

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 19 décembre 2018

Cassation

M. CATHALA, président

Arrêt n° 1844 FS-P+B

Pourvoi n° E 17-14.631

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications Sud PTT, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 13 janvier 2017 par la cour d'appel de Lyon (chambre sociale C), dans le litige l'opposant à la société Mediapost, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 20 novembre 2018, où étaient présents : M. Cathala, président, Mme Barbé, conseiller référendaire rapporteur, M. Chauvet, conseiller doyen, MM. Maron, Pietton, Mmes Leprieur, Richard, conseillers, Mme Duvallet, M. Le Corre, Mmes Prache, Marguerite, conseillers référendaires, Mme Berriat, avocat général, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Barbé, conseiller référendaire, les observations de Me Le Prado, avocat de la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications Sud PTT, de la SCP Alain Bénabent, avocat de la société Mediapost, l'avis de Mme Berriat, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique, pris en sa sixième branche :

Vu l'article L. 1121-1 du code du travail et l'article 6, 3°, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications Sud PTT (la Fédération) soutenant que la mise en place et l'exploitation du système de géolocalisation Distrio, qui enregistre la localisation des distributeurs toutes les dix secondes au moyen d'un boîtier mobile que les distributeurs portent sur eux lors de leur tournée et qu'ils activent eux-mêmes, était illicite, a assigné à jour fixe la société Médiapost devant le tribunal de grande instance ;

Attendu que pour rejeter la demande de la Fédération, l'arrêt retient que la pointeuse mobile, préconisée par celle-ci, qui enregistre non seulement le temps de distribution effective mais également les éventuelles immobilités des distributeurs, le système auto-déclaratif ou le contrôle par un responsable d'enquêtes n'apparaissent pas adaptés au but recherché ;

Attendu cependant que, selon l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans caractériser que le système de géolocalisation mis en oeuvre par l'employeur était le seul moyen permettant d'assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

Condamne la société Médiapost aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Médiapost et la condamne à payer à la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications Sud PTT la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf décembre deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications Sud PTT.

LE MOYEN reproche à l'arrêt attaqué,

D'AVOIR débouté la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications – Sud PTT de ses demandes,

AUX MOTIFS PROPRES QU'« aux termes de l'article L. 1121-1 du code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » ; qu'aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accompli, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ... ; qu'aux termes de l'article D. 3178-8 du code du travail : « lorsque les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail affiché, la durée du travail de chaque salarié concerné est décomptée selon les modalités suivantes : 1° quotidiennement, par l'enregistrement, selon tout moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail par le relevé du nombre d'heures de travail accompli, 2° chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accompli par chaque salarié » ; qu'aux termes de l'article L. 4121-1 du code du travail : « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° des actions de prévention des risques professionnels ; 2° des actions d'information et de formation ; 3° la mise en place d'une organisation et des moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes » ; qu'aux termes de l'article L. 4121-2 du code du travail : « l'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de gestion de prévention suivants : 1° éviter les risques ; 2° évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ; 3° combattre les risques à la source ; 4° adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des temps de travail et des méthodes de travail et de production en vue notamment de limiter le travail monotone de travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ; 5° tenir compte de l'état d'évolution de la technique ; 6° remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ; 7° planifier la prévention en y intégrant dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions du travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1 ; 8° prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ; 9° donner des instructions appropriées aux travailleurs » ; que le Conseil d'Etat, par décision du 28 mars 2012, a annulé le décret du 8 juillet 2010 instituant une dérogation au

