La vidéosurveillance secrète des employés ; analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme López Ribalda et autres c. Espagne (Requête n os 1874/13 et 8567/13)

Hirsch, Célian

Cour européenne des droits de l'homme – López Ribalda et autres c. Espagne (Requêtes n^os^ 1874/13 et 8567/13)

Grande Chambre

Arrêt du 17 octobre 2019

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Célian Hirsch, La vidéosurveillance secrète des employés ; analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme López Ribalda et autres c. Espagne (Requête n^os^ 1874/13 et 8567/13), Newsletter DroitDuTravail.ch décembre 2019

Newsletter décembre 2019

Protection de la personnalité

Art. 8 CEDH

La vidéosurveillance secrète des employés ; analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme López Ribalda et autres c. Espagne (Requêtes n^os^ 1874/13 et 8567/13)

Célian Hirsch, avocat, assistant-doctorant à l'Université de Genève

I. Objet de l'arrêt

Dans un arrêt du 17 octobre 2019, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) s'est penchée sur la question de la vidéosurveillance secrète d'employés au regard de l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale). Alors qu'une chambre de la troisième section de la Cour a considéré cette mesure comme portait atteinte à la sphère privée des employés, la Grande Chambre de la CourEDH juge que l'art. 8 CEDH a été respecté.

II. Résumé des arrêts de la CourEDH

A. Les faits

Un employeur d'un supermarché espagnol découvre des incohérences entre le niveau des stocks de son magasin et les chiffres des ventes. Ayant des soupçons de vols, il décide d'installer des caméras de surveillances. Alors que certaines sont visibles et orientées vers les entrées et sorties du magasin, d'autres sont dissimulées et orientées vers les caisses. Au préalable, l'employeur prévient l'Agence espagnole de protection des données de son intention de mettre en place des caméras de surveillance. Il installe également un panneau signalant l'existence d'une telle vidéosurveillance.

Les caméras cachées permettent à l'employeur de découvrir que plusieurs employés commettent effectivement des vols aux caisses. L'employeur en informe la déléguée syndicale, laquelle visionne les enregistrements vidéo. L'employeur licencie ensuite avec effet

immédiat quatorze employés, lesquels ont pu au préalable s'entretenir avec la déléguée syndicale ; ils n'ont néanmoins pas pu visionner les enregistrements.

Cinq employés saisissent les tribunaux nationaux compétents pour contester leur licenciement. Le *Tribunal Superior de Justicia* de Catalogne considère que le défaut d'information préalable expose l'employeur à une sanction administrative, mais qu'il n'a pas d'incidence dans la procédure civile dès lors que la vidéosurveillance était justifiée et proportionnée.

Après avoir épuisé les voies de recours internes, les employés déposent une requête devant la CourEDH en invoquant principalement une violation de l'art. 8 CEDH, selon lequel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

B. L'arrêt du 9 janvier 2018 de la troisième section de la CourEDH

Le 9 janvier 2018, une chambre de la troisième section de la CourEDH considère qu'il y a eu violation de l'art. 8 CEDH par six voix contre une.

En synthèse, la chambre considère que la loi sur la protection des données espagnole était claire : les employés devaient être informés de la vidéosurveillance. De plus, cette dernière visait tous les employés travaillant aux caisses, pendant des semaines et sans aucune limite temporelle. De ce fait, la vidéosurveillance se distinguait de celle admise dans l'affaire *Köpke*[1]. En effet, dans cette affaire, la mesure de surveillance ne visait que deux employés et était limitée dans le temps.

La troisième section arrive ainsi à la conclusion que la vidéosurveillance était disproportionnée. Partant, les juridictions internes n'ont pas respecté le droit à la sphère privée des employés garanti par l'art. 8 CEDH.

Le Gouvernement espagnol sollicite le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la CourEDH, laquelle fait droit à cette demande.

C. L'arrêt du 17 octobre 2019 de la Grande Chambre de la CourEDH

Le 17 octobre 2017, la Grande Chambre de la CourEDH dit qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 8 CEDH par quatorze voix contre trois.

i. Le cadre juridique pertinent

La Grande Chambre commence par rappeler les dispositions légales pertinentes et notamment la Directive 95/46/CE[2], précédant le RGPD[3] et applicable à l'époque des faits. En

---

1 CourEDH, Köpke c. Allemagne, Requête n°420/07, Décision du 5 octobre 2010.

2 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.

