



Séance commune

Commission ouverte de Droit social et AFDT

La preuve en droit du travail

*A l'aune des arrêts de l'assemblée plénière de la
Cour de cassation du 22 décembre 2023*

22 janvier 2024

*Olivier Leclerc, Directeur de recherche au CNRS
Rachel Spire, Avocate à la Cour
Frédéric Leclercq, Avocat à la Cour, cabinet Lusion Avocats*

Plan

- I. **Quelques grandes questions du droit de la preuve, et la place qu'elles occupent dans les contentieux du travail**
- II. **Rapide présentation des arrêts et de l'état de la jurisprudence antérieure**
- III. **Propos croisés sur la preuve dans le débat prud'homal**
 - La charge de la preuve
 - Article 145 du CPC
 - La recevabilité des modes de preuve

I. Quelques grandes questions du droit de la preuve, et la place qu'elles occupent dans les contentieux du travail

De « la preuve en droit du travail » à « la preuve dans les contentieux du travail »

- Preuve civile, pénale, administrative
- Les concepts de la preuve et le droit de la preuve
- Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :
 - CEDH, 12 juillet 1988, *Schenk c. Suisse*, n° 10862/84.
 - CEDH, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08 (GC).
 - CEDH, 17 octobre 2019, *López Ribalda et autres c. Espagne*, n° 1874/13 et 8567/13 (GC).
 - CEDH, 13 décembre 2022, *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal*, n° 26968/16.

1. La preuve au service de l'établissement de faits vrais

- Une question : à quelles conditions est-il justifié d'exclure certains éléments de preuve ?
- Une position radicale :
'Evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice' (J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 1827). *'throughout the whole of this work, this practical conclusion is perpetually recurring: Do not exclude any evidence or testimony merely from the fear of being deceived'* (J. Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, 1825)

La preuve est le fondement de la justice: exclure une preuve correspond à exclure la justice. A travers l'ensemble de ce travail, cette conclusion pratique est perpétuellement récurrente : n'excluez pas les éléments de preuve ou les témoignages simplement de la crainte d'être trompé.

- Deux manières, non exclusives l'une de l'autre, d'y répondre :
 - Déterminer les *modes de preuve admissibles*.
CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*
Cass. Soc. 4 juill. 2018, n° 17-18.241
Cass. Soc. 19 avril 2023, n° 21-20.308

Soc. 19 avril 2023 (21-20.308)

Vu l'article 6, §§ 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale :

8. Il résulte de ce texte garantissant le droit à un procès équitable, que si le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes, il peut néanmoins prendre en considération des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence.

9. Pour annuler la sanction de mise à pied disciplinaire infligée au salarié en déclarant sans valeur probante « l'attestation anonyme » d'un salarié produite par l'employeur et le compte-rendu de son entretien avec un membre de la direction des ressources humaines, l'arrêt retient qu'il est impossible à la personne incriminée de se défendre d'accusations anonymes.

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que ces deux pièces n'étaient pas les seules produites par l'employeur pour caractériser la faute du salarié dont il se prévalait et qu'il lui appartenait d'en apprécier la valeur et la portée, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés.

- Fixer des règles d'exclusion des éléments de preuves

Ex. Règles de preuve fédérales aux Etats-Unis:

Rule 402: Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court.

La preuve pertinente est recevable, sauf disposition contraire de la Constitution des États-Unis, d'une loi fédérale, ces règles ou d'autres règles affirmées par la Cour suprême.

Rule 403: The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

Le tribunal peut exclure un élément de preuve pertinent si sa valeur probante est largement compensée par la mise en danger d'un ou plusieurs des éléments suivants : préjudice injuste, confusion dans les questions, tromperie du jury, retard indu, perte de temps, ou présentation inutile des preuves cumulatives.

Preuves illicites

Preuves déloyales

Droit à la preuve :

CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L. L. c. France*

Civ. 1^e, 5 avr. 2012, n° 11-14.177

Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203

- Présenter les éléments de preuve dont on dispose / obtenir des éléments de preuve
- Droit à la preuve / un droit concurrent qui pourrait faire échec à la recevabilité de la preuve : respect de la vie personnelle/privée, secret des affaires, secret des correspondances, secret bancaire...
- Droit à la preuve des salariés / droit à la preuve des employeurs

Cass., Soc. 8 mars 2023

Pourvoi n° 21-17.802, publié au Bulletin

5. Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant, lorsque cela lui est demandé, apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

6. En présence d'une preuve illicite, le juge doit d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci. Il doit 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 le juge doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi.

