

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse Capitole

Le caractère indispensable de la preuve illicite

Sébastien RANC
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Droit à la vie personnelle du salarié vs. droit à la preuve de l'employeur. Chacun le sait, le point de bascule en matière de preuve illicite rapportée par l'employeur a eu lieu dans deux arrêts rendus en 2020, en l'occurrence les arrêts *Petit Bateau* (Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié) et *Agence France-Presse* (Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié : *Dr. ouv.* 2020, p. 733, note O. LECLERC ; *BJT*, janvier 2021, p. 20, note G. DUCHANGE). Auparavant, tout était (plus) simple : une preuve illicite de l'employeur était par principe irrecevable (v. not. Soc., 4 février 1998, n° 95-43.421 : *Bull. civ. V*, n° 64 ; 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *Bull. civ. V*, n° 230). Sous l'influence du droit européen, une telle preuve n'est désormais plus automatiquement écartée des débats. Dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, les juges du fond sont invités à rechercher si l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié par la production d'une preuve illicite est justifiée au regard du droit à la preuve de l'employeur. Précisons que ce droit de présenter ses propres preuves découle de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH). À notre connaissance, cinq arrêts de la Cour de cassation rendus le même jour illustrent les difficultés de certains juges du fond à s'approprier cette nouvelle jurisprudence (Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit ; 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit. *Adde* Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié), tandis que d'autres l'ont déjà bien intégré (Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, publié : *SSL* 2023, n° 2038, p. 11, note F. CHAMPEAUX ; 8 mars 2023, n° 20-21.848, publié ; 8 mars 2023, n° 21-17.802, publié : *D. Actualité*, 16 mars 2023, note L. MALFETTES). On focalisera l'analyse sur le dernier arrêt.

L'espèce. Une salariée a été engagée, le 22 octobre 2007, en qualité de prothésiste ongulaire. Soupçonnée de vol et d'abus de confiance par l'employeur, la salariée avait été licenciée pour faute grave le 12 août 2013. Pour justifier une telle faute, l'employeur se prévalait de trois preuves issues d'un système de vidéosurveillance. Plus précisément, il s'agissait d'un procès-verbal de constat de la vidéosurveillance, d'un CD ainsi que des détails des extraits de cette vidéosurveillance. Chacune de ces pièces a été déclarée irrecevable par les juges du fond (CA Paris, 8 avril 2021, n° 18/12470). Leur raisonnement a été validé par la Haute juridiction.

L'illicéité de la preuve. Avant de mettre en balance le droit à la preuve avec le droit à la vie personnelle, encore faut-il s'assurer que la preuve est en soit illicite. On enfonce des portes ouvertes mais une preuve licite ne peut en effet pas porter atteinte à un quelconque droit. En l'espèce, les juges du fond avaient constaté que l'employeur « *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 10 janvier 1978* ». En outre, il « *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* ». Ayant ainsi violé ses obligations préalables d'information et d'autorisation administrative, « *les enregistrements litigieux extraits de la vidéosurveillance constituaient [bel et bien] un moyen de preuve illicite* ». L'autorisation administrative préalable ayant disparu depuis l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données (RGPD), des preuves issues d'un système de vidéosurveillance seraient également illicites si l'employeur n'a pas rempli ses obligations en matière de

traitement de données personnelles. Dans un autre arrêt du même jour, la Cour de cassation a d'ailleurs précisé que « *le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* », en particulier le droit à la preuve (Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, publié).

