



## Textes législatifs et réglementaires

### ► *Risque ionisant*

Les décrets n°2018-437 et n°2018-438 du 4 juin 2018, relatifs à la protection des travailleurs contre les risques dus aux rayonnements ionisants, sont parus au *JO* du 5 juin.

### ► *Allocation temporaire d'attente (ATA), allocation de solidarité spécifique (ASS) et allocation équivalent retraite (AER)*

Le décret n°2018-446 du 5 juin 2018, revalorisant l'allocation temporaire d'attente, l'allocation de solidarité spécifique et l'allocation équivalent retraite, est paru au *JO* du 6 juin.

## Jurisprudence

### ► *PSE : reclassement et compétence du juge administratif*

Lorsqu'un accord de branche, ou toutes autres stipulations conventionnelles applicables, prévoient des obligations en matière de reclassement externe qui s'imposent à l'employeur au stade de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'administration doit s'assurer de la conformité du plan à ces stipulations du contenu, notamment de ses mesures fixées au titre du 3 de l'article L 1233-62 du code du travail (CE, 13-4-18, n°404090).

### ► *Respect de la vie privée et obligation de fournir certains renseignements*

Une clause qui impose au salarié de déclarer à son employeur toute modification de son état civil, de sa situation familiale ou de son domicile, n'est pas illicite dès lors que ces éléments d'informations sont nécessaires à l'employeur pour pouvoir remplir le salarié de ses droits (Cass. soc., 3-5-18, n°17-11048).

### ► *Manquement à l'obligation de formation et preuve du préjudice*

Le salarié qui se prévaut du non-respect par l'employeur de son obligation de formation doit justifier d'un préjudice pour le non-respect de cette obligation.

L'indemnisation n'est donc plus automatique; le salarié doit démontrer le préjudice qu'il subit, notamment en matière d'évolution de carrière, malgré l'absence de formation durant plus d'une dizaine d'années (Cass. soc., 3-5-18, n°16-26796).

### ► *Affiliation obligatoire à un régime de retraite complémentaire*

L'obligation d'affilier les salariés à un régime de retraite complémentaire incombe à l'employeur.

Une cour d'appel ne peut donc mettre à la charge du salarié une telle obligation en le déboutant de sa demande de dommages et intérêts.

Ce droit à dommages et intérêts est ouvert quelle que soit la fonction du salarié dans l'entreprise.

Le fait qu'il soit chef comptable, et donc responsable des déclarations fiscales et sociales, ne doit pas entrer en ligne de compte (Cass. soc., 16-5-18, n°16-27318).

### ► *CHSCT et règlement intérieur*

Aux termes de l'article L 4614-9 du code du travail, alors applicable, le CHSCT reçoit de l'employeur les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions. Il en résulte qu'il n'est pas fondé à décider unilatéralement de l'octroi de moyens supplémentaires.

Ainsi, l'employeur n'a pas l'obligation de prendre à sa charge les honoraires du cabinet d'avocat auquel le CHSCT souhaiterait recourir pour l'assister dans la rédaction de son règlement intérieur (Cass. soc., 25-5-18, n°16-27536).

### ► *Egalité de traitement et protocole de fin de conflit*

La Cour de cassation applique sa jurisprudence sur l'égalité de traitement à un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif.

Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'un protocole de fin de conflit négocié et signé conformément aux règles de validité d'un accord collectif, sont présumées justifiées.

Ainsi, il revient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Cass. soc., 30-5-18, n°17-12782).



### ► *Différence de traitement cadres/non cadres et droit d'opposition*

Selon l'article L 2231-9 du code du travail, dans sa version applicable en la cause, les accords frappés d'opposition majoritaire sont réputés non écrits. Il en résulte, en l'espèce, que l'avenant n°2 applicable aux salariés non cadres, qui avait modifié les heures d'accès à l'entreprise, les plages de présence obligatoire et le nombre de jours d'autorisation d'absence, ne pouvant être maintenu en vigueur par l'employeur pour cette catégorie de salariés, la différence de traitement par rapport aux cadres, qui bénéficiaient des mêmes dispositions par un accord distinct, se trouvait justifiée par un élément objectif et pertinent. Autrement dit, l'inapplicabilité d'un accord réservé aux non-cadres frappé d'opposition justifie une différence de traitement avec les cadres qui eux sont couverts par un accord distinct (Cass. soc., 30-5-18, n°16-16484).

### ► *Conséquences de l'annulation d'une rupture conventionnelle*

Lorsque la rupture conventionnelle est annulée par le juge, notamment pour vice du consentement ou lorsque les garanties prévues par la loi n'ont pas été respectées, la rupture du contrat produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans ce cas, l'employeur peut demander la restitution

des sommes versées dans le cadre de la rupture conventionnelle (Cass. soc., 30-5-18, n°16-15273).

