



RAPPORT DE Mme RICHARD, CONSEILLER

Arrêt n°1119 du 25 novembre 2020

Pourvoi n° X1719523

Décision attaquée : 16 mars 2017 de la cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

la société Agence France presse

Ce rapport contient une proposition de rejet non spécialement motivé des 1^{er} et 3^{ème} moyen du pourvoi incident de l'AFP qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Compte tenu des questions posées par les 4^{ème} et 5^{ème} branches du second moyen du pourvoi principal , de la consultation de la CNIL par le parquet général et de l'avis complémentaire de ce dernier, il a été décidé d'orienter ce dossier en formation plénière de la chambre.

Le présent rapport complémentaire qui concerne essentiellement les deux dernières branches du second moyen du pourvoi principal a été établi au vu des travaux du SDER relatifs au "Numérique, preuve et vie privée" et au "contrôle de proportionnalité et licéité d'un moyen de preuve".

Le rapport initial n'ayant évoqué que le deuxième moyen du pourvoi incident de l'employeur il convient d'aborder rapidement les 1^{er} et 3^{ème} moyens du pourvoi de l'AFP.

Selon le premier qui fait grief à l'arrêt attaqué de condamner la société Agence France Presse à payer à M. X... les sommes de 293,76 euros et de 291,66 euros au titre du 13e mois, respectivement de l'année 2007 et de l'année 2008, la cour aurait violé l'article 12 de la convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse, selon lequel: « les salaires fixés par avenant à la présente convention correspondent à la somme minimum que chaque salarié doit percevoir pour la durée légale du travail. Après un an de présence dans l'entreprise, les cadres perçoivent en fin d'année un 13e mois, égal aux appointements du mois de décembre et prenant en compte les seuls éléments ayant un caractère de fixité. Pour les salariés percevant leur salaire en partie sous la forme d'un "fixe" et, en partie, sous la forme de "commissions", le 13^{ème} mois est calculé sur la moyenne des 12 derniers mois de l'ensemble de ces rémunérations. Le personnel entré en cours d'année perçoit ce 13e mois au prorata du temps passé dans l'entreprise (...)» et les articles L. 3141-22 du code du travail et 1134 ancien (aujourd'hui 11103) du code civil.

Le moyen est identique à celui présenté par l'AFP dans une série de dossiers déjà jugés le 28 mars 2018, pourvoi n° 16-27.627 notamment, et pour lesquels nous avons rejeté un tel moyen en disant :

“Sur le moyen complémentaire du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement d'une somme au titre du 13e mois alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article 12 de la convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse, « les salaires fixés par avenant à la présente convention correspondent à la somme minimum que chaque salarié doit percevoir pour la durée légale du travail. Après un an de présence dans l'entreprise, les cadres perçoivent en fin d'année un 13e mois, égal aux appointements du mois de décembre et prenant en compte les seuls éléments ayant un caractère de fixité. Pour les salariés percevant leur salaire en partie sous la forme d'un « fixe » et, en partie, sous la forme de « commissions », le 13e mois est calculé sur la moyenne des 12 derniers mois de l'ensemble de ces rémunérations. Le personnel entré en cours d'année perçoit ce 13e mois au prorata du temps passé dans l'entreprise » ; que ces stipulations distinguent clairement la partie fixe des commissions ; que ces dernières désignent exclusivement une rémunération fixée par un pourcentage déterminé sur un élément variable représentant l'apport du salarié à l'entreprise, permettant d'intéresser le salarié, sur son chiffre d'affaires, à la réalisation de sa propre prestation de travail ; que ces commissions ne s'identifient donc pas et n'intègrent pas des primes qui, elles, ne sont pas fondées sur le seul chiffre d'affaires mais sur des performances réalisées ; qu'en jugeant dès lors, pour faire droit à la demande du salarié, qu'il y avait lieu d'intégrer dans le 13e mois les primes qu'il invoquait, la cour a violé l'article 12 susvisé, ensemble les articles L. 3141-22 du code du travail et 1134 ancien du code civil ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 12 de la Convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse du 1er janvier 1996, « après un an de présence dans l'entreprise, les cadres perçoivent en fin d'année un 13e mois égal aux appointements du mois de décembre et prenant en compte les seuls éléments ayant un caractère de fixité ; que pour les salariés percevant leur salaire en partie sous la forme d'un fixe et en partie sous la forme de commission, le mois est calculé sur la moyenne des 12 derniers mois de l'ensemble de ces rémunérations » ;

Et attendu qu'ayant relevé que la prime de suivi de dossiers résultait de l'activité du salarié et que la prime d'objectif rémunérait un travail d'équipe, la cour d'appel, qui en a déduit que ces éléments de rémunération entraient dans le calcul du 13e mois, a fait l'exacte application de la disposition susvisée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé .”

En l'espèce la cour d'appel a jugé que : *“le fait que la prime d'objectif récompense un travail , un objectif d'équipe, ne peut justifier d'exclure cette rémunération variable versée à M. X... du bénéfice de l'article 12 de la convention collective applicable, dans la mesure où il participe par son travail à l'atteinte de cet objectif. Cette rémunération entre donc dans le calcul du 13^{ème} mois.”*

Cette motivation est conforme à notre interprétation de l'article 12 de la convention critiquée par le moyen. Il est donc proposé un rejet non spécialement motivé du premier moyen du pourvoi incident.

