remarques préjudiciables à l'employeur mais n'avaient pas été licenciés. Ironiquement le juge souleva que le salarié venait de démontrer que la limitation d'accès à un compte, n'offre qu'une protection dérisoire.

La position du juge canadien se rapproche également des jurisprudences précitées. Dans une décision de 2010<sup>42</sup>, il a considéré que le fait pour un salarié de qualifier son employeur « d'escroc » était une faute qui ne saurait être excusée par le paramétrage du compte *Facebook* du salarié. Les réseaux sociaux, sont par nature des instruments publics<sup>43</sup>.

À cet égard la jurisprudence française semble se singulariser. Est-ce que la limitation de l'accès aux commentaires virtuels par les seuls « amis » transforme le réseau social en un espace privé, un sanctuaire que l'employeur doit respecter ? La moralisation du droit de la preuve chère à la Chambre sociale pourrait être un obstacle à la production en justice de tels com-

<sup>37</sup> « (...) tomorrow I'm bringing a California Worker's Rights book to work. My mom works for a law firm that specializes in labor law and BOY will you be surprised by all the crap that's going on that's in violation 8 ».

<sup>38</sup> Il s'agit des « unfair labor practices » A. L. Goldman, R. L. Corrada, *Labour Law in the USA*, Kluwer Law International, 2011, n° 807 et suiv.

<sup>39</sup> Concernant ce pays voir les développements supra consacrés à l'affaire *Gresham v. City of Atlanta*.

<sup>40</sup> *Hook v Stream Group (NZ) Propriety Ltd* [2013] NZEmpC 188.

<sup>41</sup> *Crisp v Apple Retail (UK) Limited* [ET/1500258/2011].

<sup>42</sup> *Lougheed Imports Ltd. (c.o.b. West Coast Mazda) (Re)*, [2010] B.C.L.R.B.D. No. 190.

<sup>43</sup> Ibid, par. 67.

mentaires, c'est du moins ce que l'on pourrait déduire des quelques décisions rendues à ce sujet par les juridictions du fond.

Ainsi, la cour d'appel de Toulouse a admis la recevabilité des copies d'écran d'une page Facebook d'un salarié réalisées à l'insu de celui-ci dans la mesure où il n'était pas allégué « que ces documents proviendraient de pages internet dont l'accès a été limité par l'intéressé à un cercle restreint »<sup>44</sup>. Cela implique qu'une telle limitation serait de nature à empêcher la production en justice des commentaires litigieux. De même, la cour d'appel de Besançon<sup>45</sup> a retenu que la conversation écrite sur le « mur » n'était pas d'ordre privé dès lors qu'il appartenait à ses utilisateurs d'utiliser les fonctions adéquates de paramétrage pour restreindre l'accès des propos à un petit nombre d'individus. L'absence d'utilisation de cette précaution enlève tout caractère confidentiel aux propos tenus sur cette page.

Certains juges n'hésitent d'ailleurs pas à entrer dans les détails des subtilités technologiques imposées par les réseaux sociaux. En effet, l'utilisateur d'un compte peut autoriser ses amis à accéder à sa page mais également les amis de ses amis. Dans ce cas, peut-on encore parler de sphère privée ? Le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt, en 2010<sup>46</sup>, avait répondu par la négative en considérant que le mur étant accessible aux « amis des amis » les propos tenus ne relevaient pas de la vie privée. La cour d'appel de Versailles<sup>47</sup> a une approche plus méfiante à l'égard des propos rapportés par des « amis communs » et se montre réticente à admettre des preuves dès lors qu'un doute subsiste quant à la méthode utilisée par l'employeur pour obtenir les captures d'écran des commentaires offensants du salarié<sup>48</sup>.

Le droit prétorien français sera peut-être amené à évoluer et à opter pour le pragmatisme anglo saxon. Tout utilisateur d'internet sait que l'information est très facilement disséminée de manière virtuelle. Comment ensuite feindre la surprise en s'arc-boutant sur le respect dû à la vie privée alors que les configurations des réseaux sociaux ne sont parfois que des paravents chimériques ?

Afin d'avoir un autre éclairage sur cette question les jurisprudences nationales de plusieurs États seront présentées : tout d'abord celle du professeur australien Joanna Howe, puis celle des professeurs italiens Alberto Mattei et Sylvain Nadalet. Enfin le professeur Martin Stefko fera une comparaison du droit prétorien tchèque, polonais et slovaque sur cette question.

<sup>44</sup> CA Toulouse 5 déc. 2003, N° 12/00445, 12/00526.

<sup>45</sup> CA Besançon 15 novembre 2011 n° 10/02642.

<sup>46</sup> Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10/853 ; *RJS* 2011, n° 5, 2<sup>e</sup> esp.; *D.* 2010, p. 2846, obs. A. Astaix ; P. Y. Verkindt, *JCPS* 2010, act. 559.

<sup>47</sup> CA Versailles, 20 nov. 2013, N° 12/03396.

<sup>48</sup> La lecture de cette décision met en lumière le malaise du juge qui ne se prononce pas réellement sur le caractère public ou privé des conversations dès lors qu'elles peuvent être consultées par les amis des amis. « Il [l'employeur] produit la capture d'écran du profil *Facebook* de la salariée mais il refuse d'indiquer de quelle manière il a obtenu ce document. Cependant, la personne qui a consulté le site en qualité d'ami d'ami, suite à une invitation automatique sur le profil d'une amie commune, et a ensuite prévenu l'employeur, ne faisait pas partie de son répertoire d'amis ou de contacts sur les réseaux sociaux lui permettant d'accéder aux informations concernant la salariée. De plus, la capture d'écran dont s'agit ne comporte pas le nom de la personne qui a consulté le profil *Facebook* de la salariée, de telle sorte qu'il est impossible d'en identifier l'auteur, ce qui laisse planer un doute sur la manière dont l'employeur s'est procuré ce moyen de preuve ».

## JOANNA HOWE

Université d'Adelaïde, Faculté de Droit (Australie)  
Maître de conférences

### LE LICENCIEMENT DE SALARIÉS POUR UTILISATION DES RÉSEAUX SOCIAUX. ANALYSE DE L'APPROCHE AUSTRALIENNE VISANT À RÉGLEMENTER L'UTILISATION PAR LES SALARIÉS DES TECHNOLOGIES DE COMMUNICATION EN DEHORS DU TRAVAIL

**L**e droit relatif au licenciement abusif cherche à protéger les salariés contre le licenciement arbitraire. Le raisonnement justifiant cette législation est que les salariés s'investissent énormément dans leur travail et que ce travail leur procure non seulement une rémunération mais également d'autres avantages – un cadre pour acquérir et mettre en pratique des compétences, une chance de développer des amitiés et des réseaux, une motivation pour s'abstenir de l'oisiveté et l'occasion de trouver un sens et un objectif à sa vie en contribuant au bien du plus grand nombre comme le succès de l'entreprise ou le bien-être de la communauté. En effet, le rôle central du travail dans la vie de l'individu est reconnu depuis longtemps par les universitaires<sup>1</sup>. En Australie, un motif de plus en plus fréquemment invoqué pour licencier un salarié est son utilisation des réseaux sociaux pour publier des commentaires défavorables sur son travail, ses relations professionnelles ou son employeur. À mesure que l'utilisation des réseaux sociaux se répand et que son impact devient plus important, les employeurs élaborent des politiques visant à freiner les comportements des salariés sur les sites de réseaux sociaux. Le présent article examine la jurisprudence australienne sur ce point afin de s'interroger sur la mesure dans laquelle un salarié peut être licencié pour avoir eu recours aux réseaux sociaux.

La loi australienne continue d'évoluer dans ce domaine, mais il semblerait que les commentaires d'un salarié publiés sur des réseaux sociaux puissent constituer un motif valable de licenciement. Les salariés utilisent de plus en plus les réseaux sociaux pour faire des commentaires qu'ils auraient auparavant communiqués lors d'une conversation informelle autour d'un café ou d'un verre. Résultat : des commentaires inappropriés ont été faits, dont certains ont été jugés comme constituant un motif valable de licenciement. Il peut s'agir par exemple d'un commentaire ayant dénigré l'employeur, ayant insulté ou harcelé un collègue, ayant nui à la réputation de l'employeur ou ayant été utilisé pour créer une entreprise concurrente. Lorsqu'il n'existe aucune preuve de préjudice, lorsque les commentaires sont exagérés ou absurdes au point qu'ils ne peuvent être pris au sérieux ou lorsqu'ils relèvent d'une conversation privée, il peut ne pas y avoir de motif de licenciement valable. La jurisprudence australienne a établi que même lorsque l'utilisation des réseaux sociaux se fait en dehors des heures de travail, il peut être réglementé s'il affecte l'employeur. Ainsi, la conception actuelle de la relation de travail s'étend au-delà du lieu de travail et de la limite traditionnelle des communications interpersonnelles s'y déroulant. En Australie, l'émergence d'Internet et l'utilisation croissante des réseaux sociaux empiètent sur la relation de travail et présentent de nouvelles difficultés réglementaires découlant du comportement des salariés sur les réseaux sociaux en dehors des heures de travail.

<sup>1</sup> Voir par exemple : J. Budd, *The Thought of Work* (New York, Cornell University Press, 2011) ; F. Meyers, *Ownership of Jobs: A Comparative Study* (Los Angeles, University of California Press, 1964) ; W. Njoya, *Property in Work* (Hampshire, Ashgate, 2007) ; B. Hepple, 'A Right to Work' (1981) 10 *Industrial Law Journal* 65 ; R. Owens, J. Riley et J. Murray, *The Law of Work* (South Melbourne, Oxford University Press, 2011), chapitre 1.