Pourvoi n° 21-12.492, publié au Bulletin

8. Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de l'inégalité de traitement alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée.

Cass., Ass. Plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648

12. Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi

2. Charge de la preuve et aptitude à la preuve

- Charge subjective / charge objective
- *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espagnole, art. 217 : 7. pour l'application des paragraphes précédents de cet article, le tribunal devra tenir compte de la disponibilité et de la facilité à fournir les preuves dont la charge pèse sur les parties au litige.
- Code civil belge (dispositions issues de la loi du 13 avril 2019) : art. 8.4 : Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante.

- **Soc. 16 mars 2021, n° 19-21.063** : « En se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé [l'art. 6 §1 Conv EDH] ».
- **Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802** : « 8. [La cour d'appel] a ensuite relevé que, pour justifier du caractère indispensable de la production de la vidéosurveillance, la société faisait valoir que les enregistrements avaient permis de confirmer les soupçons de vol et d'abus de confiance à l'encontre de la salariée, révélés par un audit qu'elle avait mis en place au cours des mois de juin et juillet 2013 et qui avait mis en évidence de nombreuses irrégularités concernant l'enregistrement et l'encaissement en espèces des prestations effectuées par la salariée, tout en constatant que la société ne produisait pas cet audit dont elle faisait également état dans la lettre de licenciement. 9. De ces seules constatations et énonciations, dont il résulte que la production des enregistrements litigieux n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, dès lors que celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve qu'il n'avait pas versé aux débats, peu important qu'elle ait ensuite estimé que la réalité de la faute reprochée à la salariée n'était pas établie par les autres pièces produites, la cour d'appel a pu déduire que les pièces litigieuses étaient irrecevables ».

3. Droit substantiel et droit processuel

- Le droit de la preuve comme vecteur d'une politique juridique
- Le droit de la preuve tourné vers une « finalité épistémique » (découvrir et établir des faits vrais dans le procès).

Références

- C. Lhomond, *Le droit à la preuve en droit du travail*, Thèse Lyon 2, 2023.
- E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2^e ed. 2022.
- O. Leclerc, « Preuve dans les contentieux du travail », *Répertoire Dalloz – Droit du travail*, janv. 2022.
- O. Leclerc, « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *Revue de droit du travail*, n° 11, 2020, p. 655.
- John H. Wigmore et O. Leclerc, *Un jalon vers une « science de la preuve » : la représentation graphique des raisonnements probatoires*, Dalloz, 2019.
- O. Leclerc, « Les raisonnements probatoires des juges », *Lexbase Hebdo, édition Professions*, n° 297, 2019, pp. 1-7.

II. Rapide présentation des arrêts et de l'état de la jurisprudence antérieure

Difficultés soulevées par la jurisprudence antérieure aux arrêts du 22 décembre 2023

- Risque qu'une partie soit privée de tout moyen de faire la preuve de ses droits
- Contournement par la voie pénale du régime plus restrictif des preuves en matière civile
- Différence de régime entre la preuve illicite et la preuve déloyale mais difficile de tracer une frontière claire entre les deux
 - La preuve déloyale : la preuve obtenue au moyen d'un stratagème ou d'un dispositif clandestin de contrôle (vidéosurveillance, clients mystères, filatures, enregistrements sonores, etc.) constituait une preuve déloyale qui devait, à ce titre, être écartée par le juge civil. (Cass. ass. plén, 7 janvier 2011, n°09-14.316 et n°09-14.667).
 - La preuve illicite : les conditions légales de mise en place du moyen de preuve n'ont pas été respectées (ex : pas informé le salarié de la finalité, pas informé le CSE etc.)

