

**PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL – Licenciement pour motif disciplinaire – Utilisation du matériel de l'entreprise à des fins personnelles – Connexions à des sites pornographiques – Ordinateur en libre accès – Preuve de l'imputation des faits fautifs (non).**

CONSEIL D'ETAT (4<sup>me</sup> et 5<sup>me</sup> ssr) 3 octobre 2008

M. A. (req. 308.046)

Considérant que, par une décision du 26 avril 2005, confirmée par une décision du 22 septembre 2005 du ministre du Travail, l'inspecteur du travail a autorisé l'association nationale de réadaptation sociale à licencier pour faute M. A, chargé de l'insertion des jeunes et membre du comité d'entreprise, pour avoir, sur l'ordinateur de service auquel avaient accès d'autres salariés, procédé à plusieurs centaines de connexions sur des sites pornographiques ; que, par un jugement du 26 juillet 2006, le Tribunal administratif de Paris a annulé ces deux décisions au motif qu'il n'était pas établi que M. A était l'unique auteur des deux cent quatre vingt consultations de sites pornographiques qui lui étaient reprochées ; que, par l'arrêt attaqué du 22 mai 2007, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé ce jugement et rejeté la demande présentée par M. A. devant le Tribunal administratif ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi :

Considérant que, pour rejeter les conclusions présentées par M. A. devant le Tribunal administratif, la Cour administrative d'appel de Paris s'est fondée, d'une part, sur le caractère peu probable de l'hypothèse selon laquelle d'autres utilisateurs de l'ordinateur de service auraient pu être les auteurs des

connexions litigieuses, d'autre part, sur ce qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier qu'une au moins des connexions litigieuses ne pouvait lui être imputée ; que la Cour administrative d'appel ne pouvait, sans commettre d'erreur de droit, déduire de ces circonstances, qui, pour la première, revêtaient un caractère hypothétique, pour la seconde, revenait à faire peser sur le salarié la charge de la preuve contraire, que les faits reprochés pouvaient être tenus pour établis ; que, par suite, M. A est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative : (...)

**DECIDE :**

**Article 1<sup>er</sup> :** L'arrêt du 22 mai 2007 de la Cour administrative d'appel de Paris est annulé.

**Article 2 :** L'affaire est renvoyée devant la Cour administrative d'appel de Paris.

(M. Musitelli, rapp. - M. Struillou, comm.ouv. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M<sup>e</sup> Haas, av.)

**Conclusions du Commissaire du gouvernement\***

La requête de M. A vous permettra de préciser les règles relatives au régime de la preuve des griefs avancés par un employeur à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif disciplinaire d'un salarié bénéficiant de la protection exceptionnelle prévue par le législateur en faveur des salariés exerçant des fonctions représentatives.

Les circonstances de fait sont les suivantes.

\* Les références au *Droit Ouvrier* sont de la rédaction.

Par une décision du 26 avril 2005, l'inspecteur du travail a autorisé l'association nationale de réadaptation sociale à licencier M. A. Employé depuis 1995 par cette association, affecté depuis 2001 à « *l'espace dynamique insertion émergence* » comme chargé des trajectoires d'insertion des jeunes de 16 à 25 ans, M. A. avait été élu en 2004 membre du comité d'entreprise.

Il était reproché à l'intéressé par son employeur d'avoir, au cours de l'année 2004, procédé, sur l'ordinateur de service qu'il partageait avec d'autres salariés, à plusieurs centaines de connexions sur des sites pornographiques, dont certains concernaient plus particulièrement des mineurs.

Sur recours hiérarchique du salarié, le ministre du Travail a confirmé cette autorisation par une décision du 22 septembre 2005.

Le salarié a saisi le Tribunal administratif de Paris, lequel, par un jugement du 26 juillet 2006, a annulé les deux décisions au motif qu'il n'était pas établi que M. A. était l'unique auteur des 280 consultations de sites pornographiques qui lui étaient reprochées.

L'employeur et le ministre du Travail ont fait appel.

Par un arrêt du 22 mai 2007, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé le jugement attaqué pour insuffisance de motivation et rejeté au fond les conclusions de M. A. tendant à l'annulation des décisions administratives.

M. A. se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Le requérant invoque un moyen qui nous paraît de nature à justifier la censure de l'arrêt attaqué. Il soutient que la Cour s'est fondée sur la circonstance qu'il n'était pas démontré de manière suffisante qu'il n'était pas l'auteur des connexions litigieuses pour en déduire qu'il pouvait l'être, inversant ainsi la charge de la preuve.

Avant d'aborder la motivation de l'arrêt attaqué, il n'est pas inutile de rappeler les règles relatives au régime de la preuve en matière disciplinaire s'agissant du contentieux des autorisations de licenciement.

En principe, il appartient d'abord à l'employeur de rapporter la preuve matérielle des faits invoqués à l'appui de la demande d'autorisation (1). Cette règle, qui fait peser sur l'employeur la charge initiale de l'allégation, est conforme au principe qui doit être respecté dans tout contentieux de nature répressive selon lequel il n'appartient pas à la personne à qui sont reprochés des faits de prouver qu'elle n'en est pas l'auteur.

