



## **RAPPORT DE M. SÉGUY, CONSEILLER**

**Arrêt n° 231 du 8 mars 2023 – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 21-12.492**

**Décision attaquée : 03 décembre 2020 de la cour d'appel de Paris**

**Société Exane**

**C/**

**Mme [I] [R]**

---

**Le présent rapport contient des propositions de rejet non spécialement motivé du premier moyen et des deux premières branches du second moyen.**

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Mme [R] a été engagée le 5 janvier 2009 par la société Exane Derivatives en qualité de « structureur », statut cadre. Son employeur est une filiale du groupe Exane, entreprise de conseils en investissements. Entre le 01 février 2013 et le 22 janvier 2017, elle a occupé le poste de responsable projets transverses dérivés (*chief operating officer ou COO*).

Dans le cadre d'une mobilité au sein du groupe, elle a été nommée à compter du 23 janvier 2017 directeur, stratégie et projets groupe, dans la société Exane.

Elle a été licenciée pour inaptitude le 22 février 2019.

Considérant avoir subi, depuis le 1er février 2013, une inégalité salariale par rapport à certains de ses collègues masculins occupant ou ayant occupé des postes de COO comparables au sien, elle a saisi, le 31 octobre 2019, la formation de référé du conseil de prud'hommes de Paris aux fins d'obtenir, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la communication d'éléments de comparaison par les sociétés Exane et Exane Derivatives .

Par ordonnance du 2 décembre 2019, sa demande a été déclarée irrecevable.

Par arrêt du 2 décembre 2020, la cour d'appel de Paris a rejeté le moyen tiré de l'irrégularité des conclusions d'appelant, a déclaré l'appel de Mme [R] recevable, a infirmé l'ordonnance, a déclaré recevables les demandes fondées sur l'article 145 du code de procédure civile et a ordonné aux sociétés Exane et Exane Dérivatives de lui communiquer sous astreinte les fiches de paie de huit salariés<sup>1</sup>, avec occultation des données personnelles à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée (fixe et variable) et de la rémunération brute totale cumulée par année civile.

Entre temps, le 22 janvier 2020, Mme [R] a saisi le conseil de prud'hommes de Paris sur le fond, en demandant des dommages et intérêts pour discrimination salariale en raison du sexe, à l'encontre de :

- la société Exane, à laquelle elle a également demandé des rappels de salaires (MA, production n°2),
- la société Exane Derivatives, à laquelle elle a également demandé des dommages et intérêts pour préjudice de carrière (MA, production n°3).

Le rapporteur n'a pas trouvé sur Jurica de décision de la cour d'appel se rapportant à la procédure sur le fond.

Déclaration de pourvoi des sociétés Exane et Exane Derivatives le 18 février 2021.

Dépôt du mémoire ampliatif le 18 mars 2021 (demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros).

Dépôt du mémoire en défense le 25 mai 2021 (demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros).

Dépôt d'un mémoire complémentaire par les auteurs du pourvoi le 28 juin 2021.

La procédure paraît régulière.

---

1

*M. [A], bulletins de février 2013 à janvier 2017 / M. [K], bulletins de février 2013 à janvier 2017 / M.[X], bulletins de février 2013 à janvier 2017 / M.[L], bulletins de février 2013 à janvier 2017 / M.[J], bulletins de mars 2014 à janvier 2017 / M.[M], bulletins de janvier 2017 à mai 2019 / M.[O], bulletins de janvier 2017 à mai 2019 /M.[Y], bulletins de janvier 2017 à mai 2019*

## 2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi des employeurs successifs comporte deux moyens :

- le premier moyen, composé d'une seule branche, fait grief à l'arrêt de déclarer recevables l'appel et les demandes de la salariée fondées sur l'article 145 du code de procédure civile de leur ordonner de lui communiquer les bulletins de paie de huit salariés, pour les périodes de février 2013 à janvier 2017 pour les quatre premiers, de mars 2017 à mai 2019 pour le cinquième et de janvier 2017 à mai 2019 pour les trois derniers, avec occultation des données personnelles, à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée (fixe et variable) et de la rémunération brute totale cumulée par année civile, le tout sous astreinte de 10 euros par document et par jour de retard, passé un délai d'un mois à compter de la notification de l'arrêt, alors que **la partie qui, après avoir été déboutée de sa demande d'instruction avant tout procès fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, décide de saisir immédiatement au fond le juge du procès, ne remplit plus la condition de l'article 145 du code de procédure « d'une saisine avant tout procès » et se prive elle-même du droit de demander ensuite en appel, sur le fondement de ce texte, ladite mesure d'instruction ;** qu'en l'espèce, dès lors qu'elle relevait qu'à la suite de l'ordonnance du 2 décembre 2019 ayant déclaré irrecevable sa demande de mesure d'instruction avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la salariée avait décidé de saisir au fond le conseil de prud'hommes le 22 janvier 2020 ce, avant d'interjeter appel contre l'ordonnance, la cour d'appel ne pouvait déclarer recevable sa demande qui tendait à solliciter en appel la mesure d'instruction « avant tout procès »; qu'en jugeant le contraire, **la cour d'appel a violé ledit texte, ensemble le principe de la loyauté procédurale et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

Le second moyen, subsidiaire, articulé en quatre branches, fait grief à l'arrêt d'ordonner la même communication de bulletins de paie, alors :

1°/ **que le périmètre d'appréciation de la discrimination ou de l'égalité de traitement est l'entreprise ou l'unité économique et sociale, de sorte qu'un salarié n'a aucun motif légitime à solliciter, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la communication de bulletins de paie d'autres salariés du groupe n'appartenant ni à la même entreprise ni à la même unité économique et sociale ;** qu'en ordonnant en l'espèce la communication des bulletins de paie de MM. [N] et [I], sans vérifier, comme elle y était invitée, s'ils étaient salariés d'une société tierce, la filiale londonienne Exane limited, régie par le droit anglais, qui n'appartenait pas à la même unité économique et sociale que les sociétés Exane et Exane Derivatives dans lesquelles la salariée avait été successivement employée, **la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 145 du code de procédure civile, L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 3221-2 du code du travail et le principe « à travail égal, salaire égal » ;**

2°/ **que le principe d'égalité de rémunération entre salariés suppose l'accomplissement d'un même travail ou d'un travail de valeur égale, de sorte qu'un salarié n'a pas de motif légitime à solliciter, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la communication de bulletins de paie d'autres salariés n'accomplissant un travail ni identique ni de valeur égale ;** qu'en ordonnant en l'espèce la communication de bulletins de paie des sept salariés autres

que M. [O] ([K] [N], [F] [A], [U] [X], [C] [L], [S] [J], [H] [M] et [Z] [Y] au prétexte de l'intitulé de leurs postes et de leur niveau de postes, comparable à celui de la salariée, sans rechercher, comme elle y était invitée, si, au regard de ses fonctions, la salariée exerçait un travail totalement différent de ceux auxquels elle se comparait, en l'absence de responsabilités en matière de maîtrise et de surveillance des risques de marché du groupe, de contrôle de conformité du trading au niveau du groupe et de management d'équipes de trading, de sorte que son travail n'était ni identique ni de valeur égale à ces salariés, **la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 145 du code de procédure civile, L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 3221-2 du code du travail et du principe « à travail égal, salaire égal » ;**

3°/ qu'en application du **règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (RGPD)**, les données à caractère personnel, collectées par l'employeur pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, doivent être traitées ultérieurement de manière compatible avec ces finalités, de manière licite, loyale et transparente à l'égard de la personne concernée, de façon à garantir un niveau de sécurité adapté permettant leur confidentialité et leur intégrité, et n'être conservées que la durée strictement nécessaire au regard de ces finalités ; que **le juge, qui ne peut prononcer, en application de l'article 145 du code de procédure civile, que des mesures d'instruction légalement admissibles, ne peut dès lors ordonner la communication à un tiers de données personnelles dans des conditions contraires au règlement susvisé** ; qu'en ordonnant toutefois la communication à la salariée, sur une période comprise entre 2013 et 2019, de bulletins de paie de huit autres salariés, laissant apparaître leurs noms et prénoms, leurs classifications conventionnelles, leurs rémunérations mensuelles détaillées (fixes et variables) et leurs rémunérations brutes totales cumulées par année civile, sans vérifier si cette communication était contraire aux exigences du règlement européen susvisé qui s'impose au juge, en ce qu'elle conduisait à la divulgation à un tiers de l'ensemble des rémunérations des salariés concernés sur plusieurs années dans un but très différent de la finalité légale pour laquelle les ressources humaines les avaient collectées, sans que ces salariés n'aient pu s'y attendre, et sans que le juge n'édicte aucune garantie de sécurité, de confidentialité et de limitation de la durée de conservation, **la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 145 du code de procédure civile et 4, 5, 6 et 32 du règlement européen susvisé ;**