## I - Droit relatif au licenciement abusif en Australie

Avant de commencer à analyser la question spécifique de l'utilisation des réseaux sociaux par les salariés, il est important d'évoquer rapidement le dispositif australien en matière de licenciement abusif. En Australie, la législation sur le licenciement abusif a été introduite dans le système fédéral en 1993 via l'*Industrial Relations Act 1993* (Cth)<sup>2</sup>. Cette loi stipulait que les salariés étaient en droit de contester leur licenciement devant un arbitre indépendant. Au fil du temps, le test que la Commission<sup>3</sup> a élaboré pour évaluer la validité d'un licenciement consiste à déterminer s'il est « abusif, injuste ou déraisonnable »<sup>4</sup>. Si tel est le cas, le salarié peut demander sa réintégration ou une indemnisation, bien qu'en pratique, la première voie est rarement retenue car la relation de travail est réputée irréconciliable<sup>5</sup>. Une procédure basée sur la conciliation et l'arbitrage est utilisée pour déterminer le caractère abusif ou non du licenciement d'un salarié. La conciliation se déroule par téléphone par l'intermédiaire d'un conciliateur qui est un employé de la Commission australienne du travail équitable (« *Fair Work Commission* »). La plupart des affaires sont résolues à ce stade (très peu d'entre elles étant renvoyées au tribunal) et sont réglées sur la base d'un « tarif » non officiel où l'employeur verse ce que l'on appelle familièrement une indemnité d'abandon des poursuites (« *go-away money* »)<sup>6</sup>. Très peu d'affaires passent par un arbitrage, et parmi elles, la plupart donnent lieu au versement d'une modeste indemnisation dont le plafond est limité à six mois de salaire<sup>7</sup>.

En Australie, le droit relatif au licenciement abusif est issu d'une volonté initiale de protection des travailleurs, reconnaissant ainsi l'importance du travail dans la vie des salariés et les conséquences du licenciement pour leur dignité et bien-être. En témoignent les objets de la Partie 3-2 de la loi *Fair Work Act 2009* (Cth), contenant les dispositions relatives au licenciement abusif<sup>8</sup>. Cette Partie a pour objet d'établir un cadre consacré au licenciement abusif qui concilie les besoins de l'entreprise et ceux des employés<sup>9</sup> et d'établir des procédures pour le traitement du

<sup>2</sup> L'Australie est une fédération où la Constitution répartit les pouvoirs entre les États et les gouvernements fédéraux. Bien qu'un système légal de licenciement abusif ait été créé plus tôt dans certains États australiens, cet article se concentre sur la jurisprudence concernant l'utilisation des réseaux sociaux découlant du système fédéral de licenciement abusif. Lorsqu'il est fait référence dans cette thèse au « droit australien en matière de licenciement abusif », il est fait référence au système fédéral en matière du droit du travail. Pour en savoir plus sur les systèmes étatiques de licenciement abusif en Australie, voir : A. Stewart, 'And [Industrial] Justice for All? Protecting Workers against Unfair Dismissal', (1995) 1 *Flinders Journal of Law Reform* 85

<sup>3</sup> Le Tribunal australien de conciliation et d'arbitrage a été créé en 1904 mais a changé de nom plusieurs fois au fil du temps. Dans l'affaire *Boilermakers*, la Haute Cour a jugé que le Tribunal de conciliation et d'arbitrage ne pouvait exercer à la fois la fonction quasi-législative d'établir des sentences et les fonctions judiciaires d'interprétation et d'exécution de celles-ci. Par conséquent, deux nouveaux organes ont été créés : le premier, la Commission australienne des relations industrielles (avant 1989 la Commission australienne de conciliation et d'arbitration) chargée d'exercer le pouvoir non judiciaire de conciliation et d'arbitrage et le second, la Division industrielle du tribunal fédéral chargée d'exercer exclusivement les fonctions judiciaires. La Commission a ensuite été rebaptisée la Commission australienne des relations industrielles et plus tard la Commission du travail équitable. Elle est actuellement nommée la Commission du travail équitable.

<sup>4</sup> *Fair Work Act 2009* (Cth), art. 385.

<sup>5</sup> Pour plus d'informations, voir J. Howe (2014) 'In pursuit of a Right to Work following Unfair Dismissal' in V Mountovulu (ed) *A Right to Work* (Hart).

<sup>6</sup> « Indemnité d'abandon des poursuites » désigne la pratique des employeurs consistant à régler, à titre marginal ou ponctuel, ce qu'ils considèrent comme étant des plaintes infondées pour licenciement abusif. Le « *Forward with Fairness Implementation Plan* » a promis en p18 de mettre un terme au paiement de telles « indemnités d'abandon des poursuites » par les employeurs. Cependant, les documents soumis à l'Examen de la Loi relative au travail équitable (*Fair Work Act Review*) indiquent que cette pratique est toujours considérée comme un problème important dans le cadre de la loi *Fair Work Act 2009* (Cth): A. Forsyth et A. Stewart, *Fair Work Act Review Submission*, février 2012, p. 32-33 ; Conseil des Petites Entreprises d'Australie, *Documents soumis au Jury d'Examen de la Loi relative au Travail Équitable*, février 2012, p. 7.

<sup>7</sup> *Fair Work Act 2009* (Cth) art. 392.

<sup>8</sup> *Said c Jokar Holdings Pty Ltd* [2011] FWA 977 para. [6].

<sup>9</sup> *Fair Work Act 2009* (Cth) art. 381(1)(a).

licenciement abusif qui soient rapides, souples et informelles tout en répondant aux besoins des employeurs et des salariés<sup>10</sup>. Les procédures sont destinées à s'assurer qu'une solution équitable est accordée à la fois au salarié et à l'employeur concernés<sup>11</sup>. Nous allons maintenant voir comment les lois australiennes en matière de licenciement abusif ont été utilisées pour réglementer la mesure dans laquelle un salarié peut être licencié pour avoir posté des commentaires sur les réseaux sociaux.

## II - Jurisprudence australienne concernant l'utilisation des réseaux sociaux comme motif de licenciement

Le terme « réseaux sociaux » renvoie aux sites en ligne où des utilisateurs peuvent créer et partager des contenus ou participer au réseautage social. En Australie, l'utilisation de réseaux sociaux comme *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn*, *MySpace*, *YouTube*, *Wiki*, des blogs et *Flickr* est répandu. Par exemple, neuf millions d'Australiens accèdent à *YouTube*, quatre millions sont sur *LinkedIn* et deux millions sont sur *Twitter*<sup>12</sup>. De nouvelles problématiques au travail, résultant de la popularité croissante des réseaux sociaux, sont inévitables et continueront de se poser. L'une des plus grandes difficultés en matière de réglementation résultant du caractère informel des discussions sur les réseaux sociaux porte sur les commentaires déplacés des salariés. Leurs conséquences peuvent être instantanées et de grande ampleur en raison de la nature et de la capacité de la technologie et du public potentiellement vaste. Ainsi, ces divers moyens de communication ont conduit les employeurs à licencier des membres de leur personnel, et ces derniers à demander si un commentaire publié sur des réseaux sociaux constitue un motif valable de licenciement. Cette partie examine d'un œil critique l'évolution de la jurisprudence australienne sur ce point.

Un grand nombre de communications sur les réseaux sociaux a été jugé comme constituant un motif valable de licenciement. Dans l'affaire *Mme Tamicka Louise Dover-Ray c Real Insurance Pty Ltd* [2010] FWA 8544 (« *Dover-Ray* »), la salariée a été licenciée pour faute grave, en raison principalement d'un « blog extrêmement offensant » sur *MySpace*, qu'elle a refusé de supprimer lorsque cela lui a été demandé, mais également pour un autre comportement fautif, notamment l'envoi d'emails contenant des images pornographiques. Avant que la salariée ne publie des commentaires sur *MySpace*, elle avait formulé des allégations de harcèlement sexuel à l'encontre de son responsable. L'employeur avait mené une enquête sur ses allégations et les a jugé infondées, après quoi l'employée avait posté un blog. L'employeur a trouvé certains commentaires extrêmement offensants : « *Je viens de faire l'objet d'une enquête qui a fini par défendre la corruption* » et « *L'enquête a fait en sorte que les preuves soient falsifiées, contrôlées et subjectives* » et « *Il s'agit de corruption tous les niveaux* »<sup>13</sup>. La salariée a également décrit la direction au travail comme n'étant « *rien d'autre que des chasseurs de sorcières* », elle a qualifié les valeurs de la société comme étant de « *purs mensonges* », « *de pures moqueries des valeurs qu'ils défendaient* » et a dénigré la procédure d'enquête sur le harcèlement sexuel en indiquant que son témoin « *a été viré comme par hasard le jour où ils étaient censés faire connaître leurs conclusions* »<sup>14</sup>. La salariée a avancé que puisque le nom de l'employeur n'était pas cité, le blog aurait pu faire référence à n'importe quelle circonstance de sa vie, et pas uniquement à son travail. Toutefois, le Commissaire Thatcher a jugé que le blog était une attaque contre l'intégrité de l'employeur. La salariée avait clairement l'intention que son blog soit lu sur son lieu de travail<sup>15</sup> et il aurait été évident pour quiconque le lisant qu'il faisait allusion à l'employeur<sup>16</sup>. La salariée a également omis de supprimer le blog lorsqu'elle a été enjointe de le faire<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> *Ibid.* s 381(1)(b).

<sup>11</sup> *Fair Work Act 2009* [Cth] art. 381(2).

<sup>12</sup> Gareth Jolly et Shirley Wong 'Social media and employment law' (April 2014) *Governance Directions* 169, 169.

<sup>13</sup> *Dover Ray* para. 49.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Dover Ray* para. 51.

<sup>16</sup> *Dover Ray* para. 53.

<sup>17</sup> *Dover Ray* para. 60.

Les messages postés sur *Facebook* équivalant à une insulte publique ou à une menace envers un autre travailleur ont également été jugés comme constituant un motif valable de licenciement. Dans l'affaire *M. Damian O'Keefe c Williams Muir's Pty Limited T/A troy Williams The Good Guys* [2011] FWA 5311 (« *O'Keefe* »), le salarié a posté un commentaire sur sa page *Facebook* en dehors des heures de travail indiquant que « *Damien O'Keefe se demande comment ce pu\*in de boulot peut être aussi inutile et comment a pu être fait une nouvelle bourde avec ma paie. Les c\*ns vont y passer demain* ». Ce commentaire soulève deux problèmes. Le premier était le langage que le salarié a utilisé sur un forum visible par d'autres employés<sup>18</sup>. Le second était que l'employeur a cru qu'il s'agissait d'une menace à l'encontre de la Responsable des opérations qui était chargée du paiement des salariés. Il a été établi que le comportement du salarié équivalait à une faute grave et constituait également une violation du Manuel de l'employé. Le Président adjoint Swan de la *Fair Work Commission* a indiqué que, « *le bon sens voudrait que l'on ne puisse pas rédiger, et par conséquent, publier des commentaires insultants et menaçants au sujet d'un autre collègue de la façon dont cela s'est produit* »<sup>19</sup>.

