

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX Surveillance des salariés – Utilisation d'un système de géolocalisation pour le contrôle de la durée du travail – Licéité – Conditions – Caractère excessif au regard de la loi informatique et libertés sauf lorsque le contrôle ne peut pas être assuré par un autre moyen, fût-il moins efficace – Validité de la mise en demeure de la CNIL enjoignant l'employeur de mettre un terme au système (oui).

CONSEIL D'ÉTAT 15 décembre 2017

Société Odéolis (req. n°403.776, publié au Recueil Lebon)

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 26 septembre et 26 décembre 2016 et les 10 juillet et 9 novembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la Société Odeolis demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler la décision n°2016-055 du 27 juillet 2016 de la présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) la mettant en demeure d'adopter diverses mesures relatives à un traitement de données à caractère personnel ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 ;
- le décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 ;

- la délibération n°2015-165 du 4 juin 2015 de la CNIL ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Marie Gautier-Melleray, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Odeolis ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier qu'en 2012, la société Odeolis, qui est spécialisée dans la maintenance de systèmes informatiques, notamment de terminaux de paiement, et dont l'activité s'étend sur tout le territoire national, a équipé les véhicules utilisés par ses techniciens itinérants de dispositifs de géolocalisation en temps réel afin, notamment, de mieux planifier ses interventions. Ces dispositifs permettent de collecter diverses données relatives,

notamment, aux incidents et événements de conduite ou au temps de travail des salariés. Le 13 janvier 2016, une délégation de la CNIL a procédé à un contrôle sur place dans les locaux de la société à Aix-en-Provence, à la suite duquel la présidente de la CNIL a, par une décision du 27 juillet 2016, mis en demeure la société d'adopter un certain nombre de mesures afin de faire cesser les manquements constatés à diverses dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La société demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision en tant qu'elle la met en demeure de cesser de traiter les données issues de l'outil de géolocalisation afin de contrôler le temps de travail des salariés.

2. En premier lieu, le procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence a été averti par télécopie le 5 janvier 2016 du contrôle sur place auquel la CNIL a procédé le 13 janvier 2016. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait entachée d'un vice de forme dès lors que le contrôle sur place au vu duquel elle a été établie n'aurait pas été précédé de l'information du procureur de la République territorialement compétent, prescrite par les articles 44 de loi du 6 janvier 1978 et 61 du décret du 20 octobre 2005 pris pour son application, manque en fait.

3. En deuxième lieu, aux termes de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 : « I. - La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction. /Le président de la commission peut également mettre en demeure ce responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe. (...) / Si le responsable du traitement se conforme à la mise en demeure qui lui est adressée, le président de la commission prononce la clôture de la procédure. / Dans le cas contraire, la formation restreinte peut prononcer à son encontre, après une procédure contradictoire, les sanctions suivantes : /1° Une sanction pécuniaire, dans les conditions prévues par l'article 47, à l'exception des cas où le traitement est mis en œuvre par l'État ; /2° Une injonction de cesser le traitement, lorsque celui-ci relève des dispositions de l'article 22, ou un retrait de l'autorisation accordée en application de l'article 25. /II. - Lorsque la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation des données traitées entraîne une violation des droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er}, la formation restreinte peut, après une procédure contradictoire, engager une procédure d'urgence, définie par décret en Conseil d'État, pour : /1° Décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement, pour une durée maximale de trois mois, si le traitement n'est pas au nombre de ceux qui sont mentionnés aux I et II de l'article 26 ou de ceux mentionnés à l'article 27 mis en œuvre par l'État ». Aux termes de l'article 46 de la même loi :

« Les sanctions prévues au I et au 1^o du II de l'article 45 sont prononcées sur la base d'un rapport établi par l'un des membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, désigné par le président de celle-ci parmi les membres n'appartenant pas à la formation restreinte. Ce rapport est notifié au responsable du traitement, qui peut déposer des observations et se faire représenter ou assister ».

