

La gestion par les entreprises du risque lié à l'utilisation des réseaux sociaux par les salariés

Aujourd'hui, l'utilisation des réseaux sociaux dépasse la sphère personnelle. L'accessibilité de sites comme Facebook, Twitter, MySpace ou LinkedIn par les salariés, est devenue une source majeure de préoccupation pour les entreprises. Selon une étude commandée par un grand groupe informatique, au Royaume-Uni, le coût de l'utilisation des réseaux sociaux comme Facebook ou plus récemment Twitter durant les heures de travail est estimé à 1,5 milliards d'euros par an. Selon cette même étude plus d'un salarié sur deux admet surfer sur ce type de sites pendant ses journées de travail, pour des raisons personnelles. En moyenne, ces salariés passent 40 minutes par jour sur ces sites. En France selon une étude menée en 2009¹, la durée moyenne que passe un salarié sur internet est de 86 minutes par jour dont 58 minutes à des fins personnelles, soit 29 jours par an et par employé.

Au-delà du souci de productivité, les entreprises sont confrontées au quotidien aux risques liés à l'utilisation inappropriée, voire malveillante, des réseaux sociaux par les salariés, durant et en dehors des heures de travail. Ainsi, les réseaux sociaux facilitent considérablement la diffusion d'information sur Internet et, par conséquent, rendent les entreprises plus vulnérables aux atteintes à leur travail, leur image ou réputation.

Plusieurs exemples permettent d'illustrer ceci :

- **Divulgence d'informations mensongères :** En 2007, un salarié de la société Apple avait mis en ligne une annonce mensongère selon laquelle la prochaine version du système d'exploitation Mac ainsi que l'i-Phone seraient tous les deux retardés de plusieurs mois. Les conséquences étaient immédiates: le cours de l'action Apple avait chuté de 107,89 à 104,63 \$ en quelques minutes !
- **Divulgence d'informations sensibles :** En 2008, un pilote de l'armée britannique en poste en Afghanistan n'a pas hésité à relater,

sur Facebook et Twitter, ses missions contre les talibans classées « secret défense ». Ce qui avait entraîné l'annulation de la mission devenue dangereuse pour les soldats. Dans certains pays, comme Israël, l'armée utilise tellement les réseaux sociaux que des campagnes de prévention ont été menées pour sensibiliser les soldats à la non divulgation des missions classées secret défense pour éviter de compromettre la sécurité des opérations, des soldats et des citoyens.

- **Divulgence d'information relative à la stratégie commerciale de l'entreprise :** Parfois la fuite sur le réseau social ne provient pas d'une mauvaise intention du salarié. En effet, certaines personnes ont une passion pour les sites sociaux et raffolent détailler, sans aucunes arrières pensées, chaque moment de leur journée sur certains réseaux sociaux. Cependant ceci peut porter atteinte à la société pour laquelle ils travaillent. Ainsi, lorsqu'un commercial, VRP, etc., raconte qu'il a rencontré telle ou telle personne, ou a eu un rendez-vous important à tel ou tel endroit pour la signature d'un contrat. Il peut dévoiler l'intégralité de la stratégie commerciale de l'entreprise très prisée des concurrents directs qui profitent de cette « indiscretion » du salarié.

Dès lors, la question principale qui se pose, pour les entreprises est de savoir comment agir contre ces nouvelles menaces qui peuvent être lourdes de conséquences, certes pour la réputation de l'entreprise, mais aussi pour d'autres intérêts tels que la confidentialité des informations internes. La problématique principale résulte du fait que toute action à l'encontre des employés doit être mise en œuvre dans le respect des droits et libertés fondamentaux des personnes et notamment des libertés d'expression, de communication et de droit d'accès à Internet érigé en France en liberté fondamentale le 10 juin 2009 par le Conseil constitutionnel.

¹ Etude OLFEQ, « Réalité de l'utilisation du web en entreprise », 2009

Alors qu'en France aucune décision n'est venue encore apporter de clarification sur ce sujet, aux Etats-Unis le droit en la matière y semble plus clair. En effet, 54% des entreprises de plus de 100 salariés interdisent l'accès à différents réseaux sociaux, cette pratique semble être contestable au regard de la jurisprudence américaine qui va dans le sens de l'exigence du respect du premier amendement de la constitution des Etats-Unis garantissant aux citoyens la liberté d'expression. Ayant jugé des cas relatifs à la liberté d'expression dans le milieu scolaire, les tribunaux américains ont posé « quatre tests » nécessaires pour savoir si les restrictions à la liberté d'expression, apportées en l'espèce par des établissements scolaires, ont violé ou non le droit à la liberté d'expression.