Lorsqu'un message sur *Facebook* nuit à la réputation et à la viabilité de l'employeur, cette situation risque d'être incompatible avec la poursuite du contrat de travail. Dans l'affaire *Cameron Little v Credit Corp Group Limited t/as Credit Corp Group* [2013] FWC 9642 (10 décembre 2013) (« *Little* ») le salarié a été licencié pour usage inapproprié de son compte personnel *Facebook* en dehors des heures de travail alors qu'il était en congés annuels et pendant lesquels il a critiqué une organisation dénommée *Christians Against Poverty* (CAP) avec laquelle son employeur entretenait des relations professionnelles. Il avait également fait des commentaires à caractère sexuel concernant un nouveau salarié de l'entreprise. Il a posté sur la page web de CAP « *Sérieux mecs, vous devriez faire un peu plus pour éduquer les consommateurs sur le fonctionnement du monde plutôt que de tenter de les sortir de la dette, bla bla bla, donnez un poisson à un homme/apprenez lui à pêcher* » et « *Non merci, suivez simplement mes conseils et essayez d'apprendre aux gens des notions comme 'intérêts' et 'responsabilité' plutôt que de les soustraire à leurs engagements.#simple* ». Au sujet d'un collègue, il a posté « *Au nom de tous les membres du personnel du groupe Credit Corp, j'aimerais souhaiter la bienvenue à notre toute dernière victime de viol anal, Jack Hoye. J'ai hâte de te harceler sexuellement derrière l'armoire des fournitures à papeterie, mon grand* ». La Commission a jugé que les actes de l'employé violaient le Manuel de l'employé et le Code de déontologie, et que même s'il n'y avait pas eu de manuel, son comportement était de toute évidence inapproprié<sup>20</sup>. La Commission a rejeté l'argument selon lequel le salarié croyait que sa page *Facebook* était « privée » et qu'il ne comprenait pas comment fonctionnait *Facebook* - dans tous les cas, la tenue de ses paramètres de confidentialité relevait de sa responsabilité<sup>21</sup>. La Commission a jugé que si le salarié avait le droit d'avoir ses opinions personnelles, il n'avait pas le droit de les divulguer « au monde entier » dès lors que cette divulgation donnait une bien piètre opinion de l'employeur et nuisait à sa réputation et à sa viabilité<sup>22</sup>. Le comportement du demandeur a gravement nui à la relation entre l'employeur et le salarié, il a nui aux intérêts de l'employeur, il aurait pu dégrader la relation entre l'employé et les autres salariés et était incompatible avec le devoir de l'employé en tant que salarié<sup>23</sup>. En résumé, les conséquences de cet incident étaient totalement déplacées et constituaient une faute grave et un motif valable de licenciement du salarié.

L'utilisation des réseaux sociaux pour créer une entreprise concurrente peut constituer un autre motif valable de licenciement. Dans l'affaire *Bradford Pedley c IPMS Pty Ltd T/A peckvonhartel* [2013] FWC 4282 (« *Bradford Pedley* »), le salarié a été embauché par l'employeur en tant qu'architecte d'intérieur senior. En même temps, il cherchait à développer sa propre activité à temps partiel en activité à temps plein et a envoyé un email via *LinkedIn* à plusieurs personnes, y compris des clients de l'employeur, dans lequel il indiquait qu'il cherchait à développer son activité d'architecte d'intérieur et à passer à une activité à temps plein et qu'il sollicitait leur soutien à cet égard. Il a en outre indiqué qu'il accepterait des missions de toute taille, à un coût inférieur à celui d'une grande entreprise, et qu'il espérait travailler avec eux dans un avenir proche. Il a été établi qu'il

<sup>18</sup> *O'Keefe* para. 8.

<sup>19</sup> *O'Keefe* para. 42.

<sup>20</sup> *Little* para. 68-69.

<sup>21</sup> *Little* para. 73.

<sup>22</sup> *Little* para. 74.

<sup>23</sup> *Little* para. 76.

s'agissait d'un motif valable de licenciement car le salarié avait violé ses obligations fondamentales à l'égard de l'employeur, ce qui équivalait à une faute grave<sup>24</sup>. Bien que l'employeur ait autorisé un droit limité d'exercer des activités privées, cet email allait au-delà de la permission qui avait été accordée car le salarié avait l'intention de créer une entreprise faisant concurrence à celle de son employeur<sup>25</sup>.

Si l'examen de la jurisprudence ci-dessus peut donner l'impression que la Commission australienne se prononce invariablement en faveur de l'employeur dans des affaires concernant l'utilisation des réseaux sociaux par un salarié, d'autres affaires révèlent une approche plus nuancée. Par exemple, lorsqu'un commentaire sur *Facebook* ne nuit pas réellement à l'entreprise de l'employeur, aucun motif valable ne justifie un licenciement. Dans l'affaire *Mlle Sally-Anne Fitzgerald c Dianna Smith T/A Escape Hair Design* [2010] FWA 7358<sup>26</sup> (« *Fitzgerald* »), plusieurs motifs de licenciement ont été donnés à la salariée, dont l'affichage public de son mécontentement sur *Facebook*. Mécontente du paiement de la prime de Noël et des congés annuels, elle avait écrit : « "Prime" de Noël accompagnée d'un avertissement, et ensuite pas d'indemnité de congés !!! Waoouh ! Ça déchire, le monde de la coiffure !!! SUPER !!![sic] »<sup>27</sup>. Le Commissaire Bisset a fait des remarques générales intéressantes sur l'impact d'un commentaire *Facebook* :

« Les messages postés sur *Facebook* et l'utilisation générale des réseaux sociaux par des individus pour afficher leur mécontentement envers leur employeur ou un collègue sont devenus plus fréquents. Avant, on se plaignait de son employeur autour d'un café ou d'un verre avec des amis, maintenant on poste un message sur un site Internet qui, dans certains cas, peut être vu par un nombre illimité de personnes. Poster sur un site Internet (*Facebook*) des commentaires visibles par un nombre incontrôlable de personnes au sujet d'un employeur n'est plus considéré comme une question d'ordre privé mais comme un commentaire public »<sup>28</sup>.

Toutefois, en l'espèce, la salariée n'a pas cité le nom du salon où elle travaillait, et rien ne suggère que cette information était facilement disponible sur sa page. Si les commentaires étaient de toute évidence dirigés contre le secteur de la coiffure, le Commissaire n'a pas considéré que les commentaires étaient de nature à nuire au secteur dans son ensemble ou à l'employeur en particulier<sup>29</sup>. Selon le témoignage de la salariée, les clients avec qui elle était « amie » sur *Facebook*, qui avaient accès au site et qui sauraient à quel salon elle faisait référence faisaient partie de ses amis proches et des clients. L'employeur n'a pas jugé bon de faire de remarque sur le message pendant près d'un mois et demi après la première publication, ce qui indique qu'il n'avait pas suffisamment dégradé la relation de travail pour nécessiter une mesure immédiate<sup>30</sup>. Le Commissaire Bisset a conclu que même si les commentaires étaient idiots dans le contexte d'un forum public, ils ne portaient pas préjudice à l'entreprise de Mme Smith et que, à ce titre, les commentaires ne constituaient pas un motif valable de licenciement<sup>31</sup>. L'universitaire australienne Louise Thornwaite estime que cette affaire se distingue de l'affaire *Dover-Ray* susmentionnée dans la mesure où l'employeur était plus petit que *Real Insurance*, le nombre de salariés qui étaient des amis *Facebook* était moins important, l'employeur n'était pas identifié et il n'y avait qu'un bref commentaire concernant le salaire au lieu d'une accusation de corruption. Dans l'affaire *Dover-Ray*, des images pornographiques avaient également été envoyées par courrier électronique<sup>32</sup>.

<sup>24</sup> *Bradley-Pedley* para. 61.

<sup>25</sup> *Bradley-Pedley* para. 46-47.

<sup>26</sup> L'appel *Dianna Smith T/A Escape Hair Design c Sally-Anne Fitzgerald* [2011] FWA 1422 [15 March 2011] portait uniquement sur le recours.

<sup>27</sup> *Fitzgerald* para. 19-20/

<sup>28</sup> *Fitzgerald* para. 50.

<sup>29</sup> *Fitzgerald* para.54.

<sup>30</sup> *Fitzgerald* para. 57.

<sup>31</sup> *Fitzgerald* para. 60.

<sup>32</sup> Louise Thornwaite 'Social media, unfair dismissal and the regulation of employees' conduct outside work' (2013) 26 *Australian Journal of Labour Law* 164, 177.



Lorsque la nature de la correspondance n'est pas si grave ou exagérée, elle peut être stupide au point de ne pas être considérée comme une menace crédible contre l'employeur. L'affaire *Linfox Australia Pty Ltd c Glen Stutsel* [2012] FWA 7097 (3 octobre 2012) était un appel contre l'affaire *Glen Stutsel c Linfox Australia Pty Ltd* [2011] FWA 8444 (« *Stutsel* »). Le demandeur a été licencié pour faute grave après 22 ans de service comme chauffeur de camion pour *Linfox*. La décision de la société reposait sur des déclarations ignobles postées sur la page *Facebook* du salarié concernant deux de ses responsables, qui étaient menaçants, offensants, insultants, sexistes et racistes. Par exemple, le salarié a qualifié un responsable musulman d' « allergique au porc ». Ces messages relevaient du domaine public et étaient visibles par un vaste public, malgré ce qu'aurait pu penser le demandeur au sujet des paramètres de confidentialité de son compte *Facebook*<sup>33</sup>. Le tribunal siégeant en formation plénière (*Full Bench*) a fait les commentaires suivants :

« La publication de déclarations ou commentaires désobligeants, offensants et discriminatoires concernant des responsables ou des collègues sur *Facebook* pourrait donner un motif valable de licenciement. Dans chaque cas, l'examen portera sur la nature des commentaires et des déclarations et sur l'étendue de leur publication. Des commentaires adressés directement à des responsables et des collègues et largement diffusés au travail seront traités plus sérieusement que si ces commentaires sont partagés de manière privée par quelques collègues dans un cadre social. Dans le cadre d'une discussion ordinaire, on parle beaucoup de ce qui se passe dans notre vie professionnelle et des personnes impliquées. À cet égard, nous tenons compte de la nécessité de ne pas imposer de normes de comportement et de discours irréalistes concernant ces questions ou ignorer la réalité des milieux de travail »<sup>34</sup>.

