

## LETTRE D'INFORMATION EN DROIT DU TRAVAIL

Octobre 2007

Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique en droit du travail.

Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que les articles de cette lettre d'information ne sont pas exhaustifs et n'ont pas vocation à constituer un avis juridique.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.



**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

31, avenue Hoche  
75008 Paris

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00    Téléphone 33 (0)5 62 26 20 79

Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01    Télécopie 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associés.com  
contact@bersay-associés.com

### DANS CE NUMERO :

Accès de l'employeur aux correspondances personnelles du salarié .....1

Gare aux démissions données « pour convenances personnelles » après ou concomitamment à un différend avec l'employeur.....3

Rémunération variable et fixation conjointe des objectifs : l'employeur doit engager des négociations aux échéances convenues et en conserver la preuve .....4

Mise en cause ou dénonciation d'un accord collectif : maintien de certains avantages au profit des salariés transférés et risques de discrimination salariale vis-à-vis des nouveaux embauchés.....4

LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET.....5

### Accès de l'employeur aux correspondances personnelles du salarié

La Cour de cassation vient de rendre deux arrêts sur la possibilité pour l'employeur de prendre connaissance de la correspondance personnelle des salariés (correspondance postale dans le premier arrêt et électronique dans le second).

Ces arrêts ne remettent pas en cause le principe selon lequel, au nom du respect de la vie privée, l'employeur ne peut pas prendre connaissance de la correspondance privée des salariés, quelle leur soit adressée par voie postale sur leur lieu de travail ou par voie électronique sur leur messagerie professionnelle (*Cass. soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, arrêt Nikon*).

Ils apportent cependant des éléments de réponse aux nombreuses difficultés que cette règle ne manque pas de susciter :

- L'employeur peut ouvrir une correspondance non identifiée comme « *personnelle* » (1),
- comment distinguer un courriel personnel d'un courriel professionnel (2) ?
- L'employeur ne peut se fonder sur le contenu d'une correspondance privée, ouverte par erreur, pour sanctionner le salarié (3),
- L'employeur peut avoir accès au contenu des correspondances personnelles du salarié si le juge l'y autorise (4).

### 1. L'employeur peut ouvrir une correspondance non identifiée comme « *personnelle* »

La correspondance qui n'est pas identifiée comme personnelle par une mention spécifique est présumée avoir un caractère professionnel et peut donc être ouverte et consultée par l'employeur.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt en date du 18 mai 2007, rendu à propos d'une lettre (*Cass. Ch mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, PBRI, Sté Hairomville*). Elle considère que l'employeur ne viole pas le secret des correspondances lorsqu'il ouvre un pli démuné de toute mention relative à son caractère personnel.

En l'espèce, le pli était arrivé sous une enveloppe commerciale avec pour seules mentions le nom du salarié, sa fonction et l'adresse de l'entreprise.

### 2. Comment distinguer un courriel personnel d'un courriel professionnel ?

La solution semble pouvoir être étendue aux messages électroniques avec, toutefois, une difficulté particulière tenant à l'exigence d'une mention relative au caractère personnel du message.

Les réponses apportées par les tribunaux sont rares et divergentes.

La Cour d'appel de Bordeaux a, par exemple, considéré que les messages électroniques du salarié ont un caractère personnel dès lors qu'ils sont envoyés ou reçus depuis son poste informatique, ne sont pas diffusés sur l'ensemble des postes de l'entreprise et portent la mention de son nom (*CA Bordeaux, ch. soc. sect. A, 1<sup>er</sup> juillet 2003, n° 01/01847*).

La Cour d'appel de Toulouse a, quant à elle, retenu une définition moins panoramique : elle a jugé qu'un message, classé dans un dossier intitulé « perso » et dont l'objet faisait référence aux vacances dans une formulation familière, avait nécessairement un caractère privé et confidentiel (*CA Toulouse, ch. soc, 6 février 2003, n° 02/02519*).

### 3. L'employeur ne peut se fonder sur le contenu d'une correspondance privée, ouverte par erreur, pour sanctionner le salarié

Si après avoir ouvert une enveloppe adressée au salarié mais ne portant pas de mention relative à son caractère personnel, l'employeur découvre que son contenu est de nature privée, il ne peut utiliser cette correspondance pour sanctionner le salarié.

Tel est le sens de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 mai 2007.

En l'espèce, le chauffeur du Directeur s'était fait adresser, sous enveloppe commerciale, sur son lieu de travail, une revue de couples échangistes. L'enveloppe avait été ouverte par le service courrier qui avait déposé la revue au standard à l'intention du salarié, au vu et au su de tout le personnel qui s'en était ému. Ce comportement a été jugé inadmissible par l'employeur qui a alors proposé au salarié, à titre de sanction, une rétrogradation. Le salarié, après avoir accepté cette sanction et signé, en ce sens, un avenant à son contrat de travail, a contesté la mesure disciplinaire.