Ce principe doit être d'autant plus respecté que le salarié, placé en position de subordination à l'égard de son employeur, est en position d'inégalité, en droit et en fait, en matière de preuve. Il ne peut produire pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur que des documents dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (2).

Bien évidemment, pour apprécier la matérialité des faits reprochés, le juge, tant judiciaire qu'administratif, prend en compte non seulement les éléments fournis par l'employeur mais également les explications du salarié et les éléments que ce dernier peut présenter à l'appui de ses propres allégations.

Le Code du travail dispose que, en matière disciplinaire, lorsqu'un doute subsiste quant à la matérialité des faits, ce doute doit profiter au salarié (dispositions de l'article L. 122-43 reprises à l'article L. 1333-1 du nouveau code).

Votre jurisprudence fait application de ces dispositions dans le contentieux des autorisations de licenciement de salariés protégés (3).

Ces dispositions n'aboutissent pas à inverser la charge de la preuve mais font peser le risque de la preuve sur l'employeur (4).

Précisons que l'employeur ne supporte la charge de la preuve que s'il soutient que la faute commise constitue une faute grave ou lourde privative des indemnités de rupture. Cette solution découle du principe posé par l'article 1315 (al. 2) du Code civil selon lequel celui qui se prétend libéré d'une obligation doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Mais, comme vous le savez, les notions de « *faute d'une gravité suffisante* » et de faute grave ne sont pas équivalentes (5).

Nous en venons à l'examen du raisonnement suivi par la Cour en réponse aux allégations du salarié.

M. A. soutenait d'abord qu'il n'était pas établi qu'il utilisait un mot de passe connu de lui seul pour accéder à internet et que l'auteur des communications litigieuses pouvait être un autre salarié ou un jeune en formation. La

(1) 21 décembre 1994, *Sté Lyonnaise de Banque*, n° 127.898, tables p. 1216.

(2) Cass. soc. 02.12.1998, n° 96-44258, Bull. civ V n° 535 ; Cass. crim., 11.05.2004, 03-80254, Bull. crim. n° 113, Dr. Ouv. 2004 p. 558.

(3) Pour un exemple : 10.05.2002, *Bernardac*, n° 220.907, aux conclusions d'E. Mignon, Dr. Soc. 2002 p. 627.

(4) A. Supiot, « *L'équitable dans la preuve* », Sem. Soc. Lamy n° 410, 24.05.1988.

(5) cf. conclusions de P. Dondoux sur *Safer d'Auvergne*, 05.05.1976, rec. p. 232, Dr. Soc 1976 p. 346, Dr. Ouv. 1976 p. 431.

Cour a répondu que « *cette hypothèse était peu probable* » dès lors que les connexions aux sites pornographiques étaient pour certaines mêlées, sur la même plage horaire, à des connexions à des sites non litigieux.

En outre, le salarié soutenait qu'il ne pouvait être l'auteur de certaines des connexions à l'heure auxquelles elles avaient été effectuées en raison de son emploi du temps personnel ou professionnel.

Il avait ainsi fait valoir que certaines connexions avaient été faites aux heures auxquelles il accompagnait ses enfants à l'école. En réponse, la Cour a répondu que : « *rien n'établissait (...) qu'il avait effectivement conduit ses enfants à l'école* » les jours en cause.

Le salarié soutenait également qu'il ne pouvait être l'auteur de la connexion établie le 3 mars vers 17h00 en raison de sa participation à une réunion organisée à Paris. La Cour a répondu que « *rien n'établit que la réunion* » se soit terminée ce jour là à 17 heures.

Le salarié soutenait aussi qu'il bénéficiait d'un repos compensateur le 26 mars 2004 et ne pouvant donc être l'auteur des connexions effectuées à cette date ; cette argumentation fut écartée par la Cour au motif que « *la seule production de l'agenda ne suffit pas à établir qu'il bénéficiait d'un repos compensateur (...) l'empêchant d'être l'auteur des connexions relevées ce jour* ».

S'agissant des connexions effectuées le 2 mars 2004, la Cour a relevé que « *elles ne sont pas non plus incompatibles avec l'emploi du temps* » du salarié.

La Cour a déduit de l'ensemble de son analyse que « *il ne ressort pas des pièces du dossier que l'une au moins des connexions litigieuses ne peut être imputée* » au salarié.

La démarche suivie par la Cour nous paraît critiquable dès lors qu'à chacune des étapes de son raisonnement elle a fait peser à la fois la charge et le risque de la preuve sur le salarié.