En première instance, le Commissaire a décrit les conversations sur *Facebook* dans lesquelles les commentaires ont été faits comme ayant le ton d'une conversation dans un pub ou un café, bien qu'elles aient été tenues sous forme électronique. La formation plénière n'était pas d'accord avec cette définition des commentaires. Le fait que les conversations aient été menées sous forme électronique et sur *Facebook* a donné aux commentaires un caractère différent et une diffusion potentiellement plus large qu'une discussion dans un pub. Même si les commentaires n'étaient accessibles que par les 170 « amis » *Facebook* du demandeur, le public était large et comprenait des salariés de l'entreprise. En outre, la nature de *Facebook* (et autre communication électronique sur Internet) implique que les commentaires pourraient être transmis facilement à d'autres personnes, élargissant ainsi leur public. Contrairement aux conversations tenues dans un pub ou un café, les conversations *Facebook* laissent une trace écrite permanente des déclarations et commentaires des participants, lisibles à tout moment à l'avenir tant qu'elles n'ont pas été supprimées par le propriétaire de la page. Les salariés devraient donc faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils utilisent des sites de réseaux sociaux pour faire des commentaires ou discuter de leurs responsables et collègues<sup>35</sup>.

### Conclusion

Cet examen de la jurisprudence illustre les difficultés auxquelles est confrontée la Commission australienne du travail équitable pour déterminer si un licenciement résultant de l'utilisation des réseaux sociaux par un employé est abusif, injuste ou déraisonnable. La complexité de cette question est aggravée par le fait que la plupart des salariés ont tendance à utiliser les réseaux sociaux en dehors des heures de travail et par conséquent, en dehors du cadre du travail. Néanmoins, en raison de la portée potentiellement vaste des réseaux sociaux, un salarié peut rester en contact avec d'autres salariés, clients et membres du public par l'intermédiaire des réseaux sociaux en dehors des heures de travail. À ce titre, la jurisprudence dans ce domaine révèle une volonté croissante de la Commission de juger l'utilisation des réseaux sociaux par un salarié comme constituant un motif valable de licenciement dès lors que cette utilisation nuit à l'entreprise d'un employeur. Cette décision surprend les salariés car l'utilisation des réseaux sociaux est souvent considérée comme un moyen informel de communiquer sur des problèmes ou difficultés, ou pour dire les choses familièrement, comme un moyen « de décompresser ». Pourtant, la jurisprudence révèle que cela peut avoir des conséquences pour l'emploi d'un salarié. Les salariés seraient bien avisés dorénavant de faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils utilisent des réseaux sociaux pour faire des commentaires ou discuter de leurs responsables, de leurs collègues ou de l'entreprise de leur employeur.

<sup>33</sup> *Stutsel* para. 22.

<sup>34</sup> *Stutsel* para. 25.

<sup>35</sup> *Stutsel* para. 26.

## ALBERTO MATTEI

Université de Trente  
Chercheur

## SYLVAIN NADALET

Université de Vérone  
Maître de Conférences

### RÉSEAUX SOCIAUX ET LIBERTÉ SYNDICALE EN ITALIE : ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

**L**a démarche suivie pour présenter l'état de la jurisprudence italienne sur la liberté syndicale dans le cadre des réseaux sociaux, a consisté dans un premier temps à évoquer le droit à la critique du salarié (I) et des particularités de l'outil informatique en la matière (II), pour ensuite faire le point sur le (rare) contentieux existant sur cette question (III).

#### I - Le droit de critique du salarié dans la jurisprudence italienne

En droit italien, le droit de critique du salarié, c'est-à-dire le droit de formuler des jugements et opinions concernant l'entreprise à laquelle il appartient, représente une projection de la liberté d'expression garantie à tous les citoyens par l'article 21 de la Constitution. L'intégration du travailleur dans l'organisation productive implique toutefois de coordonner cette liberté avec celle du chef d'entreprise de gérer et d'organiser son activité prévue par l'article 41 de la Constitution<sup>1</sup>. De même il y a, de manière générale, une nécessité de sauvegarder aussi bien des droits fondamentaux du travailleur que de ceux de l'employeur en vertu de l'article 21 de la Constitution. Au cours des années, l'article 21 de la Constitution, comme toutes les dispositions énonçant des intérêts individuels, a été interprété par la Cour constitutionnelle comme pouvant être mis en balance avec les autres valeurs garanties par la Constitution<sup>2</sup>. Cette disposition trouve son pendant sur les lieux de travail grâce à l'art.1 du Statut des travailleurs (loi n° 300/1970), qui affirme le droit de chaque travailleur de s'exprimer librement dans le cadre de la liberté d'organisation syndicale<sup>3</sup>.

#### A - Le contrôle par la jurisprudence de l'objectivité des faits allégués

Souvent soumis à l'attention de la jurisprudence, la décision qui fait référence à cette question reste un arrêt rendu il y a une trentaine d'années celle de la Cour de cassation, selon lequel le droit à la critique, sorte de duplication du droit d'informer du journaliste, doit être considéré comme une projection du droit général de manifester librement sa pensée

<sup>1</sup> V. Papa, "Lavoro e dissenso. Il diritto di critica del lavoratore ei suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale", *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2008, p. 805 ss. Sur le thème v. également M. N. Bettini, "Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza, Diritto e libertà", *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio, Torino*, 2008, p. 141 ss., et plus récemment O. Dessi, "Il diritto di critica del lavoratore", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, p. 396 ss.

<sup>2</sup> Cour constitutionnelle, 2 mai 1985, n° 126, *Foro Italiano*, 1985, I, p. 1593 ss.

<sup>3</sup> Sur cette disposition v. G. Giugni, *Sub art. 1, Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 3 ss.

« par les mots, l'écrit ou tout autre moyen de diffusion »<sup>4</sup>. Le premier paramètre pris en compte par la jurisprudence dominante pour considérer comme légitime l'exercice de son droit de critique par le salarié est la réalité des faits allégués. La Cour de cassation a notamment eu l'occasion de traiter le cas d'un travailleur syndicaliste licencié pour faute grave parce qu'il avait dénoncé dans la presse une série de comportements de son employeur qui s'étaient révélés faux. Se basant sur l'obligation de fidélité du travailleur prévue à l'art. 2105 du code civil, elle a énoncé que le droit de critiquer son entreprise était susceptible de violer cette disposition et d'entamer le lien de confiance entre employeur et salarié à partir du moment où, en allant au-delà de la vérité objective, il pouvait porter atteinte à l'entreprise en jetant l'opprobre sur elle et provoquant des dommages économiques en termes de commandes et d'emplois<sup>5</sup>. Sur cette question, la doctrine a souligné que le fait de mettre l'accent sur la vérité des faits est naturel lorsque la critique s'adresse à un employeur pour lequel cette critique serait toujours dommageable parce que provenant d'une personne faisant partie de l'organisation<sup>6</sup>.

La jurisprudence plus récente de la Cour de cassation affirme toutefois que le droit de critiquer son employeur ne donne pas lieu, comme pour la presse, à une simple narration des faits, mais qu'il prend nécessairement la forme d'un jugement ou d'une opinion, dans la mesure où il se fonde sur une interprétation des faits par définition subjective, qui exprime le point de vue de son auteur. Les faits ou les comportements objets de cette critique doivent néanmoins correspondre à une vérité qui, si elle n'est pas absolue, doit être plausible selon les sources dont elle provient ou d'autres circonstances objectives<sup>7</sup>.

### B - La prise en compte de la « forme » de la critique

La jurisprudence met aussi l'accent sur la forme que prend l'exercice du droit à la critique pour en fixer la limite. Elle a affirmé, à maintes reprises, que les modalités à travers lesquelles s'exerce la critique doivent rester civiles et respectueuses des principes généraux de bonne foi et de correction du droit civil (articles 1175 et 1375 du code civil). La jurisprudence a ainsi considéré comme illégitime la critique qui excède le but d'informer ou qui est faite sans aucune objectivité ni impartialité<sup>8</sup>. Dans un cas, elle a ainsi considéré comme une dramatisation excessive et comme des insinuations violant l'obligation de fidélité (article 2105 du code civil) le fait d'afficher un article de journal dans lequel le salarié avait dénoncé les abus dont il aurait été victime et porter de graves accusations préjudiciables à l'entreprise<sup>9</sup>.

Il existe toutefois un courant jurisprudentiel plus souple en ce qui concerne l'aspect formel de la critique, dans la mesure où le principe de correction est atténué ici par la nécessité d'exprimer une opinion personnelle et une interprétation des faits, au besoin en recourant à des formes d'expression que l'employeur pourrait juger désagréables ou offensantes<sup>10</sup>. Plus récemment, cherchant un équilibre entre les valeurs dont il a été question plus haut, la Cour de cassation a considéré comme illégitime le licenciement d'un travailleur ayant dénoncé un comportement de son employeur répréhensible sur le

<sup>4</sup> Cass. 25 février 1986, n° 1173, *Foro Italiano*, 1986, I, p. 1877, note de O. Mazzotta, "Diritto di critica e contratto di lavoro".

<sup>5</sup> Cass., 14 maggio 1998, n. 4952, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, note de P. Tullini, "Il diritto di critica civile del sindacalista"; *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1999, II, p. 455, note de M. P. Aimo, "Appunti sul diritto di critica del lavoratore".

<sup>6</sup> M. P. Aimo, *cit.*, p. 464; A. Rivara, "Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario", *Lavoro e Diritto*, 3, 2002, p. 426.

<sup>7</sup> Cass., 19 décembre 2006, n° 27141, citée aussi par G. Furlan, Y. Vasini, "Il diritto di critica del lavoratore", *Diritto & Pratica del Lavoro*, 44, 2010, p. V, qui citent aussi Cass., 31 mars 2006, n° 7605, *Massimario Giurisprudenza Civile*, 2006, 3; Cass. 13 juin 13646, *Massimario di Giurisprudenza Civile*, 2006, 6; Cass. pen., 23 mars 2006, n° 13293, *Guida al Diritto*, 2006, 20, p. 104; Cass. pen., 2 juillet 2004 n° 2247, in *Cass. Pen.*, 2006, 4, p. 1491; Cass. Pen., 14 avril 2000, n° 7499, *Diritto dell'informazione*, 2001, p. 265; Cass. pen., 16 décembre 1998, n° 935, *Diritto penale e processo*, 1999, p. 966.

<sup>8</sup> Trib. Piacenza, 6 juin 2007, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, p. 883, note de E. Menegatti, "I limiti al diritto di critica del lavoratore".

<sup>9</sup> Cass., 14 giugno 2004, n. 11220, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 11, 2004, p. 813, note de V. Nuzzo, "Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia".

