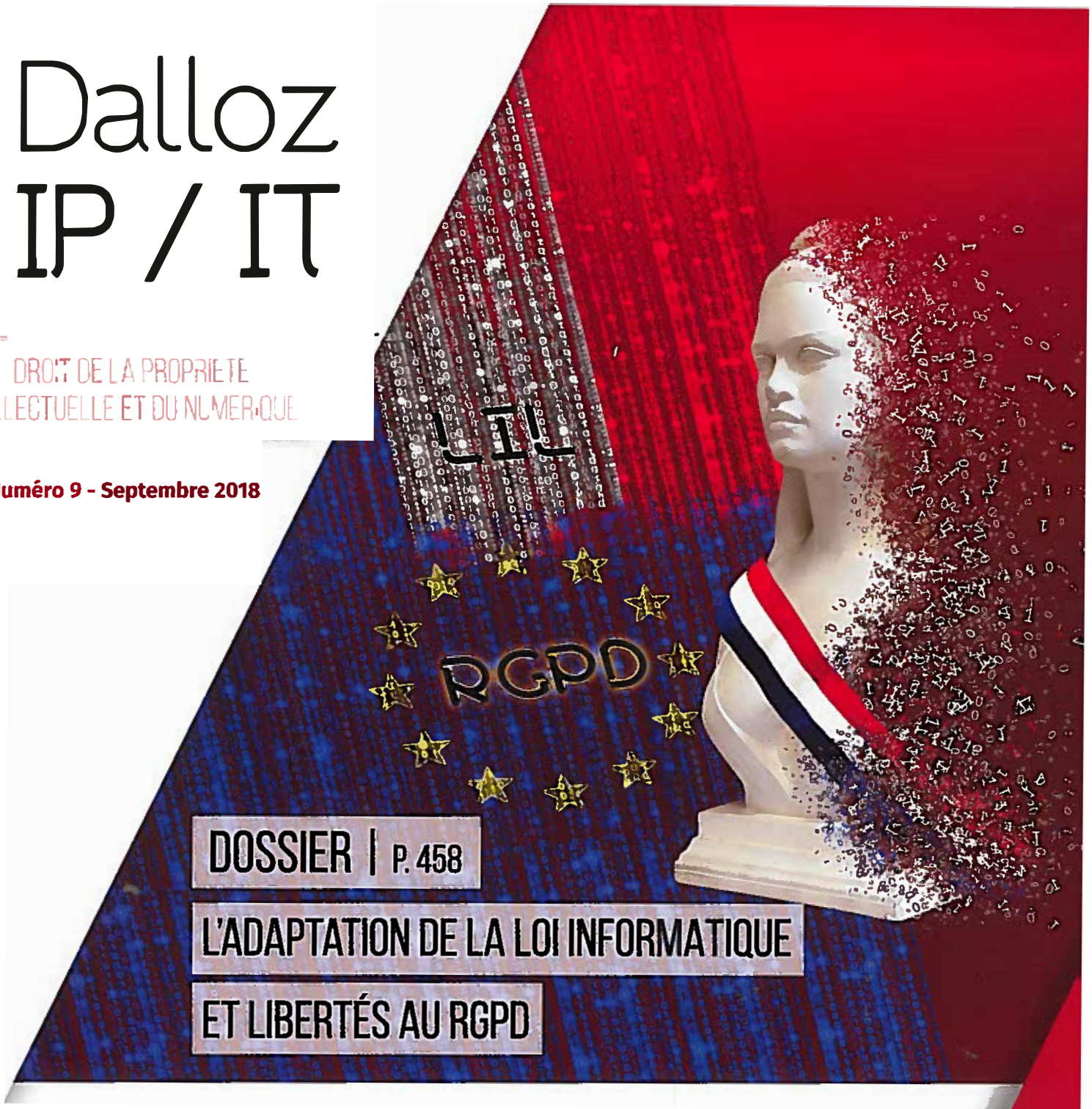
Dalloz IP / IT

DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DU NUMÉRIQUE

Numéro 9 - Septembre 2018

9 782997 518096



DOSSIER | P. 458

L'ADAPTATION DE LA LOI INFORMATIQUE ET LIBERTÉS AU RGPD

AU FIL DU MOIS

Les interfaces graphiques et la protection des dessins et modèles

Elisabeth Logeais

PRATIQUES

Recevabilité de l'action en justice de l'auteur d'une œuvre : tour d'horizon des difficultés

