



RAPPORT DE Mme MARIETTE, CONSEILLER DOYEN

Arrêt n° 1249 du 10 novembre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n° 20-12.263

**Décision attaquée : 14 mai 2019 de la chambre d'appel de la CA de
St Denis de la Réunion à Mamoudzou**

Mme [Y] [L]

**C/
la société Pharmacie Mahoraise**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [L] a été engagée par la société Pharmacie Mahoraise, le 7 janvier 2003, en qualité de caissière.

Licenciée pour faute grave, par lettre du 19 juillet 2016, elle a saisi la juridiction prud'homale pour contester cette rupture et obtenir paiement de diverses sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 18 décembre 2017, le tribunal du travail de Mamoudzou l'a déboutée de ses demandes et l'a condamnée à payer à la société la somme de 1200 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile

Par arrêt du 14 mai 2019, la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et y ajoutant, a condamné la salariée à payer à la société Pharmacie Mahoraise la somme de 1 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile

C'est l'arrêt frappé d'un pourvoi par la salariée auquel la société vient défendre.

2 - Analyse succincte des moyens

Aux termes **d'un moyen unique** il est fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement et de la condamner à payer la somme de 1000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

1.que l'installation d'un système de vidéosurveillance dans les lieux et établissements ouverts au public est subordonnée à une autorisation du représentant de l'Etat dans le département et, à Paris, du préfet de police, donnée, sauf en matière de défense nationale, après avis de la commission départementale de vidéoprotection ; qu'à défaut, les preuves obtenues par le biais de ce dispositif sont illicites ; qu'en l'espèce, pour juger licites les enregistrements obtenus par le biais d'un système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la Pharmacie Mahoraise, établissement ouvert au public et exposé à des risques d'agression ou de vol, la cour d'appel s'est bornée à constater que les salariés, dont l'intéressée, avaient été informés de la mise en place de ce dispositif par une note de service diffusée le 27 novembre 2015 sur laquelle ils avaient apposé leur signature ; qu'en statuant

ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si préalablement à la mise en place de ce système de vidéoprotection, l'employeur avait sollicité et obtenu l'autorisation administrative requise, à défaut de quoi les preuves obtenues par ce biais devaient être écartées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 252-1 du code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction applicable en la cause

2. que l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise de tout dispositif de contrôle de l'activité des salariés, quand bien même à l'origine, ce dispositif n'aurait pas été exclusivement destiné à opérer un tel contrôle ; qu'à défaut, les preuves obtenues par le biais de ce dispositif sont illicites ; qu'en affirmant, par motifs adoptés, que la salariée ne pouvait exciper de l'illicéité des enregistrements recueillis grâce au système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie, faute de consultation préalable des représentants du personnel, en ce que ni la loi, ni la jurisprudence n'imposaient une telle obligation, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, alinéa 3, du code du travail applicable à Mayotte, en vigueur à l'époque du litige ;

3. que tout système de surveillance de l'activité des salariés comportant l'enregistrement de données personnelles doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés préalablement à sa mise en oeuvre ; que cette déclaration doit préciser différentes informations dont la ou les finalité(s) poursuivie(s) ; qu'à défaut, les preuves obtenues par le biais de ce dispositif sont illicites ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir que si le système de vidéosurveillance installé au sein de la pharmacie avait fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, celle-ci ne précisait pas que ce dispositif pouvait servir à la surveillance des salariés ; qu'il ressort en outre du courrier du 04 décembre 2014 par lequel l'employeur avait déclaré ce dispositif à la CNIL qu'à cette date, la mise en place de celui-ci était déjà effective (« par la présente, je vous signale que j'ai installé dans mon officine le 1er décembre 2014 un système de vidéosurveillance et ce pour la sécurité des personnes, la prévention des atteintes aux biens et la lutte contre la démarque inconnue ») (cf. production n°5) ; qu'en se bornant à relever, pour juger licites les enregistrements obtenus par le biais du système de vidéosurveillance litigieux, que les salariés, dont l'intéressée, avaient été informés de la mise en place de ce dispositif par une note de service diffusée le 27 novembre 2015 sur laquelle ils avaient apposé leur signature, sans s'assurer que l'employeur avait procédé à une déclaration de celui-ci auprès de la CNIL préalablement à son installation en précisant sa possible finalité de contrôle des salariés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 22 et 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dans leur rédaction applicable en la cause ;

4. que l'employeur ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ; qu'en l'espèce, la note de service du 27 novembre 2015, signée par les salariés dont Mme [L], se bornait à indiquer « par cette note de service je tiens à vous rappeler comme je l'avais fait précédemment lors d'une réunion que nous avons un système de vidéosurveillance dans le but est notre sécurité et la prévention des atteintes aux biens et aux personnes. L'emplacement des cinq caméras doit être connu de tous les salariés à savoir : 3 caméras au rez-de-chaussée (espace parapharmacie, espace bébé et espace ordonnance) ; 2 caméras à l'étage (bureau et réserve) » ; qu'en jugeant les salariés suffisamment informés de la présence du système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie par cette note de service, quand il résultait de celle-ci que l'information des salariés sur ce dispositif était postérieure à sa mise en place, la cour d'appel a violé l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version applicable, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 dudit code ;

5. que l'employeur ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ; que l'article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version applicable, prévoit que les employés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en oeuvre du système litigieux, de l'identité du responsable du traitement des données ou de son représentant, de la (ou les) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement, des destinataires ou catégorie de destinataires de 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 ; qu'en l'espèce, la note de service du 27 novembre 2015, signée par les salariés dont Mme [L], se bornait à indiquer « par cette note de service je tiens à vous rappeler comme je l'avais fait précédemment lors d'une réunion que nous avons un système de vidéosurveillance dans le but est notre sécurité et la prévention des atteintes aux biens et aux personnes. L'emplacement des cinq caméras doit être connu de tous les salariés à savoir : 3 caméras au rez-de-chaussée (espace parapharmacie, espace bébé et espace ordonnance) ; 2 caméras à l'étage (bureau et réserve) » ; qu'en revanche, cette note ne précisait pas l'identité du responsable du traitement ou de son représentant, la finalité de contrôle poursuivie par ce traitement, ou les destinataires ou catégories de destinataire des données, pas plus qu'elle n'exposait aux salariés l'existence et les modalités d'exercice de leurs droits d'accès, de rectification et d'opposition pour motif légitime ; qu'en jugeant, par motifs propres, les salariés suffisamment informés du système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie par cette note de service et, par motifs adoptés, que l'information des salariés n'était soumise à aucune condition de forme, la cour d'appel a violé l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa

version applicable, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 dudit code ;