contrôle quotidien et hebdomadaire de la durée du travail prévu à l'article D. 3171-8 du code du travail pour les salariés exerçant une activité de distribution de portage de documents, le temps de travail de ses salariés pouvant faire l'objet d'une quantification préalable selon des modalités établies par convention ou accord collectif de branche ; qu'en l'espèce, la société Mediapost affirme qu'elle a mis en place le système Distrio pour répondre à l'obligation de l'article D. 3171-8 du code du travail et à la jurisprudence constante de la cour de cassation qui juge que la quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur dans le cadre de l'exécution de son métier en fonction des critères associés en référencement horaire du temps de travail prévu par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective nationale de la distribution directe ne saurait, à elle seule, satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail et qu'en cas de litige relatif à l'existence ou nombre d'heures de travail accompli, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; que le syndicat Sud répond qu'il y a une incompatibilité juridique entre la pré-quantification et le comptage à posteriori du temps de travail de distribution tel que prévu par le système Distrio qui est illicite : - en ce qu'il contrevient à l'autonomie d'organisation du salarié, - en ce qu'il n'est pas proportionné au but recherché, - en ce que la fonction SOS est fautive, - en ce qu'il peut avoir un impact néfaste sur la santé morale et physique des distributeurs, - en ce qu'il ne restitue pas les données à l'utilisateur, - en ce que la période dite "période à blanc" n'a pas été déclarée à la CNIL ; que, sur la perte d'autonomie d'organisation des distributeurs, le syndicat Sud soutient que le système Distrio qui géolocalise les salariés toutes les 10 secondes est incompatible avec l'autonomie du salarié ainsi que la cour de cassation l'a décidé dans un arrêt du 3 novembre 2011 (Soc, 3 novembre 2011 n° 10-18036) et peu importe que cette autonomie ne soit pas totale, puisque avec Distrio, les salariés ne sont plus libres d'organiser leurs journées comme ils le souhaitent et que cela entraîne une dégradation significative du climat social ; que la société Mediapost répond que le système Distrio préserve au contraire l'autonomie relative du distributeur ainsi que cela a été acté par le ministère du travail, par la CNIL et par le rapport de Technologia puisqu'il permet au salarié de réaliser sa distribution dans les conditions qui lui paraissent les plus optimales en fonction de ses contraintes et qu'il a la garantie d'obtenir le paiement de toutes ses heures de travail, de prendre ses temps de pose et de repos et de ne pas dépasser ses durées maximales de travail ; qu'à titre liminaire, la cour relève que les distributeurs n'ont qu'une autonomie d'organisation relative, relevant des chefs de secteur, avec des phases de préparation de distribution qui sont pré10 quantifiées, avec une feuille de route, des poignées d'imprimés prédéterminées qui doivent être remises dans toutes les boîtes aux lettres du parcours avec un délai maximal de distribution fixé par le client pour éviter la péremption ; qu'or le salarié ne déclenche le boîtier que par une action volontaire uniquement pendant ses phases de distribution, qu'il peut l'éteindre à tout moment, qu'une fois désactivé, le boîtier ne capte ni n'émet aucun signal et que l'exploitation des données de Distrio est systématiquement différée et transmise à Mediapost au plus tôt le lendemain du jour de distribution et d'enregistrement ; qu'ainsi l'exemple de perte d'autonomie, cité par le rapport Technologia page 65 et repris par le syndicat Sud, concerne les salariés qui ne respectaient pas pour des raisons qui leur sont propres, l'interdiction du travail de nuit ; qu'au vu de ces éléments, force est de constater que le salarié, avec le système Distrio, reste toujours libre d'organiser ses heures de travail comme il le souhaite dans le respect des règles légales et des délais de distribution, et que le système de géolocalisation utilisé uniquement pour la phase de distribution, n'est pas incompatible avec l'autonomie relative du distributeur et ne contrevient pas à la libre organisation de son temps de travail ; que, sur le défaut de proportionnalité au but recherché, le syndicat Sud soutient que le suivi du temps de travail ne peut être qu'une finalité accessoire, qu'il y a d'autres moyens d'y parvenir, notamment par l'utilisation d'auto-déclaration ou de badge pointeuse mobile comme l'a fait le principal concurrent Adrexo, que l'utilisation de Distrio est ciblée uniquement sur une phase de l'activité du distributeur, ce qui permet de contrôler la qualité de la prestation commerciale en ne constituant pas une finalité autorisée par la CNIL et que l'inspection du travail a souligné que l'employeur n'apporte pas la preuve qu'un autre système de contrôle et de gestion du temps de travail des distributeurs est impossible ; que la société Mediapost répond que Distrio est un outil proportionné au regard du but recherché et des intérêts légitimes de l'entreprise, puisqu'il recouvre trois finalités, toutes déclarées à la CNIL, à savoir l'enregistrement et le contrôle du temps de travail du distributeur, le renforcement de la sécurité du distributeur via le dispositif SOS et la mesure du taux de distribution effective afin d'évaluer la qualité de service ; qu'elle rappelle que selon les dispositions de l'article L. 3171-4 et D. 3171-8 du code du travail, la durée du travail des distributeurs doit être décomptée selon tout moyens, ce qui implique un système d'enregistrement mobile du temps de travail et qu'à défaut elle encourt une amende ; que la cour relève que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, c'est aussi à la condition que le dispositif de contrôle soit justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché ; qu'or la société Mediapost a déclaré à la CNIL les trois finalités de Distrio, à savoir : \* enregistrer et contrôler le temps de travail du distributeur, \*

