



Synthèse de jurisprudence 2020-2023 : De la recevabilité de la preuve en droit du travail

Sommaire

I. Loyauté de la preuve, une exigence traditionnelle en droit du travail	1
II. La récente affirmation d'un droit à la preuve face à l'exigence de loyauté.....	2
III. Illustrations jurisprudentielles en matière de droit à la preuve : tableau de synthèse 2020-2023	3

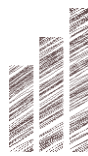
Alors que les évolutions technologiques et l'exposition par les salariés eux-mêmes de leur vie sur les réseaux sociaux semblent faciliter la tâche de l'employeur lorsqu'il s'agit d'établir la faute d'un salarié, la Cour de cassation s'est longtemps montrée très stricte quant à la recevabilité des preuves en droit du travail. Si traditionnellement l'exigence de loyauté de la preuve a permis d'encadrer le pouvoir de contrôle de l'employeur et la recevabilité des preuves dans un litige prud'homal **(1)**, on constate depuis 2020 une évolution notable de la jurisprudence avec l'affirmation d'un droit à la preuve et la possibilité pour les parties à un litige d'avoir recours à des moyens qui leur étaient refusés jusqu'à présent **(2)**. Cette nouvelle approche, confirmée à plusieurs reprises et encore récemment par quatre arrêts de la Cour de cassation de mars 2023 (Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-20.798, Cass. Soc. 8 mars 2023 n°31-17802 - Cass. soc., 8 mars 2023, n°20-21.848 - Cass. soc. 8 mars 2023, n° 21-12.492), trouve des applications concrètes dans différents domaines tels que le recours à la vidéosurveillance, la lutte contre le harcèlement ou l'égalité femme-homme **(3)**.

I. Loyauté de la preuve, une exigence traditionnelle en droit du travail

La recevabilité de la preuve en matière prud'homale repose sur un principe de loyauté, principe général applicable en droit privé. La Cour de cassation associe régulièrement ce principe à l'article 9 du code de procédure civile qui pose une exigence de légalité de la preuve produite en justice et à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui pose les bases d'un droit à un procès équitable (Arrêt d'assemblée plénière du 7 janvier 2011 - n° 09-14316 et 09-14667, Bull. n° 1).

Ainsi, la preuve apportée par l'employeur à l'encontre d'un salarié ne sera-t-elle licite que si elle a valablement été recueillie dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, ce qui suppose le respect de différentes contraintes légales lors de la mise en place d'un nouveau mode de contrôle des salariés :

- information préalable des salariés (article L. 1222-4 du Code du travail) ;
- information et consultation préalables du CSE (article L. 2312-38 du code du travail) ;
- respect d'une proportionnalité entre la mise en place de la mesure de surveillance et l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié (article L. 1121-1 du Code du travail) ;
- et respect des règles de protection des données personnelles fixées par le RGPD.



Jusqu'en 2020, un seul manquement de l'employeur à l'une de ces règles suffisait pour amener le juge à déclarer illicite la preuve ainsi collectée et à interdire son utilisation dans le cadre d'un litige prud'homal. L'employeur se voyait ainsi, par exemple, systématiquement refuser l'utilisation d'enregistrements « pirates » de salariés reconnaissant leur faute ou le recours à des dispositifs de géolocalisation non déclarés.

La Cour de cassation a ainsi, à de nombreuses reprises, rappelé le principe de loyauté de la preuve dans les termes suivants : « Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal ». Elle a ainsi censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait validé l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel ce qui selon la Cour de cassation constituait un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu. (Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30266, Bull. n° 208).

Si côté salarié, la Cour de cassation a très tôt fait preuve d'une certaine souplesse dans l'application du principe de loyauté, puisqu'elle autorisait par exemple la production en justice par un salarié de « documents photocopiés à l'insu de l'employeur, dès lors que leur production était strictement nécessaire aux droits de sa défense » (Cass. Soc., 30 juin 2004, n° 02-41720), tel n'était pas le cas pour les employeurs.

L'arrêt Petit Bateau de 2020 est à l'origine d'un assouplissement similaire des règles de preuve au profit, cette fois, des employeurs (Cass. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12058).