4. Il résulte de ces dispositions que la mise en demeure adressée par la CNIL à une personne de faire cesser les manquements qu'elle a constatés n'a pas le caractère d'une sanction soumise aux prescriptions de l'article 46 de la loi du 6 janvier 1978. Il suit de là que le moyen tiré de ce que la mise en demeure attaquée aurait été prise en méconnaissance des prescriptions de cet article, faute d'établir que le procès-verbal du contrôle sur place, qui, au demeurant, a été signé par une représentante de la société, lui aurait été transmis avec l'ensemble des pièces afférentes, ne peut qu'être écarté.

5. En troisième lieu, aux termes du I de l'article 24 de la loi du 6 janvier 1978 : « Pour les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration. (...) / Les traitements qui correspondent à l'une de ces normes font l'objet d'une déclaration simplifiée de conformité envoyée à la commission, le cas échéant par voie électronique ». En application de cette disposition, la CNIL a, par une délibération du 4 juin 2015, adopté une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n°51) qui a pour objet de déterminer les conditions auxquelles de tels traitements doivent répondre pour relever de la procédure de la déclaration simplifiée.

6. Il résulte des termes mêmes de la décision attaquée que la mise en demeure adressée à la société requérante n'est pas fondée sur la norme simplifiée n°51 mais a pour objet, indépendamment de la procédure utilisée pour la déclaration du traitement des données issues du système de géolocalisation, de faire cesser l'usage de ces données afin de contrôler le temps de travail des salariés. Il s'ensuit que la requérante ne saurait utilement invoquer, par la voie de l'exception, l'illégalité de la norme simplifiée n° 51 à l'appui des conclusions dirigées contre la mise en demeure attaquée.

7. En quatrième lieu, aux termes de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 : « Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes : /1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite

(...) /3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs... ». Aux termes de l'article L. 1121-1 du code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Il résulte de ces dispositions que l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation. En dehors de cette hypothèse, la collecte et le traitement de telles données à des fins de contrôle du temps de travail doivent être regardés comme excessifs au sens du 3° de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 précité.

8. D'une part, si la décision attaquée prescrit à la société requérante de cesser de traiter les données collectées par l'outil de géolocalisation pour contrôler le temps de travail des salariés, elle ne lui interdit pas de traiter ces données en vue de procéder à la facturation des prestations à ses clients. Dès lors, la circonstance que la société ne disposerait d'aucun autre moyen pour déterminer avec certitude le temps des interventions de ses employés et pour établir sur ce fondement les factures pour ses clients est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée.

9. D'autre part, s'agissant du traitement des données collectées à des fins de contrôle du temps de travail, si la société fournit des exemples d'employés licenciés grâce à ces informations qui attestent des facilités offertes par la géolocalisation, il ressort des pièces du dossier qu'elle dispose d'autres moyens, notamment des documents déclaratifs mentionnés dans la décision attaquée, pour contrôler le temps de travail des employés. Il s'ensuit que la présidente de la CNIL n'a pas fait une inexacte application des dispositions de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 précité en caractérisant comme excessif, au sens de ces dispositions, le traitement par la société Odeolis des données collectées par géolocalisation à des fins de contrôle du temps de travail de ses employés.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée. Ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, par suite, qu'être rejetées.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société Odeolis est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Odeolis et à la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

(Mme Gautier-Melleray, rapp. - Mme Bretonneau, rapp. Pub. - SCP Piwnica, Molinie, av.)

Note.

Cet arrêt tranche une question jusqu'alors inédite dans la jurisprudence administrative : une mise en demeure de la CNIL, enjoignant à un employeur de mettre un terme à un système de géolocalisation permettant de contrôler la durée de travail de ses salariés, est-elle légale au regard de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ?