Florentin Sanson

TEXTES ET DÉCISIONS

La CEDH valide l'accès de l'employeur à un disque dur nommé par le salarié « données personnelles » CEDH 22 févr. 2018

Emmanuel Daoud et Géraldine Péronne

Version numérique incluse

DALLOZ

La CEDH valide l'accès de l'employeur à un disque dur nommé par le salarié « données personnelles »

Référence	Mots-clés	Fondement
CEDH 22 février 2018, n° 588/13	DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL – Données du salarié – Vie privée – Contrôle des fichiers informatiques – Communication électronique	Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950, art. 8

Solution : Dans le prolongement de l'arrêt *Bărbulescu* (CEDH 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Roumanie*, AJDA 2017. 1639 ; *ibid.* 2018. 150, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2017. 1709, et les obs. ; *ibid.* 2018. 138, obs. J.-F. Renucci ; *ibid.* 1033, obs. B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell ; Dalloz IP/IT 2017. 548, obs. E. Derieux ; Dr. soc. 2018. 455, étude B. Dabosville ; Procédures oct. 2017. 1328, note G. Loiseau ; G. Péronne et E. Daoud, Contrôle de la messagerie électronique du salarié : quel est l'état du droit ?, Dalloz IP/IT 2018. 53), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a décidé que l'accès par l'employeur, hors la présence du salarié, à un dossier intitulé « rires » enregistré dans le disque dur nommé « D:/données personnelles » de l'ordinateur professionnel du salarié ne constituait pas une violation du droit à la vie privée de ce dernier (JCP S 2018. 1108, comm. G. Loiseau ; JCP 2018. 433, note F. Marchadier ; *ibid.* 2018. 290, obs. F. Sudre ; Procédures 2018. 112, comm. A. Bugada).

Observations : En l'occurrence, dans cette affaire *Libert*, un salarié de la SNCF a été suspendu de ses fonctions à la suite d'une procédure pénale dirigée contre lui, puis a finalement été réintégré à la faveur d'un non-lieu.

Au moment de sa réintégration, il a été informé par sa hiérarchie que son ordinateur avait été analysé et qu'y avaient été trouvées des attestations de résidence à l'entête de la brigade pour laquelle travaille le salarié ainsi que de nombreux fichiers contenant des images et des films à caractère pornographique. L'analyse de l'ordinateur a été motivée par le signalement effectué par le successeur du salarié en question pendant sa suspension.

Les fichiers litigieux étaient localisés dans un fichier dénommé « rires » contenu dans un disque dur par défaut nommé « données » et renommé par le salarié « D:/données personnelles ».

À la suite d'une procédure disciplinaire, la SNCF a radié le salarié. Ce dernier a porté le litige jusque devant la Cour de cassation où il a argué de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi (Soc. 4 juill. 2012, n° 11-12.502, JCP S 2013. 1045, note B. Bossu).

Saisie par le salarié, la CEDH devait donc répondre à la question de savoir si la consultation par l'employeur, en l'absence du salarié, de fichiers enregistrés sur l'ordinateur professionnel de ce dernier, dans un disque dur nommé « D:/données personnelles », constituait une violation de son droit à la vie privée.

La Cour répond à cette question par la négative. Elle considère que l'ingérence dans la vie privée du salarié était en l'occurrence justifiée. Ce faisant, elle valide le dispositif juridique français existant, tout en portant une appréciation stricte du caractère « personnel » des fichiers stockés par le salarié (I) et en suscitant quelques interrogations quant à l'articulation de cette solution avec l'arrêt *Bărbulescu* (II).

I - L'APPRÉCIATION STRICTE DU CARACTÈRE « PERSONNEL » DES FICHIERS STOCKÉS PAR LE SALARIÉ

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est constante depuis l'arrêt *Nikon*, les messages électroniques échangés sur la messagerie professionnelle d'un salarié, qui ne sont pas identifiés comme « personnels », sont réputés « professionnels » et donc accessibles par l'employeur, hors la présence du salarié.

Cette solution applicable aux échanges de courriers électroniques a été transposée aux fichiers contenus sur l'ordinateur professionnel du salarié : « [...] sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé » (Soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017, D. 2005. 1448, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1873, tribune R. de Quenaudon ; *ibid.* 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *ibid.* 2006. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, Université Lumière Lyon 2 ; Dr. soc. 2005. 789, note J.-E. Ray).