4°/ que **le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte à la vie privée des salariés concernés soit proportionnée au but poursuivi ; que tel n'est pas le cas lorsque le salarié est déjà en mesure de présenter des éléments de fait susceptibles de laisser présumer l'existence de la discrimination qu'il allègue** ; qu'en l'espèce, en se bornant à énoncer que la salariée justifiait d'un motif légitime à la communication des bulletins de paie, quand elle relevait déjà que les rapports égalité hommes/femmes versés aux débats démontraient une proportion de femmes minoritaire dans les effectifs, des écarts de rémunération entre les hommes et les femmes et un index d'égalité hommes/femmes pour l'année 2018 laissant une marge de progression, **sans vérifier si la production supplémentaire qu'elle sollicitait, de huit salariés sur plusieurs années, était indispensable au droit de la preuve de la salariée et proportionnée au droit au respect de la vie privée des salariés concernés, la cour d'appel a violé les articles 145 du code de procédure civile, 9 du code civil, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et L. 1132-1, L. 134-1, L. 1142-1, L. 1144-1 du code du travail.**

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

Droit à la preuve et production d'éléments portant atteinte à la vie privée ; nécessité, pour le juge, d'ordonner la communication à un tiers de données personnelles, à titre de mesure d'instruction légalement admissible, dans des conditions conformes au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 dit RGPD.

### 4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

#### 4-1 article 145 du code de procédure civile ; conditions de mise en oeuvre (premier moyen)

Selon l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

La procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'est pas limitée à la conservation des preuves et peut tendre aussi à leur établissement (2e Civ., 17 juin 1998, pourvoi n°95-10.563, Bull. 1998, II, n°200).

Un salarié qui s'estime victime d'une discrimination peut avoir recours à cette procédure devant la juridiction prud'homale statuant en référé pour obtenir communication, par son employeur, d'informations lui permettant de procéder à une comparaison utile de sa situation avec celle de ses collègues (pour une inégalité salariale : Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-20.526, 10-20.528, Bull. 2012, V, n° 341 ; pour une discrimination syndicale : Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-26.144 ).

Si une instance au fond est en cours à la date à laquelle la demande est introduite, le juge des référés ne peut plus être saisi d'une demande de production de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile : Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n°17-27.459 et Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n°19-26.144, déjà cité.

L'absence d'instance au fond, qui constitue une condition de recevabilité de la demande de mesure d'instruction *in futurum* formée en application de cet article (2<sup>e</sup> Civ, 5 février 2009, n°07-21.572 ; Soc., 13 juin 2001 n° 00-43.499), doit s'apprécier à la date de la saisine du juge : ainsi en a jugé la deuxième chambre civile (2e Civ., 28 juin 2006, n°05-19.283, Bull. II n°173, rapport annuel), s'alignant sur les autres chambres civiles et opérant un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure dissidente (2<sup>e</sup> Civ., 3 octobre 2002 n°01-00.177 et 01-00.326) qui avait pour inconvénient de permettre au défendeur d'échapper à une mesure d'instruction en saisissant lui-même le juge du fond alors que la condition d'absence de saisine du juge du fond a pour seule fonction d'éviter un conflit de compétence entre les juges successivement saisis. Cette jurisprudence a été réaffirmée : 2<sup>e</sup> Civ., 13 septembre 2007 n°06-18.009 ; 2e Civ., 5 juin 2014, pourvoi n° 13-19.967, Bull. 2014, II, n° 128.

Notre chambre applique cette jurisprudence : Soc., 12 décembre 2000 n° 99-41.246 ; Soc., 30 janvier 2008, n°06-45.904 ; Soc., 16 juin 2010, n°09-40.471 ; Soc., 1er février 2017, n°15-27.043 ; Soc., 13 juin 2001 n°00-43-499 et Soc., 25 septembre 2019, 17-27.459 - pour deux cas où la condition n'était pas remplie, le salarié ayant déjà engagé une instance au fond contre son employeur- ; Soc., 16 mars 2021, n°19-21.063, publié.

**Limite** : l'existence d'une instance en cours ne constitue un obstacle à une mesure d'instruction *in futurum* que si l'instance au fond est ouverte sur le même litige à la date de la requête ; une mesure fondée sur les dispositions de l'article 145 du code de procédure civile peut toujours être ordonnée si elle est sollicitée dans l'éventualité d'un litige distinct du procès déjà engagé (2e Civ., 19 février 2015 n° 14-12.280 ; 2e Civ. 30 septembre 2021 n°19-26.018, publié).

### **Le principe de loyauté procédurale :**

Le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats (1re Civ., 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044, Bull. 2005, I, n° 241).

Pour soutenir que la cour d'appel avait violé le principe de la loyauté procédurale et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les auteurs du pourvoi invoquent les arrêts suivants :

1<sup>re</sup> Civ, 4 octobre 2005, n°02-15.981, Bull. n°360 :

*« Justifie légalement sa décision au regard du principe de loyauté procédurale, une cour d'appel qui déclare opposable à une société italienne une expertise ordonnée par une décision du juge des référés non frappée d'appel, dès lors d'une part que la société, qui se plaignait de n'avoir reçu l'assignation en référé qu'après l'audience, avait signé l'accusé de réception de la lettre recommandée adressée par l'huissier et d'autre part qu'elle n'avait contesté la régularité de cette expertise qu'en appel » ;*

1<sup>re</sup> Civ., 6 juillet 2005, n°01-15.912, Bull. n°302 :

*« C'est à juste titre qu'une cour d'appel décide qu'une partie, qui a formé une demande d'arbitrage devant un tribunal institué en vue de régler les différends entre deux pays et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable » ;*

2<sup>me</sup> Civ., 20 octobre 2005, n°03-13.932, Bull. n°257 :

*« Est irrecevable, comme incompatible avec la position adoptée devant les juges du fond, le moyen par lequel une partie fait grief à un arrêt d'avoir révoqué l'ordonnance de clôture pour rendre recevables les conclusions de la partie adverse, fixé celle-ci le jour même, entendu les parties et statué au fond, dès lors que l'arrêt relève que les parties avaient, à l'audience, sollicité le rabat de l'ordonnance de clôture rendue quelques jours avant et expressément demandé que l'affaire soit retenue en l'état des écritures notifiées plusieurs mois auparavant par l'appelant et la veille de l'audience par l'intimé » ;*

Com., 20 septembre 2011, n°10-22.888, Bull. n°132 :

*« Nul ne pouvant se contredire au détriment d'autrui, viole ce principe, la cour d'appel de renvoi qui déclare irrecevables les demandes formées contre une société qui se prévalait devant elle de la circonstance qu'elle aurait été dépourvue de personnalité juridique lors des instances ayant conduit aux décisions attaquées, alors que cette société avait elle-même formé et instruit le pourvoi ayant donné lieu à renvoi après une cassation partielle ».*

Il est rappelé que la prescription de l'action en discrimination est de cinq ans à compter de la révélation (L.1134-5 du code du travail) et que celle de l'action en rappel de

salaire est de trois ans, la durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance objet de la demande (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 20-12.960, 20-12.962).

Le mémoire en défense, sur le respect du principe de loyauté procédurale, invoque l'intérêt pour la salariée de saisir le juge du fond pour interrompre la prescription.

Les auteurs du pourvoi répliquent que, si une requête fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, qui, introduisant une procédure non contradictoire, ne constitue pas, au sens de l'article 2241 du code civil, une demande en justice et n'interrompt pas le délai de prescription de l'action au fond, il en est autrement lorsque les deux actions tendent à un même but, de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première (2<sup>e</sup> Civ., 14 janvier 2021, n° 19-20.316, sommaire : « *tel est le cas de la demande en référé, à fin de mainlevée du séquestre de documents recueillis par un huissier de justice en vertu d'une ordonnance sur requête rendue sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, qui interrompt le délai de prescription de l'action au fond, dès lors qu'elle tend, comme la demande au fond, à obtenir l'indemnisation du préjudice, celle-ci étant virtuellement comprise dans l'action visant à l'obtention de la mesure in futurum* »).

**Ce moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes, est susceptible de faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé :**

En l'espèce, il ressort des productions que la demande a été formée devant les premiers juges le 31 octobre 2019 et que l'ordonnance a été rendue le 2 décembre 2019, à une date où le juge du fond n'était saisi d'aucun litige. Si un recours a été formé le 27 janvier 2020 contre la décision de référé, ce n'est que le 22 janvier 2020 que le conseil de prud'hommes a été saisi sur le fond par la salariée (MA, productions n°2 et n°3).