Selon le 3^{ème} moyen, la cour d'appel ne devait pas condamner la société Agence France Presse à payer à M. X... les sommes de 352,51 € et de 350 € à titre de rappel d'indemnités de congés payés, avec intérêts au taux légal à compter du 9 juin 2016, respectivement pour les années 2007 et 2008, alors que:

1°) ne peuvent entrer dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés des primes rémunérant indifféremment les périodes de congés et de travail effectif, sauf à faire payer deux fois les mêmes sommes par l'employeur ; que seules peuvent entrer dans cette base les primes liées à l'activité personnelle du salarié, à l'exclusion de celles qui récompensent des résultats globaux, d'un groupe ou de l'entreprise tout entière ; qu'en l'espèce, pour juger que la prime d'objectifs assignés par l'AFP au groupe auquel appartenait M. X... devait être intégrée dans la base de calcul des congés payés de ce dernier, la cour a retenu qu'il avait en partie personnellement participé à l'atteinte de ces objectifs ; que, cependant, l'activité participative de M. X... à l'activité du groupe était nécessairement liée à son appartenance à ce dernier ; qu'il ne s'ensuit pas que les récompenses attachées à l'atteinte d'objectifs assignés au groupe, liées à une performance collective de ce dernier, soient une récompense liée à une activité individuelle de M. X... ; qu'en jugeant le contraire, la cour, qui s'est déterminée par des motifs inopérants, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) seules peuvent entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les primes liées à l'activité personnelle du salarié, à l'exclusion de celles qui récompensent des résultats globaux, d'un groupe ou de l'entreprise tout entière ; qu'en l'espèce, la cour a constaté que la prime litigieuse était « basée sur l'atteinte d'objectifs, prédéfinis par l'AFP, par l'équipe à laquelle est intégré » M. X... ; qu'elle a ainsi explicitement constaté que ces objectifs étaient assignés par l'employeur au groupe, et non pas individuellement à M. X... ; qu'il s'ensuit que la récompense de cette atteinte, constituée par la prime, est elle-même récompense du groupe, récompense collective, et non pas une récompense individuelle, peu important, sous ce rapport, que l'atteinte des objectifs ait supposé, comme tout résultat global, un concours d'efforts communs ; qu'en jugeant dès lors que la prime litigieuse devait entrer l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés de M. X..., la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 3141-22 du code du travail ;

3°)ne peuvent entrer dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés des primes rémunérant indifféremment les périodes de congés et de travail effectif, sauf à

faire payer deux fois les mêmes sommes par l'employeur ; qu'en l'espèce, pour décider d'intégrer la prime litigieuse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, la cour s'est bornée à affirmer qu'elle était « affectée par la prise de congés annuels » ; que cette affirmation, cependant, ne repose elle-même sur rien d'autre que l'indication, inopérante, selon laquelle M. X... a participé à l'activité du groupe ; qu'en se déterminant dès lors comme elle l'a fait, sans avoir retenu aucun élément permettant d'établir que la prise des congés de M. X... aurait effectivement affecté pour lui le paiement de la prime, la cour a violé l'article L. 3141-22 du code du travail.

Comme le rappelle le salarié dans son mémoire en réponse au PI les primes doivent remplir certaines conditions pour être prises en compte dans le calcul de l'indemnité de congés payés :

- les primes doivent être versées en contrepartie du travail et revêtir un caractère de généralité et de constance qui les rend obligatoires pour l'employeur,
- elles ne doivent pas présenter le caractère de remboursements de frais, ni rémunérer un risque exceptionnel ;
- elles ne doivent pas déjà indemniser la période de congé.

C'est donc en examinant la première condition qui exige que les primes rémunèrent un travail effectif et personnel (Soc. 19 mars 2003, pourvoi n° 01-42.140) et la 3^{ème} condition qui exclue de l'assiette de l'indemnité de congés payés les primes ayant le caractère de salaire dont le montant n'est pas affecté par le départ en congés du salarié (Soc. 1er mars 2017, pourvoi n° 15-29.200 ; Soc. 22 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.461) et seules discutées par le moyen que la cour d'appel a jugé conformément à notre jurisprudence que:

“La prime basée sur l'atteinte d'objectifs prédéfinis par l'AFP, par l'équipe à laquelle est intégré le salarié, versée en 2007 et 2008 à M. X... constitue une rémunération variable au moins pour partie liée à l'activité personnelle de ce salarié pendant les mois travaillés et est affectée par la prise de congés annuels. Cette prime doit être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.”

Le moyen qui ne tend qu'à remettre en cause l'application par la cour d'appel de notre jurisprudence quant aux conditions permettant la rémunération de la dite prime n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi.

Sur le moyen principal:

Selon la 4^{ème} branche la cour d'appel aurait violé les articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ensemble les articles L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail, l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale en retenant par un motif inopérant que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituaient un traçage informatique, n'étaient

pas soumis à une déclaration de la CNIL, ni à une information du salarié, dès lors qu'ils n'avaient pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs, alors que les éléments de preuve utilisés par l'employeur avaient été obtenus au moyen d'informations collectées par un système de traitement automatisé des données personnelles comme la collecte des adresses IP, permettant d'identifier indirectement une personne physique ou par le traçage des fichiers de journalisation et que seule la condition de la possible identification d'une personne physique était déterminante.

Selon la 5^{ème} branche prise d'un défaut de base légale au regard des mêmes textes, la cour d'appel aurait dû rechercher si les fichiers de journalisation contenaient des informations individuelles avant de considérer qu'un simple traçage issu des dits fichiers constituait une preuve légale.

Pour établir que le salarié de l'AFP avait utilisé les noms et adresses de clients de la société européenne de données (EDD) pour adresser à cette dernière des demandes de renseignements et qu'en réalité ces requêtes provenaient d'un serveur dont le numéro d'IP était une adresse de l'AFP, en l'occurrence celle de l'ordinateur de M. X..., l'AFP a produit un procès-verbal d'huissier selon lequel, d'après les constatations souveraines de la cour d'appel, le recoupement des informations des fichiers de journalisation extraites de données du gestionnaire centralisé de logs de l'AFP (stockage) sur une certaine plage horaire et de l'adresse IP utilisée pour l'envoi des messages incriminés à EDD avait permis de constater qu'il s'agissait de celle de M. X... (p13 de l'arrêt).