II. La récente affirmation d'un droit à la preuve face à l'exigence de loyauté

La Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence sous l'influence de décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme (10 octobre 2006, L. L. c/ France, n° 7508/02 ; N. N. et T. A. c/ Belgique, 13 mai 2008 n° 65097/01), mais sans pour autant renoncer à l'exigence de loyauté. Une preuve obtenue en violation des règles de contrôle est toujours considérée par les juges comme illicite, mais la Cour de cassation autorise désormais ces derniers à la déclarer recevable au nom du droit à la preuve.

Dans l'affaire Petit Bateau du 30 septembre 2020, la Cour de cassation valide ainsi l'utilisation par l'employeur d'un extrait du compte Facebook d'une salariée pour étayer une faute grave. Elle considère, en s'appuyant sur les articles 6 et 8 de la CEDSH, sur l'article 9 du Code civil et sur l'article 9 du Nouveau code de procédure civile, que le **droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi**. L'atteinte à la vie privée du salarié est donc caractérisée mais justifiée par le droit à la preuve de l'employeur. **Est ainsi mis en place un contrôle de proportionnalité permettant de faire prévaloir le droit à la preuve sur d'autres droits et libertés fondamentaux du salarié au nom du droit à un procès équitable.**

Le juge se doit donc d'adopter une nouvelle méthodologie pour examiner la recevabilité d'une preuve :

- 1^{ère} étape : vérifier la licéité du mode de recueil de la preuve au regard de l'exigence de loyauté
- 2^{ème} étape : en cas de preuve illicite, déterminer les droits fondamentaux menacés (le plus souvent le droit à la vie privée du salarié, mais aussi le droit au secret médical ou le droit à la protection des données à caractère personnel).
- 3^{ème} étape : mettre en balance le droit à la preuve et le droit fondamental pour déterminer si le premier justifie de porter atteinte au second en appliquant un test de proportionnalité.

L'arrêt rendu le 8 mars 2023 à propos d'une vidéosurveillance contestée complète cette approche (Cass. Soc. 8 mars 2023 n° 21-17802), la Cour de cassation précisant la manière dont le juge doit mettre en balance le droit à la preuve et le droit à la vie personnelle :

- d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur,
- ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié,
- enfin, apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi.

Au terme de ce contrôle de proportionnalité, la production d'une preuve illicite ne sera déclarée recevable que si elle est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte est strictement proportionnée au but poursuivi. Comme le souligne Jean-Emmanuel Ray, « la Cour de cassation n'accueille donc pas toutes les preuves illicites, loin de là ». Le juge demeure tenu de se livrer à une appréciation concrète de la situation et chaque décision rendue par la justice dépend étroitement des circonstances propres au cas.

III. Illustrations jurisprudentielles en matière de droit à la preuve : tableau de synthèse 2020-2023

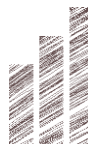
À la suite de l'arrêt du 30 septembre 2020, d'autres arrêts de la Cour de cassation sont venus confirmer cette nouvelle approche et ont permis d'affirmer le droit à la preuve dans des contextes différents au profit de l'employeur ou du salarié. Le droit à la preuve s'applique notamment dans des situations emblématiques :

- d'utilisation de preuves issues d'une vidéosurveillance illicite ;
- d'utilisation de données en violation de la réglementation sur le traitement des données personnelles ;
- de recours par l'employeur à des investigations secrètes dans les cas de harcèlement ;
- ou de recherche de preuves en cas de discrimination salariale liée au sexe.

Il ne s'agit pas pour autant d'un abandon de l'exigence de loyauté. Dès lors que l'employeur échoue au test de proportionnalité et porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du salarié, le mode de preuve induit collecté est déclaré irrecevable (Cass. Soc. 23 juin 2021 n° 19-13.856).

