

En l'espèce, l'avis du médecin du travail avait été émis la veille du début de l'arrêt de travail et l'employeur s'y était fié, le médecin indiquant vouloir réexaminer le salarié uniquement à l'issue de l'arrêt de travail. Dès lors, la décision peut sembler sévère pour l'employeur.

Il convient toutefois ici de rappeler que l'arrêt commenté vérifie la juste application du droit antérieur et que la réglementation a été modifiée, dans la continuité de la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016, par le décret n° 2016-1908 du 27 décembre 2016 relatif à la modernisation de la médecine du travail. Désormais, l'inaptitude du salarié est encadrée par l'article R. 4624-42 du Code du travail, qui impose notamment la réalisation d'une étude de poste et des conditions de travail, mais qui, surtout, dispose que le second examen médical du salarié n'est réalisé que si le médecin du travail l'estime nécessaire. Il s'ensuit que sous l'empire de la nouvelle réglementation, l'avis du médecin du travail semble être doté d'une plus grande force, de manière à éviter que l'employeur ne soit tenté de suivre l'avis rendu, au détriment des règles protectrices du Code du travail, comme ce fut le cas en l'espèce ; que l'avis d'inaptitude soit rendu à l'issue d'une visite médicale

(...)

### J. Contrôle et contentieux

## Déclaration CNIL et administration de la preuve 303k3

**L'essentiel** Par cet arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2017, la Cour de cassation affine sa jurisprudence sur la recevabilité des modes de preuve issus de traitements automatisés de données à caractère personnel. Elle juge, de façon inédite, que les courriels issus d'une messagerie professionnelle non déclarée à la CNIL peuvent être produits en justice par l'employeur dès lors que cette messagerie ne s'accompagne pas d'un contrôle individuel de l'activité des salariés.

Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 15-23522, Sté Pergam c/ M. X, PB (cassation CA Paris, 24 juin 2015), M. Frouin, prés. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP de Nervo et Poupet, av.

Note par  
**Vincent Roche**  
Avocat au barreau de  
Paris, FIDERE Avocats

Dans le contexte de digitalisation croissante que nous connaissons, la protection des données à caractère personnel continue de donner lieu à

l'adoption de textes modifiant en profondeur les obligations et les pratiques des entreprises. À titre d'exemple, la déclaration CNIL devrait, à compter du 25 mai 2018, être remplacée par un registre détaillant l'ensemble des traitements de données relevant de la responsabilité de l'employeur<sup>(1)</sup>. La présente décision, qui fait suite à un défaut de déclaration CNIL, conserve un intérêt certain

de reprise ou bien après un quelconque examen médical réalisé au cours de la période d'exécution du contrat de travail, l'avis fixe désormais la marche à suivre par l'employeur, à savoir l'organisation d'un second examen médical, mais uniquement s'il apparaît nécessaire aux yeux du médecin du travail.

Rappelons ici que l'arrêt commenté, s'il apparaît sévère pour l'employeur, énonce également qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier le préjudice subi par le salarié en raison de la faute de l'employeur résultant du défaut d'organisation de la seconde visite médicale. La Cour de cassation ayant abandonné la notion de préjudice nécessaire (Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28293), la condamnation de l'employeur n'est dès lors plus automatique et la sentence semble plus douce.

Entre les modifications apportées à la suite de la loi du 8 août 2016 précitée et les atténuations de la jurisprudence sur la preuve et l'indemnisation de certains préjudices, le droit du travail tente de trouver son équilibre entre protection du salarié et sécurisation de l'employeur. Et la santé du salarié n'échappe pas à cette tendance.

puisque le raisonnement sera probablement transposable quel que soit le type de support utilisé.

En l'espèce, un directeur administratif et financier est licencié pour insuffisance professionnelle. Pour démontrer le bien-fondé du licenciement, l'employeur produit des courriels échangés avec le salarié et issus de la messagerie professionnelle de ce dernier, laquelle n'avait pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL. Se posait la question de savoir si ces courriels pouvaient valablement être produits au cours de la procédure judiciaire. Autrement dit : le respect des formalités auprès de la CNIL conditionne-t-il systématiquement la recevabilité de la preuve en matière prud'homale ?

Cette question avait déjà été examinée par la Cour de cassation. Cette dernière, dans un arrêt du 8 octobre 2014, avait jugé que « constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL »<sup>(2)</sup>. La solution était catégorique et assez sévère pour l'employeur qui, dans cette affaire, avait tout de même fini par procéder à ladite déclaration. Mais pour la Cour, une déclaration CNIL effectuée avec retard ne permettait pas de régulariser la situation, ce qui empêchait toute utilisation des données à caractère personnel antérieures à l'accomplissement desdites formalités.

Dans la présente affaire, l'employeur n'avait effectué aucune déclaration du système de messagerie professionnelle. Pourtant, la Cour de cassation décide d'admettre la recevabilité des courriels issus de cette messagerie à

(1) Rêgl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, sur la protection des données, dont la date d'entrée en vigueur est fixée au 25 mai 2018.

(2) Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-14991.

l'encontre du salarié. Cette intéressante évolution jurisprudentielle est issue d'un raisonnement plus nuancé que par le passé :

– en l'espèce, le système de messagerie professionnelle ne s'accompagnait pas d'un contrôle individuel de l'activité des salariés et aurait pu faire l'objet d'une déclaration simplifiée (contrairement aux faits à l'origine de l'arrêt du 8 octobre 2014) ;

– un tel système n'était donc pas susceptible de porter atteinte à la vie privée et aux libertés du salarié ;

– le salarié auteur des courriels ne pouvait par ailleurs ignorer qu'ils étaient enregistrés et conservés par le système informatique.