3 Règlement 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.

application de cette directive, le Groupe de travail sur la protection des données (G29)[4] a notamment précisé que « [l]es travailleurs doivent avoir connaissance de la surveillance, des finalités du traitement des données et de toute autre information nécessaire à la garantie d'un traitement équitable »[5].

La Grande Chambre procède également à une brève analyse de droit comparé en soulignant que la majorité des États qui ont adopté une règlementation concernant la vidéosurveillance sur le lieu de travail l'interdit lorsqu'elle est cachée. Le Royaume-Uni, l'Allemagne ainsi que la Suisse l'admettent néanmoins en cas de soupçons d'infractions pénales.

ii. L'applicabilité de l'art. 8 CEDH

La CourEDH examine ensuite l'applicabilité de l'art. 8 CEDH. D'une part, les employés étaient filmés dans un supermarché, donc un lieu ouvert au public, et les activités filmées (encaissement des achats effectués par les clients) n'étaient pas de nature intime ou privée. D'autre part, les employés avaient le droit d'être informés de la mise en place d'un système de vidéosurveillance, même dans un espace public. Ils avaient d'ailleurs été informés de la mise en place d'une vidéosurveillance dirigée vers les entrées et sorties du magasin. Ils ne s'attendaient ainsi pas à être surveillés à d'autres endroits sans en avoir été préalablement informés. Enfin, l'enregistrement vidéo a servi de base pour le licenciement des employés. Partant, la CourEDH considère que l'art. 8 CEDH s'applique en l'espèce.

iii. Le respect de l'art. 8 CEDH

a. Une obligation positive de l'État

Concernant le respect de l'art. 8 CEDH, la Grande Chambre souligne que, même si cette disposition protège en principe l'individu contre l'ingérence de l'État, ce dernier a également des obligations positives, en particulier lorsque les nouvelles technologies permettent à l'employeur de mettre en place des mesures de plus en plus intrusives dans la vie privée des salariés.

b. Le précédent *Bărbulescu*

La CourEDH rappelle ensuite les principes établis dans son récent et célèbre arrêt *Bărbulescu*[6]. Cette affaire concernait la surveillance secrète par l'employeur d'une messagerie professionnelle utilisée par un employé. La Grande Chambre avait alors édicté les divers principes que les instances judiciaires nationales doivent prendre en compte lorsqu'un employeur met en place une mesure de surveillance secrète des télécommunications[7]. La CourEDH avait mis l'accent sur l'importance de l'information préalable et avait considéré que

---

4 Le G29 a été remplacé par le Comité européen de la protection des données avec l'entrée en vigueur du RGPD en mai 2018.

5 Avis du G29 du 13 septembre 2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel (avis n° 8/2001), p. 35.

6 CourEDH, Bărbulescu c. Roumanie, Requête n°61496/08, arrêt de la Grande Chambre du 5 septembre 2017, commenté *in* : PÉTERMANN NATHANAËL/CHAVANNE MICHEL, Surveillance des communications privées des travailleurs par l'employeur ; analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n° 61496/08, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2017 ; cf. également VASELLA DAVID, Der Fall Bărbulescu, digma 2017 328 ; WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1648.

7 CourEDH, Bărbulescu c. Roumanie (n. 6), § 121.

les instances judiciaires n'avaient pas suffisamment examiné les divers principes applicables[8]. Partant, elle avait conclu à une violation de l'art. 8 CEDH par onze voix contre six.

c. Les facteurs déterminants

La Grande Chambre considère que les principes établis dans l'arrêt *Bărbulescu* sont transposables aux situations dans lesquelles un employeur a installé une vidéosurveillance sur le lieu de travail. Par conséquent, les juridictions nationales devant juger de la licéité d'une surveillance sur le lieu de travail doivent prendre en compte les facteurs suivants :

i. **Information** : l'employé a-t-il été informé préalablement de la possibilité d'une telle surveillance ainsi que de sa mise en place ?
ii. **Étendue** : quels sont l'ampleur et le degré d'intrusion dans la vie privée de la surveillance ?
iii. **Légitimité** : la surveillance était-elle justifiée par des motifs légitimes ?
iv. **Subsidiarité** : existait-il d'autres mesures moins intrusives pour arriver au même but ?
v. **Conséquence** : quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé ?
vi. **Garanties** : l'employé bénéficiait-il de garanties adéquates ?