Bilan jurisprudentiel 2020-2023	
Cass. Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 Recevabilité d'un extrait du compte Facebook d'une salariée utilisé pour établir une faute grave	Les faits : L'employeur, Petit Bateau, s'appuie en justice sur un extrait du compte Facebook et sur une liste d'amis Facebook pour prouver la violation d'une obligation contractuelle de confidentialité. La salariée avait posté une photographie de la nouvelle collection encore confidentielle alors que son compte était accessible à des amis travaillant pour des entreprises concurrentes. La salariée conteste le licenciement et la recevabilité de la preuve en invoquant le droit à la vie privée (compte à accès restreint donc privé). La décision : Au-delà du cas d'espèce (preuve obtenue par une amie Facebook de la salariée), la Cour affirme ici que la production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la salariée (extrait du compte privé et éléments d'identification d'amis) est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires.
Cass. soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523 Recevabilité de données issues d'une d'un traitement de données personnelles	Les faits : Un salarié est licencié par l'AFP pour faute grave, après avoir été accusé d'avoir usurpé l'identité informatique de sociétés clientes pour effectuer des demandes de renseignements auprès d'une entreprise concurrente de l'AFP. Il conteste les modes de preuve utilisés par l'employeur, à savoir des fichiers de journalisation et l'adresse IP à partir de laquelle les messages litigieux ont été envoyés. S'agissant de traitements de données personnelles, les fichiers de journalisation et le dispositif de collecte des adresses IP auraient dû être déclarés à la CNIL.

non déclaré à la CNIL (selon le régime antérieur au RGPD)	La décision : La Cour de cassation confirme l'illicéité des preuves mais considère que le droit à la preuve peut justifier que soient versés aux débats ces éléments à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.
Cass. soc. 17 mars 2021, n° 18-25.597 Recevabilité d'une enquête externe de harcèlement moral réalisée à l'insu du salarié visé par la plainte et sans que celui-ci n'y participe	Les faits : Alerté par les représentants du personnel de faits de harcèlement moral commis par une salariée, l'employeur diligente une enquête réalisée par un prestataire spécialisé. Le rapport d'enquête établi après entretiens avec les collaborateurs de la salariée atteste de son comportement fautif (insultes à caractère racial et discriminatoire, perturbations graves de l'organisation) et sert de fondement à l'employeur pour la licencier pour faute grave. La salariée conteste son licenciement en mettant en avant l'illicéité de l'enquête du fait qu'elle n'avait pas été informée de ces investigations et en raison du caractère non contradictoire de cette procédure et obtient satisfaction en appel. La décision : La Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel et considère, qu'en matière de harcèlement moral, n'est pas déloyale la preuve obtenue au moyen d'une enquête confiée par l'employeur à une entreprise spécialisée en prévention des risques psychosociaux, même si le salarié mis en cause n'en a pas été informé ni n'a été entendu dans le cadre de cette enquête. L'enquête incriminée ne visait pas ici à contrôler les salariés mais à assurer la protection des collègues dans le cadre de l'obligation légale de sécurité de l'employeur.
Cass. Soc. 23 juin 2021 n° 19-13.856 Irrecevabilité d'enregistrements de vidéosurveillance ciblant un salarié en permanence	Les faits : Le salarié d'une pizzeria travaillant seul en cuisine, est licencié pour faute grave pour s'être lacéré volontairement l'avant-bras à l'aide d'un morceau de verre. L'employeur s'est appuyé sur des images obtenues à l'aide d'un dispositif de vidéosurveillance ciblant en permanence ce salarié. Le salarié conteste la licéité de ce mode de preuve La décision : La Cour déclare irrecevables les enregistrements issus de la vidéosurveillance mise en place par l'employeur au motif que le dispositif était attentatoire à la vie privée du salarié et disproportionné au but recherché de sécurité des personnes et des biens.
Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.26 Recevabilité d'enregistrements de vidéosurveillance mise en place pour des raisons de sécurité	Les faits : Dans une pharmacie ouverte au public et exposée à des risques d'agression ou de vol, une vidéosurveillance est installée à des fins de sécurité et n'a dès lors pas fait l'objet d'une consultation des représentants du personnel. Une salariée, caissière, est licenciée pour faute grave en raison d'importantes irrégularités en caisse. La matérialité des faits est corroborée par le dispositif de vidéosurveillance mis en place par l'employeur. La salariée conteste la recevabilité de la preuve. La Cour d'appel estime que l'utilisation de la vidéosurveillance est licite car le dispositif a été mis en place pour des raisons de sécurité. La décision : La Cour censure le juge d'appel et estime que la preuve est illicite car la vidéosurveillance permettait de contrôler l'activité des salariés. Elle rappelle que dans ce cas, le juge doit vérifier si l'utilisation des images tirées de la vidéosurveillance porte ou non atteinte au caractère équitable du procès, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve de l'employeur. Il doit notamment vérifier le caractère indispensable de la preuve pour l'employeur.
Cass. Soc. 8 mars 2023 n° 21-17802	Les faits : Une salariée, prothésiste ongulair, est licenciée pour faute grave après que l'employeur lui a reproché des détournements de fonds commis à son préjudice. La lettre de licenciement s'appuie sur un audit réalisé par l'employeur pendant deux mois audit qui a mis en évidence des irrégularités