### ► *Temps de déplacement des salariés itinérants*

Dans un arrêt du 30 mai 2018, la Cour de cassation, faisant une application stricte de l'article L 3121-4 du code du travail, considère que le temps de déplacement professionnel des salariés itinérants entre leur domicile et le site du premier et dernier client ne peut être assimilé à du temps de travail effectif (Cass. soc., 30-5-18, n°16-20634).

FO avait déjà anticipé cette interprétation de la Cour de cassation (la Cour de cassation ne pouvant faire une interprétation *contra legem* du droit interne) et avait directement saisi le tribunal administratif (TA) de Paris pour faire condamner la France pour non transposition de la directive temps de travail sur la question des salariés itinérants (CJUE, 10-9-15, aff. C-266/14).

L'affaire devant le TA de Paris est en cours d'instruction. Nous n'hésiterons pas à vous tenir informés de l'issue de cette action, le moment venu. En tout état de cause, la question de la rémunération de ces temps n'est garantie ni par le droit national, ni par le droit européen. Le droit européen ne vise que les questions relatives au respect des durées maximales de travail quotidiennes et hebdomadaires.

## FOCUS

### *Dans quelles conditions un employeur peut-il avoir accès aux courriers, mails, fichiers et documents détenus par le salarié ?*

#### **L'accès aux courriers et aux emails :**

- Lorsque le mail est identifié comme privé ou personnel, l'employeur ne peut y avoir accès (Cass. soc., 2-10-01, n°99-42942 ; Cass. soc., 12-10-04, n°02-40392). Il ne peut produire en justice des informations dont il a eu connaissance en ouvrant un courriel identifié comme personnel ou révélant son caractère personnel (Cass. soc., 18-10-11, n°10-25706 : l'employeur ne peut produire en justice le contenu d'une correspondance amoureuse d'ordre privé pour attester de la volonté du salarié de démissionner).

S'il le fait, le salarié peut prétendre à des dommages et intérêt pour violation de la vie privée. Un chef d'entreprise qui ouvre, de manière intentionnelle, un pli ou un mail portant la mention « *personnel* » se rend même coupable du délit d'atteinte au secret des correspondances et est passible des peines prévues à l'article 226-15 du code pénal (un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende). Toutefois, le chef d'entreprise peut toujours saisir le juge afin qu'il ordonne l'ouverture des messages privés litigieux. Il appartient dans ce cas au juge d'apprécier l'utilité d'une telle mesure, la demande devant être fondée sur un motif légitime (ex : concurrence déloyale) et nécessaire à la protection des droits de la personne qui la sollicite et l'ouverture devant normalement se faire en présence du salarié (Cass. soc., 23-5-07, n°05-17818).

Notons qu'un salarié ne commet pas de faute en utilisant la messagerie professionnelle à des fins personnelles ou en recevant sur son lieu de travail un courrier personnel, même si l'employeur interdit de telles pratiques, dans la mesure où il n'abuse pas de cette liberté fondamentale garantie par l'article 9 du code civil, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et l'article 8 de la CEDH.

A notre sens, l'employeur ne peut interdire totalement, sauf éventuellement un impératif de sécurité, le courrier et les mails personnels dans l'entreprise, sans méconnaître les dispositions de l'article L 1121-1 du code du travail.

L'employeur ne peut avoir accès aux mails issus d'une messagerie personnelle, distincte de la messagerie professionnelle, même si le salarié se sert de son ordinateur professionnel pour envoyer et recevoir ses messages (Cass. soc., 26-1-16, n°14-15360).

- Lorsque le mail ou le courrier ne porte pas de mention particulière, il est présumé professionnel et peut être ouvert en dehors de la présence du salarié (Cass. soc., 15-12-10, n°08-42486 : « *les courriels adressés ou reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme personnels* » ; Cass. soc., 11-7-12, n°11-22972).



Un mail ou un courrier dépourvu de toute mention particulière révélant son caractère strictement personnel ne peut servir de fondement à une sanction disciplinaire (Cass. ch. mixte, 18-5-07, n°05-40803). Le pli ayant révélé son caractère purement personnel, l'employeur est tenu de le mettre, dans les plus brefs délais, à la disposition de son destinataire.

Si le règlement intérieur prévoit des modalités particulières de consultation, comme la présence obligatoire du salarié, l'employeur est tenu de les respecter sous peine de rendre la consultation illégale (Cass. soc., 26-6-12, n°11-15310).