→ Principales raisons du renvoi des affaires devant l'assemblée plénière

Les arrêts du 22 décembre 2023

- **Pourvoi n° 20-20.648 : revirement de jurisprudence**

Licenciement pour faute grave d'un salarié

Preuve de la faute fournie par l'employeur : enregistrement sonore d'un entretien réalisé à l'insu du salarié

La cour d'appel a déclaré la preuve irrecevable. Pourvoi formé par l'employeur

Extrait de la réponse de la Cour de cassation :

« Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

- La décision de la cour d'appel, qui avait écarté les enregistrements clandestins au motif qu'ils avaient été obtenus de manière déloyale, est censurée. L'affaire est renvoyée devant une autre cour d'appel qui devra vérifier la recevabilité du mode de preuve selon ces critères.
- L'arrêt se fonde, sur la jurisprudence de la CEDH, qui n'a jamais établi de distinction entre preuve illicite et preuve déloyale et qui admet la production d'un élément de preuve a priori non admis, en mettant en balance le droit à la preuve et les autres intérêts en jeu, dont implicitement, le droit à la défense

Récente illustration

- La Cour de cassation a appliqué pour la première fois sa nouvelle position dégagée en assemblée plénière du 22 décembre 2023 dans un arrêt du 17 janvier 2024 (Cass. soc., 17 janv. 2024, n° 22-17.474).
- L'affaire concernait la production par un salarié d'un enregistrement clandestin de son entretien avec les représentants du personnel, en vue de prouver le harcèlement moral dont il se disait victime.
- La preuve a été déclarée irrecevable au regard des autres éléments de preuve existants.

« En l'espèce, la cour d'appel qui a, d'une part relevé que le médecin du travail et l'inspecteur du travail avaient été associés à l'enquête menée par le CHSCT et que le constat établi par le CHSCT dans son rapport d'enquête du 2 juin 2017 avait été fait en présence de l'inspecteur du travail et du médecin du travail, d'autre part retenu, après avoir analysé les autres éléments de preuve produits par le salarié, que ces éléments laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral, faisant ainsi ressortir que la production de l'enregistrement clandestin des membres du CHSCT n'était pas indispensable au soutien des demandes du salarié, a légalement justifié sa décision ».

Les arrêts du 22 décembre 2023

- **Pourvoi n° 21-11.330 : consolidation de la jurisprudence de la chambre sociale**

Licenciement pour faute grave d'un salarié

Preuve de la faute fournie par l'employeur : conversation Facebook restée ouverte sur l'ordinateur du salarié absent et transmise à l'employeur par son remplaçant

La cour d'appel a écarté des débats la preuve de l'employeur. Pourvoi formé par l'employeur

Extrait de la réponse de la Cour de cassation :

« La Cour de cassation juge qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier, en principe, un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. [...] »

Une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail, il en résulte que le licenciement, prononcé pour motif disciplinaire, est insusceptible d'être justifié ».

→ Le pourvoi formé par l'employeur est rejeté. Dans ce cas, la question de la preuve ne se pose pas.

III. Propos croisés sur la preuve dans le débat prud'homal

- La charge de la preuve
- Article 145 du CPC
- La recevabilité des modes de preuve

- Rappel des termes de l'article L. 1235-1 du Code du travail :

« A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie. Si un doute subsiste, il profite au salarié. »

- **La charge de la preuve**

- Peut incomber à l'employeur :

- Pour prouver une faute grave, c'est-à-dire prouver que cette faute est telle qu'elle impose le départ immédiat du salarié, le contrat ne pouvant se poursuivre même pour la durée limitée du préavis (Cass. soc., 5 mars 1981, n° 78-41.806 Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-42.204) ;
- En cas de licenciement pour inaptitude, pour prouver que le reclassement est impossible (Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-47.686) ;
- Pour prouver le paiement du salaire, lorsque l'employeur est attiré en justice par son salarié sur une demande de paiement de rémunération (Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 14-11.580 ; Cass. soc., 6 nov. 2019, n° 18-17.928 ; Cass. soc., 12 janv. 2022, n° 20-14.696).

- Peut incomber au salarié :

- Le salarié, demandeur au procès doit prouver ses prétentions.
- Fin du préjudice nécessaire avec l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 13 avril 2016 (n° 14-28.293, sur la conséquence de la remise tardive de l'attestation d'assurance chômage). Pour obtenir des dommages et intérêts, le salarié doit désormais rapporter la preuve d'un préjudice résultant du manquement de l'employeur.