La chambre sociale de la Cour de cassation a apprécié cette privatisation des dossiers de manière assez stricte en considérant que les fichiers classés dans un répertoire portant le prénom du salarié ne sont pas identifiés comme personnels (Soc. 8 déc. 2009, n° 08-44.840, Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray). Il en est de même d'un répertoire portant les initiales du salarié (Soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877, D. 2009. 2614 ; Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; RDT 2010. 172, obs. H. Guyader) et d'un fichier dénommé « Mes documents » (Soc. 10 mai 2012, n° 11-13.884, D. 2012. 1342 ; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2012. 428, obs. M. Keim-Bagot), qui restent donc accessibles à l'employeur.

En l'occurrence, le salarié avait enregistré les fichiers litigieux dans un fichier « rires » lui-même stocké dans un disque dur que le salarié avait nommé « D:/données personnelles ». La Cour de cassation puis la CEDH ont considéré que ce fichier ne relevait pas de la protection de la vie privée du salarié et pouvait donc valablement être consulté par l'employeur hors la présence du salarié.

Pourtant, la mention du terme « personnel » dans l'intitulé du disque dur pouvait laisser penser que les documents qui y étaient enregistrés étaient hors du champ de contrôle de l'employeur. La Cour de cassation n'a-t-elle pas en effet toujours précisé que les fichiers identifiés comme « personnels » étaient protégés du regard de l'employeur ?

La CEDH n'occulte pas cette contradiction apparente et précise que « [...] cela ne suffit pas pour mettre en cause la pertinence ou la suffisance des motifs retenus par les juridictions internes, eu égard au fait que la charte de l'utilisateur pour l'usage du système d'information de la SNCF indique spécifiquement que "les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles [et qu']il en est de même des supports recevant ces informations (répertoire « PRIVÉ »)" » (§ 52).

Cette précision oblige à jeter un regard quelque peu nouveau sur la charte informatique, généralement signée de manière mécanique par les salariés au moment de leur embauche et rarement actualisée par l'employeur. Les prescriptions qu'elle contient ont leur importance : seul un fichier nommé « PRIVÉ », conformément à la charte de la SNCF, est protégé.

Dans ces conditions, est-ce à dire qu'un fichier intitulé « personnel », conformément à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, serait présumé professionnel et partant accessible à l'employeur ? Cela reste peu probable.

En effet, il semblerait que dans la présente affaire, un autre facteur ait eu son importance. La CEDH ajoute ainsi : « La Cour conçoit en outre qu'ayant constaté que le requérant avait utilisé une partie importante des capacités de son ordinateur professionnel pour stocker les fichiers litigieux (1 562 fichiers représentant un volume de 787 mégaoctets), la SNCF et les juridictions internes aient jugé nécessaire d'examiner sa cause avec rigueur » (§ 52). Le volume des fichiers litigieux utilisant une large part des capacités de stockage de l'ordinateur professionnel a donc motivé une appréciation stricte de la situation du salarié.

Ce facteur constitue-t-il ainsi un nouveau critère à prendre en considération dans la détermination du périmètre de contrôle de l'employeur ? Il paraît délicat d'ériger le volume des fichiers litigieux en véritable critère. Il semble difficile de fixer un seuil à partir duquel le volume de stockage d'éléments « personnels » serait jugé abusif. En l'occurrence, celui-ci paraissait néanmoins dépassé dès lors que la dénomination « données personnelles » apposée à un disque dur et non pas seulement à un fichier, revenait tout simplement à empêcher tout contrôle de l'ordinateur professionnel par l'employeur (V., F. Marchadier, préc.).

À tout le moins ce facteur constitue-t-il un élément de pondération dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité ? Le salarié est donc averti : l'identification des fichiers comme étant « personnels » ne doit prêter à aucune équivoque et le volume des fichiers privatisés doit rester raisonnable (V., G. Loiseau, préc.).

Ainsi, tout en retenant une appréciation stricte du caractère « personnel » des fichiers du salarié, la CEDH valide la position jurisprudentielle française qui consiste à dire que les fichiers qui ne sont pas clairement identifiés comme « personnels » sont présumés professionnels et donc accessibles à l'employeur.