La Cour de cassation, après avoir considéré que l'ouverture, par erreur, du pli non identifié comme personnel était licite, a néanmoins considéré :

- qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas, en lui-même, de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est intervenu,
- que la réception, par le salarié, d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat de travail,
- que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect de la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire.

Si l'employeur ne peut se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner le salarié, il pourrait, semble-t-il, se fonder sur le trouble objectif causé dans l'entreprise pour prononcer un licenciement non disciplinaire.

En pratique, la démonstration de l'existence d'un trouble objectif est une question de fait. Elle reposera sur les fonctions du salarié, la nature particulière de l'activité de l'entreprise, la réaction du personnel, le caractère gênant du fait reproché au salarié, etc., et devra être étayée par des éléments de preuve (attestations, réactions au comité d'entreprise, etc.).

En l'espèce, la Cour d'appel de Nancy, dont l'arrêt a été cassé par la Cour de cassation, avait justifié l'existence du trouble objectif en relevant :

- les plaintes des salariés, qui ont dénoncé la présence de la revue litigieuse à la direction,
- le caractère particulièrement obscène du magazine,
- le trouble réel dans le cadre du service de l'administration, mais également, dans l'enceinte de l'entreprise,
- le retentissement sur la personne même du Directeur dont le salarié était le chauffeur.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question de la reconnaissance du trouble objectif ; elle s'est contentée de censurer le caractère disciplinaire de la mesure prononcée.

Néanmoins, il n'est pas certain que les circonstances relevées par la Cour d'appel auraient permis de caractériser un trouble objectif et de justifier le licenciement du salarié concerné, ce d'autant plus que le service courrier a joué un rôle déterminant dans cette affaire en plaçant volontairement la revue dans un endroit de passage.

#### 4. L'employeur peut avoir accès au contenu des correspondances personnelles du salarié si le juge l'y autorise

Par son arrêt du 23 mai 2007, la Cour de cassation offre aux employeurs la possibilité de se ménager un moyen de preuve licite en les autorisant, lorsqu'ils invoquent un motif légitime, à obtenir, en justice, l'autorisation de consulter la messagerie du salarié, en recourant, le plus souvent, au service d'un huissier ou d'un expert (*Cass. soc. 23 mai 2007, pourvoi n°05-17.818*).

Dans cette affaire, l'employeur soupçonnait son responsable marketing de constituer une société concurrente avec des tiers. Pour être en mesure d'en rapporter la preuve, l'employeur avait besoin d'accéder à sa messagerie professionnelle afin de prendre connaissance de ses courriels personnels.

Conciliant le principe du secret des correspondances et la nécessité, pour l'employeur, de se ménager des moyens de preuve, la Cour de cassation a estimé que « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas, en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

Afin de justifier d'un motif légitime, l'employeur doit démontrer :

- que la preuve des faits sur lesquels porte sa demande d'instruction, est utile à la résolution d'un procès futur,
- et
- qu'il existe un risque de disparition des preuves.

En pratique, les chances de succès seront d'autant plus grandes que la demande sera limitée au strict nécessaire. En l'espèce, l'employeur avait souhaité avoir accès uniquement aux courriels échangés entre deux personnes clairement identifiées, avec lesquelles il soupçonnait le salarié de constituer une

société concurrente. Il ne s'agissait donc pas d'avoir accès à l'ensemble de la messagerie électronique du salarié.

En outre, la consultation des courriels litigieux a été effectuée par un huissier, en présence du salarié.

L'avantage de la procédure fondée sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile (ordonnance sur requête) réside dans son caractère non contradictoire : le salarié concerné n'est averti ni de la saisine du juge ni de sa décision mais, selon nous, il doit être invité à assister à l'ouverture de ses courriels. L'effet de surprise est indispensable au succès de la mesure d'expertise sollicitée. A défaut, le salarié aurait la possibilité d'effacer toute trace des preuves compromettantes sur sa messagerie.

## Gare aux démissions données « pour convenances personnelles » après ou concomitamment à un différend avec l'employeur

Jusqu'à présent, les tribunaux considéraient que la démission motivée par des fautes patronales devait s'analyser en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail du fait du comportement de l'employeur.

Par quatre arrêts en date du 9 mai 2007, la Cour de cassation étend cette qualification à la démission donnée « pour des convenances personnelles » lorsque des « circonstances antérieures ou contemporaines » de celle-ci la rendent équivoque :

*« Mais attendu que la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice de consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient »* (*Cass. soc., 9 mai 2007, pourvois n° 05-40.315, 05-41.324, 05-40.518, 05-42.301*).