Par la réponse apportée, l'arrêt mérite l'attention à un double titre. En premier lieu, en principe, l'administration n'est pas habilitée à se substituer à l'employeur dans son pouvoir de direction de l'entreprise et de ses salariés et ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le juge administratif est conduit à contrôler la licéité des modalités de contrôle d'un employeur sur ces derniers. Dans cette affaire, c'est le contrôle des atteintes susceptibles d'être apportées aux droits et libertés individuelles, par le traitement des données personnelles, exercé par la CNIL, qui permet une telle incursion du droit administratif dans les relations de travail entre l'employeur et ses salariés. Par cet arrêt, le juge administratif se prononce pour la première fois sur la légalité des limites posées par la CNIL en la matière (I). En second lieu, par la réponse apportée, l'arrêt du Conseil d'État a une portée large et adopte une position radicale au regard des solutions déjà tranchées dans un autre cadre juridique par la Cour de cassation. Si les salariés doivent pouvoir justifier de leur temps de travail, l'employeur ne peut les soumettre à un système de géolocalisation pour en contrôler la durée, sauf s'il peut justifier qu'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer un tel contrôle, fût-ce moins efficaces (II).

I. Le pouvoir hiérarchique de l'employeur et sa nécessaire conciliation avec la protection des données personnelles des salariés

Les faits du litige soumis au Conseil d'État puisent leur origine dans l'organisation, par la société Odeolis, dont l'activité est la maintenance de systèmes informatiques, de dispositifs de géolocalisation lui permettant de planifier les interventions de ses employés chez ses clients dispersés sur tout le territoire, d'ajuster la facturation et de contrôler leur temps de travail.

Le système de géolocalisation embarqué dans les véhicules utilisés par les salariés a éveillé les soupçons de la CNIL qui, au terme d'un contrôle administratif, a adopté, sur le fondement de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, une délibération mettant la société Odeolis en demeure de mettre un terme au contrôle par voie de géolocalisation en tant qu'il était destiné à la surveillance du temps de travail de ses employés.

Si les salariés itinérants demeurent subordonnés à l'employeur et peuvent faire, le cas échéant, l'objet d'une surveillance, un dispositif de géolocalisation embarqué à bord de leurs véhicules pose des problèmes juridiques particuliers, dès lors qu'il permet une démultiplication sans limite de la collecte et du traitement de la localisation d'un salarié, qui constituent des données personnelles (1). Pour reprendre l'expression du Professeur Jean-Emmanuel Ray, la géolocalisation place les salariés sous « *la surveillance, sans frontière géographique, ni temporelle, à la fois invisible, jamais fatiguée et à la mémoire d'ordinateur* » (2).

Au terme du contrôle opéré par la CNIL, la Présidente de cette autorité a adopté une délibération n°2016-055 du 27 juillet 2016, mettant la société Odeolis en demeure d'y mettre un terme, au motif que le suivi de la durée du travail des salariés pouvait être réalisé par d'autres moyens que la géolocalisation.

Le fondement invoqué par l'Autorité administrative est l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, qui impose de ne recueillir et de ne traiter que des « *données adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs* ».

Nécessité, proportionnalité et finalité des moyens de contrôle dont l'employeur peut disposer à l'égard de ses salariés sont les trois fils directeurs du raisonnement employé par l'arrêt, qui confirme la décision de la CNIL sur le double fondement de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 et de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

II. Présomption d'illicéité de la géolocalisation aux fins de contrôle du temps de travail des salariés

L'arrêt *Société Odeolis* juge, par un considérant de principe, que la géolocalisation des salariés ne constitue pas un traitement adapté et proportionné des moyens mis en place par l'employeur au but qu'il s'est assigné et aux finalités qu'il doit poursuivre, dès lors qu'elle n'est pas strictement nécessaire au contrôle du temps de travail de ses salariés.

L'article 6 de la loi du 6 janvier 1978, modifiée notamment par la loi n° 2004-801 du 6 août 2009, pose les conditions de licéité des traitements de données personnelles au nombre desquels figurent les dispo-

sitifs de géolocalisation : « *Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes [...] 1° les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ; [...] 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs [...]* ».

Or, au point 8 de son arrêt, le Conseil d'État adopte une interprétation très exigeante du rapport d'adéquation qui doit exister entre la mise en place d'un système de géolocalisation des salariés et le contrôle de la durée de leur travail. Ce caractère adapté n'est légal que si le traitement des données par voie de géolocalisation est nécessaire, à savoir qu'il ne peut être fait par un autre moyen. L'arrêt pose donc une présomption d'illicéité, sauf si l'employeur est en mesure de démontrer qu'il ne lui est pas possible de contrôler le temps de travail par d'autres moyens.