La CourEDH examine si les juridictions espagnoles ont effectivement bien pris en compte ces divers facteurs. Elle arrive à la conclusion que tel est effectivement le cas.

Concernant le degré d'intrusion de la vidéosurveillance, la Grande Chambre souligne qu'il convient de distinguer les différents lieux dans lesquelles elle est réalisée. Alors que l'intrusion est très importante dans les endroits intimes (p.ex. toilettes et vestiaires), elle est élevée dans les espaces de travail fermés (p.ex. les bureaux) et elle est réduite dans les endroits visibles ou accessibles aux collègues ou à un large public. En l'espèce, celle-ci a été réalisée dans un endroit ouvert au public. L'intrusion n'était ainsi pas importante. De plus, bien que l'employeur n'eût pas préalablement fixé la durée de la surveillance, cette dernière n'a duré que dix jours. Elle reposait également sur motifs légitimes, à savoir des soupçons de vol.

d. Le droit à l'information

La Grande Chambre se penche ensuite de manière plus approfondie sur le droit à l'information. Elle souligne d'emblée que ce droit revêt un caractère fondamental, en particulier dans le contexte des relations de travail.

D'une part, l'information ne constitue qu'un critère parmi les autres susmentionnés à prendre en compte pour apprécier la licéité d'une mesure de surveillance secrète. D'autre part, si elle fait défaut, les garanties découlant des autres critères doivent d'autant plus être respectées.

La Cour en conclut que seul un « impératif prépondérant relatif à la protection d'intérêts publics ou privés importants » peut justifier l'absence d'information préalable.

En l'espèce, les juridictions internes n'ont singulièrement pas tenu compte de l'absence d'information donnée aux employés par l'employeur, pourtant prévue par une disposition légale expresse[9]. La Grande Chambre relativise néanmoins ce manquement en raison de la

---

[8] CourEDH, Bărbulescu c. Roumanie (n. 6), § 133 ss.

[9] Art. 10 de la directive 95/46/CE (actuel art. 13 RGPD) transposé en droit national par l'art. 5 de la *Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*.

marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales et des circonstances particulières du cas d'espèce. En effet, l'employeur était au bénéfice de soupçons raisonnables qui provenaient de l'action concertée de plusieurs employés. Les juridictions nationales pouvaient donc considérer que l'atteinte à la vie privée des employés causée par la vidéosurveillance secrète était proportionnée.

En outre, la CourEDH souligne que les employés disposaient d'autres garanties. Ils pouvaient ainsi saisir l'Agence de protection des données, laquelle pouvait sanctionner l'employeur. Ils pouvaient également actionner l'employeur pour obtenir réparation de la violation alléguée de la loi sur la protection des données.

Partant, la Cour conclut que les autorités nationales n'ont pas manqué à leurs obligations positives au titre de l'art. 8 de la Convention de manière à outrepasser leur marge d'appréciation.

III. Analyse de l'arrêt de la Grande Chambre

A. La licéité des mesures de surveillance d'employés

La licéité de mesures de surveillances secrètes mise en place par l'employeur à l'encontre d'employés fait l'objet de nombreuses publications doctrinales [10]. La jurisprudence a également été amenée à trancher de nombreux cas de surveillance d'employés : vidéosurveillance[11], localisation par balise GPS[12], contrôle de l'utilisation d'Internet au travail ou du téléphone portable professionnel[13], voire même utilisation de logiciels-espions[14].

L'élément décisif qui ressort de l'examen de la licéité de chacune de ces mesures de surveillance secrète est celui de la **proportionnalité**. L'arrêt de la CourEDH commenté ici confirme cette approche[15].

Partant, la mesure de surveillance doit être apte à atteindre le but poursuivi (règle de l'aptitude), il ne doit pas exister d'autres mesures moins incisives susceptibles d'atteindre le même but (règle de la nécessité) et l'intérêt à la surveillance l'emporte sur la protection du droit de la personnalité des employés concernés (règle de la proportionnalité au sens étroit).

---

[10] Cf. notamment GUISAN ALEXANDRE/HIRSCH CÉLIAN, La surveillance secrète de l'employé, De la protection des données à la procédure pénale, RSJ 2019/23 707 ; MATHIS-ZWYGART ESTELLE, La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328*b* CO et 26 OLT 3, *in* : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 312 ss ; MÉTILLE SYLVAIN, La surveillance électronique des employés, *in* : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éd.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014.