renforcer la sécurité des distributeurs via le dispositif SOS, \* mesurer le taux de distribution effective afin d'évaluer la qualité de service ; qu'ainsi la norme simplifiée numéro 51 de la CNIL, bien que relative à la géolocalisation des véhicules constitue une référence "en miroir" pour la géolocalisation des personnes à savoir, notamment : accomplissement des formalités déclaratives préalables de toutes les finalités du système, durée de conservation limitée dans le temps, confidentialité des données accessibles aux seules personnes habilitées, information des personnes concernées des catégories de données de localisation traitées, de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition ; que Distrio ne donne des données personnelles que sur l'identification du porteur et le trajet strictement professionnel et n'entre donc pas dans le champ de l'interdiction de l'article 8 de la loi de 1978, puisqu'il est déclenché par le salarié lui-même, ce qui permet de satisfaire la preuve de la réalisation du trajet professionnel convenu ; que, par ailleurs avec Distrio, si le temps pré-quantifié est plus important que le temps qui a été réellement travaillé par le distributeur, ce dernier est rémunéré sur la base du temps pré-quantifié, mais à l'inverse, si le temps réellement travaillé dépasse le temps pré-quantifié, le distributeur est alors rémunéré sur la base du temps réellement travaillé, enregistré par Distrio et qu'en conséquence, le syndicat Sud est mal fondé à soutenir que le système Distrio consiste à s'assurer que le salarié exécute sa prestation de travail dans le cadre du temps pré-quantifié et non pas de mesurer le temps de travail du salarié ; qu'en outre, la "pointeuse mobile", préconisée par le syndicat Sud, consiste en un dispositif qui enregistre non seulement le temps de distribution mais également les éventuelles immobilités du distributeur et apparaît insuffisant pour vérifier le temps réellement travaillé ; qu'il en est de même pour le système auto-déclaratif, également préconisé par le syndicat Sud ou pour le contrôle par un responsable ou par enquêtes des destinataires qui n'apparaissent pas mieux adaptés aux spécificités de la distribution directe ; que le syndicat Sud n'établit donc pas que le suivi du temps de travail de la distribution pourrait se faire par un autre moyen plus proportionné ; qu'eu égard à tous ces éléments, la société Mediapost établit que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur ; que, sur la fonction SOS inopérante, le syndicat Sud soutient que la fonction SOS de Distrio est fautive, puisque lorsqu'un distributeur appuie sur la touche SOS, un mail est seulement adressé aux responsables de la plate-forme et au chef d'équipe ainsi qu'aux cadres de productions régionaux, sans que les secours soient avisés directement et que cette fonction n'est opérationnelle que sur des plages horaires réduites ; que la société Mediapost réplique que le système Distrio constitue un outil de prévention efficace, comprenant une touche SOS qui permet d'alerter l'entreprise par un message qui est envoyé sur le Smartphone du responsable de plate-forme du chef d'équipe sur messagerie ; que la cour ne peut que constater que la fonction SOS de Distrio, même si elle est limitée dans le temps et dans ses modalités et reste perfectible, a pour finalité la mise en place d'une prévention des risques au profit du distributeur, qui était inexistante auparavant ; qu'il ne saurait en être inféré une illégalité du dispositif ; que, sur l'impact néfaste sur la santé morale et physique des distributeurs, le syndicat Sud soutient que le boîtier électronique que le salarié doit porter sur lui et qui émet des signaux toutes les 10 secondes provoque des dommages tant sur la santé mentale que sur la santé physique des salariés, que c'est un véritable outil de « flicage » avec le stress que cela engendre et que cela pose un problème sanitaire relatif aux ondes électromagnétiques ; que la société Mediapost réplique que le système Distrio ne nuit ni à la santé ni à la sécurité des distributeurs puisqu'il respecte les normes relatives aux limites d'exposition fixées par la directive européenne 2013/35 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013, que le port de Distrio peut être placé dans une poche, dans la sacoche ou sur le chariot, qu'il a le même champ d'émission qu'un téléphone portable et que c'est un facteur d'amélioration des conditions de travail, ainsi que l'a conclu le rapport de Technologia ; que la cour constate que le système Distrio respecte les normes relatives aux limites d'exposition fixées par la directive européenne 2013/35 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013, qu'il n'est pas démontré qu'il a un champ d'émission autre que le téléphone portable ni que le dispositif puisse avoir un impact néfaste sur la santé mentale des salariés et sur leur santé physique ; que le cabinet Technologia a également confirmé le caractère inoffensif de Distrio qui peut être placé dans la sacoche ou le chariot sans être à proximité de la tête ; que le seul certificat médical du 17 mars 2015, versé au débat concernant Mme Z..., ne permet pas de caractériser un risque particulier de danger physique lié à l'utilisation du boîtier Distrio et les références relatives aux risques des téléphones portables ne le caractérisent pas plus ; que le syndicat Sud ne démontre pas l'illicéité du système Distrio à ce titre ; que, sur le non-respect de la restitution des données à l'utilisateur, le syndicat Sud soutient que le système Distrio ne restitue pas les données aux distributeurs alors que les salariés ont un droit d'information sur leurs données personnelles en application de l'article 6 de la norme simplifiée numéro 51 de la CNIL ; que la société Mediapost fait valoir en réponse que le système prend en compte l'information des distributeurs et le respect de leurs droits d'accès à leurs données personnelles ; que selon l'article 39 alinéa 3 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : une copie du dossier à caractère personnel est délivrée à l'intéressé à sa demande. Le responsable du traitement peut subordonner la délivrance de cette copie au paiement d'une somme qui ne peut excéder