<sup>10</sup> Cass., 31 mars 2006, n° 7605, *Massimario Giustizia Civile*, 2006, 3.

plan pénal. Selon la Cour, en effet, ce type de critique, surtout si elle concerne l'activité syndicale, ne peut justifier un licenciement car elle est couverte par la garantie constitutionnelle<sup>11</sup>, et ce même si le comportement du travailleur entache la relation de confiance de l'article 2105 du code civil: le simple fait de soumettre à l'autorité judiciaire des faits susceptibles de condamnation pénale ne peut interférer avec le rapport de travail, même si cela provient d'un cadre dirigeant avec lequel le rapport de confiance est particulièrement intense.

## II - Les particularités de l'outil informatique

Une fois clarifiée la question de la position du droit italien et de la jurisprudence sur le droit à la critique du salarié et du syndicaliste, il convient de savoir si le fait que le comportement du salarié ait lieu sur les réseaux sociaux qualifie son comportement différemment d'un point de vue juridique (A), et si ces espaces virtuels revêtent une qualification particulière d'un point de vue syndical en conférant une immunité plus grande au salarié face aux conséquences de son comportement (B).

### A - La qualification du réseau social comme espace public

Un premier pas consiste à se demander si le profil *Facebook* constitue un espace d'échange privé ou public. Cela importe du point de vue des conséquences juridiques. En effet, si les propos injurieux du salarié en soi peuvent constituer un motif valide de licenciement<sup>12</sup>, ils peuvent emporter des conséquences pénales pour le travailleur, y compris en termes de responsabilité civile, notamment s'ils revêtent un caractère diffamatoire dommageable pour l'employeur. L'alinéa 3 de l'article 595 du code pénal, qui condamne la diffamation, dispose que la diffusion publique par voie de presse est une circonstance aggravante, pour laquelle est prévue une peine de réclusion allant de 6 mois à 3 ans. Il est intéressant de relever que dans la première affaire où un juge a accepté d'appliquer cette circonstance aggravante du fait d'un usage de *Facebook*, celle-ci concernait une travailleuse, qui licenciée, avait choisi les réseaux sociaux pour diffamer son employeur, de sorte que ce qui était en discussion était ici sa responsabilité pénale<sup>13</sup>. Auparavant, la solution ne faisait pas l'unanimité. Même si la Cour de cassation avait admis que les emails pouvaient être assimilés à une diffusion par voie de presse<sup>14</sup>, des juges du fond avaient refusé de reconnaître la circonstance aggravante dans le cas de *Facebook*, en raison de la possibilité de circonscrire les destinataires<sup>15</sup>. On comprend en effet les hésitations de la jurisprudence face à un outil informatique qui se présente du point de vue des capacités de communication à géométrie variable : *Facebook*, par exemple, est basé sur la création d'un « profil » de l'utilisateur, qui héberge un contenu appartenant à ce dernier et mis à disposition des autres utilisateurs ; mais il est aussi un moyen d'interaction puisque l'utilisateur peut avoir recours à la messagerie instantanée dans le cadre de véritables « conversations privées » avec d'autres utilisateurs, ou encore participer à des conversations « publiques » par l'édition de messages ou commentaires sur les profils d'autres utilisateurs<sup>16</sup>.

A cela s'ajoute la difficulté d'attribuer les propos tenus à la personne du salarié. Ainsi n'est-il pas étonnant que dans l'un des rares jugements ayant à traiter du licenciement d'un salarié en raison des critiques proférées à l'encontre de son employeur sur *Facebook* – en l'espèce le salarié avait affirmé que ses produits étaient potentiellement dommageables

<sup>11</sup> Cass., 23 mars 2012, n° 4707, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 3, 2012, note de F. Siotto, "Il licenziamento illegittimo del dirigente e diritto di critica".

<sup>12</sup> V. l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2001, n° 7091, selon la diffusion de propos satiriques par un syndicaliste, lorsqu'ils excèdent certaines limites peut représenter une violation de la personne humaine au sens de l'article 2 de la Constitution et justifier le licenciement de ce dernier même si le message n'est pas diffamatoire sur un plan pénal.

<sup>13</sup> GIP Livorno, 31 décembre 2012, v. R. Alma, "La pubblicazione di un messaggio diffamatorio su *Facebook* integra il delitto di diffamazione aggravata", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2013, p. 518.

<sup>14</sup> Cass. pen. n° 4741/2000.

<sup>15</sup> Trib. pen. Gela 23 novembre 2011, n° 550, in *Rivista Penale* 4/2012, p. 441.

<sup>16</sup> V. S. Vigilar, *Consenso, Consapevolezza e responsabilità nei social network sites, profili civilistici*, Padova, 2012, qui met l'accent sur les capacités de Facebook du point de vue de la diffusion et du partage de l'information.

pour les consommateurs - la question du droit de critique n'a même pas été soulevée par la défense qui s'est surtout concentré sur la question de savoir si le profil *Facebook* portant le nom du travailleur était réellement le sien<sup>17</sup>.

### **B - Les réseaux sociaux peuvent-ils constituer des espaces couverts par l'immunité syndicale ?**

La première question que l'on pourrait se poser est celle de l'assimilation de la publication de communications syndicales sur Internet aux panneaux syndicaux qu'en vertu de l'article 25 du Statut des travailleurs (loi n° 300/1970) l'employeur doit fournir aux salariés et qui sont immunes de toute intervention de sa part. L'immunité n'est pas totale, dans la mesure où le syndicat pourrait être amené à répondre de sa responsabilité pénale si les propos se révélaient injurieux ou diffamatoires<sup>18</sup>, mais l'employeur ne peut d'office retirer les messages syndicaux. C'est dans un contentieux concernant IBM dans les années 90<sup>19</sup> que la jurisprudence a pour la première fois obligé un employeur à créer une page Internet pour les communications syndicales<sup>20</sup>. L'affaire concernait notamment des travailleurs à distance et s'est conclue par un accord collectif encadrant l'usage du site. Mais la jurisprudence successive a assimilé l'envoi de communications syndicales sur le site de l'entreprise à une activité de prosélytisme (article 26 du Statut des travailleurs), en l'absence d'accord<sup>21</sup>. Cette circonstance semble déterminante, puisque récemment une décision a affirmé que l'employeur ne pouvait par un acte unilatéral supprimer les informations sur un espace octroyé par accord sur le site d'une Commune à partir du moment où les informations transmises ne contenaient aucun propos injurieux ou contraire à l'ordre public<sup>22</sup>. Les réseaux sociaux toutefois se prêtent moins à ce type d'accord qui en principe identifie les sujets qui peuvent communiquer au moyen de l'outil informatique. L'interactivité qui les caractérise va à l'encontre de la possibilité de circonscrire les intervenants et leur contenu, à moins de réserver des « chats privées » aux travailleurs. Si l'outil en tant que tel n'est pas souvent un instrument de prosélytisme (il existe de rares pages *Facebook* se présentant comme panneau syndical de telle ou telle entreprise), la jurisprudence montre que les circonstances liées à l'activité syndicale peuvent avoir des conséquences pour le travailleur.

### **III - Une jurisprudence aux contours incertains**

Dans une affaire récente concernant précisément la critique d'un salarié envers son employeur sur *Facebook*, la jurisprudence évacue assez rapidement la question du droit de critique (A), tout en laissant certains problèmes non résolus (B).

#### **A - Une affaire récente**

La seule décision à laquelle nous ayons pu accéder traitant directement de la question de la liberté syndicale sur les réseaux sociaux est un arrêt de la Cour d'Appel de Florence rendu le 30 avril 2014 (inédit). Le litige concernait le licenciement d'un salarié ayant critiqué le comportement de son employeur vis-à-vis des salariés à travers un dessin humoristique au ton quelque peu « potache » publié sur dans un fil de discussions sur *Facebook*. Le juge en appel en appel a débouté l'employeur et conforté ainsi la décision des deux juges l'ayant précédé (en référé et sur le fond). La Cour règle rapidement la question d'une faute du salarié en la mettant sur le compte d'une liberté d'expression humoristique typique des journaux satiriques. Les juges observent notamment que la diffusion a eu lieu dans un fil de discussions réservé à 10 personnes, et que « l'accès depuis l'extérieur est seulement éventuel et dépend des contacts afférents à chaque participant du fil de discussions ».

<sup>17</sup> Trib. Trente, 24 mars 2011 (inédite).

<sup>18</sup> S. Magrini, « Sub art. 25 », in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, U. Prosperetti (Dir.), Milano, 1975.

<sup>19</sup> G. Teodori, "I Diritti Sindacali On Line: le potenzialità della tecnologia digitale applicata agli Istituti di rappresentanza", *Rivista elettronica di Diritto, Economia e Management*, 2012/2.

<sup>20</sup> Pret. de Milan, Décret du 7 avril 1995.

<sup>21</sup> Trib. Catania, 2 février 2009.

<sup>22</sup> Trib. Tivoli, 27 septembre 2013.

Mais, les juges appuient leur décision sur des éléments caractéristiques d'un contexte de lutte syndicale : le fait que le message concernait le traitement des salariés, qu'il s'agissait d'un salarié par le passé en litige avec l'entreprise et déjà réintégré du fait d'une décision de justice, et surtout qu'il s'agissait d'un fait qui s'était produit durant une période de renégociations des accords d'entreprises : l'ensemble de ces éléments conduit la Cour à qualifier ce licenciement d'acte discriminatoire sur le plan syndical. Or, en application de la réforme récente des règles sur les licenciements injustifiés qui a allégé les sanctions<sup>23</sup>, seul les licenciements pour discrimination (ou bien pour motif illicite) se voient appliquer la sanction originaires de l'article 18 ; c'est-à-dire un droit plein à réintégration et le dédommagement complet de la perte de salaire pour la période allant de la décision de licenciement jusqu'à l'effective réintégration.

## B - Les questions en suspens

On perçoit bien en comparant les affaires que leur résolution est aléatoire, tant les variables, déjà nombreuses s'agissant du droit à la critique, s'accumulent lorsque celui-ci s'exerce sur Internet ou sur les réseaux sociaux. Dans l'affaire tranchée par le Tribunal de Trente concernant *Facebook*, dont il a été question plus haut, la question du droit à la critique ne se posait pas, tant son usage semblait excessif. Mais dans les deux cas l'employeur est l'objet de dénigrement. Est-ce à dire que l'humour ou la caricature banalise des propos autrement licencieux au point de justifier un licenciement, une sanction pénale et d'éventuels dédommagements pour l'employeur ? Il est vrai que le cas de Florence, la critique ne portait pas sur la fabrication des produits mais sur la condition des travailleurs. Dans d'autres affaires ne concernant pas les réseaux sociaux, la note satirique avait été jugée excessive<sup>24</sup>.