6. que les données à caractère personnel ne peuvent être conservées au-delà de la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées ; qu'aux termes de l'article L. 252-5 du code de la sécurité intérieure, ce délai ne peut excéder un mois ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir, preuve à l'appui (cf. production n° 6), que tandis qu'il avait déclaré, auprès de la CNIL, un délai de conservation des images obtenues par le système de vidéosurveillance mis en place de « 20 jours » et bien que la loi prévoit un délai ne pouvant excéder un mois, l'employeur avait méconnu ces durées en extrayant les images vidéo censées établir la participation de la salariée aux écarts constatés, puis en les conservant, pour finalement faire établir un constat d'huissier pour leur visionnage plus d'un an après ; qu'en se fondant sur les images obtenues par ce biais, telles que constatées par voie d'huissier, pour dire les griefs imputés à la salariée établis, sans rechercher, comme elle y était invitée, si ce constat n'avait pas été établi en méconnaissance des délais impératifs de conservation des images litigieuses, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 36 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa version applicable, L. 252-5 du code de la sécurité intérieure et 226-20 du code pénal ;

7. Qu'en matière de licenciement, le doute doit profiter au salarié ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir, preuves à l'appui (cf. productions n° 7 à 11), qu'il existait à tout le moins un doute sur son implication dans les anomalies constatées compte tenu d'abord du changement récent du logiciel de caisse, lequel avait pu conduire à des erreurs et avoir une incidence sur la gestion informatique du stock de marchandises, du fait également des failles affectant les documents produits, ceux-ci étant ou de simples brouillons manuscrits non corroborés par le moindre document informatisé, ou des listings susceptibles de manipulations faute d'émaner d'un logiciel de caisse sécurisé et certifié, eu égard ensuite aux approximations et incertitudes sur la nature des produits détournés, leur quantité ou leur montant en dehors de ceux constatés par huissier, mais aussi à la lueur de l'usage courant consistant, en cas d'achats multiples du même produit, à en saisir manuellement le nombre plutôt que de répéter les opérations de scan, et au regard enfin des propres déclarations de la gérante de la pharmacie, dans le cadre de la plainte déposée, sur l'impossibilité pour elle de pouvoir imputer les faits à la salariée sur la base des seuls enregistrements vidéos, et de pouvoir identifier la consistance exacte de son préjudice, ces imprécisions ayant conduit au classement sans suite de cette plainte, ce qui n'était pas contesté ; que la salariée ajoutait que face aux failles du système de procédures internes, l'inspecteur du travail avait refusé d'autoriser le licenciement d'une autre salariée fondé sur les mêmes faits ; qu'en jugeant

les faits établis par les enregistrements de vidéosurveillance produits, sans rechercher s'il ne résultait pas des circonstances précitées, prises dans leur ensemble, l'existence d'un doute sur la réalité des irrégularités reprochées à la salariée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-29 du code du travail applicable à Mayotte alors en vigueur ;

8. que la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en l'espèce, pour retenir l'existence d'une faute grave, la cour d'appel s'est bornée à constater que la salariée avait commis plusieurs saisies irrégulières qui excédaient de simples négligences ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'il était constant que l'intéressée avait 13 ans d'ancienneté sans antécédent disciplinaire et que le montant des anomalies constatées par voie d'huissier s'élevait à 85,10 euros à peine, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé l'existence de faits imputables à la salariée d'une gravité telle qu'ils rendaient impossible son maintien dans l'entreprise, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-17, L. 122-19, L. 122-21, L. 122-22 et L. 122-29 du code du travail applicable à Mayotte alors en vigueur ;

9. que la faute grave étant celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, la mise en oeuvre de la rupture du contrat de travail doit intervenir dans un délai restreint après que l'employeur a eu connaissance des faits allégués ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir que, bien que l'employeur ait été informé d'un écart important entre la quantité répertoriée et celle constatée à l'étalage sur deux produits dès les 2 et 3 juin 2016, ce n'est que le 1er juillet 2016, soit près d'un mois plus tard, qu'il avait engagé la procédure de licenciement, laissant son préjudice s'aggraver dans l'intervalle, qu'il avait ensuite attendu le 13 juillet 2016 pour organiser l'entretien préalable à licenciement, pour finalement lui notifier son licenciement pour faute grave par un courrier du 19 juillet, reçu le 26 ; qu'en retenant l'existence d'une faute grave, sans rechercher si la longueur des délais dans lesquels la procédure de licenciement avait été engagée et mise en oeuvre ne faisaient pas à obstacle à la qualification de faute grave, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-17, L. 122-19, L. 122-21, L. 122-22 et L. 122-29 du code du travail applicable à Mayotte alors en vigueur.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

L'employeur peut-il se prévaloir à l'appui d'une sanction ou d'un licenciement d'un dispositif de vidéo-surveillance qui n'avait pas été présenté au salarié comme pouvant servir au contrôle de son activité ?

Un système de vidéosurveillance installé pour assurer la sécurité du magasin et des personnes doit-il faire l'objet d'une information du comité d'entreprise dès lors qu'il est susceptible d'être utilisé comme un instrument de contrôle de l'activité des salariés ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Données de l'espèce :

En l'espèce, l'employeur faisait valoir que la matérialité des fautes commises par la salariée (saisie d'une quantité d'articles inférieure à ceux réellement remis aux clients, saisie de produits moins chers que ceux réellement remis aux clients, absence totale de saisie informatique des produits encaissés) étaient corroborées par le croisement des images provenant des caméras de vidéo-surveillance installées dans la pharmacie, avec le relevé des journaux informatiques de vente.

Il a produit devant les juges du fond, un procès-verbal d'huissier dressé le 7 juin 2017 relatant des éléments visibles sur des images de vidéosurveillance enregistrées sur une clé USB (cf production papier du MA).

La salariée soutenait que ce système de vidéo-surveillance était illicite en l'absence:

- d'arrêté préfectoral autorisant la société à faire installer un tel système à l'intérieur de l'officine, s'agissant d'un lieu ouvert au public,
- d'information des salariés et de consultation du comité d'entreprise, quant à son utilisation pour contrôler l'activité des salariés.