le coût de la reproduction ; qu'or en l'espèce, la notice d'information remise aux distributeurs avec le boîtier Distrio qui l'informe de son droit d'accès, et la notice d'information remise à chaque distributeur qui formule une demande d'accès à ses données personnelles, selon un prix coûtant respectent les prescriptions de l'article 39 susvisé ; qu'il n'est pas démontré que le coût réclamé par clé (3,50 euros en ce qui concerne M. A...) ne répondent pas à cette dernière exigence ; que le droit d'information des distributeurs sur leurs données personnelles est ainsi respecté ; que, sur l'absence de déclaration de la période de test dite "période à blanc", le syndicat Sud soutient que l'absence de déclaration de la période test dite "période à blanc" à la CNIL, rend l'entier dispositif illicite ; que la société Mediapost fait valoir que suite au contrôle de la CNIL elle a entamé les démarches nécessaires à l'ajustement de sa déclaration de la période "à blanc" et qu'en tout état de cause cette irrégularité n'est pas de nature à remettre en cause la validité intrinsèque de Distrio ; que la cour relève qu'une délégation de la CNIL a effectué les 8 avril et 27 mai 2015 un contrôle du dispositif Distrio sur place et n'a retenu aucune objection majeure contre l'application de cet outil, que l'absence de déclaration de la période de test dite « période à blanc », est régularisable et que le contrôle opéré par la CNIL ne fait pas apparaître d'illicéité du dispositif de géolocalisation Distrio au regard des prescriptions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'information; aux fichiers et aux libertés ; qu'au vu de tous ces éléments, la cour estime que c'est par de justes et de pertinents motifs que le premier juge a rejeté l'intégralité des moyens du syndicat Sud tendant à voir déclarer l'illicéité du dispositif de géolocalisation D1STRIO et à voir interdire l'exploitation de ce dispositif sous astreinte ; qu'il convient donc de confirmer sa décision en toutes ses dispositions » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « [...] ; qu'il est soutenu en demande que le dispositif Distrio contrevient à la libre organisation de temps de travail des distributeurs, dont le métier se caractérise par l'autonomie d'organisation ; que l'activité de distributeur consiste à déposer des prospectus publicitaires dans des boîtes aux lettres de particuliers sur un secteur donné, et selon un circuit déterminé ; que cette activité se décompose en plusieurs phases décrites par le cabinet Technologia : "picking", préparation, déplacements, distribution ; qu'ainsi décrite, l'autonomie et la liberté d'organisation sont relatives, et concernent principalement l'organisation des horaires de travail sur la journée, ainsi qu'il résulte de l'avenant n° 39 du 31 janvier 2014 à la Convention collective nationale de la distribution directe du 9 juillet 2004 étendue ; qu'en l'espèce Distrio n'apparaît pas constituer un dispositif de géolocalisation fonctionnant en permanence, en ce qu'il n'est déclenché que par action volontaire du salarié pendant ses phases de travail, et ne contrevient en conséquence pas à l'autonomie et la liberté d'organisation dont bénéficient les distributeurs et qui restent inchangées ; qu'il permet au contraire de suivre le temps réellement passé par la salarié à la distribution, et de mieux garantir la rémunération du temps de travail effectif que la seule pré-quantification, étant précisé que l'employeur est fondé à écarter un système auto déclaratif dépourvu de possibilité de contrôle ; qu'il doit être noté à cet égard que l'exemple de perte d'autonomie cité par le rapport Technologia page 65 concerne les salariés qui ne respectaient pas pour des raisons qui leur sont propres l'interdiction du travail de nuit ; qu'il est soutenu en deuxième lieu le défaut de proportionnalité de Distrio au but recherché qui est le suivi du temps de travail ; qu'il convient de relever toutefois que le système de géolocalisation litigieux n'implique pas une mise sous surveillance permanente des déplacements des salariés, et ne concerne que le suivi du temps de travail sur la base d'une activation volontaire par le salarié du boîtier, exclusif d'un caractère intrusif disproportionné ; que le recours à un outil d'enregistrement mobile du temps de travail permet par ailleurs de prendre en compte au bénéfice du salarié le temps réellement passé dépassant le temps pré-quantifié, et de garantir le respect des durées et amplitudes maximales de travail, des temps de repos, du repos dominical, de l'absence de travail de nuit et des temps de pause ; que le recours à la pré-quantification en cas de "bug" de l'outil d'enregistrement, démontre à contrario la pertinence du dispositif (situation de Mme B...), puisque c'est le dysfonctionnement qui est présenté comme préjudiciable au salarié et non le dispositif lui-même ; qu'eu égard à l'insuffisance de la pré-quantification, et à l'absence de contrôle possible en cas d'auto-déclaration, la possibilité du suivi par un autre moyen n'est pas établie ; que, notamment, le contrôle par un responsable, ou par enquêtes auprès des destinataires, n'apparaissent pas mieux adaptés à l'activité de distribution directe, pas plus qu'un système de badgeuse sans géolocalisation ; que le défaut de proportionnalité au but recherché n'apparaît dès lors pas démontré ; que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications-Sud PTT invoque en troisième lieu la "fausse fonction SOS" de Distrio ; que, toutefois aussi imparfaite soit elle, cette fonction a pour finalité un amélioration de la prévention au profit des distributeurs ; qu'il ne saurait en être inféré une illégalité du dispositif ; que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications-Sud PTT soutient que le dispositif Distrio peut avoir un impact sur la santé mentale des salariés et sur leur santé physique ; que, sur le premier point, il convient de relever que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications- Sud PTT ne caractérise pas de risques psycho-sociaux liés au dispositif, lesquels ne peuvent résulter de la seule existence d'un dispositif de suivi du temps de travail, et ne sont pas corroborés par les pièces versées au