La précédente décision de la CEDH, *Bărbulescu c/ Roumanie*, posait un cadre juridique plus contraignant que le droit positif français, allant jusqu'à interroger sur la compatibilité du droit français avec la Convention européenne des droits de l'homme. L'articulation de ces deux décisions successives suscite donc quelques questions.

II - DES INTERROGATIONS RÉSIDUELLES AU REGARD DE L'ARRÊT *BĂRBULESCU*

Bien que les problématiques soulevées soient étroitement liées, l'arrêt *Bărbulescu* et l'arrêt *Libert* ont donné lieu à une analyse juridique assez différente.

En effet, on ne retrouve pas dans l'arrêt commenté la grille de lecture posée par la décision *Bărbulescu* qui exigeait d'examiner la situation factuelle selon une ap-

préciation à la fois fondée sur l'information préalable du salarié et un contrôle de proportionnalité renforcé portant sur l'étendue, la durée de la surveillance, les personnes qui y ont accès, la nécessité de pouvoir justifier du contrôle et le caractère adapté de celui-ci à la finalité poursuivie.

Cette différence de traitement s'explique notamment par le fait que la CEDH était dans le cadre de l'arrêt *Bărbulescu* saisie d'une requête opposant deux personnes privées, tandis que la seconde affaire opposait une personne privée à une autorité publique, la SNCF. La Cour européenne a procédé à une analyse, dans le premier cas, sous l'angle des obligations positives de l'État, en recherchant un équilibre entre les intérêts en jeu et, dans le second cas, sous l'angle des obligations négatives, en recherchant si l'ingérence était prévue par la loi, si elle poursuivait un but légitime et s'avérait nécessaire dans une société démocratique.

Néanmoins, les critères, bien que différents, convergent dans une certaine mesure et autorisent une comparaison. Ainsi, l'analyse du but légitime rejoint la nécessité de justifier du contrôle exercé et la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique se rapproche du contrôle de proportionnalité de l'arrêt *Bărbulescu*.

S'agissant du but légitime, l'arrêt *Libert* rappelle simplement que « l'employeur [...] peut légitimement vouloir s'assurer que ses salariés utilisent les équipements informatiques qu'il met à leur disposition pour l'exécution de leurs fonctions en conformité avec leurs obligations contractuelles et la réglementation applicable ».

Cette appréciation du but légitime paraît favorable à l'employeur qui n'aurait pas davantage à justifier d'une mesure de contrôle, contrairement à l'arrêt *Bărbulescu* qui laissait penser que des justifications plus « concrètes » étaient à apporter (V. sur ce point, B. Dabosville, Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : *new deal* ou *statu quo* ?, Dr. soc. 2018. 455).

| PERSPECTIVES

Cet arrêt peut semer le doute sur la manière dont il faut, en pratique, traiter une situation de fait similaire. Faut-il retenir l'approche pointilleuse de l'arrêt Bărbulescu ou l'approche plus souple de l'arrêt Libert ?

La première approche doit à notre sens prévaloir, d'une part, car elle résulte d'une décision rendue par la grande chambre de la CEDH, ce qui lui confère une portée juridique significative et, d'autre part, car elle protège davantage les salariés et permet corrélativement à l'employeur qui suivrait ainsi la grille d'analyse la plus rigoureuse, de se prémunir de certains risques juridiques.

S'agissant du contrôle de proportionnalité, le constat est assez similaire. La souplesse semble prévaloir. Ni l'étendue ni la nature du contrôle effectué par l'employeur ou encore la détermination des personnes qui y ont procédé ne soulèvent de discussion dans l'arrêt *Libert*.

La CEDH reste muette également sur l'information préalable du salarié quant à l'éventualité d'un contrôle des fichiers par l'employeur, qui constituait pourtant un critère essentiel dans l'arrêt du 5 septembre 2017.

De toute évidence, les garanties posées par l'arrêt *Bărbulescu* n'ont pas été examinées de manière aussi approfondie dans l'affaire commentée, ce qui laisse penser que les allégations d'incompatibilité du droit français avec la position de la Cour qui prévalaient avec l'arrêt du 5 septembre 2017 devraient être relativisées à l'aune de l'arrêt *Libert*. Las, il ne faut pas oublier que la situation de fait n'était pas la même et que l'analyse juridique a été guidée par la nature des parties en cause.

Géraldine Péronne
Avocat au barreau de Paris - Cabinet Vigo, Docteur en droit

Emmanuel Daoud
Avocat au barreau de Paris - Cabinet Vigo