



**AEF Dépêche n°554026 - Paris, le 17/01/2017 12:31:00**  
**- Ressources humaines -**

Compte : cfrouin (119549) - 193.248.54.60 - www.aef.info

Toute reproduction ou transmission de cette dépêche est strictement interdite, sauf accord formel d'AEF.

## Santé au travail, harcèlement, liberté d'expression, cyber surveillance : retour sur les arrêts marquants de 2016

Par Marie-Françoise Clavel

**Possibilité d'effectuer des tests de détection de stupéfiants, prise en compte de la position exprimée par un salarié inapte pour rechercher un reclassement, importance des mesures de prévention pour apprécier si l'employeur a satisfait à son obligation de sécurité, protection du lanceur d'alerte, accès aux courriels d'une messagerie personnelle figurant sur l'ordinateur professionnel : voici une sélection des arrêts marquants de 2016 de la Cour de cassation. Déborah David, Cécile Martin et Marie-Claire Pottecher, avocates spécialisées en droit social, commentent pour AEF la portée pratique de ces décisions. Une autre dépêche est consacrée aux arrêts importants rendus en 2016 par la Cour de cassation et le Conseil d'État en matière de licenciement économique, de co-emploi, de négociation collective et de consultation du comité d'entreprise (lire sur AEF).**

### **SANTÉ AU TRAVAIL**

#### **Test de détection de stupéfiants**

L'employeur peut, sous certaines conditions, réaliser lui-même un test salivaire de détection de stupéfiants (Conseil d'État, 5 décembre 2016, n° 394178, lire sur AEF).

Le Conseil d'État considère que la mise en œuvre d'un test salivaire de détection immédiate de produits stupéfiants, qui a pour seul but de révéler, par une lecture instantanée, l'existence d'une consommation récente de drogue, ne revêt pas le caractère d'un examen de biologie médicale. Il n'a donc pas à être réalisé par un biologiste et peut être effectué par l'employeur. N'ayant pas pour objet d'apprecier l'aptitude d'un salarié, il ne requiert pas non plus l'intervention du médecin du travail.



**Pour Marie-Claire Pottecher, avocate associée, Fidere avocats** "cette décision du Conseil d'État qui valide une disposition d'un règlement intérieur instaurant un test salivaire de dépistage de consommation de drogue est à notre connaissance la première à se positionner sur cette possibilité ainsi ouverte directement à l'employeur (sans recourir au médecin du travail)".

Elle souligne "que les dispositions du règlement intérieur en cause encadraient strictement le recours au test salivaire. Tout d'abord, seuls les salariés de cette entreprise de travaux publics affectés à des postes dits 'hypersensibles' pouvaient se voir soumettre à ce test. Ensuite, plusieurs garanties encadraient ce recours mené de manière aléatoire : être pratiqué par un supérieur hiérarchique

ayant reçu une formation appropriée sur la manière d'administrer le test ; information du salarié sur la nécessité de son accord et en cas de refus de l'exposition à une sanction ; possibilité pour le salarié de contester le résultat en sollicitant le recours à l'expertise (à la charge de l'employeur). Sous réserve du respect de ces conditions et d'un résultat positif, le salarié pouvait alors faire l'objet d'une sanction disciplinaire allant jusqu'au licenciement".

**"Cette décision ne doit pas être comprise comme un blanc-seing donné aux entreprises de pouvoir insérer une telle clause dans leur règlement intérieur**, l'arrêt visant les postes pour lesquels l'emprise de la drogue constitue un danger particulièrement élevé pour le salarié et pour les tiers, ce qui à notre sens vise par exemple des activités de manutention, de conduite, de manipulation de produits dangereux", alerte Marie-Claire Pottecher. "L'emploi de l'adverbe 'particulièrement' pour étayer le danger devrait-il conduire par exemple à exclure le personnel en contact avec la clientèle de cette possibilité ? Il paraît raisonnable de le considérer".

## Harcèlement moral

---

### Obligation de sécurité

L'employeur ayant pris toutes les mesures de prévention a satisfait à son obligation de sécurité (Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, lire sur AEF).

La Cour de cassation étend au harcèlement moral sa jurisprudence Air France selon laquelle l'employeur ne méconnaît pas son obligation de sécurité de résultat, lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, s'il justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par le code du travail (Cass. soc. 25 novembre 2015, n°14-24.444, lire sur AEF).



"Cet arrêt marque un revirement important de jurisprudence", précise **Déborah David, avocate associée, Jeantet associés**, "puisque l'employeur poursuivi pour harcèlement moral est désormais en mesure de s'exonérer de sa responsabilité, là où auparavant il était quasiment toujours condamné pour manquement à son obligation de sécurité à l'égard des salariés travaillant au sein de son entreprise".

**Concrètement, cet arrêt devrait inciter les employeurs à mettre en place, en amont des mesures préventives**, telles que l'élaboration d'une politique de prévention contre le harcèlement au travail comprenant des actions de formation et de sensibilisation des managers notamment, des procédures précises de traitement des incidents, la collecte et l'analyse d'indicateurs de prévention des RPS régulièrement discutés avec le CHSCT et le médecin du travail, etc.".

Mais, "les employeurs devront également démontrer qu'ils ont pris des mesures de protection du salarié qui s'estime victime d'un harcèlement moral une fois l'incident survenu, telles que la réalisation immédiate d'une enquête, la prise en charge psychologique du salarié victime et la sanction du ou des harceleurs le cas échéant", souligne l'avocate.