Le Conseil d'État s'est placé dans le sillage des principes posés par le Code du travail, tel qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour de cassation (A) ; il va toutefois plus loin en jugeant la géolocalisation illicite si elle est employée pour assurer le contrôle de la durée du temps de travail, et même si les autres moyens susceptibles d'être mis en place pour un tel contrôle sont moins efficaces (B).

A. La source de la position adoptée, puisée dans la jurisprudence de la Chambre sociale.

On sait que, par un arrêt du 17 décembre 2014, saisie de la question de la licéité d'un licenciement décidé en raison d'une faute invoquée par un employeur vis-à-vis de son salarié qui refusait de se soumettre à un dispositif de contrôle par voie de géolocalisation, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré, qu'en soi la géolocalisation provoquait un traitement disproportionné au regard des intérêts légitimes de l'employeur, dès lors qu'elle implique « *une nécessaire atteinte à la vie privée* » du salarié (3).

Mais la formule jurisprudentielle employée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Société Odeolis* n'est pas tout à fait la même que celle de la Chambre sociale, car le Conseil d'État, au point 7 de son arrêt, précise que « *l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace* ».

(1) Article 2 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 : « *Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée, ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres* ».

(2) J.-E. Ray, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Droit social* 2004, p. 1077.

(3) Cass. Soc. 17 décembre 2014, n° 13-23.645 ; 3 novembre 2011, n° 10-18.036, BC V n° 247.

Si le Conseil d'État apporte cette dernière précision, qui a trait aux modes alternatifs de contrôle de la durée du travail, c'est qu'il répond à une critique qui était adressée par la société Odéolis à la mise en demeure adressée par la CNIL (4), en ce que le système déclaratif s'avérait moins efficace et que seul le système par voie de géolocalisation permettait de contrôler de manière satisfaisante la durée du travail. Après tout, l'efficacité du contrôle de la durée du temps de travail ne constituerait-il pas un but légitime de l'employeur ?

En outre, la délibération n°2015-165 du 4 juin 2015 de la CNIL, qui définit les modalités auxquelles sont soumises les entreprises lorsqu'elles doivent procéder à une déclaration de systèmes de géolocalisation, évoquait la possibilité de soumettre des employés à un traitement de données personnelles par voie de géolocalisation pour le contrôle de la durée du temps de travail, puisqu'elle en définit la durée de conservation en son article 5, par exemple.

L'arrêt commenté condamne fermement cette argumentation en posant une présomption d'illicéité. Il approuve la CNIL qui conditionne la licéité du contrôle de la durée du temps de travail, lorsqu'elle est envisagée par voie de géolocalisation, au respect, d'une part, du principe de nécessité du traitement et du recueil des données personnelles, et au respect, d'autre part, du principe de proportionnalité qu'il déduit de l'article L. 1121-1 du Code du travail (5).

B. L'illicéité de la géolocalisation pour contrôler la durée du temps de travail.

L'arrêt impose aux employeurs d'opérer une nécessaire conciliation entre des exigences – parfois contradictoires – à savoir, d'un côté, le pouvoir de supervision de l'employeur et, d'un autre côté, le respect des libertés fondamentales des salariés, suivant la logique, familière au juge administratif, du contrôle de l'adéquation des mesures prises aux faits qui les ont justifiées, ce eu égard aux garanties qui doivent entourer les libertés considérées (6).

L'employeur est donc invité à opérer une définition claire et préalable des finalités poursuivies (7) s'il

envisage de recourir dans son entreprise à un dispositif de géolocalisation.