Ce dernier soutenait que si l'existence d'un fichier, en tant que tel, n'implique pas nécessairement une obligation de déclaration auprès de la CNIL, le logiciel qui permet la collecte d'informations individuelles doit, en revanche, obligatoirement faire l'objet d'une déclaration, qu'au cas particulier, il était patent qu'un système d'exploitation des données individuelles était associé aux fichiers de journalisation utilisés par l'AFP puisque le constat d'huissier communiqué par l'AFP mentionnait: « Monsieur Z... quitte alors le logiciel Steathl Watch à 9h50 puis ouvre Radar Log Manager », qu'en conséquence, le mode de preuve tiré d'une analyse illicite des données individuelles contenues dans les fichiers de journalisation ne pouvait être valablement opposé au salarié.

L'AFP répliquait que les logs et les adresses IP qui constituent des traçages informatiques n'ont pas à être déclarés à la CNIL lorsqu'ils n'ont pas pour but premier la surveillance des salariés et qu'ils ne font pas l'objet d'un traitement automatisé d'informations nominatives, l'AFP reconnaissant avoir recours à un système de gestion centralisé des logs via le dispositif IBM Qradar. (P23 des cls)

La cour d'appel a jugé que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP qui constituent un traçage informatique que ne pouvait ignorer le salarié compte tenu de ses fonctions, n'étaient pas soumis à une déclaration à la CNIL puisqu'ils n'avaient pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs et que seule la mise en oeuvre inexistante en l'espèce, d'un logiciel d'analyse des différents journaux permettant de

collecter des informations individuelles poste par poste pour contrôler l'activité des utilisateurs était soumise à une telle déclaration.

1/ L'obligation de déclaration à la CNIL:

Il est renvoyé au rapport initial pour le rappel des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 ainsi qu'à l'avis de l'avocat général.

Il sera simplement rappelé que l'adoption du Règlement général de protection des données (RGPD) et l'entrée en vigueur du décret d'application du 1^{er} juin 2019 ont entraîné une modification importante de la loi "informatique et Libertés" et notamment la disparition du régime de déclaration préalable remplacé par des procédures de demandes d'avis à la CNIL.

Interrogée par le parquet général sur la question de savoir si, comme le soutient le moyen, les informations collectées par un système de traitement automatisé comme la collecte des adresses IP, permettant d'identifier indirectement une personne physique ou le traçage de fichiers de journalisation, contiennent des données à caractère personnel dont le traitement implique une déclaration, la CNIL indique en substance dans ses éléments d'analyse en date du 20 novembre 2019 joints au dossier, que le traitement par l'employeur des fichiers de journalisation constitue bien un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 dans la mesure où ces fichiers comportent des informations qui concernent des personnes identifiables, à savoir les activités sur les applications et réseaux informatiques des employés.

Et dans la pièce jointe relative à l'envoi le 27 juillet 2016 d'éléments d'information quant à la qualification de donnée à caractère personnel d'une adresse IP, la CNIL indique que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel, et rappelle qu'en application de l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur des données à caractère personnel, quel que soit le procédé utilisé, ce qui inclut notamment la collecte, la consultation et la conservation de ces mêmes données.

En l'espèce, et pour vérifier les informations données par la société EDD quant à l'utilisation d'une même adresse IP provenant de l'AFP dans les cinq messages reçus prétendument de sociétés clientes, l'employeur a dû examiner les logs de connexion sur son serveur et notamment les fichiers de journalisation à l'aide des informations extraites du gestionnaire centralisé de logs en les recoupant avec l'adresse IP utilisée pour l'envoi des messages à EDD, comme le constate la cour d'appel.

Faut-il dès lors considérer que le "traitement" de ces informations qui permettent notamment d'identifier l'adresse IP utilisée, laquelle est une donnée personnelle, devait faire l'objet d'un procédé de déclaration auprès de la CNIL ou, comme l'a jugé la cour d'appel, qu'à défaut de mise en oeuvre d'un logiciel d'analyse des différents journaux permettant de collecter des informations individuelles poste par poste **pour contrôler l'activité des utilisateurs**, une telle déclaration n'était pas nécessaire?

La consultation de la CNIL, comme les dispositions de la loi de 1978, semblent admettre, indépendamment du but poursuivi que la seule qualification de données à caractère personnel induit normalement une déclaration préalable, normale ou simplifiée, de leur traitement et à tout le moins le recours au correspondant CIL, qui était M. X... en l'espèce, dès lors que ces données font l'objet d'un "traitement" lequel est défini à l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi comme: *"toute opération ou ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction."*

Elle ajoute qu'il suffit que ce traitement permette le contrôle individuel de l'activité des employés.

Et dans une décision récente: Soc 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-11.792, en cours de publication, concernant certes l'information préalable prévue à l'article L. 2323-32 du code du travail, nous avons jugé que dès lors que l'outil de traçabilité d'un établissement bancaire, destiné au contrôle des opérations et procédures internes, permettait également de restituer les consultations effectuées par un employé et avait été utilisé pour vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille, l'employeur aurait dû informer le comité d'entreprise conformément aux dispositions de l'article L. 2323-32 du code du travail puisque cet outil permettait un contrôle de l'activité des salariés.

Sur le premier moyen :

Attendu que la CRCAM du Nord Est fait grief à l'arrêt de dire le licenciement du salarié dépourvu de cause réelle et sérieuse et de la condamner au paiement de diverses sommes, alors, selon le moyen, qu'un établissement de crédit est libre, sans avoir à en informer préalablement le comité d'entreprise, d'utiliser un système informatique destiné à assurer la sécurité des données bancaires et une maîtrise des risques, serait-il doté d'un système de traçabilité, pour vérifier si un salarié a procédé à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que l'employeur était un établissement de crédit tenu de se doter d'un système interne de vérification des opérations et procédures internes, de surveillance et de maîtrise des risques ; qu'en affirmant ensuite que cet « outil » permettait aussi de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé et que dès lors, l'employeur aurait dû informer et consulter le comité d'entreprise avant d'utiliser le dispositif litigieux pour vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille, sans mieux caractériser que le système informatique et sa traçabilité avaient été introduits dans l'entreprise avec pour objectif de contrôler l'activité des salariés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2323-22 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige, ensemble les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile ;

Mais attendu que selon l'article L. 2323-32 du code du travail, antérieur à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en oeuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ;

Et attendu qu'ayant constaté que l'outil de traçabilité GC45, destiné au contrôle des opérations et procédures internes, à la surveillance et la maîtrise des risques, permettait également de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé et était utilisé par l'employeur afin de vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur aurait dû informer et consulter le comité d'entreprise sur

l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, il convenait d'écartier des débats les documents résultant de ce moyen de preuve illicite ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Dans l'hypothèse où nous retiendrions que le procédé de preuve utilisé supposait une déclaration auprès de la CNIL, nous devrions juger, conformément à notre jurisprudence que l'utilisation d'un tel procédé de preuve qui est illicite rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse s'il repose uniquement sur une telle preuve.