La Cour, nous semble-t-il, a bien mis à la charge du salarié la preuve de son innocence en déduisant qu'il était l'auteur des connexions litigieuses dès lors, par exemple, qu'il n'avait pas établi qu'effectivement il n'était pas absent du service aux dates et aux heures auxquelles les connexions avaient été effectuées. En écartant les allégations du salarié au motif qu'elles n'établissaient pas l'impossibilité d'avoir été l'auteur des connexions, la Cour a implicitement mais nécessairement fait supporter la charge de la preuve au salarié tenu de prouver qu'effectivement il n'était pas présent... aux dates et aux heures auxquelles les connexions avaient été établies. A suivre ainsi la démarche de la Cour, le salarié aurait donc dû prouver qu'il avait réellement accompagné ses enfants à l'école ou réellement bénéficié d'un repos compensateur. Sur cette dernière allégation, il nous paraît significatif de relever que la Cour n'a pas fait état de la réponse de l'employeur qui devait être en mesure d'indiquer si le salarié était bien en repos.

**Mais la Cour a également fait supporter au salarié le risque de la preuve** en déduisant que ce dernier était bien l'auteur des connexions de la circonstance que les pièces du dossier n'établissaient pas qu'il ne pouvait pas en être l'auteur. Ainsi, comme il a été indiqué, la Cour avait relevé, par exemple que les connexions n'étaient pas incompatibles avec son emploi du temps.

En outre, comme il a été relevé, la Cour s'est bornée à affirmer le caractère peu probable de l'hypothèse selon laquelle d'autres utilisateurs auraient pu être les auteurs des connexions. Or, sur cette question déterminante pour apprécier le bien-fondé des griefs faits au salarié, la Cour ne pouvait se cantonner à une telle appréciation et devait, si elle entendait retenir la responsabilité de M. A, rejeter l'argument invoqué.

Par ailleurs, si une double négation équivaut à une affirmation, on ne peut affirmer, en matière disciplinaire, que le salarié est l'auteur des faits en cause dès lors qu'aucune des pièces du dossier n'établit... qu'il ne l'est pas.

A chacune des étapes de la recherche de la vérité, le juge du fond doit confronter les éléments avancés par l'employeur et les allégations du salarié pour en déduire de manière positive si l'imputabilité des faits en cause au salarié est établie. Le juge du fond doit apprécier, à l'issue de cette confrontation, si un doute subsiste ou non. Cette appréciation doit être objective.

En l'espèce, les vérifications opérées par le juge du fond conduisant à admettre l'existence d'un doute dès lors que la preuve positive de l'imputabilité des connexions au salarié n'était pas établie.

Le juge du fond ne peut « lever » ce doute en mettant *de facto* à la charge du salarié de rapporter qu'il n'est pas l'auteur des faits en cause et en se fondant sur un raisonnement quasiment hypothétique consistant à admettre l'imputabilité des faits au salarié aux motifs, d'une part, que l'argument selon lequel d'autres personnes auraient pu être les auteurs des connexions avait un caractère peu probable et, d'autre part, qu'il n'était pas établi qu'il n'aurait pas pu être l'auteur des connexions.

Si vous nous suivez, il conviendra de censurer l'arrêt de la Cour.

Précisons que l'appréciation de la matérialité des faits est déterminée par l'existence ou non d'un « *mot de passe* » associé au « profil » attribué au salarié pour utiliser l'ordinateur mis à la disposition des salariés par l'employeur.

Sur cette question, un doute subsiste. Des mesures d'investigation sur ce point sont nécessaires et, pour cette raison, vous n'êtes pas en mesure de régler l'affaire au fond.

Soulignons que, par un arrêt récent du 9 juillet 2008, la Chambre sociale a jugé que : « *les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* » (6).

En outre, la Chambre sociale a jugé que l'employeur peut demander au juge judiciaire une ordonnance autorisant, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, un huissier de justice à prendre connaissance des données contenues dans un ordinateur (7).

Si vous ne nous suiviez pas, vous devriez répondre aux autres moyens invoqués qui ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de l'arrêt de la Cour.

L'arrêt de la Cour n'est pas entaché de contradictions de motifs.

Contrairement à ce qu'affirme le requérant, la seule utilisation du mot de passe de M. A pour effectuer les connexions ne conférerait pas à toutes ces connexions le caractère de communications personnelles. Au demeurant, comme il vient d'être précisé les connexions effectuées pendant le temps de travail à partir d'un ordinateur mis à disposition du salarié sont présumées avoir un caractère professionnel. En outre, le secret de correspondances ne s'applique qu'aux messages personnels émis par le salarié et reçus par lui (8). Au demeurant, faute de connaître le mot de passe du salarié, la société diligentée par l'employeur pour procéder à des investigations n'a pas eu accès à la messagerie personnelle du salarié.

Le moyen tiré de la dénaturation ne peut être retenu.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la Cour administrative d'appel de Paris, que soit mise à la charge de l'association nationale de réadaptation sociale la somme de 3 000 euros demandée par M. A au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative, au rejet des conclusions présentées au même titre par l'association nationale de réadaptation sociale.

**Yves Struillou**

(6) n°06-45.800.

(7) Cass. soc. 23.05.2007, n° 05-17.818, *Bull. civ. V* n° 84 ; 10.06.2008, n° 06-19.229, *Bull. civ. V* n° 129.

(8) Cass. soc. 02.10.2001, *Sté Nikon France*, n° 99-42942, *Bull. civ. V* n° 291, *Dr. Ouv.* 2002 p. 76.