



AVIS DE M. GAMBERT, AVOCAT GÉNÉRAL

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]

Faits et procédure

Madame [R] a été engagée, le 5 janvier 2009, suivant un contrat à durée indéterminée, comme cadre, par la société Exane Derivatives SNC.

Entre le 01 février 2013 et le 22 janvier 2017, elle y a occupé le poste de responsable projets transverses dérivés (chief operating officer ou COO).

A compter du 23 janvier 2017, dans le cadre d'une mobilité au sein du groupe, elle a été promue au poste de directeur stratégie et projets groupe, de la société Exane SA.

Elle a été licenciée pour inaptitude le 22 février 2019.

Le 31 octobre 2019, estimant avoir subi une discrimination salariale par rapport à certains de ses collègues masculins occupant ou ayant occupé des postes de COO comparables au sien, elle a saisi 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 SA et Exane Derivatives, à savoir les bulletins de paie de huit salariés avec occultation de certaines données personnelles.

Par ordonnance du 2 décembre 2019, la formation de référé du conseil de prud'hommes a déclaré sa demande irrecevable.

Par arrêt du 2 décembre 2020, la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance et a ordonné aux sociétés Exane et Exane Dérivatives de communiquer sous astreinte les bulletins de paie de huit salariés, pour une période déterminée, 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 sur le fond, en demandant des dommages et intérêts pour discrimination salariale en raison du sexe, à l'encontre de la société Exane et de la société Exane Derivatives.

Moyens

Le pourvoi comporte deux moyens, le premier est composé d'une seule branche et le second de quatre branches distinctes.

Je partage l'avis de rejet non spécialement motivé de Monsieur le conseiller rapporteur concernant le premier moyen et les deux premières branches du second moyen.

Les troisième et quatrième branches du second moyen, dont il sera question dans le présent avis, posent la question de l'articulation du droit à la preuve et du respect de la vie privée des salariés de l'entreprise étrangers au litige :

- 1- au regard des textes de l'UE en matière de traitement des données personnelles (Règlement Général sur la Protection des Données - RGPD),
- 2- à l'aune du caractère indispensable et proportionné au but poursuivi, de la mesure attentatoire à la vie privée.

Discussion

A- La preuve

1- **Éléments de contexte : l'aménagement de la charge de la preuve des discriminations**

La charge de la preuve des discriminations subies par un salarié fait l'objet d'un aménagement prévu par l'article L.1134-1 du code du travail. Aux termes de ce texte, il appartient au salarié qui invoque une mesure discriminatoire de présenter « **des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.**

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Le juge forme sa conviction en considérant l'ensemble des éléments de preuve fournis par les parties, « *après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* » (art. L. 1134-1).

Cet aménagement de la charge de la preuve s'étend aux manquements à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (article L. 1144-1 du code du travail) et aux atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » (Soc. 20 octobre 2010, n° 08-19.748).

2- La recherche de la preuve des discriminations

Le salarié qui ne dispose pas d'éléments suffisants pour laisser supposer l'existence d'une discrimination à son encontre a la possibilité de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, afin qu'il ordonne à l'employeur de communiquer les documents de nature à révéler cette discrimination, notamment les contrats de travail, bulletins de salaire, tableaux d'avancement, etc., des salariés exerçant les mêmes fonctions.

L'existence de règles de preuve spécifiques en matière de discrimination n'empêche pas de recourir à cette procédure avant d'engager une action sur le fond (Soc.22 septembre 2021, n° 19-26.144).

« 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 qui les a sollicitées » (Soc.23 mai 2007, n°05-17.818).

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si les mesures d'instruction demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits du salarié (Soc.19 décembre 2012, n° 10-20.526).

3- l'administration de la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés

- Le droit au respect de l'intimité de la vie privée.

L'article 9 du code civil pose le principe du droit de chacun au respect de sa vie privée.

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

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 ».

Au visa de ces différents textes, par des décisions dont de larges extraits figurent au rapport, la Cour de cassation a consacré le droit du salarié, « même au temps et au lieu de travail », au respect de l'intimité de sa vie privée en ce qui concerne sa correspondance et aussi les données personnelles figurant sur le bulletin de paie (Soc 07 novembre 2018, n°17-16.799).

- Le droit à la preuve

Sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu un « droit à la preuve ».

L'existence du droit à la preuve a été entérinée par toutes les chambres de la Cour de cassation.

Il est classiquement admis que le droit à la preuve recouvre le droit de présenter les preuves dont on dispose et le droit d'obtenir des éléments de preuve détenus par la partie adverse ou par un tiers.

Conçu comme une déclinaison du droit à un procès équitable, le droit à la preuve est un droit fondamental ayant la même valeur normative que le droit au respect de la vie privée. En cas de conflit, il appartient au juge de rechercher un équilibre entre ces droits et « de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ».

4 - La conciliation du droit au respect de la vie personnelle et du droit à la preuve

L'émergence du droit à la preuve a profondément modifié les critères de recevabilité de la preuve. Si la preuve obtenue en violation de la vie privée d'un salarié est illicite et donc a priori irrecevable, cependant le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à certains droits (secret des correspondances, respect de la vie personnelle, secrets professionnels).

En résumé, l'atteinte à la vie personnelle du salarié par la mise en oeuvre d'un moyen de preuve illicite peut être justifiée par l'exercice du droit à la preuve.