[11] TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009 ; TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011 ; CourEDH, Köpke c. Allemagne, Requête n°420/07, Décision du 5 octobre 2010.

[12] ATF 130 II 425.

[13] Utilisation d'Internet à des fins privées : CourEDH, Bărbulescu c. Roumanie (n. 6) ; contrôle des sites Internet (soupçon de contenu pornographique) : ATF 143 II 443 (résumé *in* : LawInside.ch/485/), CJ GE, 28 mai 2013, ATA/329/2013 et TC JU, 25 février 2013, ADM 92/2009 ; contrôle des messages *WhatsApp* échangés sur le portable professionnel : OGer ZH, 25 février 2013, LA180031-O/U.

[14] ATF 139 II 7.

[15] La Grande Chambre affirme que l'analyse des facteurs déterminants susmentionnés (cf. *supra* C.iii.c.) permet de « s'assurer de la proportionnalité de mesures de vidéosurveillance sur le lieu de travail » (CourEDH, López Ribalda et autres c. Espagne, § 116).

À notre avis, cet examen se recoupe presque intégralement avec les facteurs déterminants susmentionnés élaborés par la CourEDH[16]. Le tribunal qui procède à un examen minutieux de la proportionnalité de la mesure de surveillance respecte par conséquent l'art. 8 CEDH.

B. Le droit à l'information préalable

Selon nous, l'information préalable ne doit pas porter sur la mesure concrète mise en place, une telle information lui enlèverait d'ailleurs son caractère secret, mais bel et bien sur la possibilité de la mise en place d'une telle mesure ainsi que sur ses modalités et buts[17]. Concrètement, l'employeur devrait avertir ses employés[18] :

i. des **conditions préalables** à la mise en place d'une surveillance secrète (p.ex. soupçons d'infractions pénales, violations crasses d'obligations essentielles, …) ;
ii. du **but** de la mesure (infirmer les soupçons d'infractions ou de violations des obligations) ;
iii. du **type** de la mesure (vidéosurveillance, surveillance informatique, balise GPS, …) ;
iv. de la **durée** d'une telle surveillance (p.ex. durée de six mois maximum) ;
v. des **droits** que les employés pourront exercer dès la fin de la mesure (principalement le droit d'accès[19]).

Comme la Grande Chambre le souligne à juste titre[20], l'existence, ou non, d'une information préalable donnée aux employés est **l'un des critères**[21] que le tribunal doit prendre en compte pour juger de la licéité d'une mesure de surveillance secrète. L'absence d'information préalable ne rend ainsi pas *ipso iure* toute mesure de surveillance illicite[22]. Néanmoins, dans une telle circonstance, les soupçons d'infractions ou de violations d'obligations doivent être particulièrement concrets et fondés afin que la mesure puisse tout de même être considérée comme proportionnée[23].

C. L'exploitabilité d'une surveillance illicite

Si le tribunal devait arriver à la conclusion que la mesure de surveillance est disproportionnée, et donc illicite, il doit encore examiner son exploitabilité à l'aune des règles procédurales applicables.

Dans l'arrêt commenté ici, la CourEDH rappelle que si l'art. 6 CEDH « garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne »[24]. Le tribunal doit à tout le moins

---

16 Cf. *supra* C.iii.c.
17 MÉTILLE (n. 10), p. 114.
18 Cf. également PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (économie privée), septembre 2013, Annexe B : Règlement type de surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail.
19 Art. 15 RGPD et art. 8 LPD ; concernant le droit d'accès, cf. WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 436 ss.
20 CourEDH, López Ribalda et autres c. Espagne, § 131.
21 Cf. *supra* C.iii.c.
22 CourEDH, López Ribalda et autres c. Espagne, § 131 ; cf. également GUISAN/HIRSCH (n. 10), p. 711.
23 GUISAN/HIRSCH (n. 10), p. 710.
24 CourEDH, López Ribalda et autres c. Espagne, § 149.

prendre en compte la manière dont les éléments de preuves ont été recueillis afin que la procédure soit « équitable dans son ensemble »[25].