- **La charge de la preuve**

Aménagements légaux de la charge de la preuve notamment pour :

- La preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires (article L3171-4 du Code du travail) ;
- En matière de harcèlement moral (article L. 1154-1 du Code du travail) ;
- En matière de discrimination (article L. 1134-1 du Code du travail).

Mécanisme de présomption

- En faveur du salarié :
 - Dès lors qu'il est survenu dans les conditions requises, l'accident du travail est présumé imputable au travail. Cette présomption d'imputabilité de l'accident au travail a pour effet de dispenser le salarié d'établir la preuve du lien de causalité entre l'accident et le contexte professionnel (Cass. 2e civ., 7 mai 2015, n° 13-16.463).

- **L'article 145 du CPC**

Le référé de l'art. 145 permet d'obtenir des preuves avant tout procès. L'article 145 du Code de procédure civile institue un référé probatoire, pouvant être mis en œuvre « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Ce référé probatoire suppose donc la réunion de plusieurs conditions :

- **la mesure d'instruction doit être demandée avant tout procès**, c'est-à-dire avant saisine du juge du fond, et doit ainsi reposer sur des indices précis, sérieux et concordants permettant d'étayer les soupçons du demandeur le conduisant à envisager un procès au fond,
- cette demande doit être **justifiée par un motif légitime**,
- elle doit aussi être **nécessaire à la recherche des preuves qui font défaut ou la conservation de celles qui risquent de déperir**, cette recherche devant être utile dans la perspective d'un litige futur ou éventuel,
- enfin, la mesure sollicitée doit être légalement admissible.

En droit du travail, il n'est ainsi pas rare que des salariés, soutenant faire l'objet d'une discrimination en raison de leurs activités syndicales, saisissent la formation de référé du juge prud'homal, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, **pour obtenir de leur employeur la communication d'éléments permettant l'évaluation de leur situation au regard de celle d'autres salariés placés dans une situation qu'ils estiment comparable**.

- **L'article 145 du CPC**

La Cour de cassation procède à un **contrôle de proportionnalité entre cette atteinte et le droit à la preuve** : « *Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées (...)* » (Cass. soc., 22 septembre 2021, n°19-26.144).

En cas de production aux débats d'éléments concernant des collègues de travail du salarié plaignant, **se pose alors la question des informations pouvant y figurer.**

Dans ce cas, il arrive que le salarié accueilli en sa demande de communication fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile conteste le fait que son employeur, condamné par le juge prud'homal à produire de telles informations, **anonymise celles présentant un caractère personnel en vue justement de préserver la vie privée de ses autres salariés.**

Ce grief a d'ailleurs été très récemment soumis à la **Cour de cassation** qui, aux termes d'un arrêt du 1^{er} juin 2023, **a admis que les bulletins de paie de collègues de travail n'avaient pas être anonymisés**, en considérant que « *la communication des noms, prénoms, était indispensable et proportionnée au but poursuivi qui est la protection du droit à la preuve de salariés éventuellement victimes de discrimination et que la communication des bulletins de salaire avec les indications y figurant étaient indispensables et les atteintes à la vie personnelle proportionnées au but poursuivi* » (Cass. soc., 1^{er} juin 2023, n°22-13.238).

Si la jurisprudence semble donc être favorable à la communication au salarié d'éléments de preuve pouvant contenir des informations personnelles de ses collègues de travail, il n'est pas certain que l'employeur amené à communiquer ces informations fasse l'objet du même traitement par les juridictions en cas de réclamation de l'un des salariés visés par cette communication

- **L'article 145 du CPC**

Jurisprudences récentes :

La Cour de cassation **a fait droit à la demande de salariés sur le fondement de l'article 145** du Code de procédure civile :

