

"Information-consultation du CSE sur la mise en place d'un logiciel de traçage informatique", note sous Cass. soc. 11 déc. 2019, BJT Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, n° 2, p. 37

Christophe Mariano

▶ **To cite this version:**

Christophe Mariano. "Information-consultation du CSE sur la mise en place d'un logiciel de traçage informatique", note sous Cass. soc. 11 déc. 2019, BJT Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, n° 2, p. 37. Bulletin Joly Travail, 2020, n° 2, p. 37. hal-02467568

HAL Id: hal-02467568
https://uca.hal.science/hal-02467568

Submitted on 5 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Information-consultation du CSE sur la mise en place d'un logiciel de traçage informatique

Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-11.792, FS-P+B

Les dispositifs de contrôle de l'activité des salariés mis en place dans l'entreprise doivent, pour acquérir validité et efficacité juridiques, renoncer à la clandestinité. Tel est l'objet de la double obligation d'information à la charge de l'employeur héritée de la loi du 31 décembre 1992 et associant information directe du personnel d'une part, et information-consultation des représentants élus du personnel – hier le comité d'entreprise, aujourd'hui le comité social et économique (CSE) – d'autre part. Il en découle que tout dispositif de contrôle ou de surveillance de l'activité des salariés n'obéissant pas à cette procédure légale est dépourvu de toute force probante dans l'hypothèse d'un procès prud'homal. Du point de vue des relations collectives de travail, cela signifie plus particulièrement que le défaut d'information et de consultation des représentants élus du personnel, outre qu'il exposera l'employeur à une condamnation pour délit d'entrave, remettra en cause, au plan individuel, toute sanction prononcée contre un salarié sur le fondement d'éléments recueillis à l'aide de procédés maintenus dans la clandestinité par l'employeur (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866 : Lexbase hebdo, éd. Sociale, 22 juin 2006, n° 220, note Auzero G.). Les conséquences d'un défaut de consultation des représentants élus du personnel sont ainsi à la hauteur du rôle qu'a entendu leur confier la loi en les mobilisant sur ce terrain afin qu'ils livrent leur « avis sur la pertinence et sur la proportionnalité entre les moyens techniques utilisés et le but recherché par l'entreprise » (Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 ; Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-45.741).

Dès lors, l'employeur soucieux d'échapper à la disqualification judiciaire des preuves obtenues par un procédé non soumis à l'information-consultation des représentants élus du personnel n'aura d'autre choix que de démontrer que celui-ci n'entre pas dans le champ de la consultation obligatoire prévue aujourd'hui à l'article L. 2312-38, alinéa 3 du Code du travail. C'est précisément une telle tentative patronale de démonstration qu'a repoussée la chambre sociale de la Cour de cassation dans le présent arrêt.

En l'espèce, le salarié d'un établissement bancaire est licencié pour faute grave pour avoir consulté à de multiples reprises, à l'aide du serveur informatique de l'entreprise, les comptes bancaires d'une trentaine de clients ne faisant pas partie de son portefeuille ; l'ensemble des connexions litigieuses – plus de deux-cent-cinquante sur une période de près de quatre mois –

ayant été relevé par le service conformité de l'entreprise à l'aide d'un logiciel de traçabilité dénommé « GC45 ». Le salarié saisit la juridiction prud'homale aux fins de contestation de son licenciement et de paiement de diverses sommes. Débouté en première instance, le salarié obtient gain de cause devant la cour d'appel, celle-ci écartant, en tant que moyen de preuve illicite, la liste des connexions litigieuses obtenue via l'outil de traçabilité « GC45 » au motif que le comité d'entreprise n'avait pas été informé et consulté sur l'utilisation de ce dispositif. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation en arguant, notamment, qu'un établissement de crédit est libre, sans avoir à en informer préalablement le comité d'entreprise, d'utiliser un système informatique destiné à assurer la sécurité des données bancaires et une maîtrise des risques. Si la cassation de l'arrêt d'appel est prononcée, elle est seulement partielle et concerne les chefs de réparation mais non le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement. Sur ce dernier point, l'arrêt d'appel est confirmé. Dans un premier temps, la Haute juridiction rappelle que « 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 ». Puis dans un second temps, elle constate que « l'outil de traçabilité GC45, destiné au contrôle des opérations et procédures internes, à la surveillance et la maîtrise des risques, permettait également de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé et était utilisé par l'employeur afin de vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille » de telle sorte que « la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur aurait dû informer et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, il convenait d'écarter des débats les documents résultant de ce moyen de preuve illicite ».

Le présent arrêt contribue à tracer avec plus de netteté les contours de l'obligation d'information-consultation, en matière de contrôle de l'activité des salariés, du CSE auquel on transposera sans difficulté cette solution rendue à propos du comité d'entreprise. Les enseignements de l'arrêt concernent tant la forme que la finalité du dispositif devant être soumis à consultation des représentants élus du personnel.