Les demandes de mesures d'instruction formées par la salariée n'étaient pas devenues, le 22 janvier 2020, opposées et incompatibles avec sa saisine du juge du fond. En effet, la salariée n'avait pas implicitement reconnu, en saisissant le juge du fond avant de relever appel, qu'elle disposait de suffisamment d'éléments pour soutenir ses demandes au fond devant la juridiction prud'homale dans la mesure où, à l'origine, elle avait bien formé sa demande de mesure d'instruction avant toute instance au fond même si sa demande avait été déclarée irrecevable par les premiers juges qui avaient considéré qu'elle n'apportait aucune élément probant en faveur de la pertinence de son panel de comparaison, et elle n'avait fait qu'exercer son droit d'appel.

L'absence d'instance au fond, condition de recevabilité de la demande de mesure d'instruction *in futurum* formée en application de l'article 145 du code de procédure civile, devant s'apprécier à la date de la saisine du juge, la cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard des textes et principe invoqués.

#### **4-2 appréciation de la composition du panel de comparaison pour vérifier le respect du principe d'égalité de rémunération (second moyen, branches 1 et 2)**

La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5,4° (L. 2261-22, R.2261-1) et L. 136-2,8° (L.2271-1) du code du travail, ce dont il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont

placés dans une situation identique (arrêt « Ponsolle » Soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, Bull 1996 n°359 ; arrêt « Pain I » Soc., 30 janvier 2008 n°06-46.447).

Par ailleurs, le texte de référence actuel en matière de discrimination est l'article L. 1132-1 du code du travail.

La règle peut s'énoncer comme suit (par généralisation et transposition de l'article L. 3221-2 du code du travail concernant l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes) : l'employeur doit assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de traitement entre les salariés de l'un ou l'autre sexes placés dans une situation identique ou similaire (situation, fonctions, responsabilités effectivement exercées) au regard de l'avantage en cause, sauf à ce que la différence de traitement pratiquée repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (pour une application récente : Soc., 10 mars 2021, n°19-16.724).

La seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence (Soc., 1 juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168).

Par des arrêts du 8 juin 2011 (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-11.933, 10-13.663, Bull. 2011, V, n° 143), la chambre sociale a procédé à une distinction, s'agissant des différences de traitement catégorielles, entre ce qui relève des conditions d'exercice des fonctions, de l'évolution de carrière et des modalités de rémunération pour lesquelles des différences de traitement en faveur des cadres pourraient être justifiées, et les autres domaines pour lesquels le principe d'égalité de traitement demeurerait d'application stricte. Puis elle a jugé que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8).

Il résulte de l'arrêt du 3 avril 2019 (Soc., 3 avril 2019, pourvoi n°17-11.970, publié au rapport annuel) que sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, les différences de traitement :

- entre catégories professionnelles, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n°13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V n°8),
- entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc., 8 juin 2016, pourvois n°15-11.324, Bull. 2016, V, n°130),
- entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n°15-18.444, Bull. 2016, V, n°206),
- entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'entreprise (Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n°16-17.517, Bull. 2017, V, n°170),

- entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'accord collectif (Soc., 30 mai 2018, pourvoi n°17-12.925 Bull. 2018, V, n° 94).

Dans ces hypothèses, et elles seules, c'est au salarié qui conteste le bien-fondé de la différence de prouver qu'elle est étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Mais la règle probatoire rappelée ci-dessus s'applique sans réserve quand la différence de traitement trouve sa source dans une décision unilatérale de l'employeur, avec le mécanisme probatoire suivant : il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal salaire égal » de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération

Il lui incombe à cet égard de démontrer qu'il est dans une situation identique ou similaire au regard de l'avantage invoqué à celle du salarié auquel il se compare (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, Bull. 2018, V, n° 64). Les éléments produits à l'appui de la demande ne doivent pas être de simples allégations mais être suffisamment étayés (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n°08-19.748, Bull. 2010, V, n° 242). Le salarié doit ainsi démontrer effectuer un travail de même valeur que ceux auxquels il se compare (Soc., 19 septembre 2012, n°11-14.193 et ss).

Il appartient au salarié de fournir un minimum d'éléments de preuve ; s'il estime que les éléments de preuve sont entre les mains d'un tiers, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production. Ce dernier peut ensuite tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus de l'autre partie de déférer à une décision ordonnant la production de ces pièces : Soc., 12 juin 2013, pourvoi n° 11-14.458, Bull. 2013, V, n°156 ; Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-18.966.

Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence, de rapporter la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant l'inégalité de traitement dont se plaignent les salariés (Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.407, Bulletin civil 2004, V, n° 1 ; Soc. 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-41.826, 03-41.827, 03-41.828, 03-41.829, 03-41.825, Bull., 2004, V, n° 228 ; Soc., 25 mai 2005, n°04-40.169, Bull. n°178 ; Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, Bull. 2010, V, n° 242 ; Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.373, Bull. 2016, V, n° 211 ; Soc., 4 octobre 2017, n°16-17.427 et s. ; Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814 Bull. 2018, V, n° 64 ; Soc., 4 avril 2018, pourvoi n°16-27.703, Bull. 2018, V, n° 63).

Le principe d'égalité de traitement n'interdit pas les différences de traitement : il exige que ces différences soient justifiées par des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence : Soc., 16 février 2012, pourvoi n° 10-21.867, 10-21.868, 10-21.864, 10-21.865, 10-21.866, Bull. 2012, V, n° 76 ; Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-19.667, 12-19.793, Bull. 2013, V, n° 300 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-17.627, 13-17.628, 13-17.629, 13-17.622, 13-17.623, Bull. 2015, V, n° 6.

Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés « occasionnels », sans rechercher concrètement

si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables (Soc., 15 mai 2007, pourvoi n°05-42.894, 05-42.895, Bull. 2007, V, n° 75).

Une différence de traitement établie par engagement unilatéral ne peut être pratiquée entre des salariés relevant d'établissements différents et exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elle repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence (Soc. 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-11.386, Bull. 2016, V, n° 168).

### **Contrôle de la Cour de cassation :**

L'appréciation de l'existence d'un intérêt légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile relève du pouvoir souverain des juges du fond (2e Civ., 25 octobre 1995, pourvoi n°94-10.516, Bulletin 1995 II n° 258 ; 2e Civ., 10 juillet 1991, pourvoi n° 90-14.306, Bulletin 1991, II, n° 224 ; 2e Civ., 20 mars 2014, pourvoi n° 13-14.985, Bull. 2014, II, n° 78).

L'appréciation par les juges du fond de la matérialité des éléments de fait fondant la demande au titre de la discrimination est souveraine (Soc., 17 novembre 2015, n°14-14.839, Soc., 23 novembre 2016, n°15-17.496). L'appréciation de l'existence d'éléments susceptibles de caractériser une inégalité de traitement - y compris l'identité de situation entre le demandeur et le salarié auquel il se compare - relève pareillement du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 31 mars 2012, pourvoi n°10-17.957 ; Soc., 16 octobre 2019, pourvoi n°18-18.174, 18-18.206 ; Soc., 27 novembre 2019, n°18-10.807).

Si le juge du fond estime que le salarié justifie d'éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination, il doit alors examiner les éléments apportés par l'employeur et apprécier si celui-ci justifie que la différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.

Cette appréciation est souveraine : Soc., 18 janvier 2011, n° 09-68.163 ; Soc., 13 janvier 2016 n°14-26.050 (exemple de cassation) ; Soc. 2 juin 2017, n°16-10.755.

Lorsque la discrimination alléguée repose sur une comparaison avec d'autres salariés de l'entreprise, le juge doit vérifier les conditions dans lesquelles la carrière du salarié s'est déroulée (Soc., 11 février 2009, n°08-40.536), mais, sous réserve que ses motifs ne soient pas inopérants, la constitution et la pertinence du panel de comparaison relève de son appréciation souveraine (Soc., 3 juillet 2012, n°10-25.747, Soc., 9 mars 2016, n°14-26.803 ; Soc., 13 juillet 2017, n°15-22.757 ; Soc., 12 octobre 2017, n°15-19.360 ; Soc., 7 février 2018, n° 16-22.911 ; Soc., 20 septembre 2018, n° 17-14.230 ; Soc., 11 mars 2020 n° 18-16.678 ; Soc., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-11.897), de même que la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'une différence de traitement dans le déroulement de la carrière du salarié (Soc., 26 janvier 2010, n°08-44.118).