Nous avons choisi de citer un test qui pourrait être « transposé » à l'hypothèse de la restriction de la liberté d'expression dans l'entreprise dans le cadre de l'interdiction de l'utilisation des réseaux sociaux. Dans le test dit « *Tinker Test* », un tribunal avait admis, en 1967, qu'une restriction à la liberté d'expression est permise dans le cas d'une « perturbation substantielle ou interférence dans l'activité de l'établissement scolaire » ou d'une « atteinte aux droits des tiers ». Ce test a été appliqué dans la récente affaire *J.S. v Blue Mountain School District* du 4 février 2010 dans laquelle le tribunal avait estimé que le dénigrement en ligne d'un chef d'établissement constituait effectivement une « perturbation substantielle » et justifiait les mesures de coercition prises à l'égard de l'élève, même si en l'espèce la mise en ligne des informations en question avait été faite en dehors des locaux de l'établissement.

Au regard des deux droits, il semblerait que la jurisprudence américaine, comme la jurisprudence française, exige que les limites à la liberté d'expression soient prises dans des cas bien déterminés et en respectant le principe de proportionnalité. Cependant, nous émettons une réserve concernant ce rapprochement dans la mesure où en France, la jurisprudence², la

² Chambre Sociale, 18 mars 2009 : « *L'utilisation, par le salarié, d'internet à titre privé dans*

doctrine et surtout la CNIL³ sont unanimes quant à l'illégalité, voire l'inconstitutionnalité, de l'interdiction totale de l'utilisation d'internet et plus particulièrement des réseaux sociaux en entreprise, alors que aux Etats-Unis, la doctrine ne semble pas y être opposée et, comme indiqué ci-dessus, l'interdiction totale de l'utilisation des réseaux sociaux en entreprise est relativement courante.

En droit français, le droit de se connecter via le réseau mis à la disposition du salarié par l'employeur oppose deux notions : d'une part la liberté du salarié à se connecter sur internet et d'autre part l'interdiction patronale généralisée de l'utilisation à titre non professionnelle d'internet. Si l'employeur garde un pouvoir souverain en matière d'accès à internet, l'interdiction générale serait socialement peu souhaitable et juridiquement fragile et contestable.

De plus, la chambre sociale a posé le principe selon lequel « *sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression* »⁴. Aussi, l'article L. 1121-1 du Code du travail précise que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

La doctrine américaine et la doctrine française semblent unanimes quant à la nécessité d'établir une « charte d'utilisation » ou « charte de bon usage » des NTIC, y compris des réseaux sociaux dans l'entreprise. La mise en place de ces chartes permet aux entreprises d'établir des lignes directrices à leurs salariés. Il s'agit principalement de sensibiliser et de responsabiliser le salarié.

Il y a peu de temps, les entreprises avaient tendance à interdire l'accès à des sites comme Facebook ou Gmail, aujourd'hui cette

l'entreprise au moyen du matériel informatique mis à sa disposition par l'employeur est permise, dès lors que le temps passé sur internet n'empiète pas de manière abusive sur le temps de travail »

³ Commission Nationale Informatique et Libertés

⁴ Chambre sociale, 14 déc. 1999, Pierre c/ Sanijura.

interdiction totale est de moins en moins appliquée et ce du fait notamment de la mise en place dans les entreprises d'une politique d'utilisation des réseaux sociaux mais également par le fait que ces derniers soient devenus un outil de communication important pour les entreprises. Selon un rapport écrit par « l'Information System Audit and Control Association »⁵, aux yeux des entreprises, aujourd'hui, les réseaux sociaux représentent une opportunité commerciale réelle pour les entreprises (interaction et communication avec leurs clients et partenaires commerciaux). En effet, l'utilisation des réseaux sociaux au sein des entreprises est élevée : Une récente étude élaborée par « Burston-Marsteller »⁶ rapporte qu'utiliser les médias sociaux relève d'une réelle stratégie opérée par les entreprises. Ainsi 65% des 100 grandes entreprises internationales ont un compte Twitter, 54% ont des pages « Facebook fan », 50% des chaînes Youtube et 33% des blogs d'entreprises.