- concernant une salariée estimant être victime d'une **inégalité de traitement** (*Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492*)
- concernant un salarié s'estimant **discriminé en raison de ses origines culturelles et ethniques.** (*Cass. soc., 15 février 2023, n°21-15.033*)
- concernant des salariés s'estimant victime de **discrimination syndicale** (*Cass. soc., 22 septembre 2021, 19-26.144 : L'aménagement de la charge de la preuve dont bénéficie le salarié en matière de discrimination ne rend pas inutile la possibilité de demander en référé, avant tout procès au fond, des éléments détenus par la partie adverse sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (CPC). Les éléments demandés peuvent être nominatifs s'ils sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionné au but recherché.*)

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Attestation

Lorsqu'une attestation n'est pas établie conformément à l'article 202 du code de procédure civile, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une telle attestation présente ou non des garanties suffisantes pour emporter leur conviction (Cass. soc., 3 oct. 2001, n° 99-43.472)

- Bulletins de paie

Repose sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui s'empare de bulletins de paie appartenant à l'entreprise et le concernant mais dont il n'avait plus les originaux, pour en faire des copies destinées à être produites en justice (Cass. soc. 8-12-2015 n° 14-17.759)

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Les SMS/messages téléphoniques vocaux

- **si le demandeur est le destinataire ou l'expéditeur :**

Les SMS sont des preuves utilisables en justice parce qu'elles ont été obtenues d'une façon « loyale » par celui qui les utilise. En effet, elles ont été rédigées et mises en circulation volontairement par celui qui les a émises.

« *L'émetteur d'un SMS ne peut ignorer que son SMS est enregistré sur l'appareil qui le reçoit* » (Cass. Soc. 23 mai 2007 n° 06-43209).

Il en est de même des messages laissés sur un répondeur : « *l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés sur l'appareil récepteur* » (Cass. Soc. 6 février 2013, n° 11-23.738).

- **si le demandeur n'est pas le destinataire ou l'expéditeur :**

La preuve pourrait être considérée comme déloyale.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mai 2007 (n° 06-43209) retient que « *l'enregistrement et la reconstitution d'une conversation ainsi que la retranscription de messages, lorsqu'ils sont effectués à l'insu de leur auteur, constituent des procédés déloyaux rendant irrecevables en justice les preuves* ».

Néanmoins, on imagine qu'on pourrait appliquer aujourd'hui le raisonnement de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 22 décembre de la Cour de cassation

« *dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi » (Cass. ass. plén., 22 décembre 2023, n° 20-20.648).*

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Les réseaux sociaux

- Arrêt « Petit Bateau » (Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058)

« Si en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve, la cour d'appel, qui a constaté que la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme « amie » sur le compte privé Facebook de Mme M..., a pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal »

- Arrêt de l'Assemblée Plénière du 22 décembre 2023 (n° 21-11.330)

Une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail, il en résulte que le licenciement, prononcé pour motif disciplinaire, est insusceptible d'être justifié ». (Ass. Plen. 22 décembre 2023, n° 21-11.330)

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Les mails/Agenda

L'existence d'un courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond (Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 11-25884).

Leur authenticité doit être établie en cas de contestation : les juges ont pu rejeter des mails des débats, au motif que leur authenticité n'était pas avérée, et en conséquence, qu'ils n'étaient pas probants (Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43307).

Avant d'écarter des débats des éléments de preuve provenant de l'agenda électronique du salarié disponible sur son ordinateur professionnel, les juges du fond doivent vérifier que ces éléments sont identifiés comme étant personnels (Cass. soc., 9 nov. 2022, n° 20-18.922).

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Les enregistrements audios

- Arrêt de l'Assemblée Plénière du 22 décembre 2023, n° 20-20.648 :

Portait en l'espèce sur l'enregistrement audio du salarié produit par l'employeur (propos tenus par le salarié lors de l'entretien préalable) :

*« dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve **ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats**. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une **atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble**, en mettant en balance le **droit à la preuve** et les **droits antinomiques** en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette **production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi** »*

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Les enregistrements vidéos

Distinction entre 2 types d'enregistrement vidéo (licite ou illicite)