Ainsi, parmi les différentes finalités qu'un système de géolocalisation peut satisfaire, figurent, à titre d'exemples, la sûreté et la sécurité des salariés eux-mêmes ou le suivi et la facturation d'une prestation de transport, le respect d'une obligation légale et réglementaire ou la recherche d'une meilleure allocation de moyens pour des tâches à accomplir en des lieux dispersés (8). Certes, le contrôle du temps de travail des salariés est nécessaire pour que l'employeur puisse justifier du respect des obligations qui s'imposent à lui, tels que le repos compensateur ou encore le respect des durées maximales de travail. Toutefois, ce contrôle ne peut s'opérer par voie de géolocalisation sauf à démontrer pour l'employeur qu'il ne dispose pas d'autres modalités de vérification.

L'emploi de ce procédé est également soumis au principe de proportionnalité, lequel est rappelé par l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978, qui dispose que les données doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées* ».

La présomption d'illicéité du contrôle du temps de travail des salariés par voie de géolocalisation n'est pas susceptible d'être renversée par la preuve suivant laquelle un autre système de contrôle du temps de travail s'avérerait moins efficace. Il ne l'est que si l'employeur ne peut contrôler par d'autres moyens. Et même s'ils sont moins efficaces, tel que, par exemple, le contrôle par voie de comptes-rendus d'activité ou de contrôle par des agents de maîtrise, ces alternatives doivent être prises en considération.

La question qui ne manquera pas de se poser est donc celle de savoir dans quelles circonstances l'employeur pourra renverser la présomption d'illicéité, et il est permis de penser que cette preuve sera particulièrement difficile à rapporter.

Les raisons de la rigueur de la position ainsi prise par l'arrêt sont éclairées par les conclusions du rapporteur public (9), qui soulignait les inconvénients qui s'attacheraient à une solution contraire. Le caractère

(4) Les mises en demeure édictées par une autorité administrative constituent en effet des décisions susceptibles d'être déferées au juge de l'excès de pouvoir dès lors qu'elles sont assorties d'une menace de sanction (CE ord. juge des référés, 5 septembre 2008, n° 319.071 ; CE 28 juillet 2004, req. n° 262.851).

(5) L'article L. 1121-1 du Code du travail proclame : « *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* ».

(6) Dont les principes fondateurs ont été posés par le célèbre arrêt *Benjamin* (CE 19 mai 1933, Rec. p. 541, rendu aux conclusions M. Michel) et qui énonce que la mesure d'atteinte à la liberté (en l'occurrence, pour l'arrêt *Benjamin*, la liberté de réunion),

constituée par l'interdiction décidée dans le but de préserver l'ordre public, n'est licite que s'il ne peut pas être remédié aux troubles à l'ordre public par des mesures de police appropriées, moins attentatoires à la liberté. « *La liberté est la règle et la restriction de police l'exception* » (concl. Lagrange sous CE 5 février 1937, *Bujadoux*, Rec. p.137).

(7) Cf. « La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité », commentaire de l'arrêt de la Chambre sociale du 3 novembre 2011, n° 10-18.036 par B. Bossu, RDT, 2012, p. 156.

(8) Ces finalités sont décrites par l'article 2 de la délibération 2015-165 du 4 juin 2015 de la CNIL.

(9) Conclusions de Mme A. Bretonneau parues à l'Actualité Juridique du Droit Administratif 2018, p. 402.

intrusif de la géolocalisation, qui s'apparente à de la « filature électronique », ne permet pas uniquement le contrôle de la durée du temps de travail, mais, de façon plus large, celui de l'activité de tous les salariés, y compris pendant leurs temps de pause.

L'arrêt est aussi en harmonie avec deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, même si l'arrêt ne se place pas sur le fondement du droit des salariés au respect de leur vie privée, qui est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'État, qui tente de ménager un juste équilibre entre le droit au respect des libertés individuelles et collectives des salariés et les intérêts de l'employeur, a sans doute été influencé par un arrêt *Barbulescu c/ Roumanie*, qui définit un encadrement strict de la protection des données personnelles contre les intrusions dans le champ professionnel (10). Dans cette affaire, qui concernait, non pas un dispositif de géolocalisation, mais le cas d'un salarié licencié à l'issue d'un enregistrement en temps réel de ses communications avec des proches sur un compte Yahoo Messenger pendant ses heures de travail, la Cour a conclu à une violation du droit au respect de la vie privée et des correspondances notamment, car le compte personnel du salarié avait fait l'objet d'une surveillance (11). Même si les États disposent d'une importante marge d'appréciation sur la question de savoir si les États doivent adopter un cadre normatif « régissant les conditions dans lesquelles un employeur peut adopter une politique encadrant les communications non professionnelles sur leur lieu de travail » (§ 117 et 119), il leur incombe toutefois de prévoir des « garanties adéquates et suffisantes contre les abus » indispensables dans un domaine connaissant une évolution rapide (§ 120).