Elle précisait que le dispositif de vidéo surveillance n'avait été déclaré à la CNIL qu'avec la seule finalité suivante : sécurité des biens et des personnes- vidéosurveillance sans que fût spécifié que ce dispositif servirait à contrôler l'activité des salariés.

Elle ajoutait que l'employeur, alors qu'il avait déclaré à la CNIL, un délai de conservation des images de 20 jours, avait extrait les images en cause, les avait conservées et fait établir, un an plus tard, le 7 juin 2017, un constat d'huissier concernant des faits qui se seraient déroulés entre le 10 et le 22 juin 2016.

Elle signalait également que l'inspecteur du travail, dans sa décision du 31 août 2016, par laquelle il avait refusé d'autoriser le licenciement de Mme H... fondé sur les mêmes faits que ceux qui lui étaient reprochés, sur la base des mêmes éléments, avait fait le même constat :

« C) CONSIDERANT que la note de service, établie en date du 27 novembre 2015 par l'employeur, stipule que le système de vidéosurveillance a pour but essentiel la sécurité du personnel et la prévention des atteintes aux biens et aux personnes. Qu'en réalité, il existe cinq caméras dans la surface de vente de la pharmacie, dirigées sur les postes de caisse, que l'employeur possède dans son bureau un matériel informatique doté d'un écran permettant une vidéosurveillance dans la pharmacie, soit huit vues sur les trois postes de caisse, tenus par une caissière et deux pharmaciens assistants.

Que l'article L 021-1 du code du travail applicable à Mayotte stipule que 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 la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés individuelles dispose, notamment, que le dispositif de contrôle de l'activité des salariés doit faire l'objet, premièrement, d'une information individuelle, par écrit, de l'existence de ce dispositif, des destinataires des images ainsi que des modalités concrètes d'exercice de leur droit d'accès aux enregistrements visuels les concernant, deuxièmement, d'une déclaration auprès de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL).

Que tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'image ou de paroles, à l'insu des salariés, constitue une mode de preuve illicite (Cass. Soc du 20 novembre 1991 n° 88-43120 Bull. civ. V n° 519 Néocel).

Qu'il est établi que les salariés n'ont pas été informés individuellement, par écrit, de l'existence de ce dispositif, des destinataires des images ainsi que des modalités concrètes d'exercice de leur droit d'accès aux enregistrements visuels les concernant ; que les représentants du personnel n'ont pas été consultés, Que ce procédé de vidéosurveillance en continu des salariés à leurs postes de travail ne saurait constituer un mode de preuve » (Production n°11)

L'employeur faisait valoir que tous les salariés de la pharmacie avaient été informés individuellement de la mise en place du système de vidéo-surveillance par note de service diffusée le 27 novembre 2015, note qu'ils avaient signée, y compris Mme [L], cette note précisant l'emplacement de cinq caméras, ainsi que le but de leur installation, à savoir « la sécurité et la prévention des atteintes aux biens et personnes ».

Il affirmait que l'information et la consultation des représentants du personnel n'était pas nécessaire puisque le système mis en place n'avait pas pour finalité de surveiller l'activité des salariés et que les bandes vidéo n'avaient été visionnées

qu'à la suite du constat d'anomalies dans l'inventaire des stocks. Le visionnage avait, dans un premier temps permis d'écarter l'hypothèse d'un vol à l'étalage par la clientèle, puis par recoupement avec le relevé des journaux informatiques de vente, avait permis d'établir la matérialité des faits.

Le mémoire en défense, souligne pour répondre à la 1^{ère} branche du moyen, que la Cour de cassation n'a jamais considéré que l'autorisation préfectorale requise par l'article L. 252-1 du code de la sécurité intérieure issu de l'article 10 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, serait une condition de l'opposabilité au salarié d'un enregistrement vidéo.

Il ajoute qu'en tout état de cause, il résulte des pièces produites par le mémoire

ampliatif lui-même, que cette autorisation a bien été sollicitée auprès du préfet : ainsi, la déclaration du système de vidéo surveillance à la CNIL (pièce n°6 du mémoire ampliatif) mentionne qu'une « demande d'autorisation du système de

vidéo-surveillance a été envoyée à la préfecture de Mamoudzou le 1^{er} décembre [2014] »

Le mémoire en défense précise également que le juge administratif a annulé la décision de l'inspecteur du travail et enjoint à l'administration du travail de délivrer l'autorisation de licencier la salariée (jugement du Tribunal administratif de Mayotte du 9 février 2018, en production), par un jugement ainsi motivé :

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que, par note de service du 27 novembre 2015, signée par Madame H... et ses collègues, les salariés de la société requérante ont été informés par la direction de la mise en place de 5 caméras de vidéosurveillance dans l'établissement, dont 3 au rez-de-chaussée, respectivement dans l'espace parapharmacie, dans l'espace bébé et dans l'espace « ordonnances », au motif de la préservation de la sécurité des membres du personnel de la pharmacie et de la prévention des atteintes aux biens et aux personnes ; que, par courrier du 4 décembre 2014, reçu le 30 décembre suivant, la société requérante a informé la commission nationale de l'informatique et des libertés de la mise en place de ce dispositif ; qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'imposait l'information préalable des représentants du personnel de la mise en œuvre de ce dispositif qui ne concernait que des lieux de travail ouverts au public ; que, dans ces conditions, contrairement à ce qu'estimé l'inspectrice du travail, la mise en œuvre d'un tel procédé de vidéo-surveillance, qui ne présentait aucun caractère clandestin, était licite ;

Considérant que, dans ses observations en défense, l'administration du travail reconnaît que la réalité des faits reprochés résulte (...) du recoupement des bandes de vidéo surveillance et des relevés informatiques de caisse tenue par Madame H... ; qu'en outre il résulte de l'attestation (...) [du] délégué du personnel qui a assisté à l'entretien préalable (...) que Madame H... a reconnu la réalité des faits reprochés ; que, dans ces conditions, ces faits doivent être tenus pour établis ».

Eléments de solution :

La surveillance des salariés est encadrée respectivement par le code du travail et la loi informatique et libertés (L. n° 2018-493, 20 juin 2018, promulguée le 21 juin 2018 aux fins de se mettre en conformité avec le règlement général de protection des données issu du Règl. UE 2016/679 du Parlement européen ayant modifié la L. n° 78-17, 6 janv. 1978) en raison du fait que la mise en place d'un outil de surveillance peut impliquer la collecte de données à caractère personnel.