2/ La sanction du non-respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978:

En effet selon l'ancien article 6 de la loi du 6 janvier 1978 devenu article 4:

“Les données à caractère personnel doivent être:

1° Traitées de manière licite, loyale et , pour les traitements relevant du titre II, transparente au regard de la personne concernée;”

Et l'article 22 imposait, au moins jusqu'au 25 mai 2018, date à laquelle le Règlement général sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) est entré en vigueur, que les traitements de données personnelles fassent l'objet de procédés de déclaration à la CNIL plus ou moins simplifiés ou d'un signalement au correspondant CIL.

Enfin et en application de l'article 226-16 du code de pénal:

“Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.”

Il nous appartenait donc de contrôler le respect par l'employeur des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 :

-Soc. 28 novembre 2007 n°06-21964 Publié au bulletin :

Vu l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et les articles 1er et 3 de la norme simplifiée no 46 adoptée par la CNIL le 13 janvier 2005, modifiée le 17 novembre 2005 ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, les traitements automatisés de données à caractère personnel font l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, et que, en vertu des seconds, les traitements automatisés relatifs à l'évaluation professionnelle des salariés font l'objet d'une déclaration simplifiée ;

Attendu qu'en faisant interdiction à l'AGME de mettre en application le projet d'entretiens annuels d'évaluation de ses salariés tant que le traitement des données à caractère personnel recueillies au cours de ces entretiens n'aura pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL sans constater que ces données sont destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Et dans le cadre de ce contrôle, de vérifier que le traitement de données mis en place par l'employeur relevait ou non du domaine d'application de la loi de 1978:

- Soc. 8 décembre 2009 n°08-17191 Publié au bulletin :

Vu les articles 6, 32, 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978 informatique et libertés modifiée et les articles 9 et 10 de la délibération portant autorisation unique de traitement automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, no 2005-305 du 8 décembre 2005 ;

Attendu que débouter le syndicat de sa demande d'annulation du code de conduite version 2007, la cour d'appel retient que dès lors que la déclaration du système d'alerte a été faite auprès de la CNIL, la société n'était pas tenue de rappeler dans le paragraphe concerné du code de conduite des affaires les dix articles de la délibération du 8 décembre 2005, et notamment ses articles 9 et 10 concernant l'information de la personne faisant l'objet de l'alerte professionnelle et le respect des droits d'accès et de rectification et qu'il suffisait de rappeler comme l'a fait la société les points principaux de cette délibération ;

Attendu cependant, que les mesures d'information prévues par la loi du 6 janvier 1978 reprises par la décision d'autorisation unique de cette commission pour assurer la protection des droits des personnes concernées doivent être énoncées dans l'acte instituant la procédure d'alerte ;

Qu'en statuant comme elle a fait alors que le dispositif d'alerte professionnelle de la société Dassault systèmes ne prévoyait aucune mesure d'information et de protection des personnes répondant aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 et de la délibération du décembre 2005 portant autorisation unique, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

-Soc. 2 février 2011 n°09-68719:

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 23 juin 2009), que Mme Y..., qui était employée depuis le 15 septembre 1998 en dernier lieu en qualité d'assistante maître d'hôtel par la Société d'exploitation d'activités touristiques (SEAT), a été licenciée le 28 janvier 2008 pour faute grave au motif de détournement d'espèces ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir entre autres le paiement de diverses indemnités au titre de la rupture ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1°/ que, selon les propres constatations de l'arrêt, la lettre de licenciement était fondée uniquement sur un rapport d'audit, lui-même établi sur la base de la carte nominative de la salariée, provenant d'un traitement automatisé de données ; que ce système et son utilisation étaient inopposables aux salariés, faute de déclaration préalable à la CNIL ; qu'en disant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 16 de la loi n° 78-17 de la loi du 6 janvier 1978;

2°/ et que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance des salariés, avec la mention de la personne destinataire et d'un droit d'accès et de rectification ; que la Cour d'appel devait rechercher, comme elle y était invitée, si les salariés avaient été informés conformément à ces principes ; que la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 2322-32 du code du travail;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que le système informatisé d'enregistrement des commandes sur les données duquel s'était fondé l'audit ayant permis de relever les anomalies de caisse reprochées à la salariée avait pour seul objet de prendre les commandes adressées directement en cuisine et d'assurer la facturation ainsi que la gestion des stocks ; que, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inutile, elle en a justement déduit que ce logiciel de gestion comptable, s'il

fonctionnait à l'aide de la carte nominative du personnel de salle, ne constituait pas un traitement de données à caractère personnel soumis à déclaration à la CNIL ; que le moyen n'est pas fondé ;

Plus récemment nous avons jugé en matière de tickets de cantine qui comportaient des indications détaillées relatives aux habitudes alimentaires du salarié que ces tickets ne respectaient pas la norme simplifiée 042 définie par la CNIL et qu'un tel mode de preuve, produit à l'appui d'une demande de rappel de salaire, devait être écarté des débats comme illicite. (Soc 27 mars 2019, pourvoi n° 17-31.715).

A la suite du contrôle ainsi exercé nous jugeons donc qu'est illicite la preuve de la faute à l'origine du licenciement obtenue à l'aide d'un traitement automatisé de données à caractère personnel non déclaré à la CNIL, qu'une telle preuve doit être écartée des débats et que partant le licenciement doit être déclaré sans cause réelle et sérieuse.