Ces éléments, tous mentionnés dans le riche attendu de la décision, méritent quelques développements.

**Absence de contrôle individuel.** Rappelons d'abord que la mise en place d'une messagerie professionnelle doit être précédée d'une déclaration auprès de la CNIL. Lorsque le système utilisé s'accompagne d'un contrôle individuel de l'activité des salariés, il doit faire l'objet d'une déclaration normale. Dans le cas contraire, l'employeur peut se contenter d'une déclaration simplifiée<sup>(3)</sup> ; il peut également préférer une déclaration normale dans cette hypothèse, car celle-ci lui permettra d'élargir par la suite l'utilisation qui est faite du système de messagerie<sup>(4)</sup>.

En l'occurrence, l'employeur n'avait accompli aucune de ces formalités. Au-delà des difficultés probatoires qu'elle peut susciter, une telle négligence est passible de sanctions pénales : amende pouvant atteindre 300 000 € et peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans (C. pén., art. 226-16 et C. pén., art. 226-16-1-A). En revanche, la preuve issue de ce système de messagerie non déclaré n'est pas systématiquement irrecevable. La Cour de cassation choisit justement de distinguer selon que la messagerie professionnelle a, ou non, vocation à contrôler l'activité des salariés. Dans le premier cas, l'atteinte à la vie privée du salarié est caractérisée et le courriel est déclaré irrecevable. Dans le second, le droit au respect de la vie privée du salarié est préservé et le courriel est recevable.

La chambre sociale avait déjà commencé à se fonder sur cette distinction<sup>(5)</sup>. La solution, pragmatique, pose une question essentielle : à partir de quand doit-on considérer que le système de messagerie s'accompagne d'un « contrôle de l'activité des salariés » ? En l'espèce, les courriels issus de la messagerie non déclarée ont tout de même permis de justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié, dont le travail a donc bien fait l'objet d'un « contrôle » qualitatif. Tout semble en réalité être une question de moment : dès lors que le dispositif n'a pas pour finalité, dès l'origine, de contrôler l'activité des salariés, et qu'il ne donne pas lieu de façon systéma-

tique ou régulière à un tel contrôle, alors la déclaration est simplifiée et la preuve est recevable, même en l'absence de déclaration. À l'inverse, si l'employeur met en place un logiciel d'analyse du contenu des messages électroniques entrants ou sortants, alors il doit effectuer une déclaration normale<sup>(6)</sup>, à défaut de quoi les courriels seront irrecevables.

**Liberté(s) et loyauté de la preuve.** La Cour de cassation se fonde également sur les principes applicables dans le domaine probatoire. Car si la preuve est libre en matière prud'homale<sup>(7)</sup>, c'est à la condition qu'elle soit obtenue de façon loyale et qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits et libertés du salarié<sup>(8)</sup>.

Sur ce dernier point, la Cour de cassation considère qu'en l'absence de contrôle individuel de l'activité, le droit au respect de la vie privée du salarié est nécessairement préservé. Plusieurs auteurs relèvent que ces deux éléments ne sont pourtant pas indissociables<sup>(9)</sup> : si l'on peut facilement admettre l'absence d'atteinte à la vie privée lorsque l'employeur produit directement les courriels échangés avec son salarié, le fait de s'introduire dans le système informatique puis d'en extraire l'ensemble des courriels échangés par le salarié, avec son employeur mais également avec ses collègues, peut davantage prêter à discussion<sup>(10)</sup>. Il reste que la présente décision est conforme à toutes celles rendues en matière de secret des correspondances. Ainsi, de la même façon que l'employeur peut ouvrir les courriels de son salarié dès lors qu'ils ne sont pas identifiés comme personnels<sup>(11)</sup>, il peut extraire du système informatique les courriels envoyés et reçus par son salarié. En revanche, il ne pourra pas utiliser ces courriels dans le cadre d'une procédure judiciaire s'ils s'avèrent ressortir de la sphère privée<sup>(12)</sup>.

La chambre sociale relève enfin que le salarié ne pouvait ignorer que ses courriels étaient stockés dans le système informatique de l'entreprise. L'affirmation est connue<sup>(13)</sup> et tend à démontrer la loyauté de la preuve ainsi obtenue en l'absence de tout procédé clandestin. Le salarié pourra difficilement nier ce point dès lors qu'il utilise lui-même le système de messagerie professionnelle mis à sa disposition par l'employeur.

(3) Norme simplifiée n° 46 : Délibération CNIL n° 2005-002, 13 janv. 2005.

(4) Champeaux F., « Messagerie professionnelle et déclaration simplifiée : le message brouillé de la Cour de cassation », entretien avec Mole A., SSL, n° 1775, p. 10 et s.

(5) En matière de badgeage : v. Cass. soc., 8 nov. 2016, n° 15-20540.

(6) CNIL, Fiche pratique, Le contrôle de l'utilisation d'internet et de la messagerie électronique, 1<sup>er</sup> déc. 2015.

(7) Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44666.

(8) Tournaux S., « Le régime probatoire favorable à l'employeur en cas de déclaration simplifiée à la CNIL », Lexbase Hebdo 15 juin 2017, n° 702, éd. soc.

(9) Mole A., « Messagerie professionnelle et déclaration simplifiée : le message brouillé de la Cour de cassation », art. préc. ; Tournaux S., « Le régime probatoire favorable à l'employeur en cas de déclaration simplifiée à la CNIL », art. préc.

(10) Peyronnet M., « Preuve : courriels issus d'une messagerie professionnelle non déclarée à la CNIL », Dalloz actualité, 16 juin 2017.

(11) Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42486.

(12) Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-25706.

(13) Pour des SMS : Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43209 ; des messages vocaux : Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-23738.