La Cour de cassation précise, dans les arrêts précités, la notion de « circonstances antérieures ou contemporaines » :

⇒ Dans les deux premières espèces, la Cour de cassation décide que le salarié qui indique, dans sa lettre de démission, que son employeur lui devait diverses sommes au titre du repos compensateur, d'heures supplémentaires ou d'heures de trajet, prend en réalité acte de la rupture aux torts de son employeur (*arrêts préc., pourvois n° 05-40.315, n° 05-41.324*).

⇒ Dans la troisième espèce, la Cour de cassation juge que le salarié qui, dans la semaine qui suit sa démission, envoie une

lettre à son employeur afin de lui faire part de ses protestations concernant la modification unilatérale de sa rémunération, prend également acte de la rupture aux torts de celui-ci (*arrêt préc., pourvoi n° 05-40.518*).

⇒ Toutefois, dans la dernière espèce, la Cour de cassation admet que le salarié qui démissionne par remise d'une lettre ne comportant aucune réserve, puis qui conteste, plusieurs mois après sa démission, les conditions de la rupture de son contrat de travail, ne justifie d'aucun litige antérieur ou contemporain avec son employeur et a donc exprimé une volonté claire et non équivoque de démissionner (*arrêt préc., pourvoi n° 05-42.301*).

De même, dans un arrêt en date du 20 juin 2007, la Cour de cassation juge que le salarié dont la lettre de démission ne comporte aucune réserve et qui n'a contesté les conditions de sa rupture et réclamé des rappels de salaires que près de deux mois plus tard, a manifesté une intention non équivoque de démissionner (*Cass. soc., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-42.372*).

Plus récemment, la Cour de cassation a jugé que le salarié qui conteste sa démission plus de 5 ans après la rupture ne justifie d'aucun litige antérieur ou contemporain avec son employeur de nature à remettre en cause sa volonté claire et non équivoque de démissionner (*Cass. soc., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-40.344*).

## Rémunération variable et fixation conjointe des objectifs : l'employeur doit engager des négociations aux échéances convenues et en conserver la preuve

En présence d'une clause prévoyant une prime dont le versement est subordonné à la réalisation d'objectifs fixés chaque année d'un commun accord, l'employeur doit engager annuellement une négociation et ne peut en aucun cas les fixer unilatéralement. En outre, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de l'existence de ces négociations. Enfin, et à défaut d'avoir négocié les objectifs avec le salarié, l'employeur reste débiteur des primes d'objectifs. Leur montant sera fixé par le juge (*Cass. soc., 4 juillet 2007, pourvoi n° 05-42.616, Sté ADT télésurveillance*). Rappelons que selon une jurisprudence antérieure, le juge doit déterminer le montant de la rémunération variable « en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes » et fixer l'objectif de résultat « par référence aux années antérieures » (*Cass. soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-14140, Sté Ersnt & Young*).

## Mise en cause ou dénonciation d'un accord collectif : maintien de certains avantages au profit des salariés transférés et risques de discrimination salariale vis-à-vis des nouveaux embauchés

La Cour de cassation rappelle qu'un avantage ne peut être maintenu au profit d'une catégorie de salariés que s'il compense un « préjudice spécifique » ou si la loi le prévoit (ex : article L. 132-8 du Code du travail).

- **Inégalité de traitement justifiée par un « préjudice spécifique »**

L'engagement souscrit par le nouvel employeur, sans qu'aucun texte ne l'y contraigne, de maintenir au profit des salariés en poste au jour du changement d'employeur, les avantages collectifs dont ils bénéficiaient, doit être destiné à compenser un préjudice spécifique de la catégorie de salariés visés. A défaut, l'inégalité de traitement entre les salariés en poste au jour du changement d'employeur et les salariés engagés ultérieurement, n'est pas justifiée par des raisons objectives et constitue un trouble manifestement illicite (*Cass. soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-42.128*).

- **Inégalité de traitement justifiée par l'application de la loi**

La Cour de cassation rappelle que la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux. Toutefois, sont licites les différences de traitement résultant, pour les salariés engagés avant la dénonciation, des avantages individuels acquis par ces derniers, en l'absence d'accord de substitution et par effet de la loi. En effet, ces avantages individuels acquis ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice subi par les salariés du fait de la dénonciation de l'accord (*Cass. soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.128*).

## LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

### • FUSIONS ET ACQUISITIONS

Ingénierie de reprise et du montage juridique approprié, audit juridique, opérations de restructuration, *joint ventures*, obtention des autorisations administratives nécessaires, rédaction et négociation des actes (lettres d'intention, conventions de cession, garanties d'actif et de passif, garanties bancaires, pactes d'actionnaires, etc.), opérations de fusion, reprises d'entreprises en difficultés ou dans le cadre d'une procédure collective.

### • CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO

Intervention pour des fonds d'investissement, des sociétés émettrices ou cibles ou des dirigeants, tant en phase d'audit que de conseil et de négociations.

### • DROIT DES SOCIETES

Opérations de « haut de bilan », augmentations de capital, émissions de valeurs mobilières composées (obligations convertibles ou remboursables en actions, bons de souscription d'actions, certificat d'investissements, actions à dividende prioritaire etc.), plans de souscription ou d'achat d'actions (« *stock-options* »), plans de bons de parts de créateur d'entreprises, groupements momentanés d'entreprises, *management fees* et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

### • DROIT BOURSIER

Introduction en bourse, opérations préalables à une introduction en bourse, rédaction de prospectus, secrétariat juridique des sociétés cotées, relations avec les autorités de marchés, contentieux boursier.

### • BANQUE ET FINANCE

Conseil en matière de contrats de prêts, de financement, de garanties et sûretés, de syndication, de réglementation bancaire, de financement d'acquisitions et de financements structurés d'actifs (notamment immobiliers).

### • CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE

Conseil et contentieux en matière de contrat commerciaux notamment de prestations de services, de vente, de distribution, de concession, de franchise, d'agence commerciale, de relations distributeurs/fournisseurs, de conditions générales de vente et d'achat, de partenariats commerciaux, de contrats de fabrication et de sous-traitance, de cession et location-gérance de fonds de commerce, de droit de la consommation, de marchés publics et privés.

### • DROIT SOCIAL

Conseil et contentieux en matière collective et individuelle ainsi qu'en droit de la sécurité sociale et en droit pénal du travail.

### • CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL

L'activité du Cabinet en matière de Contentieux et d'Arbitrage recouvre l'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

### • DROIT IMMOBILIER

Conseil et contentieux en matière de baux commerciaux, audits immobiliers, acquisitions et ventes d'immeubles et de sociétés à prépondérance immobilière, financement d'acquisitions immobilières.

### • PROCEDURES COLLECTIVES

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

### • DROIT DE LA CONCURRENCE (FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE)

Conseil et contentieux en matière d'accords de coopération industrielle et de structuration de réseaux de distribution. Représentation devant les autorités de concurrence et les juridictions en matière de cartels, de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de position dominante et de concurrence déloyale. Contrôle des concentrations (réalisation d'études de faisabilité, constitution de dossiers de notification, négociation avec les autorités de contrôle nationales et communautaire), aides d'Etat.

### • INFORMATIQUE

Développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels ; infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, expertises relatives à l'examen de la conformité des prestations informatiques ; lutte contre le piratage.

### • COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

Domaine réglementaire ; construction de réseaux, colocalisation d'installations, conventions et conditions générales de fournitures de services, conventions d'accès et d'interconnexion ; contentieux judiciaires ou administratifs (contre les décisions de l'autorité de régulation).

### • INTERNET

Création et hébergement de sites, affiliations, partenariats ; audits de sites web ; dépôt et défense de noms de domaine ; places de marchés ; ventes aux enchères sur Internet ; licences ASP.

### • MEDIA

Publicité (protection, exploitation) et marketing ; sponsoring ; réglementation de la radiodiffusion et des services de communication électronique (TV, télévision sur mobile, sur Internet, vidéo à la demande etc.).

### • PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ET VIE PRIVEE

Relations avec la CNIL ; réglementation spécifique aux communications électroniques (services de géolocalisation, conservation des données de trafic etc.) ; atteinte à la vie privée, diffamation.

### • PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, DROITS D'AUTEUR ET DROITS VOISINS

Protection et valorisation des droits d'auteur et droits voisins ; production et coproduction audiovisuelle (cinéma, télévision) et multimédia (jeux vidéos en ligne et off line, cd-roms, etc.) ; réglementation cinématographique ; licences de distribution (télévision, merchandising, distribution vidéo, droits dérivés) ; droits des artistes interprètes, droit du sport ; contentieux de la contrefaçon (saisies en douanes, saisies contrefaçon, procédures devant les juridictions civiles et pénales).

### • PROPRIETE INDUSTRIELLE

Conseil et contentieux en matière de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles ; transferts de technologie et/ou de know-how ; concurrence déloyale et parasitaire.

### UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

### ISO 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche  
75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00  
Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone : 33 (0)5 62 26 20 79  
Télécopie : 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associés.com  
contact@bersay-associés.com