La loi du 6 janvier 1978 modifiée (ci-après loi « Informatique et Libertés ») s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données contenues ou appelées à figurer dans des fichiers. Ainsi, les systèmes de vidéosurveillance entrent dans le champ d'application de la loi dans la mesure où les dispositifs avec enregistrement d'images constituent un traitement.

Les images captées par une caméra dès lors qu'elles font l'objet d'un traitement automatisé puisqu'elles sont numérisées pour être stockées sur un disque dur, sont donc soumises à la loi « Informatique et Libertés ».

Il convient de noter que les formalités à accomplir peuvent varier en fonction des lieux qui sont filmés. En effet, si les caméras filment un lieu non ouvert au public, tel que les zones de stockage, les réserves, ou les zones dédiées au personnel, le dispositif de vidéosurveillance est soumis à la loi « Informatique et Libertés ». Le responsable de traitement doit dès lors effectuer une déclaration auprès de la Cnil pour la mise en œuvre de son dispositif de vidéosurveillance.

Toutefois, si les caméras filment un lieu ouvert au public tels que des espaces d'entrée et de sortie du public, des zones marchandes, des comptoirs, ou des caisses, il s'agit alors, d'un dispositif, dit de vidéoprotection, qui doit être autorisé par le préfet du département. En effet, la vidéoprotection fait l'objet d'un encadrement juridique spécifique, initialement par la loi 95-73 du 21 janvier 1995 modifiée, codifiée depuis dans le Code de la sécurité intérieure aux articles L 251-1 et suivants et R 251-1 et suivants. La loi du 14 mars 2011 pour la programmation sur la sécurité intérieure dite « Lopssi2 » a attribué à la Cnil la compétence de contrôle de tous les dispositifs de vidéoprotection installés sur le territoire national y compris ceux installés sur la voie publique. Elle a également attribué à la Commission le pouvoir de mise en demeure des responsables de ces systèmes si

elle constate des manquements aux obligations qui s'imposent à eux. Elle ne dispose toutefois pas de pouvoir de sanction en matière de vidéoprotection, seuls des manquements relatifs à de la vidéosurveillance peuvent être sanctionnés par la formation restreinte de la Cnil.

L'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée impose une information préalable des personnes concernées par la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel. Cet article prévoit plusieurs mentions : notamment l'identité du responsable de traitement, la finalité poursuivie par le traitement, les destinataires des données ainsi que les droits dont dispose la personne concernée.

La Cnil exige au regard de cette disposition une information complète des personnes. La formation restreinte sanctionne les organismes qui n'informent les salariés ni de l'existence d'un dispositif de vidéosurveillance, ni de leurs droits . Ainsi, est considérée comme non conforme (Décision Cnil 2013-029 du 12 juillet 2013) une note d'information des salariés insérée dans des enveloppes contenant les bulletins de paie indiquant « nous vous rappelons que le site est sous vidéosurveillance déclarée auprès de la Cnil et de la préfecture ».

L'article L. 1121-1 du Code du travail rappelle que toute restriction apportée aux libertés fondamentales par l'employeur doit respecter deux principes que sont la nécessité de justifier d'une telle restriction et du caractère proportionné des moyens mis en oeuvre pour atteindre l'objectif recherché. Il s'agit ici de concilier le droit au respect de la vie privée qui perdure même sur le lieu de travail avec le droit de l'employeur d'assurer la protection des biens et des personnes.

Le principe de la loyauté des preuves est mis en oeuvre par les articles L.1222-4 et L.1221-9 du code du travail qui disposent : *“aucune information concernant personnellement un salarié (ou un candidat à un emploi) ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.”*

La loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute.

Dans un arrêt de principe du 20 novembre 1991, la Cour de cassation a décidé que *« si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite »* (soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120 - Dr. soc 1992, p. 28, rapport Ph. Waquet)

À partir du moment où le procédé ou l'outil de surveillance implique la collecte d'information telle que la collecte d'images résultant d'une vidéosurveillance, l'article L. 1222-4 du code du travail introduit l'obligation d'information préalable du salarié (soc., 20 novembre 1991, n° 88-43120, soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, CEDH, 9 janv. 2018, n° 1874/13).

Cette information préalable a principalement pour objet de permettre aux salariés de s'assurer que l'employeur n'outrepasse pas ses droits tels que déclarés.

Le comité social et économique (CSE) hier, le comité d'entreprise doit être consulté préalablement à l'introduction de techniques permettant le contrôle de l'activité des salariés (C. trav., art., L. 2323-47 ancien ; C. trav., art. L. 2312-38).

L'article L.442-6 du code du travail, applicable à Mayotte dans sa version en vigueur du 01 janvier 2006 au 01 janvier 2018, dispose que :

« Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de ceux-ci.

Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.

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. »

En revanche, le code du travail applicable à Mayotte, dans sa version applicable au litige, antérieure au 1^{er} janvier 2018, ne comporte pas de dispositions similaires à l'article L.1222-4 du code du travail.

L'unique disposition relative aux droits et libertés dans l'entreprise est l'article L.021-1 qui dispose : « *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.* »

Sont illicites les procédés mis en oeuvre sans respect des obligations rappelées ci-dessus.

Il a été jugé que les éléments ainsi recueillis ne peuvent pas servir de preuve des fautes commises par un salarié, notamment pour :

- un dispositif d'enregistrement des données permettant de connaître l'identité du salarié entré dans les locaux de l'entreprise et l'heure précise de cette entrée (soc. 2 novembre 2016 n° 15-20.540),

- pour un système de vidéosurveillance de la clientèle d'un magasin utilisé pour le contrôle des salariés sans information ni consultation préalables du CSE :

soc. 7 juin 2006 n° 04-43.866, Bull. civ. V n° 206.

