



Le « droit à la preuve » consolidé en droit français : un bref retour sur les arrêts de l'Assemblée plénière (Cass. AP, 22 décembre 2023, pourvois n° 20-20.648 et 21-11.330)

Marcel Zernikow

Idem est non esse et non probari. Tout en instituant des règles communes pour toutes les branches du droit, le droit de la preuve développe néanmoins des particularités selon le contentieux étudié. Le droit du travail, en tant qu'il s'est construit à partir de la prise en compte du lien de subordination dans la relation contractuelle, constitue naturellement une terre fertile pour des variations. Dit autrement, le droit de la preuve tient compte de l'avantage dont dispose l'employeur, la plupart des preuves se trouvant dans les locaux de l'entreprise et *a fortiori* entre ses mains. En conséquence, des adaptations se sont imposées qui se situent non seulement sur le terrain de la répartition de la charge de la preuve¹, mais aussi sur celui de l'administration de la preuve.

Le dernier aspect a récemment alimenté un contentieux important. Le principe en matière d'admissibilité des modes de preuve est partagé avec les autres branches de discipline : la preuve est libre². Or, la jurisprudence a été conduite à décliner cette question dans les différentes branches du droit. Un arrêt d'assemblée plénière de 2011 semble poser, d'une manière globale pour tous les contentieux, que toute preuve déloyale doit être écartée³. Le principe de loyauté, dans le contexte de l'administration de la preuve, signifie que la preuve ne doit pas avoir été recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème. Plus précisément, cet arrêt concerne un enregistrement clandestin d'une communication téléphonique.

S'en distinguent les preuves dites illicites qui violent une règle de droit, par exemple, celle relative à l'obligation de déclaration préalable de la collecte de données, auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)⁴. La jurisprudence sur les caméras de vidéosurveillance non

¹ L'article 1353 du code civil et l'article 9 du code de procédure civile trouvant à s'appliquer, la charge de la preuve pèse en principe sur le demandeur, le plus souvent, le salarié. Des allègements de la charge de la preuve (articles L. 1134-1 et L. 1154-1 du code du travail en matière de discrimination et de harcèlement), une répartition du risque de la preuve (le doute profitant du salarié, par exemple, en matière de licenciement) ou un partage de la preuve (article L. 3171-4 du code du travail, sur la preuve des heures de travail) est toutefois spécifiquement prévu par le code du travail.

² Cass. soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.666.

³ Cass. AP, 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et n° 09-14.667.

⁴ L'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, imposant que la collecte de données à caractère personnel par l'exploitation du fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application de l'article 23 de la loi précitée.

déclarées est bien connue. Il est désormais acquis que de telles preuves – auparavant illicites – ne sont pas écartées automatiquement par le juge. Dans un arrêt traitant d'un système de traitement automatisé de données personnelles comme la collecte des adresses IP, qui permettait d'identifier indirectement une personne physique ou encore le traçage des fichiers de journalisation, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la proportionnalité de l'atteinte à un droit fondamental antinomique, qui est celui du respect de la vie privée, conformément aux exigences européennes⁵.

À l'inverse, la déloyauté constituait encore un rempart vis-à-vis de ce contrôle, en tant qu'elle imposait que la preuve déloyale fût systématiquement écartée. Or, ce raisonnement était progressivement confronté au droit à la preuve, compte tenu de l'influence grandissante de la jurisprudence européenne. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce sens que le droit d'accès à un tribunal est le fondement d'un droit à la preuve. Dit autrement, une partie doit avoir toutes les possibilités de produire une preuve. Sous cet angle, la Cour de cassation a été posée devant le défi d'articuler sa jurisprudence relative à la preuve déloyale avec les exigences européennes. Théoriquement, en présence d'un droit fondamental antinomique tel que celui du respect de la vie privée (article 8 CEDH), le juge national est tenu de mettre les droits en balance au moyen d'un examen de proportionnalité. En effet, il n'est pas rare que la production d'un mode de preuve porte atteinte à l'article 8 de la même convention relatif au droit au respect de la vie privée. Il s'agit d'un raisonnement nouveau qui semble s'imposer aux systèmes juridiques nationaux dont les conséquences concrètes sur l'admissibilité de la preuve restaient encore à explorer.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les questions qu'a eu à se poser la Haute juridiction de l'ordre judiciaire français, réunie en sa formation la plus solennelle. Il s'agit d'arrêts qui doivent unifier la jurisprudence entre les différentes chambres de la juridiction. La chambre commerciale d'abord⁶ et la première chambre civile ensuite⁷ ont déjà eu l'occasion d'appliquer l'examen de proportionnalité en matière d'admissibilité de la preuve. Il revient alors à l'Assemblée plénière de se poser la question de l'examen de proportionnalité dans le contentieux devant les juridictions de l'ordre judiciaire, et plus particulièrement, devant les juridictions du travail (conseils de prud'hommes et cours d'appel).