Enfin, un rapport du groupe Manpower, révèle que seulement 20% des entreprises dans le monde ont mis en place une politique d'utilisation des médias sociaux. Une des raisons principales de cette mise en place : maintenir la productivité des salariés et 63% d'entre elles divulguent que cela fonctionne. D'autres études vont même plus loin et affirme que « surfer » sur le lieu de travail permettrait aux employés d'être plus productifs. Selon les résultats de l'étude réalisée par le Docteur australien Brent Cocker⁷, les salariés qui utilisent Internet à des fins personnelles au bureau serait 9% plus productifs que les autres. Cela s'appuie sur le fait qu'une pause détend l'esprit et permet d'avoir une meilleure concentration dans la journée. Selon lui « de courtes et discrètes pauses, comme un petit tour sur Internet, permettent à l'esprit de se reposer, donc de favoriser la concentration lors d'une journée de travail, et au final, d'accroître la productivité ».

⁵ISACA : « *Social Media : Business Benefits and Security, Governance and Assurance Perspective* », 26 mai 2010

⁶Burston-Marsteller, : « *The Global Social Media Check-Up*,

⁷Coker B., *Freedom to surf*, Melbourne University 2009

Toutefois, au-delà du contrôle de l'utilisation que des salariés peuvent faire des moyens de communication électronique mis à disposition par l'employeur, la question se pose de savoir quels sont les recours dudit employeur lorsqu'il considère que les employés ont abusé de leur droit.

Cette problématique est illustrée par un cas actuellement soumis à l'examen du conseil des Prud'Hommes. En 2009, trois salariés ont été licenciés après avoir critiqué leur entreprise ainsi que leurs supérieurs hiérarchiques sur le site Facebook, propos transmis à la direction par un autre salarié, qui avait effectué une copie desdits messages. L'employeur a invoqué à l'appui d'un tel licenciement « l'incitation à la rébellion et au dénigrement de l'entreprise ». Deux des trois salariés ont contestés leur licenciement devant le Conseil des Prud'hommes de Boulogne-Billancourt. Les juges n'ont pas pu rendre de jugement car les conseillers employeurs et salariés qui composent cette juridiction paritaire n'ont pas pu se départager. Une nouvelle audience, dite de départage se tiendra dans quelques mois, et un magistrat professionnel interviendra alors pour trancher cette affaire. Le juge devra alors trancher entre la liberté d'expression du salarié issue de l'article L 2881-1 du Code du travail, le trouble manifeste que le salarié peut causer au sein de l'entreprise et le pouvoir de sanction que détient l'employeur dans l'hypothèse d'une atteinte grave aux intérêts de l'entreprise.

Cette décision est particulièrement attendue. Tout d'abord parce que d'autres cas similaires sont soumis à d'autres juridictions (Affaire des travailleuses sociales d'une association de défense de femme victime de violences conjugales de Périgueux qui sera jugée en Mars 2011). De plus, il est indispensable que l'employeur sache quel est son pouvoir de sanction dans une telle situation et quelles sont les mesures qu'il doit prendre en dehors de l'adoption d'une charte Internet, pour diminuer les risques que l'utilisation des réseaux sociaux par ses salariés fait courir à l'entreprise.

30 septembre 2010

Une synthèse de Diane MULLENEX, Avocat à la Cour et Solicitor England and Wales et Shirley Elbase, Juriste, Département TMT du Cabinet Ichay & Mullenex Avocats

Le cabinet Ichay & Mullenex Avocats est spécialisé dans la gestion des problématiques juridiques liées à l'activité des entreprises de nouvelles technologies et de développement durable. Il conseille ainsi de nombreux acteurs du e-commerce, de l'informatique, des médias, des télécoms et de la recherche dans la gestion de leurs affaires au quotidien, pour leurs projets de croissance interne ou externe et leur développement à l'international. L'ensemble des avocats du cabinet Ichay & Mullenex Avocats a reçu une double formation en complétant leur formation française soit par une formation à l'étranger soit par une formation en école de commerce. Chacun d'entre eux est tourné vers la nouvelle économie et la mondialisation des échanges accompagnant leurs clients avec une vision pragmatique de la vie des affaires.

5, rue de Monceau 75008 Paris - France
Tel : +33 1 42 89 19 80
Fax : + 33 1 42 89 14 99
www.ichay-mullenex.fr