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 432-2-1 du code du travail ;

Attendu que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise ;

Attendu que M. G..., engagé le 3 août 1970 en qualité d'employé de commerce, a été licencié pour faute grave le 1er juin 2000 par son employeur, la société Continent France groupe Carrefour

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, la cour d'appel a déclaré recevable la production d'un enregistrement du salarié effectué par l'employeur à l'aide d'une caméra de vidéo surveillance, estimant qu'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le salarié ignorait l'existence de caméras vidéo destinées à détecter les vols perpétrés dans l'entreprise et utilisées depuis 1996 ainsi qu'il ressort de la consultation du CHSCT produite par l'employeur et annoncée par des affichettes dans le magasin ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur était également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise, en sorte que les enregistrements du salarié constituaient un moyen de preuve illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

- un dispositif de vidéosurveillance installé à l'insu des salariés (soc. 20 septembre 2018 n° 16-26.482, sauf soupçons raisonnables de faits graves de vols : CEDH 17 octobre 2019 n° 1874/13 voir ci-après), même sur le site d'une société cliente (soc. 10 janvier 2012 n° 10-23.482) :

Soc 10 janvier 2012 n°10-23.482

Vu les articles L. 1222-4 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. ...et divers autres salariés de la société de nettoyage Technique française du nettoyage (TFN), affectés sur le site de la société cliente G..., ayant saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir le paiement notamment de primes d'habillement, leur employeur a demandé et obtenu le 3 septembre 2008 une ordonnance sur requête désignant un huissier aux fins

de visionner les enregistrements des caméras de vidéo-surveillance placées à l'entrée de la société cliente pour la période d'avril à août 2008 et d'établir un relevé des heures d'arrivée et de départ de ses salariés à comparer avec les relevés d'activité établis par le chef d'équipe ; que le procès-verbal, dressé le 18 septembre 2008, a été produit par l'employeur dans la procédure prud'homale ; que les salariés et le syndicat des services CFDT de Maine-et-Loire ont sollicité en référé la rétractation de l'ordonnance sur requête et la nullité des actes subséquents ;

Attendu que pour les débouter de leur demande, l'arrêt confirmatif retient par motifs propres et adoptés que le renforcement de la vidéo-surveillance par la société cliente n'ayant pas pour but de contrôler le travail des salariés prestataires mais uniquement de surveiller les portes d'accès de ses locaux pour renforcer la sécurité et l'employeur ayant dès le 20 mai 2008 avisé ses salariés de ce dispositif, remplissant en cela son obligation de loyauté par une information à laquelle il n'était pas tenu au regard de l'article L. 1222-4 du code du travail, le procédé ayant été installé par le client de l'entreprise, les enregistrements litigieux constituent un moyen de preuve licite ;

Attendu cependant que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéo-surveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la lettre du 20 mai 2008, qu'elle a dénaturée, n'informait pas les salariés de l'existence d'un dispositif de vidéo surveillance qui permettait de contrôler leurs heures d'arrivée et de départ sur le lieu du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

« (...) Point n'est besoin de rechercher les raisons qui ont présidé l'installation du dispositif, de s'interroger sur les mobiles de l'employeur par essence difficilement saisissables. Il est indéniable qu'un but sécuritaire affiché peut parfaitement dissimuler un objectif inavoué de surveillance ou de contrôle des salariés. De même, indépendamment de toute dissimulation, la découverte de certaines potentialités de la technique ou du procédé initialement conçu dans une optique de sécurisation, peut très bien conduire à faire évoluer sa fonction. Dans l'affaire en cause, l'installation d'une caméra filmant la porte d'accès permettait assurément de remplir l'objectif sécuritaire en décelant les intrusions non autorisées.

Mais parce que les enregistrements se font en temps réel, ils livrent également des informations sur la temporalité des accès et permettent un contrôle des heures d'arrivée et de sortie du travail, d'où la démarche entreprise par l'employeur pour tenter d'en faire un élément de preuve licite. Dès lors, le décalage pouvant exister entre la finalité affichée du dispositif et son utilisation, qu'il soit ou non pensé en amont, commande de faire de l'utilisation du dispositif à des fins de surveillance ou

de contrôle l'élément déclencheur de l'obligation patronale. Si le dispositif a permis de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement un ou plusieurs salariés, il convient de s'assurer qu'il a bien été porté à leur connaissance, faute de quoi la preuve obtenue sera illicite. (Revue de droit du travail 2012 p.223. "Vidéosurveillance et contrôle des horaires : un mauvais mariage" par Alexia Gardin).

« La bonne foi commande en effet que l'employeur indique au salarié l'utilisation précise qu'il entend faire du système de vidéo-surveillance, quand bien même celui-ci pourrait avoir pour principale finalité d'assurer la protection et la sécurité des locaux de l'entreprise. Le salarié doit ainsi être informé que ses faits et gestes peuvent être enregistrés et utilisés contre lui, faute de quoi les enregistrements qui en résulteraient ne sauraient constituer un moyen de preuve licite. » (M. Fatrez, « Dispositif de vidéo-surveillance : les salariés doivent être informés de l'utilisation qui en est faite », Les Cahiers Sociaux - n°240 - page 115).

- un dispositif de géolocalisation utilisé à d'autres fins que celles portées à la connaissance des salariés concernés (soc. 3 novembre 2011 n° 10-18.036 Bull. V n°247).

Sur cette question de la la finalité d'un système de recueil de données individuelles , le rapport annuel dans lequel cet arrêt du 3 novembre 2011 est cité, indique :

"Enfin, comme tout système de fichier informatique, la géolocalisation ne peut pas être utilisée à d'autres fins que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL et qui ont été portées à la connaissance du salarié. L'employeur ayant indiqué au salarié que la géolocalisation avait été installée afin de mieux gérer les frais liés aux déplacements, il lui était impossible d'utiliser les informations ainsi recueillies pour d'autres finalités, en l'espèce pour contrôler la durée du travail et calculer la rémunération du salarié. Dès lors, l'utilisation de la géolocalisation étant illicite, le salarié était bien fondé à contester le calcul de la rémunération auquel l'employeur avait procédé grâce à elle, et la prise d'acte de la rupture du contrat de travail était justifiée".

Voir également :

Soc., 20 septembre 2018, pourvoi n° 16-26.482

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de le condamner à payer à la salariée diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail, alors, selon le moyen :

1°/ que si les preuves obtenues par un système de vidéosurveillance sont illicites lorsqu'il n'est pas démontré que le salarié aurait eu connaissance de la mise en place d'un tel système, la reconnaissance par le salarié devant des officiers de police de ce qu'il a bien commis les actes qui ont ainsi été constatés doit en revanche être retenue pour conclure à la réalité des faits justifiant le licenciement

; qu'en affirmant que les propos tenus par la salariée dans son audition ne pouvaient être retenus dès lors que ladite audition était consécutive à l'exploitation d'un moyen de preuve illicite, quand ils contenaient un aveu extra-judiciaire indépendant des preuves obtenues par les caméras de vidéosurveillance, et qu'il lui incombait donc d'apprécier si la réalité de la faute grave était établie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail et de l'article 1355 du code civil ;