débat, et notamment le rapport d'expertise Technologia ; que sur le deuxième point il n'est pas démontré que Distrio ne satisfasse pas aux normes fixées par les lois n° 2010-788 du 12 juillet 2010 et n° 2015-136 du 9 février 2015, le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 et la directive européenne 2013/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ; que notamment DISTRIO présente un indice DAS inférieur à 2 W/Kg au niveau du tronc et de la tête selon l'annexe technique des boîtiers Distrio produite aux débats ; que le seul certificat médical du 17/03/2015 concernant Mme Z..., en ce qu'il ne contient aucune précision, et en l'absence d'expertise ou d'éléments médicaux circonstanciés spécifiques au dispositif litigieux, ne permet pas de caractériser un risque particulier de danger physique lié à l'utilisation du boîtier Distrio ; que les seules références aux débats relatifs aux risques des téléphones portables ne le caractérise pas plus ; que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications-Sud PTT relève le risque de défaut de restitution des données Distrio aux distributeurs conformément à l'article 6 de la norme simplifiée n° 51 de la CNIL ; que, sur ce point, Mediapost produit aux débats : la notice d'information remise au distributeur avec le boîtier DIS TRIO qui l'informe de son droit d'accès, la notice d'information remise à chaque distributeur qui formule une demande d'accès à ses données personnelles ; qu'elle soutient avoir traité les demandes de droit d'accès dont elle a été saisie, y compris celle de M. A... (courrier en date du 21 août 2015 remis contre décharge), sans que la preuve contraire soit rapportée ; qu'aux termes de l'article 39 alinéa 3 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : une copie des données à caractère personnel est délivrée à l'intéressé à sa demande. Le responsable du traitement peut subordonner la délivrance de cette copie au paiement d'une somme qui ne peut excéder le coût de la reproduction ; qu'il n'est pas démontré que le coût réclamé par clé (3,50 euros en ce qui concerne M. A...) ne réponde pas à cette dernière exigence ; que le syndicat Sud conteste l'absence de déclaration de la période de test dite "période à blanc" ; que toutefois Mediapost a répondu sur ce point à la CNIL par courrier adressé le 11 mars 2015 : "même si nous avons compris qu'il n'était pas nécessaire de réaliser une déclaration d'agissement du traitement des données [...] à des fins d'enregistrement du temps de travail pour la "période à blanc" nous ferons apparaître dans le registre du CIL la finalité d'ajustement du temps repère grâce à la géolocalisation pour les traitements des données recueillies, notamment pendant cette période" ; qu'il y a lieu de relever qu'aux termes du courrier en date du 10 février 2016 la présidente de la CNIL après avoir formulé quelques observations, parmi lesquelles l'absence de déclaration de la période à blanc, conclut "ne doutant pas que vous adopterez les mesures nécessaires sur ces différents points et continuerez de veiller au strict respect de la vie privée et des libertés individuelles, je vous informe de ma décision de clôturer la procédure de contrôle" ; qu'il en résulte que l'irrégularité apparaît relever de celles susceptibles de faire l'objet d'une régularisation et que le contrôle opéré par la CNIL ne fait pas apparaître d'illicéité du dispositif de géolocalisation Distrio en regard des prescriptions de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; que la Fédération Sud des activités postales et des télécommunications-Sud PTT sera en conséquence déboutée de ses demandes tendant à voir déclarer l'illicéité du dispositif de géolocalisation Distrio et interdire l'exploitation de ce dispositif » ;