Nous avons également prononcé la cassation au visa de l'article 9 du code civil, s'agissant d'un contrôle des correspondances à caractère personnel et notamment des mails du salarié :

-Soc, 8 octobre 2014, n° 13-14.991:

Vu les articles 2 et 22 de la loi dite "informatique et libertés" du 6 janvier 1978 et 9 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme W... a été engagée par la société Crédits finance conseils, devenue la société Finapole, en qualité d'assistante en charge de l'analyse financière des dossiers, à compter du 27 mars 2000 ; qu'ayant été convoquée par lettre du 2 décembre 2009 à un entretien préalable, la salariée a été licenciée pour cause réelle et sérieuse par lettre du 23 décembre 2009, l'employeur lui reprochant une utilisation excessive de la messagerie électronique à des fins personnelles ;

Attendu que pour dire le licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse et rejeter les demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour licenciement vexatoire formées par la salariée, l'arrêt retient que la déclaration tardive à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) le 10 décembre 2009 de la mise en place d'un dispositif de contrôle individuel de l'importance et des flux des messageries électroniques n'a pas pour conséquence de rendre le système illicite ni davantage illicite l'utilisation des éléments obtenus et que le nombre extrêmement élevé de messages électroniques à caractère personnel envoyés et/ou reçus par l'intéressée durant les mois d'octobre et novembre 2009, respectivement 607 et 621, qui ne peut être considéré comme un usage raisonnable dans le cadre des nécessités de la vie courante et quotidienne de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour l'accomplissement de son travail, doit être tenu comme excessif et a eu un impact indéniablement négatif sur l'activité professionnelle déployée par la salariée durant la même période pour le compte de son employeur, celle-ci occupant une part très importante de son temps de travail à des occupations privées ;

Attendu cependant 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 ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en se fondant uniquement sur des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un système de traitement automatisé d'informations personnelles avant qu'il ne soit déclaré à la CNIL, alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

3/ L'illicéité de la preuve obtenue par un procédé portant atteinte à la vie privée:

En effet nous avons dit dans l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001, (pourvoi n° 99-42.942 bull n° 291), que l'employeur ne pouvait sans violer l'intimité de la vie privée de son salarié, prendre connaissance du contenu de ses messages personnels émis et reçus sur son ordinateur professionnel:

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ;

Attendu que pour décider que le licenciement de M. V... était justifié par une faute grave, la cour d'appel a notamment retenu que le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ; qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages émis et reçus par le salarié, que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. V... par la société et comportant un fichier intitulé "personnel" ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés .

Cette position a été réaffirmée notamment dans un arrêt du 12 octobre 2004, (pourvoi n° 02-40392, bull n° 245).

Notre avocate générale nous propose donc de nous interroger sur l'éventuelle possibilité d'exercer ou de faire exercer par les juges du fond un contrôle de proportionnalité qui permettrait, malgré l'illicéité de la preuve résultant du défaut de déclaration à la CNIL, de considérer que l'atteinte à la vie privée qui en résulterait serait justifiée au regard du droit au procès équitable dont dérive le droit à la preuve, reconnus par les articles 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés et par l'article 9 du code de procédure civile.

4/ Le droit à la preuve et l'atteinte à la vie privée:

De nombreuses décisions de la Cour de cassation ont admis le recours au contrôle de proportionnalité lorsque le procédé de preuve utilisé apparaît illicite comme portant atteinte à la vie privée.

Elles ont fait référence à la nécessité de la production litigieuse pour les droits de la défense et à sa proportionnalité au but recherché, voire son caractère indispensable:

-1^{ère} Civ, 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778 bull n° 230:

Sommaire:

"Prive sa décision de base légale au regard des articles 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui rejette la demande en dommages-intérêts d'une partie, soutenant que la production contestée d'une pièce avait porté atteinte à sa vie privée, sans caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoin de la défense et sa proportionnalité au but recherché."

-1^{ère} civ 5 avril 2012, pourvoi n° 11614.177, bull n° 85:

Sommaire:

"Prive sa décision de base légale, la juridiction qui écarte des débats une lettre missive au motif que la production de celle-ci violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des correspondances sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence."

Dans le cadre des preuves apportées par l'employeur à l'appui du licenciement, il s'agirait alors d'une appréciation *in concreto* par les juges du fond de la condition tenant à la fois à l'impossibilité de recourir à un autre mode de preuve, (preuve indispensable) et au rapport direct entre le mode de preuve litigieux et la recherche de la preuve de la faute du salarié par l'employeur, (preuve nécessaire).

Ainsi notre chambre, dans une décision du 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, bull n° 209 a fait application du principe de proportionnalité et admis que :

Extrait du sommaire: *"...Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi..."*

Vu l'article L. 3171-2 du code du travail, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ;

Attendu que pour dire que la preuve d'un trouble manifestement illicite n'est rapportée concernant le repos dominical que dans trois établissements de la société, limiter à une certaine somme le montant de l'astreinte provisoire, débouter le syndicat de ses demandes tendant à la fixation d'une astreinte définitive, à la cessation de l'atteinte au repos dominical des salariés et dire n'y avoir lieu à référé sur la demande de condamnation de la société au paiement d'une provision à valoir sur le préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés, l'arrêt retient, d'abord que la simple consultation prévue par l'article L. 3171-2 du code du travail au bénéfice des délégués du personnel exclut toute appropriation par ces derniers des documents appartenant à la société, par quelque moyen que ce soit, notamment par copie ou photographie, que la consultation des documents de l'entreprise visés par ce texte n'impliquant aucune possibilité de photographie et encore moins de production en justice, les photographies doivent être considérées comme constituant un moyen de preuve illicite non susceptible d'établir la réalité des infractions alléguées, ensuite que les photographies, dans les locaux des établissements, des contrats de travail et avenants ainsi que des bulletins de salaire de salariés, susceptibles de faire apparaître l'existence d'heures de travail le dimanche, ainsi que des lettres de salariés se portant volontaires pour travailler le dimanche, ont été également prises par une déléguée du personnel, sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés à la production de ces documents contenant des données personnelles, que les photographies de ces documents ne constituent donc pas des moyens de preuve admissibles, enfin que le syndicat verse environ deux cent vingt photographies de décomptes des horaires de travail des salariés pour d'autres établissements (Livry-Gargan, Le Blanc-Mesnil, Saint-Denis et Villepinte) prises par Mme U... début 2013 en qualité de délégué du personnel en contravention à l'article L. 3171-2 du code du travail, que ces documents, obtenus et produits de façon illicite, seront écartés pour les mêmes motifs ;