2°/ que si dès lors qu'un aveu extra-judiciaire porte bien sur des points de fait et non sur des points de droit, les juges doivent rechercher si ces faits sont constitutifs d'une faute et apprécier s'ils doivent être qualifiés de faute grave ; qu'en retenant, pour conclure à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, que les éléments de preuve communiqués par l'employeur n'étaient corroborés par aucune autre pièce permettant d'établir la matérialité des faits, sans rechercher si les faits reconnus par la salariée dans son aveu extra-judiciaire ne les corroboraient précisément pas, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail et de l'article 1355 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'employeur avait déposé plainte pour des faits de vols en se fondant sur les images de la vidéosurveillance et que l'audition de la salariée par les services de gendarmerie était consécutive à cette exploitation des images de vidéosurveillance, illicite en raison de l'absence d'information de la salariée de l'existence du système de surveillance, la cour d'appel, qui a fait ressortir le lien existant entre ces deux éléments de preuve, a légalement justifié sa décision

soc 11 décembre 2019 pourvoi n°18-11.792

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'écarter des débats les documents résultant de ce moyen de preuve illicite ;

La loi ne distinguant pas la finalité "officielle", dès lors que le dispositif permet un contrôle de l'activité du salarié, il doit faire l'objet d'une information spécifique des salariés et du comité d'entreprise.

Voir également **soc. 7 novembre 2018 n° 16-26.126** : L'utilisation faite par l'employeur, à titre de preuve dans le litige l'opposant au salarié, d'un enregistrement vidéo ne présente pas un caractère illicite dès lors que le salarié ne pouvait pas ignorer que son image pouvait faire l'objet d'une captation au moyen d'un dispositif de surveillance qui n'était ni clandestin, ni déloyal. En effet, des affiches informaient le public aux entrées du magasin que le site était sous vidéosurveillance, le système avait été autorisé par arrêté préfectoral et avait fait l'objet d'une déclaration à la Cnil, et les instances représentatives du personnel avaient été informées et consultées sur le dispositif.

En revanche, la chambre admet la recevabilité des preuves établies au moyen de dispositifs de surveillance ayant pour objet de garantir la sécurité des locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas car il ne s'agit pas alors de contrôler l'activité des salariés mais de protéger les biens. (Soc. 31 janvier 2001, n° 98-44.290. Bull no 28; Soc. 19 janvier 2010, n° 08-45.092).

De même, les dispositions du code du travail relatives aux conditions de mise en oeuvre, dans une entreprise, des moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés (notamment information et consultation préalables du comité d'entreprise) ne s'appliquent pas à un système de vidéosurveillance installé pour assurer la

sécurité du magasin et non utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions :

Soc. 26 juin 2013 n° 12-16.564

Mais attendu d'abord, que la cour d'appel qui a constaté que le système de vidéo-surveillance avait été installé pour assurer la sécurité du magasin et n'avait pas été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions, a exactement retenu que celui-ci ne pouvait invoquer les dispositions du code du travail relatives aux conditions de mise en oeuvre, dans une entreprise, des moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés ;

Attendu ensuite qu'ayant relevé que M. D..., qui venait de quitter son poste encore revêtu de sa tenue de travail, s'était emparé du téléphone qu'une cliente avait oublié au guichet billetterie du magasin, la cour d'appel a pu décider que ce comportement, qui affectait l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des clients et de leurs biens, se rattachait à la vie de l'entreprise et, étant de nature à y rendre impossible le maintien de l'intéressé, constituait une faute grave ;

Qu'il s'ensuit que le moyen, irrecevable dans sa quatrième branche comme nouveau et mélangé de fait et de droit, n'est pas fondé pour le surplus ;

Note RJS : En l'espèce, à l'issue de son temps de travail et alors qu'il était encore revêtu de sa tenue professionnelle, un salarié, employé au rayon boucherie d'un hypermarché, s'était rendu au guichet billetterie situé dans la galerie marchande où, comme le démontrait l'enregistrement de la vidéosurveillance installée par l'employeur, il avait découvert et subtilisé un téléphone portable oublié par un client. La Cour de cassation écarte l'argument du salarié selon lequel cet enregistrement constituait un mode de preuve illicite dans la mesure où la vidéosurveillance avait été mise en place par l'employeur sans information et consultation préalables du comité d'entreprise. Une telle obligation ne s'imposait pas en effet dès lors que ce dispositif n'avait pas été installé ni utilisé pour contrôler les salariés dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette décision peut être rapprochée de la jurisprudence de la Cour suprême autorisant l'employeur à se prévaloir de la preuve tirée des enregistrements d'une caméra installée, sans que les règles relatives à la mise en oeuvre d'un dispositif de contrôle du personnel aient été respectées, dans un local dans lequel le salarié n'a pas à travailler. Mais elle ne vaut que dans ce type de contexte : l'information des salariés et la consultation préalable du comité d'entreprise s'imposent, en revanche, avant la mise en place de caméras destinées principalement à surveiller la clientèle mais que l'employeur utilise également pour contrôler ses salariés dans l'exercice de leurs fonctions.

Jusqu'à présent, la sanction pour l'employeur ayant porté atteinte à la vie privée du salarié et/ou n'ayant pas respecté les conditions de mise en oeuvre d'un dispositif de contrôle de l'activité des salariés (information préalable du salarié,

consultation des représentants des salariés, déclaration ou autorisation de la CNIL) était l'irrecevabilité de la preuve des faits fautifs établis au moyen d'un tel dispositif.

Si l'employeur ne disposait d'aucun autre moyen de preuve que celui jugé irrecevable, la sanction infligée au salarié était nécessairement injustifiée. S'il s'agissait d'un licenciement, celui-ci était nécessairement sans cause réelle et sérieuse ; s'il s'agissait d'une sanction moindre, elle devait être annulée par le juge alors même que la matérialité des faits était constatée.

Les arrêts rendus par la chambre sociale les 30 septembre 2020 (pourvoi n° 19-12.058) et 25 novembre 2020, (pourvoi n° 17-19.523) marquent une évolution certaine de la jurisprudence, par l'élargissement du champ de la preuve légitime.

La protection de la vie privée du salarié peut en effet céder devant le droit à la preuve de l'employeur. (soc 30 septembre 2020 pourvoi n° 19-12.058) Dans cet arrêt, la chambre sociale a fait application du droit à la preuve pour déclarer recevables des éléments de preuve fournis par l'employeur à partir de publications d'un compte Facebook privé auquel il n'était pas autorisé à accéder.