1°/ALORS, d'une part, QUE, suivant l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; qu'un système de géolocalisation ne peut être utilisé pour assurer le contrôle de la durée du travail qu'à titre accessoire ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt que le dispositif de géolocalisation Distrio est constitué par un boîtier porté sur leur personne par les salariés, et a pour finalités, suivant la déclaration faite par l'employeur à la CNIL, d'enregistrer et contrôler le temps de travail du distributeur, renforcer la sécurité des distributeurs via le dispositif SOS, et mesurer le taux de distribution effective afin d'évaluer la qualité de service et le contrôle du temps de travail ; qu'en décidant cependant que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur, la cour d'appel a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ALORS, d'autre part, QUE, suivant l'article 2 in fine de la délibération de la CNIL n° 2015-165 du 4 juin 2015 (norme simplifiée n° 51), le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen, sous réserve notamment de ne pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail des employés concernés ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt que le dispositif de géolocalisation Distrio est constitué par un boîtier porté sur leur personne par les salariés, et a pour finalités, suivant la déclaration faite par l'employeur à la CNIL, d'enregistrer et contrôler le temps de travail du distributeur, renforcer la sécurité des distributeurs via le dispositif SOS, et mesurer le taux de distribution effective afin d'évaluer la qualité de service le contrôle du temps de travail ; qu'en décidant cependant que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir, la cour d'appel a violé la disposition susvisée ;