Dans ce cas, l'équivalence de la valeur normative des droits fondamentaux impose la mise en balance du droit à la preuve et du droit au respect de la vie privée. La logique de la conciliation entre le droit à la preuve et un droit concurrent conduit les juges à vérifier la justification et la mesure de la production litigieuse.

Selon la formule initiale retenue par la chambre sociale, « *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* » (Soc. 9 novembre 2016, n° 15-10.203).

Il se déduit de cette formule que la recevabilité des éléments de preuve dont la communication porte atteinte à la vie personnelle est soumise à deux conditions :

- a- l'absence ou l'indisponibilité d'autres éléments de preuve moins attentatoires à la vie personnelle ;
- b- le caractère mesuré de l'atteinte portée par la production litigieuse à la vie personnelle des salariés (Soc. 11 décembre 2019, n° 18-16.516).

Selon le dernier état de votre jurisprudence, dont les extraits figurent au rapport de M. le conseiller, votre Cour a encore renforcé les exigences pesant sur les juges du fond. Il appartient au juge du fond par une démarche en deux temps, de rechercher d'abord si la communication des pièces demandées par le salarié est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée à la lumière du motif légitime exigé par l'article 145 du code de procédure civile, et ensuite, lorsque les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont **indispensables** à l'exercice du droit à la preuve et **proportionnées** au but poursuivi, **au besoin en cantonnant le**

périmètre de la production de pièces sollicitées. (Soc. 29 septembre 2021, n° 19-19.074).

La réunion des informations nécessaires à la constitution d'un panel de comparaison en vue de prouver une discrimination peut conduire le salarié à demander la communication de pièces portant atteinte à la vie privée d'autres salariés (éléments de rémunération, classification professionnelle...).

Dans cette hypothèse, l'appréciation du motif légitime d'obtenir ces pièces sur le fondement de l'article 145 devient indissociable de l'appréciation des conditions du droit à la preuve.

Le bulletin de salaire peut contenir des données personnelles étrangères aux seuls critères retenus pour calculer le salaire brut (adresse, arrêts de travail, saisies des rémunérations, retenue fiscale à la source) qui sont inutiles pour rechercher la preuve d'une discrimination à la différence des données professionnelles telles que l'emploi, la classification, la date d'embauche, le salaire autant de données indispensables au travail de comparaison.

Le juge doit se déterminer au regard de la demande qui lui est présentée, sans la dénaturer, et en fonction du but poursuivi.

B- Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)

Les dispositions du règlement (UE) 2016/679 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 (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, ont pour objet de protéger les personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données.

En France, la protection des données personnelles est encadrée par la loi du 6 janvier 1978 dite « Informatique et libertés ».

La loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a modifié la loi « Informatique et Libertés » pour l'adapter aux dispositions du Règlement général sur la protection des données (RGPD).

L'article 2 de loi 78-17 du 06 janvier 1978 dispose : « *La présente loi s'applique aux traitements automatisés en tout ou partie de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, lorsque leur responsable remplit les conditions prévues à l'article 3 de la présente loi, à l'exception des traitements mis en œuvre par des personnes physiques pour l'exercice d'activités strictement personnelles ou domestiques.*

Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique. »

Selon l'article 4, on entend par « **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 ;

En des termes strictement identiques à ceux du règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016 art 6, l'article 5 de la loi 78-17 du 06 janvier 1978 relatif à la licéité du traitement précise : « *Un traitement de données à caractère personnel n'est licite que si, et dans la mesure où, il remplit au moins une des conditions suivantes :*

1°

2°

3° Le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ;

4°

5°

6° ».

L'obligation d'exécuter les décisions de justice est bien une obligation légale à laquelle l'employeur est soumis. C'est donc en application d'une obligation légale que l'employeur doit transmettre les données à caractère personnel de certains salariés. En conséquence, le traitement des données, consistant ici dans la communication des bulletins de paie, ne revêt pas un caractère illicite au regard des exigences du RGPD.

En toute hypothèse, en application des principes dégagés par votre jurisprudence, l'illicéité d'un moyen de preuve au regard du *RGPD*, 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.* » (Soc. 25 novembre 2020, n°17-19.523).

Dans le cas présent, la cour d'appel a constaté que la demande était justifiée au regard des rapports égalité hommes/femmes fournis par l'employeur, par cette appréciation, qui relève de son pouvoir souverain, elle caractérise le motif légitime exigé par l'article 145 du code de procédure civile.

Puis elle a indiqué que les éléments de comparaison sollicités concernaient des salariés exerçant des responsabilités et occupant des fonctions comparables à celles confiées au demandeur au cours de la période de référence. Elle a ordonné aux sociétés Exane et Exane Dérivatives de communiquer à Mme [R] les fiches de paie de huit salariés, avec occultation des données personnelles à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée (fixe et variable) de la rémunération brute totale cumulée par année civile et ce pour la seule période, dont elle a précisé les limites, pendant laquelle le salarié de référence occupait un poste équivalent à celui du demandeur. Enfin, elle a refusé de faire droit à sa demande de communication des éléments détaillés de calcul de l'indice d'égalité hommes/femmes, ainsi que de la liste des dix salaires bruts annuels plus importants versés par les sociétés Exane SA et Exane Derivatives entre 2013 et 2019 en mentionnant l'identité, le genre et le poste d'affectation.

Ce faisant, la cour d'appel cantonne la communication aux seuls éléments indispensables et procède à un contrôle de proportionnalité.

Avis de Rejet