Irrecevabilité d'un enregistrement de vidéosurveillance en présence d'autres éléments de preuve	concernant l'enregistrement et l'encaissement en espèces des prestations effectuées par la salariée. L'employeur s'est appuyé devant le juge sur des enregistrements extraits d'un système de vidéosurveillance mis en place de manière irrégulière. La décision : La Cour de cassation rejoint la Cour d'appel et estime que la production des enregistrements de vidéosurveillance illicites n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, puisque celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve, l'audit, qu'il n'avait pas produit. Les enregistrements de vidéosurveillance ont été jugés irrecevables.
Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-20.798 Recevabilité possible d'un système de badgeage non déclaré à la CNIL en l'absence d'autres modes de preuve (selon le régime antérieur au RGPD)	Les faits : Un salarié, analyste métier, conteste son licenciement pour faute grave à la suite d'une fraude « <i>par déclarations erronées du temps de travail</i> ». Le salarié reproche à l'employeur de s'être appuyé sur un système de badgeage non déclaré à la CNIL (règles antérieures au RGPD de 2018). La Cour d'appel a déclaré cette preuve irrecevable estimant que l'employeur ne pouvait invoquer une atteinte à son droit à la preuve. La décision : La Cour censure le raisonnement de la Cour d'appel et lui reproche de ne pas avoir recherché concrètement si l'utilisation de ce mode de preuve illicite était le seul et unique moyen de parvenir à apprécier l'existence de la faute du salarié. Un tel résultat aurait pu être obtenu par exemple par le biais d'éventuelles attestations de collègues.
Cass. soc., 8 mars 2023, n°20-21.848 Irrecevabilité d'un procès-verbal obtenu de manière illicite par l'employeur en violation des règles de procédure pénale	Les faits : À la suite de l'examen par la police d'images de vidéosurveillance dans un bus dans le cadre d'une plainte, un conducteur de bus est licencié pour faute grave pour avoir téléphoné au volant et fumé dans le bus. L'employeur s'est appuyé sur un procès-verbal transmis par la police à partir des images de vidéosurveillance. La Cour d'appel a déclaré le procès-verbal illicite et irrecevable. La décision : La Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'appel et considère que le procès-verbal est irrecevable dans la mesure où il a été obtenu illicitement par l'employeur en violation des règles de procédure pénale. De plus, La Cour souligne que l'employeur s'était engagé dans une Charte à ne pas utiliser le système de vidéoprotection pour « apporter la preuve d'une faute du salarié lors d'affaires disciplinaires internes ».
Cass. soc. 8 mars 2023, n° 21-12.492 Recevabilité d'une demande de communication de bulletins de salaires de collègues dans le cadre d'une expertise préventive en matière d'inégalité salariale	Les faits : Dans un contexte d'inégalité salariale liée au sexe, une salariée obtient en référé la communication par l'employeur des bulletins de salaire de collègues masculins supposés mieux rémunérés. L'employeur conteste cette mesure en invoquant le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles des salariés dont les bulletins de salaire étaient réclamés. La décision : La Cour de cassation donne droit au salarié et souligne que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu. Le droit à la preuve prime ici car ces bulletins de salaire sont indispensables pour connaître la rémunération des collègues masculins ; la demande est légitime car destinée à préserver l'égalité de traitement entre femmes et hommes et enfin l'atteinte au droit fondamental est proportionnée dans la mesure où le juge a ordonné d'occulter sur les bulletins de salaire les données personnelles non nécessaires à la résolution du litige.