3°/ALORS, de troisième part et en toute hypothèse, QUE, suivant l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ; que la cour d'appel a énoncé que les distributeurs n'ont qu'une autonomie d'organisation relative, relevant des chefs de secteur, avec des phases de préparation de distribution qui sont pré-quantifiées, avec une feuille de route, des poignées d'imprimés prédéterminées qui doivent être remises dans toutes les boîtes aux lettres du parcours avec un délai maximal de distribution fixé par le client pour éviter la péremption, que le salarié ne déclenche le boîtier que par une action volontaire uniquement pendant ses phases de distribution, qu'il peut l'éteindre à tout moment, de sorte que le salarié reste toujours libre d'organiser ses heures de travail comme il le souhaite dans le respect des règles légales et des délais de distribution, et que le système de géolocalisation utilisé uniquement pour la phase de distribution, n'est pas incompatible avec l'autonomie relative du distributeur et ne contrevient pas à la libre organisation de son temps de travail ; qu'en décidant cependant que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations d'où il s'inférait que le distributeur dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1 du code du travail ;

4°/ALORS, de quatrième part et en toute hypothèse, QUE, suivant l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ; que, suivant la convention collective nationale de la distribution directe du 9 juillet 2004 étendue la durée du travail des distributeurs est soumise à une quantification préalable (chapitre IV) ; suivant l'article 1er de l'avenant n° 29 du 31 janvier 2014 à ladite convention collective, les distributeurs ont des conditions de travail très spécifiques, les amenant à travailler de manière itinérante en organisant librement leurs horaires de travail sur la journée, même si des temps d'exécution des travaux de distribution et d'acheminement sont définis par la négociation collective ; que la cour d'appel a énoncé que les distributeurs n'ont qu'une autonomie d'organisation relative, relevant des chefs de secteur, avec des phases de préparation de distribution qui sont pré-quantifiées, avec une feuille de route, des poignées d'imprimés prédéterminées qui doivent être remises dans toutes les boîtes aux lettres du parcours avec un délai maximal de distribution fixé par le client pour éviter la péremption ; qu'en se fondant ainsi sur une autonomie d'organisation relative des distributeurs, pour décider que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1 du code du travail, ensemble la convention collective nationale de la distribution directe du 9 juillet 2004 étendue et son avenant n° 29 du 31 janvier 2014 ;

5°/ALORS, de cinquième part et en toute hypothèse, QUE, suivant l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ; que, dans ses écritures d'appel (concl., p. 13 s.), la Fédération Sud PTT, pour établir la liberté des distributeurs dans l'organisation de leur travail, a invoqué les dispositions de la convention collective nationale de la distribution directe du 9 juillet 2004 étendue et de ses avenants, prévoyant une durée de travail pré-quantifiée, les mentions du site internet de l'employeur suivant lesquelles le distributeur est « autonome » et « organise lui-même son travail sur le terrain », les propres termes de la mesure unilatérale du 17 février 2015 prise par l'employeur, suivant lesquels « les distributeurs sont libres d'organiser leurs heures de travail au sein de la journée de travail », le rapport du cabinet Technologia de mai 2014 relatif à la mise en oeuvre du dispositif Distrio, suivant lequel « l'activité de distribution offre une grande autonomie aux distributeurs dans l'organisation de leur travail » et le courrier de l'inspection du travail du « le contrat de travail du salarié lui octroie une grande liberté pour l'organisation de sa distribution » ; que la cour d'appel a énoncé que les distributeurs n'ont qu'une autonomie d'organisation relative, relevant des chefs de secteur, avec des phases de préparation de distribution qui sont pré-quantifiées, avec une feuille de route, des poignées d'imprimés prédéterminées qui doivent être remises dans toutes les boîtes aux lettres du parcours avec un délai maximal de distribution fixé par le