Le périmètre d'appréciation de l'égalité de rémunération est celui de l'entreprise ; le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable entre salariés d'entreprises différentes, peu important qu'elles appartiennent à un même groupe :

Soc., 22 février 2006, n°04-43.542 ; Soc., 20 décembre 2006, n°04-43.966 ; Soc., 14 septembre 2010, n°08-44.180 ; Soc. 11 juillet 2012, n°11-14-341 :

« Vu le principe "à travail égal, salaire égal" ;

*Attendu que ce principe ne s'applique pas lorsque des salariés qui revendiquent le bénéfice d'un droit ou d'un avantage n'appartiennent pas à l'entreprise au sein de laquelle ce droit ou cet avantage est reconnu en vertu d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ;*

*Attendu que pour condamner la société Sem Sodexmar à payer à chacun des salariés une somme à titre de dommages-intérêts pour inégalité de traitement, les jugements énoncent que celle-ci reconnaît qu'au sein du groupe Vendemia, des salariés ont bénéficié de la prise en charge par l'employeur des frais d'entretien des tenues de travail ; que seul le personnel de Jumbo score ne bénéficie pas de cet avantage ;*

*Qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes a violé le principe susvisé » ;*

et aussi Soc., 16 septembre 2015, n°13-28.415, Bull. n°119.

Au sein d'une unité économique et sociale, le principe d'égalité n'a pas pour objet d'assurer l'égalité de traitement entre des entreprises, mais peut s'appliquer dans un groupe d'employeurs si ceux-ci sont soumis à une source unique, loi ou convention collective, qui constituera une base de comparaison. Aussi, de la reconnaissance d'une UES, il ne découle pas automatiquement l'égalité de traitement entre les salariés compris dans le périmètre : Soc., 1<sup>er</sup> juin 2005, n°04-42.143, Bull. n°185 ; Soc., 30 mai 2012, n°11-11.387 :

*« attendu qu'au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement » ;*

voir aussi Soc. 27 novembre 2013, n°12-18.814.

**En l'espèce**, pour demander la communication des bulletins de paie de MM. [N] et [I], la salariée faisait valoir qu'ils appartenaient soit à l'effectif de la société Exane SA, soit à celui de la société Exane Derivatives, toutes deux basées dans le même immeuble 6, rue Menars à Paris, que ces deux personnes avaient fait le choix de fixer leur domicile hors de Paris sans que ce choix puisse avoir un impact sur la détermination de leur lieu de travail, que le premier faisait partie de l'effectif de la société Exane SA et avait pour mission, en tant que COO, de superviser les salariés de la société Exane basés à Paris et que le second était directeur stratégie au service d'Exane SA et suite à sa démission en 2017 son poste avait été proposé à Mme [R]. Elle expliquait avoir comparé sa situation pas seulement en considération de sa catégorie professionnelle (cadre) ou selon sa classification conventionnelle (II.A puis III.B), mais en considération des tâches exercées, des diplômes, des compétences, des responsabilités et du niveau de charge nerveuse requise, en tenant compte de l'interchangeabilité de fonctions professionnelles des collaborateurs du groupe Exane, de l'interchangeabilité des fonctions professionnelles des collaborateurs en usage dans le groupe.

Les employeurs objectaient que les comparaisons alléguées par Mme [R] n'étaient pas pertinentes, qu'elle occupait des fonctions et se trouvait dans une situation différente de celles des salariés auxquels elle se comparait, sauf M. [O], et que MM. [N] et [I], domiciliés hors de France, dépendaient d'une filiale de droit anglais dont la fusion n'était intervenue que postérieurement (janvier 2019) aux périodes litigieuses (janvier 2017 pour la plus récente).

La cour d'appel a considéré que :

« En l'espèce, les rapports égalité hommes/femmes rédigés par les sociétés démontrent une proportion de femme minoritaire dans les effectifs (un tiers de femmes, deux tiers d'hommes) ainsi que des écarts de rémunération entre les hommes et les femmes. En outre, l'index égalité hommes/femmes pour l'année 2018 était de 86/100, ce qui laisse envisager une marge de progression pour arriver à l'équilibre.

En outre la demande de Mme [R] est légitime dès lors qu'elle invoque une comparaison avec des salariés occupant des postes de niveau comparable, puisque Messieurs [K] [N], [F] [A], [U] [X], [C] [L], [S] [J], [H] [M], [Z] [Y], [K] [O], exercent des fonctions d'encadrement, avec un haut niveau de responsabilité, comparable à celui de Mme [R] qui a occupé le poste de Responsable projets transverses dérivés, statut cadre, catégorie III.A, depuis le 1er février 2013, et depuis le 23 janvier 2017, le poste de Directeur stratégie et projets groupe, statut cadre, catégorie III.B.

Ainsi les salariés dont il est demandé la communication des bulletins de salaire ont occupé les postes suivants : pour M. [N], le poste de COO Cash equity chez Exane SA; pour M. [A], le poste de Responsable du trading options ; pour M. [X], le poste de Responsable du trading structurés ; pour M. [L], le poste de Directeur du contrôle des risques ; pour M. [I], le poste de Directeur stratégie; pour M. [M], le poste de Directeur des risques ; pour M. [Y], le poste de Directeur de la conformité ; et pour M. [O], le poste de COO produits structurés ».

**Les deux premières branches du second moyen, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes, sont susceptibles de faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé :**

Sous couvert des griefs de violation de la loi et de défaut de base légale, le moyen, pris en ses deux premières branches, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la valeur et de la portée des éléments soumis par les parties, d'une part, pour caractériser l'existence d'un motif légitime d'ordonner la communication de documents concernant certains salariés auxquels la requérante se comparait, d'autre part, pour la constitution et la pertinence du panel de comparaison et donc des pièces entre les mains des employeurs successifs dont il lui était demandé d'ordonner la production.

#### **4-3 droit à la preuve et respect de la vie privée (second moyen, branches 3 et 4)**

L'article 9 du code civil pose le principe du droit de chacun au respect de sa vie privée, mais ne définit pas l'objet de ce droit. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce que « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Cette formule a inspiré la rédaction de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, selon lequel « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications »<sup>2</sup>.

L'article L.1121-1 du code du travail dispose 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 »

Notre chambre a consacré le principe d'une protection de la vie privée du salarié dans l'entreprise, et, plus particulièrement, de celle relative au secret des correspondances. Dans l'arrêt « Nikon » (Soc. 2 octobre 2001, n°99-42.942, Bull V n°291) au visa des articles 8 de la CEDH, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L.120-2 du code

---

<sup>2</sup> emprunts au rapport de Mme la Conseillère Depelley pour le pourvoi Z1912058

du travail (devenu article L1121-1), elle a jugé 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 :

*«le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le respect 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 ».*

Cette position a été réaffirmée notamment dans un arrêt du 12 octobre 2004, pourvoi n°02-40.392, Bull n°245, sommaire :

*« 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 ».*

Cette protection s'étend aux données personnelles figurant sur le bulletin de salaire (Soc., 7 novembre 2018, n°17-16.799 , cité par le mémoire en défense).

**Le droit à la vie privée peut toutefois céder devant le droit à la preuve**, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Lorsque le salarié soutient que la preuve des faits concernant l'inégalité de traitement en matière de rémunération est entre les mains d'une autre partie (entreprise utilisatrice, etc.), il peut demander au juge d'en ordonner la production (Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n°13-18.966, déjà cité).

La jurisprudence de la chambre sociale, notamment celle relative à la mise en oeuvre des dispositions prévues à l'article 145 du code de procédure civile, a retenu **dans un premier temps** que **la vie personnelle du salarié** ne constitue pas un obstacle à une communication de pièces lorsque celle-ci procède d'un motif légitime et est **nécessaire** à la protection des droits de la partie qui sollicite cette communication :

(Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, Bull. 2007, V, n° 84), sommaire :

*« le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées.*

*Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui, pour rétracter une ordonnance rendue en application de ce texte à la requête d'un employeur et autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition d'un salarié et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé avec deux personnes identifiées, retient que la mesure en question a pour effet de donner à l'employeur connaissance de messages personnels émis et reçus par le salarié et en déduit qu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale et n'est pas légalement admissible, alors que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié ».*

Dans le même sens :

- Soc., 10 juin 2008, pourvoi n°06-19.229, Bull. 2008, V, n° 129, sommaire :

*« Le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées.*

*Par suite, justifie sa décision, la cour d'appel qui, estimant que l'employeur avait des raisons légitimes et sérieuses de craindre que l'ordinateur mis à la disposition du salarié avait été utilisé pour favoriser des actes de concurrence déloyale, confie à un huissier de justice la mission de prendre copie, en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé et aux conditions définies par le jugement confirmé, des messages échangés avec des personnes identifiées comme étant susceptibles d'être concernées par les faits de concurrence soupçonnés ».*

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, sur le fondement de l'article 6, §1, de la Convention, « le droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - » (CEDH, 27 octobre 1993, *Bombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n°274, § 33 ; [CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T.A. c/ Belgique, n°65097/01](#), §42), ou, autrement dit, un « droit à la preuve » ([CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c/ France, n°7508/02](#), § 40).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'une partie à un procès de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable et le droit à l'intimité de l'autre partie «méritent a priori un égal respect » (CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, n°7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, *N. N. et T. A. c. Belgique*, n°65097/01).