Mise en balance des intérêts en présence. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation rappelle qu'« *il résulte des articles 6 et 8 de la CSDHLF que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant, lorsque cela lui ai 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 du 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* » (nous soulignons). Dit autrement, la vie personnelle du salarié n'est pas un droit absolu et doit être concilié avec le droit à la preuve de l'employeur. Ce dernier peut donc produire en justice une preuve qui porte atteinte à la vie personnelle du salarié, encore faut-il qu'il invoque un tel droit. C'est ici une nouveauté dans l'attendu de principe que l'on retrouve dans un autre arrêt du même jour (Soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848, publié) : en vertu de l'article 9 du Code de procédure civile, le juge n'a pas à statuer d'office sur le droit à la preuve de l'employeur. Si ce dernier n'a pas oublié de revendiquer un tel droit, le juge doit « *apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble* ». « Cette formule évasive signifie ici que la production de la preuve doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et que l'atteinte à la vie personnelle doit être strictement proportionnée au but poursuivi » (E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, 2022, 2^{ème} éd., spéc. n° 368). Plus précisément et selon une doctrine autorisée, « une fois établi que la production de la preuve portant atteinte à la vie privée est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, reste à déterminer si l'atteinte à la vie privée est proportionnée au but poursuivi. L'appréciation se fait *in concreto*, au vu des circonstances de l'espèce. Ce jugement emporte deux opérations bien distinctes. D'une part, il importe de vérifier que le but de la production de la preuve attentatoire à la vie privée est justifié (contrôle de légitimité) et que l'atteinte à la vie privée est aussi limitée que possible (contrôle de la mesure). Conceptuellement distinctes, ces opérations ne sont cependant pas explicitées avec autant de précision l'une que l'autre dans les arrêts de la Cour de cassation » (O. LECLERC, « Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ? », *Dr. ouv.* 2020, p. 733, spéc. p. 738).

Mode opératoire. La Haute juridiction décline ensuite l'attendu de principe précité à la preuve illicite issue d'un système de vidéosurveillance : « *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 porté à la vie personnelle au regard du but poursuivi* ». Est ainsi délivré un précieux mode opératoire jalonné de trois étapes. Le juge contrôle : 1) la raison d'être du recours à la vidéosurveillance ; 2) son caractère indispensable ; 3) la proportionnalité de l'atteinte au droit opposable au droit à la preuve. Ces différentes étapes peuvent paraître obscures. Toutefois, elles peuvent être éclairées grâce à la

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dont, encore une fois, s'est largement inspirée la jurisprudence interne.

Dans les arrêts *Bărbulescu* (5 septembre 2017, req. n° 61496/08) et *López Ribalda* (17 octobre 2019, req. n° 1874/13 : *RDT* 2020, p. 122, note B. DABOSVILLE), la CEDH demande aux juridictions nationales de tenir compte des facteurs suivants pour s'assurer de la proportionnalité de mesures de vidéosurveillance sur le lieu de travail : 1) l'obligation préalable d'information relative à l'existence d'un système de surveillance ; 2) l'ampleur de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée du salarié. Par exemple, seront pris en compte le caractère plus ou moins privé du lieu dans lequel intervient la vidéosurveillance (interdiction de vidéosurveiller les toilettes ou les vestiaires), les limites spatiales et temporelle de celle-ci, ainsi que le nombre de personnes ayant accès à ces résultats ; 3) les motifs légitimes du recours à la surveillance (tels que les soupçons de vol) et l'ampleur de celle-ci ; 4) la mise en place d'un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs ; 5) les conséquences de la surveillance pour le salarié qui en a fait l'objet. Des conséquences importantes seront admises si la surveillance est exclusivement utilisée pour découvrir les voleurs et les sanctionner ; 6) le bénéfice de garanties adéquates, tels que l'obligation préalable d'information susvisée, la demande préalable d'autorisation à un organisme indépendant ou la possibilité d'introduire une réclamation. Encore faut-il préciser que ces critères ne sont pas cumulatifs. Ils « constituent des indications précieuses pour guider les juridictions du fond dans la mise en œuvre de la balance entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée ou personnelle des salariés » (E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *op. cit.*, spéc. n° 368).

Le caractère dispensable de la vidéosurveillance. Pour revenir à notre arrêt, les juges du fond ont 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* ». La Cour de cassation décide 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* » et en déduit que « *la cour d'appel a pu déduire que les pièces litigieuses étaient irrecevables* ». Autrement dit et c'est ici l'apport principal de l'arrêt, les preuves issues de la vidéosurveillance permettaient certes de prouver les vols, mais elles n'étaient pas le seul moyen d'y parvenir. C'est à peine croyable mais l'employeur, après avoir mentionné l'audit dans la lettre de licenciement, a décidé de ne pas le rapporter devant le juge alors même qu'une telle pièce semblait remplir les conditions de recevabilité issue du droit européen notamment s'agissant de la limitation dans la durée d'une telle mesure de contrôle. Si l'audit n'avait pas été mentionné dans la lettre de licenciement, la solution aurait peut-être été tout autre.