## Reclassement du salarié inapte

---

### Prise en compte de la position du salarié

L'employeur peut tenir compte de la position exprimée par un salarié inapte pour définir le périmètre des recherches de reclassement (Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-18.092 et n° 14-26.398, lire sur AEF).

La Cour de cassation, rompant avec sa jurisprudence, admet que l'employeur puisse tenir compte de la position exprimée par un salarié inapte pour définir le périmètre des recherches de

reclassement. Le refus du salarié d'être reclassé au niveau du groupe ou à l'étranger peut ainsi être retenu pour justifier de l'impossibilité de le reclasser. Ce principe s'applique quelle que soit la taille de l'entreprise et qu'elle appartienne ou non à un groupe.

**Marie-Claire Pottecher, avocate associée, Fidere avocats**, salue "le pragmatisme de ces deux décisions. La Cour de cassation admet ainsi que les efforts de reclassement de l'employeur d'un salarié physiquement inapte doivent être appréciés au regard du 'comportement ou de la position du salarié', prenant ainsi le contre-pied d'une jurisprudence constante. L'avis explicite du salarié comme implicite (son comportement) peut être pris en compte par l'employeur".

"Les termes des attendus peuvent laisser penser que le comportement, la position du salarié impactent le périmètre de recherche d'un point de vue géographique, mais également fonctionnel", estime l'avocate.

**"Si le principe est posé, sa mise en œuvre pratique ne va pas manquer de soulever de nombreuses questions** qui devront être tranchées par les juges du fond : à quel stade de la procédure l'avis du salarié doit-il être sollicité ? (en amont du processus de recherche ? ou une fois les recherches opérées ?). Sous quelle forme la position du salarié peut-elle être sollicitée ? L'usage d'un questionnaire tel que nous pouvons le connaître en matière de licenciement pour motif économique devrait pouvoir être envisagé". Marie-Claire Pottecher recommande de formaliser chacune de ces étapes.

## Droits et libertés individuelles

---

### Protection du lanceur d'alerte

Le licenciement d'un lanceur d'alerte pour avoir dénoncé de bonne foi des faits illicites est nul (Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557, lire sur AEF).

Ce licenciement porte atteinte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail. La chambre sociale "instaure cette immunité non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu'ils sont dénoncés à des tiers", précise la Cour dans la note explicative qui accompagne cet arrêt.

**Marie-Claire Pottecher** rappelle que "la nullité du licenciement ne peut intervenir que si elle est prévue par la loi ou si cette mesure porte atteinte à une liberté fondamentale. En l'espèce, la nullité du licenciement est prononcée au visa de l'article 10 paragraphe 1er de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui protège la liberté d'expression".

**"Avant même la loi Sapin II du 9 décembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a donc opté pour la protection des 'lanceurs d'alerte'"**, indique l'avocate, qui relève que cette loi pose toutefois diverses conditions sur les personnes pouvant actionner l'alerte et la procédure de signalement à suivre.

Par ailleurs, Marie-Claire Pottecher souligne que "la loi Sapin II, entrée en vigueur le 11 décembre 2016, a abrogé diverses dispositions organisant la protection des personnes ayant relaté ou témoigné de bonne foi de faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (notamment article L. 1161-1 du code du travail sur la corruption), mais a maintenu, par exemple, les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail précisant qu'un salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire 'pour avoir relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions'".

### Cyber surveillance du salarié

L'employeur ne peut accéder aux courriels de la messagerie personnelle figurant sur l'ordinateur professionnel (Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, lire sur AEF).

Une cour d'appel peut écarter des débats des messages électroniques figurant sur l'ordinateur professionnel d'une salariée, mais provenant de sa messagerie personnelle distincte de la messagerie professionnelle dont elle dispose pour les besoins de son activité. La production de ces courriels par l'employeur porte en effet atteinte au secret des correspondances.



**Pour Cécile Martin, avocate counsel, Proskauer Rose, LLP,** cet arrêt est l'occasion de rappeler que les employeurs doivent être particulièrement prudents lorsqu'ils souhaitent accéder aux e-mails de messageries professionnelles présents sur l'ordinateur professionnel de leurs salariés et les utiliser à l'encontre de ces derniers. En effet, **il convient, avant toute prise de connaissance d'e-mails, de s'assurer qu'un contrôle individuel des e-mails est légitime** (à savoir qu'ont bien été effectuées au préalable une information des salariés, une consultation des instances représentatives du personnel, et une déclaration du système d'identification poste par poste à la CNIL), **d'identifier leur provenance et de s'assurer que leur objet n'est pas personnel**".

"Dans le doute", il est préférable que "l'employeur effectue une requête auprès d'un juge afin de se voir autoriser à accéder aux e-mails litigieux en présence d'un huissier. Un tel processus est particulièrement conseillé en cas de détection de fuites d'informations provenant du poste de travail d'un salarié afin que l'employeur soit en mesure de se ménager une preuve recevable devant les juridictions civiles", indique l'avocate.

Les arrêts sélectionnées figurent dans le **panorama de jurisprudence 2016** de la Chambre sociale de la Cour de cassation mis en ligne sur le site de la Cour.