Attendu cependant que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice ; que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail constitue un moyen de preuve licite, d'autre part, qu'elle avait constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions de l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010, ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et la notice explicative de cette décision confirme que la chambre sociale a exercé un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve au regard de la jurisprudence de la CEDH. (CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c. France n° 7508/02, § 40 et CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, n°65097/01, §42).

Dans son arrêt *Barbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017, n° 61496/08, la CEDH rappelle que l'employeur doit avancer des motifs légitimes pour justifier l'accès aux communications de son salarié et que ces modalités doivent être strictement nécessaires à l'objectif poursuivi.

Dans son arrêt du 17 octobre 2019, (*Lopez Ribalda et autres c. Espagne*, n° 1874/13 et 8567/13) où elle valide un procédé de vidéo-surveillance, la CEDH examine l'ampleur de la surveillance et le degré d'intrusion dans la vie privée au regard de l'importance des motifs légitimes de l'employeur qui recherchait les responsables des pertes de produits constatées.

C'est donc à une mise en balance de l'importance de l'atteinte portée à la vie privée du salarié et du caractère nécessaire, voire indispensable de la production litigieuse pour l'exercice du droit à la preuve de l'employeur pour des motifs légitimes que les juges du fond devraient procéder.

Ainsi dans une décision du 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-19.609 nous avons approuvé une cour d'appel qui, procédant à un tel examen a retenu une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée:

Attendu que la société Jesana fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée alors, selon le moyen, que les informations recueillies par l'employeur au moyen d'un téléphone mis à la disposition d'un salarié pour les besoins de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte qu'elles constituent un mode de preuve licite, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles ou portent atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, il était constant que les informations que l'employeur produisait aux débats avaient été recueillies au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié, ce dont il résultait qu'elles étaient présumées professionnelles ; qu'en jugeant, pour les écarter des débats, que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, sans constater qu'elles avaient été identifiées comme personnelles ni faire apparaître en quoi le fait par l'employeur d'y accéder aurait porté une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée au regard du droit de l'employeur d'assurer sa défense dans le cadre de la procédure prud'homale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 et 1315 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le procès-verbal de constat d'huissier établi le 28 mars 2012 à la demande de la société Jesana rapportait des informations extraites du compte facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ; que le moyen n'est pas fondé ;

5/ L'absence de déclaration à la CNIL du traitement de données à caractère personnel est-elle susceptible de porter atteinte à la vie personnelle du salarié ?

C'est en effet au regard du critère du caractère "personnel" des dossiers, fichiers ou correspondances du salarié utilisés par l'employeur comme moyens de preuve que nous admettons l'atteinte à la vie privée du salarié et écartons de telles preuves.

C'est ce que nous avons jugé dans l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 et également dans un arrêt du 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-40.392, bull n° 245:

"Il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 120-2 du Code du travail que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, laquelle implique en particulier le secret des correspondances, en sorte que l'employeur ne peut, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

Encourt par suite la cassation l'arrêt qui décide que la mise à pied d'un salarié était justifiée en raison du fait qu'il avait entretenu une correspondance de nature personnelle pendant son temps de travail en

utilisant la messagerie électronique de l'entreprise, dès lors que l'employeur avait eu connaissance de cette correspondance en consultant l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'entreprise."

- Nous avons cependant jugé que les dossiers et fichiers créés par un salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail étaient présumés avoir un caractère professionnel sauf si le salarié les identifie comme étant personnels.

Ainsi dans une décision du 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, bull n° 308 nous avons jugé que même si un ordinateur professionnel est protégé par un mot de passe et un "login", cette mesure de sécurité ne le transforme pas en ordinateur à usage privé.

Nous avons également jugé le 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, bull n° 226 que le fait qu'un fichier soit intitulé JM, ces initiales correspondant au prénom du salarié, ne permettait pas de retenir qu'il s'agissait d'un fichier identifié comme personnel.

Cette présomption du caractère professionnel résulte notamment du souci de préserver le pouvoir de direction de l'employeur.

- Pour autant ces décisions sont intervenues indépendamment de la question de la déclaration du traitement de données personnelles à la CNIL prévue par la loi du 6 janvier 1978.

Or c'est justement parce qu'il s'agit de données à caractère personnel que leur traitement par l'employeur est soumis à des formalités préalables auprès de la CNIL aux fins de garantir que ce traitement ne porte pas atteinte à la vie personnelle du salarié.

Ainsi, dans une décision du 4 avril 2012, pourvoi n° 10-20.845 bull n° 117, s'agissant d'un salarié assimilé à un salarié protégé dont les communications font l'objet de dispositions particulières au regard de la CNIL, nous avons, au visa notamment de la loi du 6 janvier 1978, écarté la preuve résultant de la consultation des communications téléphoniques d'un salarié depuis le téléphone mobile mis à sa disposition par l'entreprise, les relevés litigieux permettant l'identification des correspondants du salarié.

A contrario, il a été jugé que l'absence de déclaration d'un système de messagerie électronique professionnelle qui n'était pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés au sens de l'article 24 de la loi de 1978, ne rendait pas illicite la production en justice de courriels adressés par l'employeur ou par le salarié (Soc, 1^{er} juin 2017, pourvoi n° 15-23.522, bull n° 99).