Dans l'un des deux arrêts étudiés (n° 20-20.648) est discutée la recevabilité d'un enregistrement audio réalisé à l'insu du salarié qui avait été utilisé afin de prouver la faute de ce dernier. Les juges de la cour d'appel l'ont jugé irrecevable parce que la preuve avait été obtenue clandestinement. Par son arrêt, l'assemblée plénière casse la décision des juges du fond et retient qu'il importe peu que la preuve relève de la catégorie des preuves déloyales. Ce qui importe pour qu'une preuve puisse être déclarée recevable est qu'elle soit indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence soit strictement proportionnée au but poursuivi. Ce faisant, la Cour de cassation cherche à clarifier « 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'écarté des débats ».

À l'avenir, la direction prise par la jurisprudence soulèvera nécessairement des questions nouvelles sur l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve. Dans la foulée, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà été conduite à rendre plusieurs arrêts sur l'admissibilité des modes de preuve.

⁵ Cass. soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19.523.

⁶ Cass. com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177.

Le second arrêt rendu le 22 décembre 2023 vient circonscrire le contentieux sur l'admissibilité des modes de preuve. Dans les faits, les juges s'interrogent sur la possibilité pour l'employeur de se servir d'une conversation privée tenue par le salarié sur une messagerie électronique en vue de prouver la faute de ce dernier. Les conditions d'accès à cette conversation méritent d'être soulignées puisque l'employeur en a eu connaissance par un autre salarié qui avait régulièrement accès à l'ordinateur professionnel du salarié auteur des propos, sur lequel le compte « Facebook » avec la messagerie en question était accessible. Les juges du fond ont considéré, bien que l'employeur n'eût pas usé d'un stratagème, qu'il avait obtenu la preuve des propos du salarié de manière déloyale, en violation du secret des correspondances.

La Cour de cassation décide néanmoins qu'indépendamment des conditions d'obtention du moyen de preuve, l'employeur ne peut, par principe, se prévaloir d'une conversation privée qui n'est pas destinée à être rendue publique. Les propos ne peuvent ainsi même pas être sanctionnés, en tant que tels, comme un manquement du salarié aux obligations découlant de son contrat de travail. Dit autrement, avant de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve des faits, la Cour de cassation revient sur la justification du licenciement pour motif disciplinaire et rappelle, à cet égard, que la vie personnelle interdit que l'employeur se prévale des contenus protégés au titre de la vie personnelle du salarié pour fonder un manquement du salarié. Dès lors que les faits ne peuvent être constitutifs d'un motif disciplinaire, la question de la preuve ne doit même pas se poser.

Ces deux arrêts généralisent le contrôle de proportionnalité en matière d'admissibilité de la preuve au regard du non-respect du droit fondamental au respect de la vie privée, d'une part, et précisent la frontière entre faits susceptibles d'être prouvés et faits relevant de la vie personnelle du salarié, d'autre part.

Marcel Zernikow

Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.
Qualifié aux fonctions de maître de conférences (droit privé et sciences criminelles).

Enseignant contractuel à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,
Institut fédératif de recherche sur les transitions juridiques.

Auteur de *Les règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur. Étude en droit international privé européen du travail*, L'Harmattan, 2024
marcel.zernikow@gmail.com

Annonce du dossier collectif
« Le droit à la preuve en droit du travail à l'ère du numérique »

Les deux arrêts français concernent l'admissibilité de la preuve. À cet égard, il peut être aisé de s'interroger sur la question renouvelée de son encadrement à l'ère du numérique. Il s'agit d'un enjeu universel qui concerne nos différents systèmes juridiques.

Partant de cette approche globale, nous proposons différents rapports juridiques nationaux afin de parvenir à des réflexions de droit comparé. Les différentes études visent à présenter les réponses dans les systèmes juridiques nationaux à une question concrète similaire à celle posée à la Cour de cassation dans les arrêts du 22 décembre 2023 : quelles sont les limites à la production d'une preuve face à l'émergence des nouveaux modes de preuve à l'heure de la surveillance numérique ?

Les différentes présentations contiennent les textes législatifs et les décisions jurisprudentielles adoptés en réaction à l'émergence de nouveaux modes de preuve.

Rapports nationaux proposés :

Allemagne (Sebastian Kolbe), Espagne (Lara Maria Munín Sánchez), France (Marcel Zernikow), Pologne (Izabela Florczak, Marcin Kostwiński), Portugal (Monique de Souza Arruda), Roumanie (Raluca Dimitriu), Slovaquie (Marek Švec, Andrea Olsovska, Peter Meszaros), Argentine (Jorge Afarian, Carla Roggi), Brésil (Bruno Freire e Silva), Uruguay (Gabriel Valentin, Rodrigo Almeida)