Par rapport au cadre général, on dira que l'espace des réseaux sociaux peut introduire des éléments ultérieurs de réflexion qui amènent les juges à décider du caractère disciplinaire ou non d'un acte, ainsi de ses conséquences civiles et pénales. Certains éléments sont de nature objective et technique : le caractère plus ou moins ouvert de la discussion à l'intérieur du réseau social, qui fait que la portée dénigrante est plus ou moins forte ; de même qu'il peut être difficile de remonter à l'utilisateur effectif d'un profil. D'autres difficultés sont plutôt d'ordre subjectif : les réseaux sociaux se prêtent peut-être davantage à l'expression satirique conférant un degré d'acceptabilité majeur du dénigrement et dont l'on peut penser qu'il change selon la sensibilité du juge. Le risque y est aussi plus grand pour le travailleur de profiter de cet espace de discussion pour, en qualité de citoyen, utiliser sa connaissance de l'entreprise pour dénigrer de manière excessive l'activité de son employeur vis-à-vis de l'extérieur. On citera enfin, à titre d'hypothèse d'école, que si une entreprise décidait d'utiliser les réseaux sociaux comme moyen officiel de communication syndicale en accord avec les représentants des travailleurs, cet espace revêtirait peut-être une autre configuration d'un point de vue juridique.

<sup>23</sup> Sur la réforme Fornero introduite par la loi n° 92/2012, en langue française v. « La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicourrité et la tentation du contrat unique », *Dans cette revue*, n° 2/2012, p. 38; S. Nadalet, « La loi sur la réforme du marché du travail », *LSE*, vol. 309, 2012, p. 9.

<sup>24</sup> Cass. 24 mai 2001, n° 7091, v. note 12,

**MARTIN STEFKO**

Faculté de droit de l'Université Charles de Prague  
Professeur associé de droit

### LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DE L'EMPLOYÉ ET LES RÉSEAUX SOCIAUX EN RÉPUBLIQUE TCHÈQUE, EN POLOGNE ET EN SLOVAQUIE\*

**L**a diffusion de la technologie dans la société et l'industrie tchèques, polonaises et slovaques a fini par imposer les sites des réseaux sociaux<sup>1</sup> sur les lieux de travail. Un employé passe plus d'un tiers de sa journée sur son lieu de travail, ce qui n'a rien d'étonnant. Il est donc tout à fait compréhensible qu'au cours de ce laps de temps, il traite inévitablement des questions d'ordre privé ou familial. Aujourd'hui, la plupart des personnes en âge de travailler bénéficient d'une certaine forme de présence virtuelle, qu'elle prenne la forme d'un fil *Twitter* personnel, d'un compte *MySpace* ou *LinkedIn*, d'une page *Facebook*, ou de commentaires et avis publiés au sujet de produits, de nouveaux articles, de sites Internet commerciaux, ou des pages de réseaux sociaux d'autres personnes<sup>2</sup>. Un autre exemple en est la communication en ligne. Avec l'omniprésence des réseaux sociaux, il devient de plus en plus difficile de séparer vies professionnelle et privée. Presque tout est partagé en ligne, même ce qui est censé être privé devient public.

Si les réseaux sociaux peuvent être de précieux outils pour les entreprises<sup>3</sup>, ils sont aussi à l'origine de sérieux problèmes sur le lieu de travail. La législation ainsi que les employeurs doivent faire face à la nécessité de développer des politiques concernant les réseaux sociaux, permettant à la société et aux entreprises de profiter des avantages de l'utilisation des réseaux sociaux tout en réduisant au minimum leurs effets négatifs. Des problèmes surviennent lorsque les employés abusent de l'accès à Internet sur le lieu de travail, à des fins personnelles, pendant les heures de travail. Les employeurs doivent décider si les avantages de l'utilisation des réseaux sociaux l'emportent sur leurs effets néfastes potentiels. Il y a déjà eu des cas de personnes licenciées en raison de publications ou de commentaires sur des sites de réseaux sociaux, mais les employés ayant subi de tels « licenciements *Facebook* »<sup>4</sup> se trouvent principalement aux États-Unis.

\* Cet article a été rédigé grâce au soutien financier de la Fondation pour les sciences de la République Tchèque. Il s'inscrit dans le cadre du projet subventionné « Soukromé právo XXI. Století » [Droit civil au XXI<sup>ème</sup> siècle] [Code d'identité Prvouk5].

<sup>1</sup> Les réseaux sociaux comprennent divers outils technologiques en ligne qui permettent de communiquer facilement par l'intermédiaire d'Internet afin de partager des informations et des ressources. Ces outils comprennent du texte, de l'audio, de la vidéo, des images, des podcasts, et d'autres communications multimédia.

<sup>2</sup> Accepté par la Cour suprême de la République Tchèque par décision du 29 janvier 2014, dossier numéro 4 Tdo 16/2014.

<sup>3</sup> L'avantage des réseaux sociaux sur le lieu de travail est qu'ils peuvent être utilisés en tant qu'outils de relations publiques par les entreprises. Ils permettent à l'entreprise de se montrer transparente à travers des publications, des notes de blog et des images et ils rendent la société plus accessible au consommateur moyen. Les entreprises peuvent utiliser les réseaux sociaux pour constituer des listes de diffusion, diffuser des informations spéciales concernant les ventes et les offres, offrir une vitrine à leurs produits et relayer des articles positifs publiés dans les médias. L'utilisation professionnelle des réseaux sociaux est un moyen très peu coûteux, souvent gratuit, de promouvoir les activités de l'entreprise auprès d'un vaste public.

<sup>4</sup> Voir le rapport sur les affaires liées aux réseaux sociaux publié par le Conseiller général par intérim. Plus d'informations sur : <https://www.nlrb.gov/news-outreach/news-story/acting-general-counsel-releases-report-social-media-cases>.

L'utilisation croissante des réseaux sociaux a transformé la façon dont les entreprises multinationales fonctionnent et a soulevé d'importantes questions quant aux limites de la relation employeur-employé<sup>5</sup>. Cet article explique les tenants et les aboutissants du comportement extraprofessionnel et des droits des employés en vertu des droits tchèque, polonais et slovaque, ainsi que les règles particulières à certains types d'activités privées ou extraprofessionnelles. Si les réglementations sur la vie privée sont plus strictes et protectrices (première partie de cet article)<sup>6</sup>, on rencontre pratiquement les mêmes cas de licenciement dans les trois pays<sup>7</sup>. Les réseaux sociaux sont devenus une question internationale. La mesure dans laquelle un employeur peut utiliser les réseaux sociaux lors d'un recrutement (deuxième partie de cet article) ainsi que la surveillance de l'utilisation des réseaux sociaux par un employé (à la fois sur et en dehors du lieu de travail), et les répercussions pour les employeurs et les employés lorsqu'il y a abus de réseaux sociaux (troisième partie de cet article), peuvent varier d'un pays à l'autre, mais il existe un cadre commun suivi par les trois pays. Comme il s'agit principalement de comparaison, nous appliquerons le même modèle et transmettrons les informations respectives concernant à la fois le droit et la jurisprudence nationaux pour les pays en question.

## I - Cadre juridique

En raison, en partie, d'une histoire commune et d'une tradition juridique proche (en particulier entre les Tchèques et les Slovaques qui avaient établi un État commun en 1918), et en raison, en partie, à la fois des obligations internationales<sup>8</sup> et du niveau d'harmonisation avec le droit européen, les trois pays d'Europe centrale réagissent de façon similaire dans leurs réglementations respectives. La vie privée est protégée au niveau constitutionnel dans l'Article 10 de la Charte tchèque des droits et libertés fondamentaux<sup>9</sup>, dans les Articles 19 et 21 de la Constitution slovaque<sup>10</sup> et également dans l'Article 10 de la Charte<sup>11</sup>, et dans les Articles 47 et 51 de la Constitution polonaise<sup>12</sup>. Les droits du travail tchèque, polonais et slovaque sont codifiés. Ainsi, les dispositions les plus adaptées sont contenues dans les codes du travail nationaux respectifs. Dans deux des trois pays, la Pologne et la Slovaquie, la protection de la vie privée est déclarée comme faisant partie des principes fondamentaux qui régissent le droit du travail - Article 11 du Code du travail slovaque<sup>13</sup> et Article 11(1) du Code du travail polonais<sup>14</sup>. Le fait d'être déclaré principe fondamental du droit du travail devrait renforcer la protection de la vie privée dans les deux pays. Bien que la République Tchèque soit liée par les mêmes accords internationaux que la Pologne et la Slovaquie, le législateur n'a pas proclamé que la vie privée des employés avait une importance particulière. Cela a permis à la

<sup>5</sup> Comparer Matejka, J. K oprávnění zaměstnavatele kontrolovat práci zaměstnance pomocí moderních technologií [Droit de l'employeur à surveiller le travail des employés en utilisant des dispositifs et une technologie modernes]. *Právo a zaměstnání*, 2003, Issue 5, pgs 7-16.

<sup>6</sup> Plus d'informations ici : <http://www.rozhlas.cz/zpravy/politika/zprava/kvuli-komentari-na-socialni-siti-muze-clovek-ztratit-praci-ne-bo-skoncit-u-soudu--1391992--1391992> [Cité le 15 octobre 2014].

<sup>7</sup> Voir la décision de la Cour suprême de la République Tchèque du 22 juillet 2014, numéro de dossier 4 Tdo 815/2014.

<sup>8</sup> Concernant le système juridique européen, le droit au respect de la vie privée et familiale d'une personne est principalement intégré dans l'Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>9</sup> La Charte des droits et libertés fondamentaux a été adoptée en tant qu'annexe à la règle No. 23/1991 Collection. Concernant la situation extraordinaire au cours de l'année 1992, lorsque l'antécédent de la Charte a été aboli, la Charte a de nouveau été déclarée le 16 décembre 1992 en tant que composante de l'ordre constitutionnel tchèque (Manifestation No. 2/1993 Coll.). La Charte a été modifiée par la Loi No. 162/1998 Coll. En fait, la Charte a le même effet juridique que la Constitution tchèque.