Dès lors que l'obligation de déclaration préalable à la CNIL concerne l'encadrement du traitement de données à caractère personnel, l'on pourrait considérer que le non respect d'une telle déclaration est susceptible de porter atteinte à la vie personnelle du salarié puisque l'utilisation par son employeur de données à caractère personnel échappe à l'encadrement voulu par la loi.

-Dans une décision du 13 juin 2018, pourvoi n° 16-25.301, en cours de publication, nous avons jugé que :

Mais attendu, d'abord, qu'ayant constaté que les pilotes avaient été informés préalablement de l'existence de ce traitement automatisé des données à caractère personnel, de sa finalité, des destinataires des données collectées et de leurs droits d'accès, de rectification et de suppression depuis sa date de création, par le biais d'un mémo circularisé sous forme papier adressé les 31 août 2005 et 28 janvier 2013 et disponible de manière constante sur l'intranet qui leur était dédié, et qu'ils pouvaient à tout moment accéder directement à l'événement, lors de sa création et une fois l'événement traité par le "manager", pour y ajouter leurs commentaires, la cour d'appel a pu en déduire que l'application "Main Courante" était conforme à l'exigence de loyauté de la collecte posée par l'article 6 1^o de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ;

Attendu, ensuite, qu'après avoir constaté que l'application "Main Courante" permettait d'assurer un suivi, entre les PNT et leurs "managers", de l'activité journalière et des événements notables liés à l'exploitation de la flotte susceptibles d'avoir un impact en termes d'exploitation de la flotte et de gestion des emplois

du temps, la cour d'appel a relevé que seul l'événement était inscrit dans l'application "Main Courante" et non ses conséquences disciplinaires qui faisaient l'objet d'un traitement distinct par un autre service, le service des ressources humaines n'ayant pas besoin de consulter cette application dès lors qu'il disposait pour l'exercice de son activité d'autres applications dédiées, que l'application "Main Courante" ne comportait aucune donnée portant sur d'éventuelles sanctions et qu'aucun rapprochement entre les données contenues dans l'application "Main Courante" et celles permettant de gérer les dossiers professionnels des pilotes, notamment pour la prise de décisions dans le déroulement de leur carrière, n'était effectué ; qu'elle a pu en déduire, les deux cas d'utilisation de données issues de l'application litigieuse dénoncés par le syndicat comme fautifs n'étant pas à eux seuls suffisants à démontrer l'illicéité de l'application, l'absence de détournement de la finalité déclarée de l'application à des fins de gestion illicite du personnel en violation de l'article 6 2° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ;

Dans cette espèce où il s'agissait d'apprécier l'usage d'une application déclarée à la CNIL mais dont la finalité était prétendue détournée, nous avons statué au regard de l'exigence de loyauté du traitement des informations à caractère personnel.

Dans son avis l'avocat général rappelait que la déclaration à la CNIL permettait de contrôler le respect de la finalité du traitement de données à caractère personnel ainsi déclaré et d'éviter que les dites données soient exploitées à d'autres fins :

“Ces données de traitement automatisées doivent être déclarée auprès de la CNIL.

La déclaration comprend diverses sortes de renseignements concernant notamment les finalités du traitement.

Le choix de ces finalités n'est pas libre. L'information contenue dans cette donnée de traitement automatisé ne pourra pas faire l'objet d'une utilisation qui ne respecterait pas la finalité déclarée.

Ainsi, l'employeur pourra se trouver dans la situation de posséder une information dont l'usage lui sera interdit.”

Il est certain qu'à défaut de déclarer les traitements de données à caractère personnel, l'employeur ne permet pas le contrôle du respect de l'utilisation des dites données, utilisation qui, en échappant à un tel contrôle, pourrait être susceptible de porter atteinte à la vie personnelle du salarié, la chambre retenant également le comportement déloyal de l'employeur dans l'arrêt précité.

6/ L'application du contrôle de proportionnalité est-elle possible lorsque le rejet de la preuve ne résulte pas uniquement de l'atteinte qu'elle porte à la vie privée?

Nous jugeons en effet, indépendamment de la question de l'atteinte portée à la vie privée du salarié, que l'utilisation d'une preuve résultant d'un traitement de données qui aurait dû être déclaré à la CNIL est illicite comme non conforme aux dispositions de la loi de 1978.

Dès lors il convient de s'interroger sur la possibilité de faire usage du contrôle de proportionnalité lorsque la preuve en cause est illicite également pour un autre motif que l'atteinte qu'elle porte à la vie privée.

A) La jurisprudence initiée autour du contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée et le droit à la preuve semble s'être développée dans des hypothèses où la preuve, à l'origine licite, devenait prohibée en raison de l'atteinte que son utilisation portait à la vie privée.

Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-84.822, Bull. Crim. 2015, n° 4:

“Est proportionnée, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'ingérence dans la vie privée constituée par la géolocalisation d'une personne, notamment par son téléphone portable, mise en oeuvre antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 28 mars 2014, sous le contrôle du procureur de la République, dès lors que cette mesure était justifiée par l'importance des infractions en cause et que sa durée n'a pas excédé celle au terme de laquelle le respect des dispositions conventionnelles imposait qu'elle fût exécutée sous le contrôle d'un juge en raison de sa gravité.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour déclarer régulières des géolocalisations, relève que ces mesures, réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire concernant un important trafic international de stupéfiants, n'ont été placées hors du contrôle d'un juge que sur une période très limitée de quelques jours."

Cette décision a en effet été rendue avant que la loi du 28 mars 2014 vienne réglementer la procédure de géolocalisation.

- C'est également parce que l'utilisation du moyen de preuve avait été effectuée dans le cadre d'une autorisation donnée par la loi que le principe de proportionnalité a été évoqué par les chambres civiles.