Rattaché au droit à un procès équitable, le droit à la preuve peut ainsi autoriser une ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou le droit au secret dès lors qu'elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique.

A la lumière de la jurisprudence de la CEDH, la Cour de cassation a introduit un contrôle de proportionnalité : si les mesures d'instruction ordonnées ne doivent pas porter atteinte à un secret juridiquement protégé ou à un droit fondamental, la protection qui y est attachée n'est pas absolue et cède parfois devant les intérêts légitimes du demandeur à la preuve. Il appartient dès lors au juge de peser les droits et libertés en conflit et de prendre s'il y a lieu, en faisant application du principe de proportionnalité, la mesure apparaissant strictement nécessaire à la défense de ces intérêts :

- 1re Civ. 5 avril 2012, pourvoi n°11-14.177, Bull. n°85 :

*Vu les articles 9 du code civil et du code de procédure civile, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;*

*Attendu que pour retirer des débats une lettre écrite par M. N... aux époux S., ses beaux-parents, trouvée après leurs décès dans leurs papiers par M. P... S..., leur fils, gérant de l'indivision successorale, et par laquelle ce dernier prétendait établir une donation immobilière rapportable faite en faveur de Mme M... S..., épouse de M. N... , l'arrêt retient qu'il produit cette missive sans les autorisations de ses deux soeurs ni de son rédacteur, violant ainsi l'intimité de sa vie privée et le secret de ses correspondances ;*

*Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

- 1<sup>re</sup> Civ., 25 février 2016, pourvoi n°15-12.403, Bull. 2016, I, n°48, sommaire :

« Le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant **atteinte à la vie privée** qu'à la condition que cette production soit **indispensable** à l'exercice de ce droit et que **l'atteinte soit proportionnée** au but poursuivi.

*Viole, dès lors, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile une cour d'appel qui, pour rejeter la demande tendant à voir écarter des débats des rapports d'enquête privée produits par un assureur à l'occasion de l'instance en indemnisation du préjudice subi par la victime d'un accident, retient que ces rapports ne portent pas une atteinte disproportionnée au respect dû à la vie privée de cette dernière, tout en relevant que les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée ».*

Ainsi, dans le cadre des preuves apportées par l'employeur à l'appui du licenciement, il s'agit alors pour les juges du fond de procéder à une appréciation in concreto 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).

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 doivent procéder<sup>3</sup>.

Notre chambre a ainsi jugé :

- Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209, 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**.

*Encourt la cassation l'arrêt qui retient que constitue un mode de preuve illicite la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application de l'article L. 3171-2 du code du travail et qui ont été reproduits sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés, alors que la cour d'appel a 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 d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche, 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 » ;*

- Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163 :

« Vu l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé, que Mme R... a été engagée le 4 mars 2002 en qualité de voyageur représentant placier, par la société Val, aux droits de laquelle se trouve la société Europ Ecrins ; qu'invoquant une atteinte au principe d'égalité de traitement, elle a saisi en référé la juridiction prud'homale aux fins de voir ordonner la communication par son employeur de divers documents relatifs à la rémunération des autres VRP de la société sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ;*

---

<sup>3</sup> Extrait rapport complémentaire de Mme la conseillère M.S. Richard sous pourvoi X1719523

Attendu que pour débouter la salariée de cette demande, l'arrêt retient que la demande de communication de pièces est trop étendue et trop imprécise pour qu'il puisse en être apprécié en référé la pertinence, notamment au regard du principe de protection de la vie privée des autres salariés, considération d'équilibre des droits que le juge du fond est mieux à même d'apprécier au cas d'espèce et qu'il n'existe pas de risque de dépérissement des preuves, de sorte qu'en l'état, la salariée ne justifie pas d'un intérêt légitime conduisant à ce qu'il soit fait droit à sa demande en référé ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait de vérifier si les mesures demandées étaient **nécessaires** à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une **atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés** concernés, la cour d'appel, qui a méconnu ses pouvoirs, a violé les textes susvisés ».

- Soc. 11 décembre 2019, n°18-16.516 :

Vu l'article 145 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé, que M.B..., salarié de la société Candriam France en qualité de directeur commercial France, a été licencié le 7 février 2017 ; qu'il a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes de demandes tendant à la communication par son employeur de documents, en vue d'établir une inégalité de traitement dont il aurait été victime ;

Attendu que, pour ordonner la production sous astreinte de divers documents, l'arrêt retient que M. B..., qui n'a perçu aucun bonus au titre de l'année 2016 contrairement à d'autres cadres et non-cadres de l'entreprise, justifie d'un intérêt légitime à obtenir des éléments de comparaison concernant le montant de la part variable de la rémunération des salariés auxquels il est susceptible de se comparer ;

Attendu cependant que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la mesure demandée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Dans l'arrêt Barbulescu c/Roumanie du 5 septembre 2017, requête n°[61496/08](#) (salarié surveillé par son employeur sur son compte de messagerie instantanée), la CEDH considère 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 :

« 70. (...) La notion de « vie privée » est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive (Sidabras et Džiautas c. Lituanie, nos 55480/00 et 59330/00, § 43, CEDH 2004-VIII). L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel (K.A. et A.D. c. Belgique, nos 42758/98 et 45558/99, § 83, 17 février 2005), que ce soit sous la forme du développement personnel (Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI) ou sous celle de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important sous-jacent dans l'interprétation des garanties de l'article 8 (Pretty c. Royaume-Uni, no 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). La Cour reconnaît que chacun a le droit de vivre en privé, loin de toute attention non voulue (Smirnova c. Russie, nos 46133/99 et 48183/99, § 95, CEDH 2003-IX (extraits)). Elle considère par ailleurs qu'il serait trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle (Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, § 29, série A no 251-B). **Ainsi, l'article 8 garantit un droit à la « vie privée » au sens large, qui comprend le droit de mener une « vie privée sociale », à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale.** Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables (Bigaeva c. Grèce, no 26713/05, § 22, 28 mai 2009, et Özpınar c. Turquie, no 20999/04, § 45 in fine, 19 octobre 2010).

71. **La Cour considère que la notion de « vie privée » peut inclure les activités professionnelles** (Fernández Martínez c. Espagne [GC], no 56030/07, § 110, CEDH 2014 (extraits), et Oleksandr Volkov c. Ukraine, no 21722/11, §§ 165-166, CEDH 2013) ou les activités qui ont lieu dans un contexte public (Von Hannover c. Allemagne (no 2) [GC], nos 40660/08 et 60641/08, § 95, CEDH 2012). Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8 lorsqu'elles se répercutent

sur la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement de relations avec autrui. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum, d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur (Niemietz, précité, § 29).

72. Par ailleurs, pour ce qui est de la notion de « correspondance », il est à noter que, dans la rédaction de l'article 8 de la Convention, ce mot ne s'accompagne d'aucun adjectif, contrairement au terme « vie ». La Cour a du reste déjà constaté qu'il n'y avait pas lieu de qualifier cette notion dans le cas de la correspondance téléphonique. Dans plusieurs affaires relatives à la correspondance avec un avocat, elle n'a pas même envisagé la possibilité que l'article 8 soit inapplicable du fait du caractère professionnel de la correspondance (voir en ce sens Niemietz, précité, § 32, avec les références citées). Elle a d'ailleurs conclu que les communications téléphoniques relèvent des notions de « vie privée » et de « correspondance » au sens de l'article 8 (Roman Zakharov c. Russie [GC], no 47143/06, § 173, CEDH 2015). En principe, cela est également vrai lorsque ces communications émanent de locaux professionnels ou sont reçues dans de tels 22 Z1912058 locaux (Halford, précité, § 44, et Amann c. Suisse [GC], no 27798/95, § 44, CEDH 2000-II). Il en va de même pour les messages électroniques envoyés depuis le lieu de travail : ils relèvent aussi de la protection de l'article 8, tout comme les éléments recueillis au moyen d'une surveillance de l'usage qu'une personne fait d'internet (Copland, précité, § 41 in fine).

73. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que les communications émanant de locaux professionnels, tout comme celles provenant du domicile, peuvent se trouver comprises dans les notions de « vie privée » et de « correspondance » visées à l'article 8 de la Convention (Halford, précité, § 44 et Copland, précité, § 41). Afin de déterminer si les notions de « vie privée » et de « correspondance » sont applicables, la Cour a en plusieurs occasions recherché si l'individu pouvait raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée soit protégée et respectée (ibidem ; en ce qui concerne la « vie privée », voir Köpke c. Allemagne (déc.), no 420/07, 5 octobre 2010). Dans ce contexte, elle a indiqué que l'attente raisonnable en matière de protection et de respect de la vie privée était un critère important, mais pas nécessairement décisif (Köpke, décision précitée).

74. Faisant application de ces principes en l'espèce, la Cour relève d'emblée que le type de messagerie instantanée sur internet en question n'est autre qu'une forme de communications faisant partie de l'exercice d'une vie privée sociale. Par ailleurs, la notion de « correspondance » s'applique à l'envoi et à la réception de messages, même depuis l'ordinateur de l'employeur ».

Consacrant le recours par le juge interne à la technique de la balance des intérêts, la CEDH a jugé à l'occasion de cette affaire que les juridictions internes doivent s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance de la correspondance et des autres communications, quelles qu'en soient l'étendue et la durée, s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes contre les abus et que les autorités nationales devraient tenir compte des facteurs suivants :

« i) L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de surveillance de sa correspondance et de ses autres communications 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 affaire, la Cour estime que, afin que les mesures puissent être jugées conformes aux exigences de l'article 8 de la Convention, l'avertissement doit en principe être clair quant à la nature de la surveillance et préalable à la mise en place de celle-ci.

ii) Quels ont été l'étendue de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée de l'employé ? À cet égard, une distinction doit être faite entre la surveillance du flux des communications et celle de leur contenu. Il faut également prendre en compte les questions de savoir si la surveillance des communications a porté sur leur intégralité ou seulement sur une partie d'entre elles et si elle a ou non été limitée dans le temps ainsi que le nombre de personnes ayant eu accès à ses résultats (voir, en ce sens, Köpke, décision précitée). Il en va de même des limites spatiales de la surveillance.

iii) L'employeur a-t-il avancé des motifs légitimes pour justifier la surveillance de ces communications et l'accès à leur contenu même (voir, aux paragraphes 38, 43 et 45 ci-dessus, l'état du droit international et européen en la matière) ? La surveillance du contenu des communications étant de par sa nature une méthode nettement plus invasive, elle requiert des justifications plus sérieuses.

iv) Aurait-il été possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs que l'accès direct au contenu des communications de l'employé ? À cet égard, il convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce le point de savoir si le but poursuivi par l'employeur pouvait être atteint sans que celui-ci n'accède directement et en intégralité au contenu des communications de l'employé.

v) Quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé qui en a fait l'objet (voir, mutatis mutandis, le critère similaire appliqué pour l'examen de la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention dans *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 95, 7 février 2012, avec les références citées) ? De quelle manière l'employeur a-t-il utilisé les résultats de la mesure de surveillance, notamment ces résultats ont-ils été utilisés pour atteindre le but déclaré de la mesure (voir, en ce sens, *Köpke*, décision précitée) ?

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 doivent notamment permettre d'empêcher que l'employeur n'ait accès au contenu même des communications en cause sans que l'employé n'ait été préalablement averti d'une telle éventualité ».

Dans son arrêt du 17 octobre 2019, (*Lopez Ribalda et autres c. Espagne*, no 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.

Faisant application de ces principes, nous avons alors jugé :

- Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n°19-12.058, publié, sommaire : « *Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* ».

- Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.648 :

*Enoncé du moyen*

3. Les salariés font grief aux arrêts de les débouter de leur demande de communication de pièces sous astreinte formée contre la société, alors « que dans leurs écritures, les exposants avaient eu soin de faire valoir qu'ils étaient titulaires d'un mandat syndical et que leur carrière comme leur rémunération n'avaient quasiment pas évolué en comparaison des salariés ne disposant pas d'un mandat, que dans ces conditions ils avaient sollicité à plusieurs reprises que leur employeur leur communique les éléments leur permettant de comparer l'évolution de leur carrière et de leur rémunération avec les salariés embauchés à la même époque et sur le même site et qu'alors que ces éléments étaient indispensables pour pouvoir établir l'étendue de la discrimination syndicale et du préjudice subis, la société Renault Trucks avait toujours refusé de transmettre ces informations alors qu'elle était la seule à disposer des pièces de nature à pouvoir procéder à une comparaison utile ; qu'en se bornant, pour débouter les salariés de leurs demandes, à affirmer, après avoir constaté que la mesure demandée était légitime, que celle-ci s'analysait en une mesure générale d'investigation excédant par sa généralité les précisions de l'article 145 du code de procédure civile, sans rechercher si les mesures demandées n'étaient pas nécessaires à l'exercice du droit à la preuve des exposants et en particulier, si la communication des documents demandés, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer, n'était pas nécessaire à la protection de leurs droits, la cour d'appel, qui a méconnu ses pouvoirs, a violé l'article 145 du code de procédure civile, ensemble l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

*Réponse de la Cour*

Vu l'article 145 du code de procédure civile, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile :

4. Selon le premier des textes susvisés, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé. Il résulte par ailleurs des

articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

5. Pour débouter les salariés de leur demande de production et communication de pièces sous astreinte, les arrêts énoncent que si le demandeur à la mesure d'instruction n'est pas tenu, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, de caractériser le motif légitime qu'il allègue au regard des différents fondements juridiques qu'il envisage pour son action future, il doit néanmoins apporter au juge les éléments permettant de constater l'existence d'un tel motif au regard de ces fondements. Ils constatent que les salariés caractérisent ce motif légitime en produisant un tableau issu de la négociation annuelle obligatoire, dressant la moyenne des rémunérations des salariés classés dans leur catégorie et dont il résulte que, malgré leur ancienneté, leur rémunération annuelle se trouve tout juste dans la moyenne, différence de traitement qu'ils mettent en lien avec l'activité syndicale. Les arrêts en déduisent qu'il existe un litige potentiel susceptible d'opposer le salarié et l'employeur, lequel détient effectivement les éléments de fait pouvant servir de base au procès lié à une discrimination syndicale. Ils constatent néanmoins que les salariés, qui ne se comparent pas avec des salariés nommément visés, demandent communication de l'ensemble des éléments concernant les salariés embauchés sur le même site qu'eux, la même année ou dans les deux années précédentes et suivantes, dans la même catégorie professionnelle, au même niveau ou à un niveau très proche de qualification/classification et de coefficient ainsi que de tous les éléments de rémunération, de diplômes, de formation en lien avec l'évolution de carrière, de sorte que cette demande s'analyse en une mesure générale d'investigation, portant sur plusieurs milliers de documents. Les arrêts déduisent de ces constatations que la mesure demandée excède par sa généralité les prévisions de l'article 145 du code de procédure civile et doit être rejetée.

6. En se déterminant ainsi, alors qu'il lui appartenait, après avoir estimé que les salariés justifiaient d'un motif légitime, de vérifier quelles mesures étaient indispensables à la protection de leur droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés. »

Dans cette affaire, les pièces demandées concernaient non seulement les noms et prénoms, le sexe, la date de naissance, l'âge et date d'entrée, les bulletins de salaire, mais aussi les diplômes à l'embauche, les avenants correspondants, les dates de changements éventuels de catégorie professionnelle ainsi que les bulletins de salaire et avenants correspondants, les formations qualifiantes suivies et leurs dates, les entretiens individuels d'évaluation depuis l'embauche, éléments relevant de la vie personnelle.