client pour éviter la péremption ; qu'en se fondant ainsi sur une autonomie d'organisation relative des distributeurs, pour décider que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur, sans se prononcer sur les éléments rapportés par la Fédération Sud-PTT établissant le contraire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1121-1 du code du travail ;

6°/ALORS, de sixième part et en toute hypothèse, QUE, suivant l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail ; que, dans ses écritures d'appel (concl., p. 18 s.), la Fédération Sud-PTT a fait valoir que la mise en place d'un système de géolocalisation n'est pas le seul moyen possible pour l'employeur de contrôler le temps de travail de distributeurs ; qu'elle invoquait le courrier de l'inspection du travail : « un enregistrement de leur position géographique toutes les dix secondes n'est absolument pas indispensable pour répondre aux exigences de l'article D. 3171-8 du code du travail » ; qu'elle exposait encore, eu égard aux déficiences du système, que l'employeur utilise « à la carte » le dispositif dans sa fonction suivi du temps de travail, et conserve le calcul du temps de travail des distributeurs par un système de pré-quantification qu'il applique, ce qui démontre qu'il n'a pas besoin de la géolocalisation pour le suivi du temps de travail des distributeurs et que d'autres moyens moins intrusifs dans la vie privée des distributeurs sont possibles ; qu'en statuant comme elle l'a fait, pour décider que le système Distrio est justifié par rapport à la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché par l'employeur, sans se prononcer sur ces chefs de conclusions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1121-1 du code du travail ;

7°/ALORS, de septième part et en toute hypothèse, QUE, dans ses écritures d'appel (concl., p. 23 s.), la Fédération Sud-PTT a invoqué l'impact du dispositif Distrio sur la santé mentale des salariés, compte-tenu du stress généré par la géolocalisation, étant précisé que les faits et gestes des salariés sont désormais entièrement contrôlés et enregistrés au détriment de leur autonomie organisationnelle, et qu'ils sont en permanence sous la menace d'une convocation ou d'une sanction en cas d'écart du temps théorique ; qu'en se prononçant sur l'absence avéré de danger du système de géolocalisation sur la santé physique des salariés, sans répondre à ces chefs de conclusions afférents au stress qu'il entraîne, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

8°/ALORS, enfin et en toute hypothèse, QUE, suivant l'article 6, alinéa 2, de la norme simplifiée n° 51, conformément à l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les employés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en oeuvre du traitement, de l'identité du responsable de traitement ou de son représentant, de la finalité poursuivie par le traitement, des destinataires ou catégories de destinataires des données, de l'existence d'un droit d'accès aux données les concernant, d'un droit de rectification et d'un droit d'opposition pour motif légitime, ainsi que des modalités d'exercice de ces droits tel que prévu par l'article 90 du décret du 20 octobre 2005 ; que, dans ses écritures d'appel, la Fédération Sud-PTT a invoqué le « défaut de restitution des données Distrio aux distributeurs » (concl., p. 21) ; qu'elle exposait que Mme Jacqueline B... avait, dans un courrier du 13 avril 2015, demandé la restitution des données personnelles auprès de son responsable, mais qu'après avoir déposé une plainte auprès de la CNIL le 28 juin 2015, réitéré sa demande le 27 juillet 2015 et redéposé une plainte auprès de la CNIL le 7 août 2015, elle n'a toujours pas de réponse ; qu'elle en concluait que l'employeur s'oppose systématiquement aux demandes de restitution des données ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ces chefs de conclusions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de la disposition susvisée.