Elle a également fait évoluer sa jurisprudence relative aux conséquences de l'illicéité d'une preuve obtenue au moyen de données dont le traitement aurait dû faire l'objet d'une déclaration auprès de la Cnil.

Alors qu'elle jugeait de manière constante que les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la Cnil constituaient un moyen de preuve illicite devant être rejeté des débats (Soc. 8 octobre 2014 n° 13-14.991) et décidait encore en 2019 que des tickets de cantine ne respectant pas les conditions posées par une norme simplifiée de la Cnil ne pouvaient pas être utilisés par l'employeur à titre d'élément de preuve des temps de pause du salarié (soc. 27 mars 2019 n° 17-31.715), elle considère qu'il y a lieu de juger désormais que l'illicéité d'un moyen de preuve au regard des dispositions de la loi 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du RGPD, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant rechercher si **l'utilisation d'une preuve illicite au regard de la loi précitée, a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi :**

Soc 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19.523 :

Mais sur le second moyen du pourvoi principal du salarié, pris en sa quatrième branche

Enoncé du moyen

10. Le salarié fait grief à l'arrêt de juger son licenciement justifié par une faute grave et de le débouter de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors « que le licenciement pour faute grave, dont la preuve incombe à l'employeur, ne peut être justifié par des éléments de preuve obtenus de façon illicite et dont la production est de ce fait irrecevable ; que constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées, avant toute déclaration à la CNIL, par un système de traitement automatisé de données personnelles comme la collecte des adresses IP, permettant d'identifier indirectement une personne physique ou encore le traçage des fichiers de journalisation ; que la cour d'appel a retenu 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 ; qu'en statuant de la sorte, par un motif inopérant, quand seule la condition de la possible identification d'une personne physique était déterminante, la cour d'appel a 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 fondamentales. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales :

11. Les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, de sorte que leur collecte par l'exploitation du fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application de l'article 23 de la loi précitée.

12. Toutefois, ainsi que la Cour l'a déjà jugé (Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209), 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. De même, elle a déjà jugé (Soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, Bull. 2015, V, n° 68), qu'un salarié ne peut s'approprier des

documents appartenant à l'entreprise que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur, ce qu'il lui appartient de démontrer.

13. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant plus particulièrement de la surveillance des employés sur le lieu de travail, qu'elle a estimé que l'article 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales laissait à l'appréciation des États le choix d'adopter ou non une législation spécifique concernant la surveillance de la correspondance et des communications non professionnelles des employés (CEDH, *Barbulescu*, 5 sept. 2017, n° 61496/08, § 119). Elle a rappelé que, quelle que soit la latitude dont jouissent les États dans le choix des moyens propres à protéger les droits en cause, les juridictions internes doivent s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance portant atteinte au droit au respect de la vie privée ou de la correspondance des employés est proportionnée et s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (*Barbulescu*, précité, § 120).

14. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé également que, pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 ou en violation du droit interne a privé le procès du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question (CEDH, 17 oct. 2019, *Lopez Ribalda*, n° 1874/13 et 8567/13, § 151).

15. Enfin, aux termes de l'article 13. 1 g) de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, applicable à l'époque des faits, les États membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus à l'article 6 paragraphe 1, à l'article 10, à l'article 11 paragraphe 1 et aux articles 12 et 21, lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

16. Il y a donc lieu de juger désormais que l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à

l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

17. Pour juger le licenciement fondé sur une faute grave et débouter le salarié de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que selon un procès-verbal de constat d'huissier, le recoupement des informations de fichiers de journalisation extraites de données du gestionnaire centralisé de logs de l'AFP sur la journée du 30 janvier 2015 et la plage horaire de 12 heures 02 à 16 heures 02 et de l'adresse utilisée pour l'envoi des messages incriminés, a permis de constater que l'adresse IP utilisée est celle de M. M.... Il énonce également que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituent un traçage informatique que ne peut ignorer le salarié compte tenu de ses fonctions, ne sont pas soumis à une déclaration à la CNIL, ni ne doivent faire l'objet d'une information du salarié en sa qualité de correspondant informatique et libertés, lorsqu'ils n'ont pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs. Il ajoute que seule la mise en oeuvre d'un logiciel d'analyse des différents journaux (applicatifs et systèmes) permettant de collecter des informations individuelles poste par poste pour contrôler l'activité des utilisateurs doit être déclarée à la CNIL en ce qu'il s'agit d'un traitement automatisé d'informations nominatives. L'arrêt en conclut que s'agissant non pas de la mise en oeuvre d'un tel logiciel, mais d'un simple traçage issu des fichiers de journalisation, pour lesquels la charte des ressources informatiques et internet en vigueur à l'AFP précise qu'ils sont conservés par l'administrateur pour une durée pouvant atteindre six mois, la preuve opposée au salarié est légale et ne procède pas d'une exécution déloyale du contrat.

18. En statuant ainsi, alors que l'exploitation des fichiers de journalisation, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, et était ainsi soumise aux formalités préalables à la mise en oeuvre de tels traitements prévues au chapitre IV de ladite loi, ce dont il résultait que la preuve était illicite et, dès lors, les prescriptions énoncées au paragraphe 16 du présent arrêt invocables, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (v. not. CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, L. L. c/ France. –CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, N. N. et T. A. c/ Belgique, et notamment des arrêts Barbulescu (CEDH, 5 septembre 2017, n° 61496/08) et Lopez Ribalda (CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13 vidéosurveillance à l'insu du salarié) le droit à la preuve est conçu comme un droit fondamental, autrement dit comme un droit ayant la même valeur normative que le droit au respect de la vie privée auquel il peut être confronté.

Par un arrêt du 17 octobre 2019 (n° 1874/13, López Ribalda et a. c/ Espagne) la CJUE a ainsi admis la possibilité pour le dirigeant d'un supermarché de recourir à la vidéo-surveillance des caissières sans les en informer préalablement lorsqu'il a des soupçons raisonnables d'irrégularités graves et compte tenu de l'ampleur des manques constatés. Elle a jugé qu'en l'espèce, le but légitime poursuivi par l'employeur ne pouvait être atteint par des mesures moins intrusives pour les droits des requérantes :

Les motifs de l'arrêt du 17 oct. 2019, sont les suivants :

(..)