S'agissant, d'abord, de la forme du dispositif de contrôle de l'activité des salariés, la solution est porteuse de clarification. Il faut dire que la jurisprudence concernant les dispositifs de traçage informatique de l'activité des salariés ne permettait pas, jusqu'à présent, de trancher véritablement la question de la soumission ou non de tels systèmes à l'obligation d'information des salariés et de consultation des représentants du personnel. Identifié comme

« une mémoire des traces qui aboutit à la surveillance, mais *a posteriori* » (Marino L., Une présomption de connaissance des moyens de cybersurveillance du salarié ?, D. 2004, 1636), le traçage informatique semblait faire partie des types de contrôle de l'activité des salariés que ces derniers ne pouvaient ignorer au titre d'une « présomption de connaissance des moyens courants de surveillance » (Radé Ch., Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination, Dr. soc. 2002, p. 30). C'est en tout cas ce qui ressortait d'un arrêt *Guyonnet* rendu par la Cour de cassation il y a près de vingt ans (Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-43.485 : RJS 11/2000, n° 1068) et dont les faits sont voisins de ceux de l'arrêt commenté. Il s'agissait d'un auditeur de banque licencié pour faute grave pour avoir, à l'aide des moyens techniques mis à sa disposition, consulté par curiosité personnelle les comptes bancaires de ses collègues. Contestant la validité de son licenciement, il faisait notamment valoir que le procédé informatique ayant permis de relever ses agissements ne disposait d'aucune force probante, faute d'avoir été soumis à la consultation des représentants du personnel et d'avoir fait l'objet d'une information des salariés. La Cour de cassation avait alors jugé que « le fait pour une banque de mettre en place un système d'exploitation intégrant un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes, ne peut être assimilé ni à la collecte d'une information personnelle […], ni au recours à une preuve illicite, le travail effectué par utilisation de l'informatique ne pouvant avoir pour effet de conférer l'anonymat aux tâches effectuées par les salariés ». Mais l'absence de publication de l'arrêt et les réserves qu'il avait fait naître chez certains (V. not. Waquet Ph., Retour sur l'arrêt Nikon, Sem soc. Lamy 4 mars 2002, n° 1065, p. 5) rendaient sa portée incertaine. La chambre sociale saisit l'occasion, dans l'arrêt commenté, d'effacer les incertitudes en soumettant la mise en place d'un logiciel de traçage informatique à l'obligation d'information et de consultation des représentants élus du personnel. Il en résulte qu'aucune présomption de connaissance par le salarié de la possibilité d'être tracé lors de sa manipulation du système informatique de l'entreprise – éventuellement appuyée par la spécificité du secteur d'activité et/ou les fonctions du salarié – ne semble en mesure de créer une dispense en la matière.

S'agissant, ensuite, de la finalité du dispositif de contrôle de l'activité des salariés, la solution retenue apparaît comme une confirmation. Le pourvoi de l'employeur reprochait aux juges d'appel de ne pas avoir caractérisé que le système informatique et sa traçabilité avaient été introduits dans l'entreprise avec pour objectif de contrôler l'activité des salariés. Et pour cause, le logiciel de traçabilité « GC45 » semblait effectivement n'être qu'une composante

d’un système de vérification des opérations et procédures internes dont la mise en place était dictée par des injonctions légales et règlementaires (V. not. règlement CRBF 97-02 du comité de la règlementation bancaire et financière applicable à la date des faits et remplacé depuis par un arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque) motivées par le caractère sensible des données traitées par les entités du secteur bancaire. Prenant soin de dépasser la finalité première du dispositif litigieux (le logiciel de traçabilité était « destiné » au contrôle des opérations et procédures internes, à la surveillance et la maîtrise des risques), la Cour de cassation prend en compte à la fois la potentialité du dispositif à servir un contrôle de l’activité des salariés (le logiciel de traçabilité « permettait également » de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé) et l’utilisation constatée du dispositif à cette fin (le logiciel « était utilisé » par l'employeur afin de vérifier si le salarié procédait à des consultations autres que celles des clients de son portefeuille). Elle en conclut que l’employeur aurait dû informer et consulter le comité d’entreprise sur l’utilisation de ce dispositif à cette fin. Il en résulte, dans la lignée d’un précédent arrêt (Cass. soc., 7 juin 2006, préc.), qu’afin de déterminer le champ d’application de la consultation obligatoire des représentants élus du personnel, le critère de la finalité du dispositif s’efface, pour les procédés dont la finalité première n’est pas la surveillance des salariés, devant celui de l’utilisation aux fins de contrôle des salariés. La solution de la Cour de cassation s’appuyant également, et même en premier lieu, sur le constat de la potentialité d’utilisation du logiciel à des fins de contrôle des salariés, on peut légitimement s’interroger sur le critère précis de déclenchement de l’obligation d’information-consultation du CSE en la matière. Il faut bien avouer que cette distinction théorique entre utilisation potentielle et utilisation effective semble n’avoir que peu d’intérêt dans le cadre d’un contentieux individuel qui, par hypothèse, concernera un dispositif effectivement utilisé à l’encontre d’un salarié. En revanche, dans le cadre d’un contentieux pour délit d’entrave, la seule potentialité du dispositif à servir un contrôle des salariés pourrait suffire pour constater la violation des prérogatives du comité social et économique.

Christophe MARIANO