<sup>10</sup> Loi No. 460/1992 Collection telle que modifiée.

<sup>11</sup> La même Charte des droits et libertés fondamentaux que celle qui a été adoptée en tant qu'annexe à la règle No. 23/1991 Collection. En République Slovaque, elle n'a jamais été modifiée.

<sup>12</sup> La Constitution de la République de Pologne (en polonais : *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*) a été adoptée par l'Assemblée Nationale de la Pologne le 2 avril 1997, approuvée par référendum national le 25 mai 1997. La Constitution a été modifiée une fois - l'amendement a été passé par le Sejm le 8 septembre 2006.

<sup>13</sup> Loi No. 311/2001 Collection telle que modifiée.

<sup>14</sup> Loi du 26 juin 1974 telle que modifiée en Pologne par Dz.U. 1974 Nr 24 poz. 141. Concernant l'histoire de l'Article 11(1) du Code du travail polonais, Liszcz, T.: *Prawo pracy*, 5<sup>ème</sup> Edition, Warszawa 2008, LexisNexis, p. 82-85.



Cour Suprême tchèque<sup>15</sup> de rendre un jugement favorable à la surveillance secrète d'un employé, tout en étant contraire à l'Article 316 du Code du travail tchèque<sup>16</sup> qui établit des règles compatibles avec les règles polonaises ou slovaques.

En raison de l'inévitable principe de la dignité humaine, les codes civils nationaux prévoient une deuxième couche de protection : Article 81 du Code civil tchèque<sup>17</sup>, Articles 11 du Code civil slovaque et Articles 23 et 24 du Code civil polonais<sup>18</sup>. Cependant, les règles contenues dans les codes civils sont considérées comme étant générales et leur application est remplacée par des règlements spécifiques prévus par les droits publics sur la protection des données<sup>19</sup> : la Loi No. 101/2000 Collection telle que modifiée en République Tchèque, la Loi du 29 août 1997 sur la protection des données personnelles en Pologne<sup>20</sup> et la Loi No. 122/2013 Coll. sur la protection des données personnelles et sur la modification et l'amendement d'autres lois en République Slovaque.

Lesdites lois accordent à l'employé la protection de sa vie privée sur le lieu de travail. Les employeurs doivent respecter la dignité et les droits de la personne de leurs employés. Toutefois, l'objectif principal d'un employé est de satisfaire ses obligations légales. Ayant été recruté pour rendre des services et étant payé en retour par l'intermédiaire de sa relation d'emploi, il/elle a l'obligation d'effectuer un travail dépendant. Permettre aux employés d'avoir accès à leurs profils sur les réseaux sociaux pendant les heures de travail peut constituer une distraction. Les employés peuvent perdre un temps précieux à jouer, à discuter avec des amis et à actualiser leurs profils.

En conséquence, la loi prévoit une règle claire afin de tenir les employés éloignés de la distraction des réseaux sociaux. Conformément à l'Article 301 du Code du travail tchèque, à l'article 81 du Code du travail slovaque, et à l'Article 100 du Code du travail polonais, un employé doit travailler de façon responsable et correcte, être sur le lieu de travail au début des heures de travail, utiliser le temps de travail pour les tâches qui lui ont été attribuées, ne partir qu'après la fin des heures de travail, protéger les biens de l'employeur de tout dommage, perte, destruction et abus, et ne pas agir de façon contraire aux intérêts justifiés de l'employeur. En bref, un employé doit travailler et non pas se détendre pendant les heures de travail. Etant données les dispositions citées, il n'est pas nécessaire d'établir des règles, qui mettraient en œuvre une politique de réseaux sociaux, afin de limiter l'utilisation des biens de l'entreprise à des fins d'utilisation personnelle des réseaux sociaux<sup>21</sup>.

## II - Recrutement

Alors qu'en général il n'est pas interdit à un employeur d'utiliser les réseaux sociaux afin d'effectuer des vérifications avant un recrutement ainsi que d'autres vérifications, de nombreux cas ont été signalés dans lesquels les employeurs sont allés aussi loin que d'exiger des candidats la communication de leurs mots de passe de façon à ce que des employeurs potentiels puissent vérifier la façon dont ces candidats utilisent les réseaux sociaux à titre personnel<sup>22</sup>. Les employeurs internationaux doivent cependant garder à l'esprit que les lois tchèques, polonaises et slovaques imposent des paramètres stricts pour des recherches acceptables. Dans ces pays, les employeurs peuvent recueillir les données personnelles des

<sup>15</sup> Décision du 16 août 2012, numéro de dossier 21 Cdo 1771/2011.

<sup>16</sup> Loi No. 262/2006 Collection telle que modifiée.

<sup>17</sup> Loi No. 89/2012 Collection.

<sup>18</sup> Loi du 23 avril 1964, telle que modifiée, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93

<sup>19</sup> Voir Mészáros, P.: *Civilnoprávny rozmer ochrany osobných údajov*, Barancova, H. (ed.): *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*, Bratislava 2010, p. 110 or Florek, L. (ed.): *Kodeks pracy, komentarz*, 5<sup>ème</sup> Edition, Warszawa 2009, Lex and Wolters Kluwer business, p. 88.

<sup>20</sup> Texte unifié : Journal des Lois de 2002 No. 101 élément 926 avec amendements.

<sup>21</sup> Cependant, il est difficile de décider si les employeurs doivent interdire à leurs employés d'utiliser leurs téléphones portables ou d'apporter leurs ordinateurs portables sur le lieu de travail.

<sup>22</sup> Concernant les pratiques polonaises récentes voir <http://antyweb.pl/ukryj-przed-pracodawca-kim-jestes-kilka-slow-o-powaznych-profilach-na-facebooku/> (Cité le 14 octobre 2014). Les pratiques tchèques sont accessibles ici <http://byznys.ihned.cz/c1-62838440-firmy-lylouci-tretinu-uchazecu-o-praci-kvuli-nevhodnemu-obsahu-na-socialnich-sitich> (Cited: 15 October 2014).

candidats uniquement lorsqu'elles sont liées aux qualifications et à l'expérience professionnelle des futurs employés et ces données doivent être significatives par rapport au travail que l'on attend de ces candidats à l'emploi<sup>23</sup>. De telles règles sont exposées dans la Section 12 de la Loi tchèque sur l'emploi ou dans l'Article 11 du Code du travail. Dans l'intention de souligner son importance, le pouvoir législatif slovaque fixe des règles de base dans ledit Article qui est placé dans la Section intitulée Principes fondamentaux.

Si l'employeur potentiel décide de recueillir sur Internet des données concernant les candidats à un poste (par exemple par l'intermédiaire de son site Internet officiel ou par e-mail), il doit appliquer des mesures techniques et organisationnelles pour les protéger, de façon appropriée aux risques et à la catégorie de données faisant l'objet de la protection. L'employeur potentiel doit tenir compte non seulement des principes de confidentialité des données mais il/elle ne doit pas non plus faire de discrimination envers les personnes sur la base des informations obtenues. Il/elle ne peut donc pas exiger la divulgation du statut marital, poser des questions ayant trait aux enfants ou aux projets d'enfants, à l'orientation sexuelle, aux salaires précédents, à la religion, aux croyances, aux préférences politiques etc. L'Article 12 de la Loi tchèque sur l'emploi donne le droit au candidat à un poste d'exiger que l'employeur explique la nécessité de toute information personnelle demandée lors de la procédure de sélection.

### III - Surveillance de l'utilisation d'Internet à titre personnel

Surveiller l'utilisation des réseaux sociaux par les employés soulève des questions supplémentaires pour un employeur car il devra respecter un éventail de lois potentiellement très large dans la juridiction applicable. Tous les trois pays ont une législation très stricte régissant la surveillance. En conséquence, il est bien plus facile de restreindre l'accès à certains sites Internet dans le cadre de la politique TI<sup>24</sup> que de surveiller l'utilisation des réseaux sociaux par un employé. La position générale est que les employeurs ne peuvent pas, sans motifs sérieux, porter atteinte à la vie privée des employés sur le lieu de travail et les parties communes des locaux de l'employeur<sup>25</sup>.

Si l'employeur dispose de motifs sérieux pour effectuer une surveillance, la politique la plus recommandée, avant le lancement de la surveillance, se compose de trois étapes. Les employeurs doivent (i) discuter de la portée, du mode d'action et de la durée du mécanisme de surveillance avec les représentants des employés (ou les employés eux-mêmes s'il n'y a pas de représentants) avant son introduction ; (ii) informer les employés ; et (iii) obtenir leur consentement<sup>26</sup>.

Concernant la participation des employés aux réseaux sociaux, un employeur peut vérifier le temps passé sur Internet, la nature des sites Internet parcourus ainsi que la date et l'heure de navigation, mais il ne peut pas vérifier le contenu de la page visitée, de la communication par chat ou e-mail, même si elle a été effectuée depuis une adresse e-mail professionnelle (nom@societe) car ce serait considéré comme une intrusion dans la vie privée en vertu des lois tchèque, polonaise ou

<sup>23</sup> Dans lesdits pays, il est probable que les contrôles préalables au recrutement soient autorisés s'ils sont effectués en utilisant des réseaux professionnels tels que LinkedIn, mais ils présentent davantage de risques de violation de la vie privée s'ils sont effectués en utilisant des plateformes de réseaux sociaux tels que Facebook. Cependant, il n'existe toujours pas de jurisprudence représentative. Voir Florek, L. (ed.): Kodeks pracy, komentarz, 5<sup>ème</sup> Edition, Warszawa 2009, Lex and Wolters Kluwer business, p. 90.

<sup>24</sup> Il n'existe pas de droit d'accès à Internet pour les employés, reconnu par les traditions juridiques tchèque, polonaise ou slovaque.

<sup>25</sup> L'Article 316 du Code du travail tchèque, l'Article 23 I point 5 de la Loi polonaise du 29 août 1997 ou l'Article 11 du Code du travail slovaque (Principes fondamentaux). D'après une comparaison de jurisprudence la décision de la Cour suprême polonaise du 25 juillet 2003, dossier numéro I PK 330/2002.