En procédure civile, l'art. 152 al. 2 CPC prévoit expressément que les moyens de preuve obtenus de manière illicite ne sont exploitables « que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant ». Partant, le tribunal qui considère qu'une surveillance était disproportionnée, et donc illicite, devra ensuite examiner si l'intérêt à la manifestation de la vérité (p.ex. l'absence de caractère abusif du licenciement) prévaut sur l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite[26], à savoir la sphère privée, voire intime, des employés surveillés[27]. Le tribunal prendra notamment en compte l'**intensité de l'atteinte** au bien juridiquement protégé[28] ainsi que la **valeur litigieuse**[29]. À notre avis, une mesure de surveillance illicite ne sera dès lors que rarement exploitable dans une procédure civile.

En procédure pénale, le CPP ne règle pas expressément la question de l'exploitabilité des preuves recueillies de manière illicite par un particulier[30]. Devant juger la licéité d'une preuve recueillie par un particulier à l'aide d'une *Dashcam*, le Tribunal fédéral a très récemment décidé que les motifs justifiant l'atteinte au droit de la personnalité (art. 28 al. 2 CC, 13 LPD) ne lèvent pas le caractère illicite de l'atteinte dans le cadre d'une procédure pénale[31].

Ainsi, toute mesure de surveillance, qui porte nécessairement atteinte au droit de la personnalité des employés, sera considérée comme illicite dans une procédure pénale, même si elle est proportionnée. En outre, le Tribunal fédéral a également considéré que l'exploitabilité d'une preuve illicite était soumise à la condition de l'existence d'une « infraction grave » au sens de l'art. 141 al. 2 CPP[32], à savoir essentiellement des crimes, et non des délits[33]. À suivre cette jurisprudence, les preuves provenant d'une mesure de surveillance, même proportionnée, ne seront dès lors que rarement exploitables dans une procédure pénale[34].

D. Conclusion

La mise en place d'une surveillance d'employés est particulièrement délicate, comme le démontre l'arrêt de la CourEDH examiné dans ce commentaire. Alors qu'une chambre de la troisième section de la Cour a considéré que la vidéosurveillance mise en place par un employeur dans un supermarché espagnol portait atteinte à la sphère privée de ses employés (art. 8 CEDH), la Grande Chambre de la CourEDH est arrivée à la conclusion inverse, malgré l'absence d'information préalable aux employés.

---

25 CourEDH, López Ribalda et autres c. Espagne, § 150.

26 ATF 140 III 6, c. 3.1.

27 OGer ZH, LA180031-O/U (n. 13), consid. 3.c)bb) ; cf. également GUHL CAROLINE, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweis zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, thèse, Zurich 2018, p. 144 s. N 351 et RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, thèse, Zurich/Saint-Gall 2009, p. 160 N 348.

28 OGer ZH, LA180031-O/U (n. 13), consid. 3.c)bb) ; cf. également RÜEDI (n. 27), p. 159 s. N 347 ss.

29 OGer ZH, LA180031-O/U (n. 13), consid. 3.c)cc) ; cf. également GUHL (n. 27), p. 150 N 363.

30 L'art. 141 CPP ne s'applique directement que pour les preuves administrées de manière illicite par les autorités pénales.

31 TF 6B_1188/2018 du 26 septembre 2019 (destiné à la publication), consid. 3.3.

32 TF 6B_1188/2018 (n. 31), consid. 2.2.

33 Art. 10 CP ; ATF 137 I 218 cons. 2.3.5.2.

34 Pour une critique de cette jurisprudence, cf. GUISAN/HIRSCH (n. 10), p. 717 s.

En synthèse, toute mesure de surveillance est licite à la condition qu'elle soit proportionnée. Lors de l'analyse du respect du principe de proportionnalité, le tribunal devra notamment examiner si les employés avaient été correctement informés de la possibilité d'une telle surveillance ainsi que de ses modalités. L'absence d'une telle information préalable ne rend néanmoins pas *ipso iure* la surveillance illicite. L'arrêt de la Grande Chambre commenté ici confirme cette approche.

Enfin, si la surveillance devait s'avérer disproportionnée, et donc illicite, se pose la question de l'exploitabilité de son résultat en procédure. Dans une procédure civile, l'exploitabilité ne sera admise que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant par rapport à l'intensité de l'atteinte aux droits de l'employé. Tel devrait rarement être le cas, l'exploitabilité d'une preuve illicite restant l'exception. L'exploitabilité en procédure pénale est encore plus restreinte, celle-ci étant limitée aux infractions graves.