Ainsi la chambre commerciale a appliqué à plusieurs reprises le principe de proportionnalité au regard de l'atteinte à la vie privée dans le cadre de visites domiciliaire organisées en matière de fraude fiscale:

-Com., 9 juin 2015, pourvoi n° 14-17.039, Bull . 2015, IV, n° 101:

Les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, qui organisent le droit de visite des agents de l'administration des impôts et le recours devant le premier président de la cour d'appel, assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif du déroulement de la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, de sorte que l'atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile qui en résulte est proportionnée au but légitime poursuivi.

Dès lors, ces dispositions, en prévoyant la faculté pour le contribuable de faire appel à un conseil de son choix, sans l'assortir de la suspension des opérations de visite et de saisie, ne contreviennent pas à celles des articles 8 et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

-Com., 21 juin 2016, pourvoi n° 15-10.730, Bull . 2016, IV, n° 91:

"Les dispositions de l'article 64 du code des douanes ne contreviennent pas à celles des articles 8 et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'elles assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude douanière, de sorte que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile est proportionnée au but légitime poursuivi."

-Com., 19 juin 2019, pourvoi n° 18-15.049:

« Et attendu, enfin, que les dispositions de l'article L. 38 du livre des procédures fiscales, qui organisent le droit de visite des agents de l'administration des douanes et le recours devant le premier président de la cour d'appel, assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, de sorte que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile est proportionnée au but légitime poursuivi ; qu'ainsi, elles ne contreviennent pas à celles des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'ayant approuvé le juge des libertés et de la détention, en ce qu'il avait estimé que d'autres moyens de recherche de preuve moins coercitifs que la visite domiciliaire dont pouvait disposer l'administration des douanes étaient insuffisants, le premier président a légalement justifié sa décision ».

B) Mais lorsque la loi interdit l'utilisation du mode de preuve litigieux, la position de la Cour de cassation varie:

Ainsi, en matière de secret professionnel, la 1^{ère} chambre refuse d'appliquer le principe de proportionnalité qui met en cause le secret professionnel du notaire au regard du droit à la preuve:

- Civ., 4 juin 2014, pourvoi n° 12-21.244, Bull . 2014, I, n° 101:

“Le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret.”

Mais en matière de secret bancaire, la chambre commerciale a admis de faire application du principe de proportionnalité alors même que le mode de preuve en cause violait le secret bancaire:

-Com., 4 juillet 2018, pourvoi n° 1710158:

Attendu que, pour écarter des débats les relevés du compte de Mme T... pour la période du 11 janvier 2012 au 28 novembre 2013 produits par la banque et condamner cette dernière à payer à Mme T... la somme de 4 442,60 euros au titre du remboursement des retraits effectués avec sa carte de paiement, l'arrêt retient que la banque, en produisant lesdits relevés quand aucun élément ne lui permettait de lever le secret bancaire, a violé celui-ci ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice par la banque de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale;

-Com., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491 , en cours de publication:

“Prive sa décision de base légale au regard des articles L. 511-33 du code monétaire et financier, 10 du code civil et 9 et 10 du code de procédure civile, la cour d'appel qui, pour refuser la communication aux émetteurs de chèques des informations figurant au verso des dits chèques, leur oppose le secret bancaire, sans rechercher si une telle communication n'était pas indispensable à l'exercice de leurs droits à la preuve, pour établir l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement des chèques, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques.”

Il est aussi admis que le principe de proportionnalité trouve à s'appliquer, même lorsque le mode de preuve est prohibé, en matière de secret professionnel, en raison des nécessités de l'enquête:

-Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-83.970, Bull . crim . 2011, n° 248 :

“Aux termes de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources des journalistes que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.

Justifie sa décision au regard de ce texte, et au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction qui, dans une information suivie du chef de violation du secret professionnel, prononce l'annulation des réquisitions adressées, lors de l'enquête préliminaire, à des opérateurs de téléphonie, pour obtenir l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes, auteurs d'un article rendant compte d'une procédure judiciaire en cours, ainsi que celle des pièces dont elles étaient le support nécessaire, par des motifs qui établissent que cette atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.”

Mais dans un sens contraire:

-Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, Bull . crim . 2014, n° 54:

“Il résulte des dispositions des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 2 de la loi du 29 juillet 1881 que le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public, et qu'il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement à ce

secret que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.

Ne justifie pas sa décision au regard de ces dispositions l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à annulation de la perquisition suivie d'une saisie au domicile d'un journaliste, ni de réquisitions bancaires concernant un compte ouvert au nom de ce dernier, dans une information ouverte des chefs de violation du secret professionnel, complicité et recel à la suite de la divulgation dans la presse de pièces d'une procédure visant à rechercher un détenu évadé, retient que le déroulement de l'enquête a été gravement perturbé du fait de cette divulgation, que l'intérêt public nécessite que les enquêteurs ne commettent aucune violation du secret qui les lie, et qu'une telle violation justifie que toutes les mesures d'investigation utiles soient mises en oeuvre, sans démontrer que les ingérences litigieuses procédaient d'un impératif prépondérant d'intérêt public, et que d'autres mesures auraient été insuffisantes pour rechercher l'existence d'une éventuelle violation du secret professionnel, et en identifier les auteurs."

Enfin, dans une décision concernant un rapport d'enquête pourtant jugé illicite, la 1^{ère} chambre a fait application du contrôle de proportionnalité pour retenir que la considération de certains des éléments contenus dans ce rapport: "quand bien même ils affecteraient la vie privée de l'un et l'autre n'était pas disproportionnée au regard du droit de l'assureur d'établir en justice la nullité du contrat pour le motif retenu."

(Civ 1^{ère}, 5 février 2014, pourvoi n° 12-20.206).

Il nous appartiendra donc de dire si le moyen de preuve mis en oeuvre par l'AFP était illicite au regard des dispositions de la loi du 6 janvier 1978, dans l'affirmative, de dire si le recours à un tel moyen de preuve était susceptible de porter atteinte à la vie personnelle du salarié et s'il appartenait aux juges du fond de rechercher si l'atteinte ainsi portée était justifiée par l'exercice légitime par l'employeur de son droit à la preuve.