- **La vidéosurveillance licite**

Mise en place vidéo surveillance licite

- *pour une entreprise d'au moins 50 salariés, l'employeur consulter au préalable le comité social et économique (c. trav. art. L. 2312-37 et L. 2312-38) ;*
- *quel que soit l'effectif de l'entreprise, l'employeur doit informer préalablement et individuellement ses salariés (c. trav. art. L. 1222-4)*
- *Ces formalités sont obligatoires, et elles doivent être respectées même si la vidéosurveillance est destinée à la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux ouverts au public, dès lors qu'elle permet également de contrôler et de surveiller l'activité des salariés (Cass. soc. 10 novembre 2021, n° [20-12263](#)).*

- **La recevabilité des modes de preuve**

La vidéosurveillance licite

Licencié pour faute grave, **le salarié avait contesté son licenciement au motif que le système de vidéosurveillance n'avait pas été préalablement porté à sa connaissance.**

Si la Cour d'appel avait donné raison au salarié, ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation. En effet, comme cela résulte de sa jurisprudence constante, dans la mesure où la vidéosurveillance n'avait pas été installée pour surveiller les salariés l'employeur n'avait pas à informer les salariés ni à consulter le CSE.

En l'espèce, **le système de vidéo-surveillance avait été mis en place dans le but de sécuriser les issues du magasin dont notamment une zone de stockage de l'entreprise non ouverte au public.** Il n'avait pas été instauré dans le but de surveiller les salariés, même s'il filmait le couloir donnant accès à ce lieu de stockage et les portes des toilettes qui donnaient dans ce couloir.

L'employeur n'avait donc pas à informer les salariés ni à consulter le CSE sauf à démontrer que le dispositif avait été utilisé pour contrôler l'activité des salariés.

Cette affaire confirme la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation qui admet que des dispositifs n'ayant pas pour but de contrôler les salariés puissent constituer des modes de preuve licites d'une faute d'un salarié (Cass. soc. 22 septembre 2021, n° 20-10843).

- **La recevabilité des modes de preuve**

- **La vidéosurveillance illicite**

La vidéosurveillance considérée comme un mode de preuve illicite n'est pas indispensable au droit de la preuve si l'employeur dispose d'autres moyens de preuve (Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-17.802) :

« *Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales que **l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant, lorsque cela lui est demandé, apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi [...].***

*7. La cour d'appel a d'abord constaté que l'employeur, d'une part, n'avait informé la salariée ni des finalités du dispositif de vidéosurveillance ni de la base juridique qui le justifiait, contrairement aux dispositions de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 et, d'autre part, n'avait pas sollicité, pour la période considérée, l'autorisation préfectorale préalable exigée par les dispositions, alors applicables, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et des articles L. 223-1 et suivants du code de la sécurité intérieure, ce dont elle a **exactement déduit que les enregistrements litigieux extraits de la vidéosurveillance constituaient un moyen de preuve illicite.***

8. Elle a ensuite relevé que, pour justifier du caractère indispensable de la production de la vidéosurveillance, la société faisait valoir que les enregistrements avaient permis de confirmer les soupçons de vol et d'abus de confiance à l'encontre de la salariée, révélés par un audit qu'elle avait mis en place au cours des mois de juin et juillet 2013 et qui avait mis en évidence de nombreuses irrégularités concernant l'enregistrement et l'encaissement en espèces des prestations effectuées par la salariée, tout en constatant que la société ne produisait pas cet audit dont elle faisait également état dans la lettre de licenciement.

*9. De ces seules constatations et énonciations, dont il résulte que **la production des enregistrements litigieux n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur**, dès lors que celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve qu'il n'avait pas versé aux débats, peu important qu'elle ait ensuite estimé que la réalité de la faute reprochée à la salariée n'était pas établie par les autres pièces produites, la cour d'appel a pu déduire que les pièces litigieuses étaient irrecevables ».*

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Photographies

Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-18.105

Deux infirmières avaient été licenciées pour faute grave. Il leur était reproché, entre autres, d'avoir participé à une séance photo en maillot de bain sur leur lieu de travail et pendant leurs horaires de travail.

« Dans la mesure où ces photos avaient été prises sur le lieu de travail et à destination d'une ancienne collègue de travail, elles relevaient de la sphère professionnelle et étaient légitimement produites aux débats et révélaient un comportement contraire aux obligations professionnelles de la salariée.