Les cinq critères d'analyse définis dans l'arrêt *Barbulescu* ont été appliqués à nouveau dans une affaire mettant en cause la vidéosurveillance secrète de caissières dans un supermarché espagnol, pour cause de suspicion de vol. Par un arrêt du 9 janvier 2018 (12), la Cour conclut également à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, eu égard au fait que la surveillance

litigieuse n'avait pas visé spécifiquement les salariées suspectées de vol, mais tout le personnel, pendant plusieurs semaines et sans limite de temps, et eu égard au fait que les droits de l'employeur auraient pu être sauvegardés, au moins dans une certaine mesure, par d'autres moyens, notamment l'information préalable des requérantes (13).

Dans l'affaire *Société Odéolis*, le raisonnement suivi par le Conseil d'État n'est pas sans rappeler l'étude réalisée en 2014 sur « le numérique et les droits fondamentaux » (14). Ainsi, l'ambivalence du numérique entre les potentialités qu'il offre et les effets potentiellement attentatoires aux libertés individuelles peut être encadrée par le rappel de principes juridiques classiques, tels que la nécessité, pour l'employeur, d'employer des méthodes de surveillance adaptées aux différentes finalités, préalablement déterminées et portées à la connaissance de leurs destinataires, et le respect du principe de proportionnalité.

La solution de l'arrêt anticipe également sur la réglementation européenne des données à usage personnel, à savoir le règlement européen relatif à la protection des données personnelles n° 2016/679 du 27 avril 2016 qui, en raison de la date des faits de l'espèce, n'était pas encore applicable (15). On rappellera que ce dernier impose notamment à l'employeur, notamment, de préciser la finalité assignée à chacun des traitements envisagés, de manière claire et non équivoque, et le responsable des données de traitement devra veiller à ce que seules les données strictement nécessaires à l'atteinte de l'objectif qu'il assigne au traitement soient collectées et traitées (16).

L'arrêt rappelle donc qu'il est nécessaire de concilier plusieurs exigences en entreprise et que les salariés ne peuvent pas être placés sous une surveillance permanente, au motif que d'autres modalités de contrôle s'avèreraient moins efficaces.

Marie-Cécile Sarrazin,

Avocate au Barreau de Paris,
spécialiste en droit public

(10) CEDH, Gde Ch. 5 septembre 2017, n° 61496/08.

(11) La grille d'analyse de la Cour est la suivante : Les juridictions internes doivent s'attacher à cinq éléments : l'existence d'une information préalable et claire de l'employé sur la nature de la surveillance, l'étendue de celle-ci, notamment si elle porte aussi sur le contenu des communications, les motifs avancés par l'employeur, l'accès au contenu nécessitant « des justifications plus sérieuses », la possibilité de prévoir des mesures moins intrusives et les conséquences de la surveillance pour l'employés (§ 121).

(12) *Lopez Ribalda et a. c. Espagne*, n° 1874.

(13) À noter toutefois que cette affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre le 28 mai 2018 et n'a donc pas été définitivement tranchée.

(14) Étude annuelle du Conseil d'État, 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », La Documentation française, pp. 153 et 172 et s..

(15) Le règlement européen (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 est applicable depuis le 25 mai 2018.

(16) Pour une étude des implications du RGPD en entreprise, cf. l'étude de Mme M.-F. Mazars et W. El Boujemaoui, « maîtriser le socle du droit de la protection des données pour aborder l'application du règlement européen RGPD, RDT avril 2018, p. 298.