<sup>26</sup> Bien que cette exigence ne soit pas inscrite dans la loi, une telle pratique peut atténuer les conséquences juridiques liées à l'atteinte à la vie privée des employés. Pour comparer voir Mészáros, P.: *Civilnoprávny rozmer ochrany osobných údajov*, Barancova, H. (ed.): *Monitorovanie zamestnancov a právo na sukromný život*, Bratislava 2010, p. 114 et note de bas de page numéro 171; Morávek, J. *Kdy je možné evidovat přístup zaměstnance na Internet a otevřít jeho e-mailovou poštu? (Quand est-il possible pour l'employeur de surveiller l'utilisation d'Internet par ses employés y compris leurs e-mails)* Právo pro podnikání a zaměstnání, 2010, Issue 3, pgs 3-7; Florek, L. (ed.): Kodeks pracy, komentarz, 5<sup>ème</sup> Edition, Warszawa 2009, Lex and Wolters Kluwer business, p. 90 ; ou la décision de la Cour Suprême Administrative polonaise du 4 avril 2003, dossier numéro II SA 2135/02, M. Prawn. 2003/10/435.

slovaque. Contrairement à ces pays, il n'y a rien de comparable dans la doctrine française selon laquelle l'utilisation d'Internet pendant les heures de travail est supposée se faire à des fins professionnelles et qu'en conséquence un employeur a des droits d'accès quasi illimités concernant l'utilisation d'Internet par un employé pendant les heures de travail.

Assez curieusement, il existe des similitudes entre les décisions des tribunaux tchèques et français. Par exemple, selon la décision de la Cour suprême tchèque, une utilisation excessive des réseaux sociaux pendant les heures de travail peut justifier le licenciement d'un employé. La Cour suprême tchèque a rendu une décision selon laquelle un employé qui avait fait une utilisation excessive d'Internet à des fins extraprofessionnelles pendant les heures de travail avait commis une faute grave justifiant un licenciement immédiat. À la désillusion de la plupart des avocats, la Cour suprême tchèque a rendu cette décision en dépit du fait que l'employeur avait surveillé ledit employé licencié sans l'en avoir informé au préalable<sup>27</sup>. Lors d'un entretien personnel que les trois juges impliqués m'ont accordé au sujet de cette affaire, ils ont avancé que le comportement de l'employé violait toutes les règles fixées par le droit du travail. En dépit du manque de jurisprudence, les employés doivent faire une utilisation raisonnable et responsable d'Internet. Il existe simplement, pour les employés, des devoirs fondamentaux que nous ne pouvons pas écarter comme le devoir de travailler pendant les heures de travail<sup>28</sup>.

En revanche, la Cour locale slovaque à Bratislava, lorsqu'elle a été confrontée à des faits critiques quasi similaires, a rendu un jugement différent ; par ailleurs, les experts polonais refusent catégoriquement la surveillance secrète<sup>29</sup>. Dans ledit cas slovaque dont le numéro de dossier est 14C/134/2009, un employeur a licencié une employée parce qu'elle avait passé une partie considérable de son temps de travail sur *Facebook*. L'employée a avancé qu'elle utilisait *Facebook* à des fins professionnelles car il s'agissait d'une méthode plus efficace pour communiquer avec les sous-traitants. Alors que dans le cas tchèque, il avait été reproché à l'employé d'avoir passé 102,97 heures à parcourir des pages *www* ne présentant aucun lien avec ses tâches, ici, l'employée slovaque avait passé 31,5 heures à naviguer sur Internet<sup>30</sup>. Étonnamment, ces chiffres n'avaient absolument aucune importance. La Cour a jugé que le licenciement était illégal car l'employée n'avait jamais été avertie par l'employeur des limites d'utilisation autorisées pour Internet. Dans un autre cas slovaque, un employé a été licencié pour avoir utilisé l'adresse e-mail professionnelle pour des communications personnelles et pour discuter avec d'autres collègues pendant une partie considérable de sa journée de travail. Comme l'employeur avait mis en place des directives internes intégrant des restrictions quant à l'utilisation d'Internet et le droit de l'employeur de surveiller les employés, le tribunal a jugé que le licenciement était légal<sup>31</sup>.

### IV - Commentaires négatifs sur l'employeur

En vertu du Code du travail tchèque et du Code du travail slovaque, les employés ont l'obligation d'éviter tout conflit avec les intérêts légitimes de leur employeur. Cependant, il n'existe pas d'obligation générale demandant de conserver la confidentialité de toutes les informations liées au travail s'appliquant à tous les types d'employés. Une telle obligation peut être précisée mais ne figure pas dans lesdits Codes du travail. Lorsqu'un employé manque à ses obligations en faisant des commentaires pouvant porter préjudice à l'employeur ou à ses clients, que ledit manquement se produise sur le lieu de travail ou pas, l'employeur peut envisager une mesure disciplinaire. La jurisprudence en République Tchèque et en République Slovaque a déjà établi que selon la nature et la gravité des commentaires négatifs effectués et le tort causé à l'employeur ou à la réputation de l'employeur, une mesure disciplinaire peut être appropriée sauf si l'employé prouve

<sup>27</sup> Décision du 16 août 2012, dossier numéro 21 Cdo 1771/2011.

<sup>28</sup> Il est manifestement clair qu'une telle surveillance constitue une atteinte à la vie privée et que l'employeur aurait pu se voir infliger une amende par l'agence administrative concernée.

<sup>29</sup> Florek, L. (ed.): *Kodeks pracy, komentarz*, 5<sup>ème</sup> Edition, Warszawa 2009, Lex and Wolters Kluwer business, p. 90.

<sup>30</sup> Selon l'employeur, elle avait passé ses heures de travail sur des pages telles que [www.facebook.com](http://www.facebook.com), [www.hokejportal.sk](http://www.hokejportal.sk), [www.mail-book.com](http://www.mail-book.com), [www.ticketportal.sk](http://www.ticketportal.sk), ou [www.nhl.tv.com](http://www.nhl.tv.com).

<sup>31</sup> Voir Kotira, P.; Hornacek, V.: *Kontrola e-mailovej komunikacie zamestnancov podľa právnych úprav ve vybraných členských štátov EÚ*, Barancova, H. (ed.): *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*, Bratislava 2010, pgs. 127 - 144 .

son honnêteté<sup>32</sup>. Malheureusement, il n'y a jamais eu de jugement rendu dans un cas où un employé aurait fait de tels commentaires sur les réseaux sociaux<sup>33</sup>. Cependant, les employeurs devront évaluer la gravité et les torts causés avant de prendre toute mesure disciplinaire.

De façon similaire, tout employé polonais a une obligation de loyauté, exigeant qu'il protège la réputation de son employeur. Cependant, les employés peuvent avoir leur propre opinion et peuvent l'exprimer publiquement, même s'il s'agit d'une critique envers leur employeur, s'ils le font de façon adéquate<sup>34</sup>. En Pologne, les employeurs peuvent aussi prendre une mesure disciplinaire lorsque les mesures envisagées sont liées au travail de l'employé et au manquement par ce dernier à des règles de conduite spécifiques établies par la loi, le contrat d'emploi ou le règlement intérieur de l'employeur.

## Conclusion

De façon générale, il existe très peu de lois qui régissent directement l'utilisation des réseaux sociaux sur le lieu de travail en République Tchèque, en Pologne ou en Slovaquie, et on considère qu'il s'agit d'un domaine que les employeurs doivent régler par l'intermédiaire de la mise en place de politiques. Cependant, il existe des principes généraux et des obligations légales qui peuvent être appliqués même en de telles circonstances. La première et dernière tâche des employés consiste à rendre des services au nom de leurs employeurs et non pas à faire une utilisation abusive de l'équipement de l'employeur à des fins personnelles. En fait, nous ne pouvons pas ignorer le fait qu'il est parfois nécessaire de téléphoner à son conjoint ou à ses enfants. Il est raisonnable que pendant les heures de travail, mais en particulier pendant les heures de pause, un employé soit en relation avec des médecins, autorités ou autres institutions dont les heures d'ouverture sont identiques à ceux d'une journée de travail normale, car les employés n'ont tout simplement pas le choix. On peut également considérer que les notes de blog faites en-dehors du lieu de travail font partie de la liberté d'expression des employés, ce droit pouvant être librement exercé par une personne même si ses déclarations sont fausses et faites dans l'intention de nuire à l'employeur.

Le volume de jurisprudence dans ce domaine, en évolution lente, illustre la façon dont la législation portant sur les droits de l'homme, la confidentialité des données personnelles, la dénonciation et la discrimination, influence ces questions. Alors que les employeurs peuvent utiliser les réseaux sociaux pour trouver des informations concernant les employés, ils doivent garder à l'esprit tout paramètre imposé par les lois tchèques, polonaises et slovaques. Il est davantage conseillé aux employeurs de mettre en place des politiques claires concernant l'utilisation des réseaux sociaux, de s'assurer que les employés sont informés de ces politiques et d'obtenir le consentement écrit des employés pour toute surveillance. Au contraire, ils ne doivent jamais demander à des candidats à un poste ou à des employés de leur communiquer leurs noms d'utilisateur et mots de passe afin de se connecter sur leurs comptes de réseaux sociaux personnels en présence de leur employeur (potentiel). La technologie transformant nos vies professionnelle et privée, ces politiques doivent être souples et régulièrement revues afin de rester adaptées au paysage médiatique en constante mutation.

<sup>32</sup> Cela s'applique lorsqu'un employé fait des commentaires négatifs concernant son employeur, ses collègues ou clients (qu'il le fasse expressément en indiquant des noms ou de façon à ce que l'employeur, les collègues et les clients soient facilement identifiables).

<sup>33</sup> Il existe évidemment des cas comme ceux d'autres pays où, par exemple, une femme a publié des photos de son partenaire (officier de l'Armée), présentant un contenu sexuel, sur sa page *Facebook* personnelle, et elle faisait partie, en son propre nom, de groupes *Facebook* de nature sexuelle. Mais dans de tels cas, les victimes n'ont toujours pas le réflexe de réclamer une compensation devant les tribunaux civils. Les auteurs sont sanctionnés lors de procès au pénal. Voir la décision de la Cour suprême tchèque du 22 juillet 2014, dossier numéro 3 T 30/2013.

<sup>34</sup> Décision de la Cour suprême polonaise du 7 septembre 2000, dossier numéro 1 PKN 11/00, OSNAPIUS 2002, No. 6, point 139 ou décision du 21 février 1997, dossier numéro 1 PKN 9/97, OSNAPIUS 1997, No. 20, point 399.

EN ACCÈS LIBRE SUR NOTRE SITE INTERNET

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2013** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2013 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'English Electronic Edition paru début d'année 2014.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

Achévé d'imprimer par  
Imprimerie de l'Université de Bordeaux  
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Décembre 2014