En l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que la production des photographies extraites du compte Messenger portant atteinte à la vie privée de la salariée était 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 protection des patients, confiés aux soins des infirmières employées dans son établissement, a, abstraction faite des motifs justement critiqués par la deuxième branche, mais qui sont surabondants, le grief tiré de la consommation et l'introduction d'alcool au sein de l'hôpital étant établi par d'autres éléments de preuve, légalement justifié sa décision. »

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Géolocalisation

- **Mise en place**

Depuis l'entrée en vigueur du RGPD, l'employeur qui met à disposition d'un salarié, un véhicule équipé d'un GPS, n'est plus tenu de procéder à une déclaration CNIL. En revanche, il se doit de respecter les dispositions du RGPD et notamment, il doit désigner un délégué à la protection des données et tenir un registre des activités de traitement.

L'employeur reste tenu :

- **d'informer individuellement les salariés de l'existence de ce dispositif** et des droits qui en découlent,
- **d'informer et consulter le CSE**, lorsqu'il existe, préalablement à la mise en place du dispositif

(Cass. soc., 3 octobre 2018, 16-23.968, Inédit)

Attention : **les données collectées ne peuvent pas être conservées indéfiniment**. Elles sont en principe effacées au bout de 2 mois, à quelques exceptions près (1 an lorsqu'elles ont pour objet d'optimiser des tournées ou encore 5 ans lorsqu'elles sont utilisées pour le suivi du temps de travail)

- **Admissibilité du mode de preuve**

L'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle, rappelle-t-elle, n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée pour localiser le conducteur en dehors du temps de travail, la cour d'appel, a pu déduire que les données collectées à partir du système de géolocalisation portaient une atteinte aux droits du salarié à une vie personnelle et familiale, et étaient dès lors irrecevables (Cass. Soc. 22 mars 2023, n°21-22.852 et 21-24.729).

En l'espèce, le recours à la géolocalisation n'était pas indispensable pour assurer le suivi du temps de travail des salariés, car l'entreprise est assujettie à l'obligation réglementaire d'enregistrer la durée du temps de travail au moyen d'un livret individuel de contrôle dont les feuillets doivent être remplis quotidiennement par les intéressés.

- **La recevabilité des modes de preuve**

- Détectives privés/Enquêtes

Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. Aussi, lorsqu'un employeur fait suivre par un détective privé un salarié à son insu, la cour d'appel décide, à bon droit, que les comptes rendus de filature effectuée constituent un **moyen de preuve illicite** (Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078).

La Cour de cassation avait déjà jugé que des rapports de **filature d'un détective privé ne pouvaient constituer un commencement de preuve** (Cass. soc., 7 févr. 1991, n° 89-40.816).

*« Une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique **nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur** »* (Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401).

Une enquête menée par une entreprise externe à la demande d'un employeur, à la suite de dénonciations de harcèlement, sans en informer préalablement le salarié auteur des faits de harcèlement, « n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié ». (Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597).

- **La recevabilité des modes de preuve**

- RGPD

Dans un arrêt CJUE, 02-03-2023, n° C-268/21, Norra Stockholm Bygg AB, la **Cour de justice de l'Union européenne considère, qu'en cas de refus fondé sur le RGPD de transmettre un document, les juges peuvent se le faire communiquer** afin de :

- **déterminer le caractère adéquat et pertinent** de la production du document à la solution du litige et si le recours à des moyens « **moins intrusifs** » peuvent le remplacer ;
- **évaluer si les données personnelles potentiellement contenues** dans le document doivent faire l'objet de **mesures de protection** (e.g. pseudonymisation) ;
- **interdire à la partie qui reçoit le document de l'utiliser à d'autres fins que probatoire dans le cadre du litige.**

Le droit à la preuve au regard de la nouvelle jurisprudence nationale

Dans un arrêt Cass. soc., 8 mars 2023, n°21-12.492., la Cour de cassation considère que ce droit peut « *justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés* » à condition que cette communication soit :

- indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'inégalité de traitement invoquée ;
- proportionnée au but poursuivi ;
- limitée si besoin, pour protéger le droit à la vie privée des salariés masculins concernés.

En l'espèce, les bulletins de paie occultent les données sensibles, à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle et de la rémunération.