**En revanche la date d'embauche, la qualification, le salaire, l'adresse figurant sur les bulletins de paie relèvent de la vie professionnelle et ne constituent pas des éléments de la vie personnelle du salarié.**

Ainsi, s'agissant d'une procédure concernant une décision d'une formation de référé d'une juridiction prud'homale ayant ordonné à un employeur de transmettre sous astreinte à une salariée, qui se plaignait d'une discrimination en raison de son sexe, les documents concernant dix hommes non anonymes et embauchés à une certaine date en qualité de technicien d'atelier de tel niveau conventionnel, contenant des informations sur la position actuelle, le coefficient actuel, le salaire actuel, le coefficient d'embauche, la date d'embauche et le salaire d'embauche, la cour d'appel, qui avait débouté la salariée de sa demande de condamnation de l'employeur au paiement d'une somme au titre de la liquidation de l'astreinte en retenant que le bulletin de paie d'un salarié comprend des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, l'existence d'arrêts de travail pour maladie ou encore de saisies sur leur rémunération et que, dans ces conditions, la société était légitime, préalablement à toute communication de leurs données personnelles à la salariée, à rechercher l'autorisation de ses salariés et à leur demander leur autorisation

préalable à toute communication de leurs données en vue d'assurer le respect du droit à la vie privée de ses salariés, ce que cinq salariés avaient refusé, a été censurée en ces termes : Soc. 16 mars 2021 pourvoi n°19-21.063\_ (déjà cité) :

« *Enoncé du moyen*

*14. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande tendant à ce que la société soit condamnée à lui verser une certaine somme au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire, alors « que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie sollicitée ; qu'en l'espèce, en (se) bornant, pour dire qu'il n'y avait pas lieu de liquider l'astreinte, à affirmer que la société était légitime, en vue d'assurer le respect du droit à la vie privée de ses salariés, à leur demander leur autorisation préalable à toute communication de leurs données, ce que cinq salariés avaient refusé, sans rechercher, ainsi cependant qu'elle y était invitée, si la communication des données non anonymisées n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »*

*Réponse de la Cour*

*Vu l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :*

*15. Pour débouter la salariée de sa demande tendant à ce que la société soit condamnée à lui verser une certaine somme au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire, l'arrêt retient que le bulletin de paie d'un salarié comprend des données personnelles telles que **l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, l'existence d'arrêts de travail pour maladie ou encore de saisies sur leur rémunération** et que, dans ces conditions, la société était légitime, préalablement à toute communication de leurs données personnelles à la salariée, à rechercher l'autorisation de ses salariés.*

*16. En se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la communication des informations non anonymisées **n'était pas nécessaire** à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé. »*

La chambre sociale jugeait, indépendamment de la question de l'atteinte portée à la vie privée du salarié, que l'utilisation d'une preuve résultant d'un traitement automatisé de données à caractère personnel qui aurait dû être déclaré à la CNIL est illicite comme non conforme aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978, qu'une telle preuve devait être écartée des débats et, en conséquence, le licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse (Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n°13-14.991, Bull. 2014, V, n° 230). Elle a jugé que constituaient un moyen de preuve illicite des informations nominatives, collectées par un système de traitement automatisé soumis à la procédure de déclaration simplifiée, non conformes à la norme simplifiée 042 définie par la Commission nationale de l'informatique et des libertés dans sa délibération n°02-001 du 8 janvier 2002 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs mis en oeuvre sur les lieux de travail pour la gestion des contrôles d'accès aux locaux, des horaires et de la restauration (Soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-31.715).

Puis elle a admis que l'atteinte à la vie personnelle du salarié par la mise en oeuvre d'un moyen de preuve illicite au regard de la loi de 1978 puisse être justifiée par l'exercice légitime de l'employeur de son droit à la preuve :

- Soc., 25 novembre 2020, n°17-19.523, publié au rapport annuel :

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. [G]. 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.

Cet arrêt a donné lieu à la publication par la Cour de cassation de la note explicative suivante :

*Dans cet arrêt la chambre sociale se prononce pour la première fois sur la question de savoir si une adresse IP et des fichiers de journalisation constituent des données à caractère personnel dont le traitement doit faire l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL selon 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, antérieurement à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données.*

*Les faits étaient les suivants :*

*Un salarié de l'AFP, également correspondant informatique et liberté au sein de l'agence, est licencié pour faute grave, pour avoir adressé à une entreprise cliente et en même temps concurrente de l'AFP, cinq demandes de renseignements par voie électronique en usurpant l'identité de sociétés clientes.*

*L'AFP établit les faits reprochés au moyen d'un constat d'huissier et d'un expert informatique qui identifient, grâce à l'exploitation des fichiers de journalisation conservés sur ses serveurs, l'adresse IP à partir de laquelle les messages litigieux ont été envoyés, comme étant celle de ce salarié.*

*Estimant qu'une déclaration préalable de l'utilisation des fichiers de journalisation et adresses IP n'était pas nécessaire, la cour d'appel a jugé le licenciement justifié.*

*La chambre sociale décide que, dans la mesure où les adresses IP permettent d'identifier indirectement une personne physique, comme l'avait également retenu la 1<sup>ère</sup> chambre civile (1<sup>ère</sup> Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-22.595, Bull. 2016, I, n° 206), il s'agit bien de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi précitée.*

Elle juge aussi que leur collecte par l'exploitation d'un fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel qui doit faire l'objet de la déclaration préalable prévue à l'article 23 de la même loi.

L'arrêt marque également une évolution de la Chambre sociale quant à sa jurisprudence relative à l'illicéité d'une preuve obtenue au moyen de données qui auraient dû faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL.

Il était en effet jugé par la chambre sociale qu'une telle preuve devait dans tous les cas être rejetée des débats, de sorte que, si la faute à l'origine du licenciement n'était établie qu'au moyen de cette preuve illicite, le licenciement se trouvait nécessairement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n°13-14.991, Bull. 2014, V, n° 230).

**Dans le présent arrêt, la chambre sociale admet que l'illicéité d'un tel moyen de preuve n'entraîne pas systématiquement son rejet, invitant le juge du fond à rechercher dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité si l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié par une telle production est justifiée au regard du droit à la preuve de l'employeur. Elle précise par ailleurs que cette production doit être indispensable et non plus seulement nécessaire à l'exercice de ce droit.**

En effet la chambre sociale avait déjà admis que le droit à la preuve puisse justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié à condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi (Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull.2016, V, n° 209).

La conception civiliste de la protection de la vie privée a ainsi été appliquée à la chambre sociale par la référence à la vie personnelle du salarié, par opposition à sa vie professionnelle, notamment dans le cadre de la surveillance des correspondances et communications non professionnelles des employés. Il s'agit alors de protéger la liberté individuelle du salarié sur son lieu de travail et de définir le pouvoir de direction de l'employeur.

Le présent arrêt s'inspire également des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme au regard des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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) qui ont admis, sur le fondement du droit au procès équitable et du droit à la preuve qui en découle, des moyens de preuve obtenus au détriment du droit à la vie privée instituée par l'article 8 de la convention ou en violation du droit interne.

Dans l'arrêt *Barbulescu*, la Cour de Strasbourg a ainsi défini un certain nombre de critères auxquels les mesures de contrôle de la correspondance et des communications des employés doivent se conformer pour permettre d'apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie privée. Ces critères doivent être appliqués par les juges des Etats signataires.

Enfin, l'arrêt de la chambre sociale rappelle les dispositions de l'article 13 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, antérieure au Règlement général sur la protection des données, qui prévoyait que les Etats membres pouvaient prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits relatifs au traitement des données personnelles lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire non seulement pour sauvegarder la protection de la personne concernée, mais également les droits et libertés d'autrui.

Pour un exemple plus récent du principe selon lequel l'illicéité d'un moyen de preuve 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 :

- Soc., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-12.263 :

*Faits et procédure*

1. Selon l'arrêt attaqué (*Saint-Denis de La Réunion, chambre d'appel de Mamoudzou, 14 mai 2019*), Mme Z... a été engagée par la société Pharmacie mahoraise (la société), le 7 janvier 2003, en qualité de caissière.

2. 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.

*Examen du moyen*

*Sur le moyen, pris en ses deuxième, quatrième et cinquième branches*

*Énoncé du moyen*

3. La salariée fait grief à l'arrêt de dire le licenciement fondé, de la débouter de ses demandes et de la condamner à payer à la société une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 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 ;

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, 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, 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. »

*Réponse de la Cour*

Vu l'article 32 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, l'article L. 442-6 du code du travail, applicable à Mayotte, dans sa version en vigueur du 1er janvier 2006 au 1er janvier 2018 et les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales :

4. Aux termes du premier de ces textes, les salariés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en oeuvre d'un traitement de données à caractère personnel, 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 catégories 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.

5. Selon le deuxième, 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.

**6. L'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions susvisées, 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.**

7. Pour juger le licenciement fondé sur une faute grave et débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt énonce que la matérialité des faits qui lui sont reprochés est corroborée par les enregistrements vidéo de la pharmacie et que c'est vainement, qu'elle argue de l'illicéité de ce mode de preuve. Il précise que la loi du 21 janvier 1995 autorise en effet l'utilisation de système de vidéosurveillance dans des lieux ou des établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol afin d'y assurer la sécurité des biens et des personnes et que c'est bien le cas d'une pharmacie dans le contexte d'insécurité régnant à Mayotte.