« Sur le terrain de l'article 8 CEDH :

91. *En ce qui concerne plus particulièrement la vidéosurveillance sur le lieu de travail, la Cour a jugé que la vidéosurveillance effectuée par l'employeur à l'insu d'une salariée, pendant environ cinquante heures sur une période de deux semaines et l'utilisation de l'enregistrement obtenu dans la procédure devant les juridictions du travail pour justifier son licenciement, constituaient une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée (Köpke, décision précitée). La vidéosurveillance non dissimulée de professeurs d'université pendant qu'ils dispensaient leurs cours, dont les enregistrements étaient conservés pendant un mois et consultables par le doyen de la faculté, a également été jugée attentatoire à la vie privée des intéressés (Antovic et Mirkovic, précité, §§ 44-45).*

114. *S'agissant plus particulièrement de la surveillance des employés sur le lieu de travail, elle a estimé que l'article 8 laissait à l'appréciation des États le choix d'adopter ou non une législation spécifique concernant la vidéosurveillance (Köpke, décision précitée) ou la surveillance de la correspondance et des communications non professionnelles des employés (Barbulescu, précité, § 119). Elle a néanmoins rappelé que, quelle que soit la latitude dont jouissent les États dans le choix des moyens propres à protéger les droits en cause, les juridictions internes doivent s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance portant atteinte au droit au respect de la vie privée ou de la correspondance des employés est proportionnée et s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (Barbulescu, précité, § 120, et Köpke, décision précitée).*

115. *Dans l'arrêt Barbulescu, la Cour a défini un certain nombre de critères auxquels les mesures de contrôle de la correspondance et des communications des employés doivent se conformer pour ne pas enfreindre l'article 8 de la Convention (arrêt précité, § 121). Elle y a par ailleurs dit que, pour assurer le respect effectif de ces exigences, les employés concernés doivent bénéficier d'une voie de recours devant un organe juridictionnel indépendant ayant compétence pour examiner, au moins en substance, le respect de ces critères (arrêt précité, § 122).*

116. *La Cour estime que les principes établis dans l'arrêt Barbulescu, dont plusieurs sont tirés de la décision Köpke qui traitait de faits similaires à la présente espèce, sont transposables, mutatis mutandis, aux circonstances dans lesquelles un employeur peut mettre en place une mesure de vidéosurveillance sur le lieu de travail. Il faut appliquer ces critères en tenant compte de la spécificité des relations de travail et du développement des nouvelles technologies, qui peut permettre des mesures de surveillance de plus en plus intrusives dans la vie privée des salariés. Dans ce contexte, pour s'assurer de la proportionnalité de mesures de vidéosurveillance sur le lieu de travail, les juridictions nationales devraient tenir compte des facteurs suivants lorsqu'elles procèdent à la mise en balance des différents intérêts en jeu :*

i) L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de vidéosurveillance ainsi que de la mise en place de telles mesures ? Si, en pratique, cette information peut être concrètement communiquée au personnel de diverses manières, en fonction des spécificités factuelles de chaque cas, l'avertissement doit en principe être clair quant à la nature de la surveillance et préalable à sa mise en place.

ii) Quels ont été l'ampleur de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée de l'employé ? À cet égard, il convient de prendre en compte notamment le caractère plus ou moins privé du lieu dans lequel intervient la surveillance, les limites spatiales et temporelles de celle-ci, ainsi que le nombre de personnes ayant accès à ses résultats.

iii) L'employeur a-t-il justifié par des motifs légitimes le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci ? Sur ce point, plus la surveillance est intrusive, plus les justifications requises doivent être sérieuses.

iv) Était-il possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs ? À cet égard, il convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce si le but légitime poursuivi par l'employeur pouvait être atteint en portant une atteinte moindre à la vie privée du salarié.

v) Quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé qui en a fait l'objet ? Il convient notamment de vérifier de quelle manière l'employeur a utilisé les résultats de la mesure de surveillance et s'ils ont servi à atteindre le but déclaré de la mesure.

vi) L'employé s'est-il vu offrir des garanties adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance de l'employeur avaient un caractère intrusif ? Ces garanties peuvent être mises en œuvre, parmi d'autres moyens, par l'information fournie aux employés concernés ou aux représentants du personnel sur la mise en place et sur l'ampleur de la vidéosurveillance, par la déclaration de l'adoption d'une telle mesure à un organisme indépendant ou par la possibilité d'introduire une réclamation.

Et sur le terrain de l'article 6 CEDH :

150. La Cour n'a donc pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines sortes d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne. **Elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'illégalité en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation** (P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, précité, § 76, et Gäfgen c. Allemagne [GC], no 22978/05, § 163, CEDH 2010).

151. Pour ce qui est de la nature de l'illégalité ou de la violation de la Convention constatée, si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3 suscite toujours de graves doutes quant à l'équité de la procédure (Gäfgen, précité, § 165), **pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 ou en violation du droit interne a privé le procès du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question. Il convient de rechercher en particulier si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de**

l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude (Schenk, précité, §§ 46-48, P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, précité, §§ 77-79, et Gäfgen, précité, § 164). Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (Gäfgen, loc. cit.).

152. La Cour note que les principes exposés ci-dessus concernant l'admissibilité des preuves ont été élaborés dans un contexte pénal, même si elle a déjà eu l'occasion d'en faire application dans une affaire concernant l'équité d'une procédure civile (Vukota-Bojic, précité, §§ 92-100). Elle observe que, si les garanties du « procès équitable » ne sont pas nécessairement les mêmes dans les domaines pénal et civil, les États disposant d'une marge d'appréciation plus ample dans le deuxième cas, elle peut néanmoins s'inspirer, pour l'examen de l'équité d'une procédure civile, des principes développés sous l'angle du volet pénal de l'article 6 (Carmel Saliba c. Malte, n° 24221/13, § 67, 29 novembre 2016). En l'occurrence, elle considère que les principes en question sont applicables pour l'examen du caractère équitable de la procédure civile en cause. »

Si la chambre considérait que la preuve obtenue par l'employeur au moyen du système de vidéo-surveillance litigieux est illicite, faute d'information des salariés et de consultation du comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à des fins de contrôle et surveillance de l'activité des salariés, ne conviendrait-il pas d'examiner sa recevabilité en justice dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, à l'instar de ce qu'elle a jugé dans l'arrêt précité du 25 novembre 2020 ?

Il devrait alors être fait application des critères définis par l'arrêt Barbulescu (tels que l'usage ponctuel et le caractère indispensable du moyen de preuve litigieux) pour apprécier si l'utilisation de cette preuve illicite a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

C'est au regard de ces observations que la chambre appréciera le bien fondé du moyen.