### **L'accès aux fichiers ou documents détenus dans le bureau ou l'ordinateur professionnel :**

- Les fichiers informatiques créés sur un ordinateur professionnel, ou les documents détenus par un salarié dans son bureau, sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels (Cass. soc., 18-10-06, n°04-47400 et n°04-48025 ; Cass. soc., 16-5-07, n°05-43183 ; Cass. soc., 4-7-12, n°11-12330). Si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut toutefois les utiliser pour le sanctionner ou les produire dans une procédure judiciaire si leur contenu relève de la vie privée (Cass. soc., 10-5-12, n°11-11252 ; Cass. soc., 5-7-11, n°10-17284). A noter qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut donc y avoir accès hors la présence du salarié, sauf pour les fichiers clairement identifiés comme personnels (Cass. soc., 12-02-13, n°11-28649).

- Si les dossiers informatiques créés sur l'ordinateur professionnel ou les documents détenus dans le bureau sont identifiés comme personnels, l'employeur ne peut y avoir accès, sauf risque ou évènement particulier, qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé (Cass. soc., 17-5-05, n°0340017.) La Haute juridiction a déjà eu l'occasion d'indiquer que ne constitue pas un risque ou un évènement particulier, la découverte de photos érotiques dans le tiroir du bureau d'un salarié. Egalement, ne constitue pas un risque ou un évènement particulier la réception par l'employeur, dans une entreprise classée Seveso, de lettres anonymes faisant état du contenu de courriels ultra-confidentiels et verrouillés, libellés « *sécurité-sûreté* » (Cass. soc., 17-6-09, n°08-40274).

Même si l'ouverture se fait en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé, on peut penser que la Cour de cassation ne validera un tel contrôle que s'il est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. Attention, la seule dénomination « *mes documents* » donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel (Cass. soc., 10-5-12, n°11-13884). Également, un fichier portant comme dénomination les seules initiales du salarié ou son prénom ne constitue pas un document de nature personnelle (Cass. soc., 21-10-09, n°07-43877). Il est donc recommandé aux salariés d'utiliser expressément la mention « *personnel* » ou « *privé* ».

Le fait de dénommer le disque dur d'un ordinateur « *D:/ données personnelles* » ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Cass. soc., 4-7-12, n°11-12502). Un employeur peut donc ouvrir librement le disque dur d'un ordinateur professionnel, sauf les fichiers identifiés comme personnels.

Dans une décision du 19 juin 2013, la Cour de cassation est venue préciser que des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié (Cass. soc., 19-06-13, n°12-12138). L'employeur qui accède aux documents litigieux sans respecter les règles énoncées ci-dessus ne peut valablement pas les invoquer comme mode de preuve.

### **L'accès aux outils personnels du salarié :**

Dans une décision du 23 mai 2012, la Cour de cassation a reconnu, pour la première fois, qu'un employeur pouvait contrôler les outils personnels d'un salarié (smartphone, tablette...). Dans cette affaire, l'employeur avait accédé à des enregistrements de conversations effectuées à l'aide d'un dictaphone personnel. La Haute juridiction a précisé que l'accès aux outils personnels ne pouvait se faire en l'absence du salarié ou sans qu'il ait été dûment appelé (Cass. soc., 23-5-12, n°10-23521). Contrairement à ce qui est prévu pour l'accès aux fichiers informatiques créés sur l'ordinateur professionnel, elle ne fait aucunement référence à la notion de « *risque ou évènement particulier* » justifiant un contrôle en dehors de la présence du salarié. Il est évident que la Cour de cassation n'admettra un tel contrôle que s'il est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché.

### **Le cas spécifiques des salariés investis de mandats représentatifs :**

Pour les salariés investis de mandats représentatifs, la Cour de cassation a posé un principe fort : l'entreprise doit veiller à ce que les outils informatiques mis à leur disposition préservent la confidentialité qui s'attache à l'exercice de leurs missions légales (Cass. soc., 6-4-04, n°02-40498 : cette décision rendue à propos des autocommutateurs téléphoniques a vocation, par sa formulation générale, à s'appliquer à l'ensemble des nouvelles technologies de l'informatique et des télécommunications. Voir également Cass. soc., 4-4-12, n°10-20845).

Est-ce tout matériel susceptible d'être utilisé par un représentant du personnel qui doit être équipé d'un matériel garantissant la confidentialité ou suffit-il d'équiper le matériel mis à la disposition des IRP dans leur local ? La Cour de cassation semble pencher pour la première solution. Ces salariés peuvent exiger que le courrier et les mails qui leur sont adressés soient couverts par le secret des correspondances. Concernant les fichiers informatiques, l'employeur ne peut pas également, à notre sens, y accéder, même en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé. Dans l'attente d'une position claire de la Cour de cassation, il est conseillé à ces salariés d'identifier comme tels leurs dossiers syndicaux.