8. Il ajoute que tous les salariés ont été informés de la mise en place de ce système par la note de service diffusée le 27 novembre 2015 qu'ils ont signée, y compris l'intéressée, en sorte que l'utilisation des enregistrements de vidéosurveillance comme mode de preuve est licite.

9 En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de vidéosurveillance destiné à la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux de l'entreprise, permettait également de contrôler et de surveiller l'activité des salariés et avait été utilisé par l'employeur afin de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement la salariée, ce dont il résultait que l'employeur aurait dû informer les salariés et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, ce moyen de preuve tiré des enregistrements de la salariée était illicite et, dès lors, les prescriptions énoncées au paragraphe 6 du présent arrêt invocables, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Les dispositions du **règlement (UE) 2016/679** du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (**règlement général sur la protection des données RGPD**), entré en vigueur le 25 mai 2018 et d'application directe, dont le moyen invoque la violation, sont les suivantes :

**Préambule** : considérant : (1) La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental. L'article 8, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée «Charte») et l'article 16, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposent que toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

#### **« Article premier - Objet et objectifs**

1. Le présent règlement établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données.

2. Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel.

3. La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Selon l'**article 4**, on entend par :

1. «données à caractère personnel», toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée «personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale;

2. « traitement » toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction;

5. «pseudonymisation», le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable;

11. «consentement» de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ;

## **article 5 Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel**

1. Les données à caractère personnel doivent être :

a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);

b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités ; le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales (limitation des finalités);

c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données);

d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude);

e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation);

f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité);

2. Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité)

## **Article 6 - Licéité du traitement**

1. Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques;

b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci;

c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis;

d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique;

e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement;

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.

Le point f) du premier alinéa ne s'applique pas au traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions.

2. Les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions plus spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement pour ce qui est du traitement dans le but de respecter le paragraphe 1, points c) et e), en déterminant plus précisément les exigences spécifiques applicables au traitement ainsi que d'autres mesures visant à garantir un traitement licite et loyal, y compris dans d'autres situations particulières de traitement comme le prévoit le chapitre IX.

3. Le fondement du traitement visé au paragraphe 1, points c) et e), est défini par:

- a) le droit de l'Union; ou
- b) le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis.

Les finalités du traitement sont définies dans cette base juridique ou, en ce qui concerne le traitement visé au paragraphe 1, point e), sont nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement. Cette base juridique peut contenir des dispositions spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement, entre autres: les conditions générales régissant la licéité du traitement par le responsable du traitement; les types de données qui font l'objet du traitement; les personnes concernées; les entités auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées et les finalités pour lesquelles elles peuvent l'être; la limitation des finalités; les durées de conservation; et les opérations et procédures de traitement, y compris les mesures visant à garantir un traitement licite et loyal, telles que celles prévues dans d'autres situations particulières de traitement comme le prévoit le chapitre IX. Le droit de l'Union ou le droit des États membres répond à un objectif d'intérêt public et est proportionné à l'objectif légitime poursuivi.

4. Lorsque le traitement à une fin autre que celle pour laquelle les données ont été collectées n'est pas fondé sur le consentement de la personne concernée ou sur le droit de l'Union ou le droit d'un État membre qui constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir les objectifs visés à l'article 23, paragraphe 1, le responsable du traitement, afin de déterminer si le traitement à une autre fin est compatible avec la finalité pour laquelle les données à caractère personnel ont été initialement collectées, tient compte, entre autres:

a) de l'existence éventuelle d'un lien entre les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel ont été collectées et les finalités du traitement ultérieur envisagé;

b) du contexte dans lequel les données à caractère personnel ont été collectées, en particulier en ce qui concerne la relation entre les personnes concernées et le responsable du traitement;

c) de la nature des données à caractère personnel, en particulier si le traitement porte sur des catégories particulières de données à caractère personnel, en vertu de l'article 9, ou si des données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions sont traitées, en vertu de l'article 10;

d) des conséquences possibles du traitement ultérieur envisagé pour les personnes concernées;

e) de l'existence de garanties appropriées, qui peuvent comprendre le chiffrement ou la pseudonymisation.

## **article 23 Limitations**

*Le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement ou le sous-traitant est soumis peuvent, par la voie de mesures législatives, limiter la portée des obligations et des droits prévus aux articles 12 à 22 et à l'article 34, ainsi qu'à l'article 5 dans la mesure où les dispositions du droit en question correspondent aux droits et obligations prévus aux articles 12 à 22, lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir l'un des dix objectifs visés à l'article 23, §1 du Règlement et contienne certaines dispositions spécifiques énumérées à l'article 23, §2 dudit Règlement, à savoir :*

- *les finalités du traitement ou des catégories de traitement,*
- *les catégories de données à caractère personnel,*
- *l'étendue des limitations introduites,*
- *les garanties destinées à prévenir les abus ou l'accès ou le transfert illicites,*
- *la détermination du responsable du traitement ou des catégories de responsables du traitement,*
- *les durées de conservation et garanties applicables, en tenant compte de la nature, de la portée et des finalités du traitement ou des catégories de traitement,*
- *les risques pour les droits et libertés des personnes concernées,*
- *le droit des personnes concernées d'être informées de la limitation, à moins que cela risque de nuire à la finalité de la limitation ».*

Le mémoire ampliatif et le mémoire complémentaire font valoir, s'agissant de la 3<sup>ème</sup> branche, que la communication litigieuse des bulletins de paye constituait une mesure illicite en ce qu'elle conduisait à la divulgation à un tiers de données confidentielles et personnelles, à savoir l'ensemble des rémunérations des salariés concernés sur plusieurs années, dans un but très différent et éloigné de la finalité légale pour laquelle les ressources humaines des sociétés exposantes les avaient légalement collectées (traitement des données salariales nécessaires à l'assujettissement aux cotisations sociales).

Et, surtout, sans que les salariés concernés n'aient pu s'y attendre, être informés ou s'y opposer, sans qu'aucune garantie de sécurité, de confidentialité et de limitation de la durée de conservation ne soit imposée par la cour d'appel. Les auteurs du pourvoi reprochent à cette dernière de n'avoir même pas jugé utile de retenir la mesure de protection envisagée par Mme [R] (consignation auprès des greffes des juridictions saisies, avec autorisation de consultation par les parties et leurs conseils pendant la durée des procédures judiciaires). Les auteurs du pourvoi considèrent que le juge, garant du respect des normes supra-législatives, ne peut ainsi méconnaître les dispositions de l'article 5 du RGPD, sans constater l'existence d'une mesure législative de limitation, ni vérifier ensuite que cette mesure législative respecte les conditions cumulatives exigées à l'article 23 du RGPD.

Ils estiment, s'agissant de la 4<sup>ème</sup> branche, que la cour d'appel n'avait pas tenu compte des éléments dont la salariée disposait déjà (rapport égalité hommes/femmes et index d'égalité hommes/femmes), et n'avait pas caractérisé qu'il était effectivement indispensable au droit de la preuve de Mme [R] d'obtenir la production supplémentaire de bulletins de paie de 8 salariés sur plusieurs années, y compris pour des périodes postérieures à son licenciement (22 février 2019), faisant apparaître des informations très personnelles : leurs noms, leurs prénoms, leurs classifications conventionnelles, leurs rémunérations détaillées (fixes et variables) pour chaque mois, et leurs

rémunérations brutes totales cumulées pour chaque année et que la cour d'appel n'avait pas non plus caractérisé que l'atteinte au droit à la vie privée de ces huit salariés était strictement proportionnée en l'espèce au but poursuivi par l'intéressée.

Le mémoire en défense fait valoir, sur la 3<sup>ème</sup> branche, que la solution donnée par l'arrêt du 16 décembre 2020, sur le droit à la preuve de l'employeur, est transposable au droit à la preuve du salarié et que la cour d'appel avait bien procédé à un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée à la vie personnelle et à la protection des données personnelles et le but poursuivi et avait cantonné le périmètre de la production de pièces sollicitée. Il fait observer, sur la 4<sup>ème</sup> branche, que la production de bulletins de paie dans le cadre d'une instance prud'homale n'était en soi pas prohibée dès lors qu'étaient occultées toutes les données personnelles non nécessaires au succès de l'action du demandeur.

C'est en fonction de ces éléments que la chambre se prononcera sur deux dernières branches du second moyen de cassation.