

N° Z2111330

Décision attaquée : 17 novembre 2020 de la cour d'appel de Paris

la société Rexel développement

C/

M. [F] [B]

rapporteur : Hugues Fulchiron

RAPPORT

Décision attaquée : Paris, 17 novembre 2020 Déclaration de pourvoi : 29 janvier 2021 M.A. : 25 mai 2021, signifié le 1 ^{er} juin 2021 Pas de constitution en défense Renvoi en Assemblée plénière par la chambre sociale : 1 ^{er} février 2023 Demande de la société Rexel développement au titre de l'article 700 CPC : 5000 euros

Plan¹

1 - Rappel des faits et de la procédure

2 - Analyse succincte des moyens

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Du droit à la preuve en général

4.1.1. Reconnaissance du droit à la preuve

4.1.2. Portée du droit à la preuve

¹ Ce rapport a été établi avec l'aide du Service de documentation et des études de la Cour de cassation dont les recherches, en droit interne, européen et comparé, ont été particulièrement utiles pour le rapporteur.

4.1.3. Droit à la preuve et licéité de la preuve

4.2. Droit à la preuve, licéité de la preuve et droit au respect de la vie privé et au secret de la correspondance

4.2.1. Du droit au respect de la vie privée et du droit au secret de la correspondance, en général

a). Le droit au respect de la vie privée est le premier domaine où il y a eu confrontation avec le droit à la preuve.

b). Le droit au secret de la correspondance

4.2.2. Du droit du salarié au respect de sa vie personnelle, en particulier

4.2.2.1. Etat du droit interne

4.2.2.2. Jurisprudence de la Cour EDH

4.2.2.3. Problème particulier de l'usage des nouvelles technologies par le salarié (matériel informatique, internet, messageries électroniques, téléphonie etc.)

a). principes généraux

b). mails, tweet, SMS etc.

4.2.3. Confrontation entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée/au secret des correspondance

a). caractère indispensable de la preuve illicite.

b). stricte proportionnalité de l'atteinte aux intérêts antinomiques en présence.

4.3. Droit à la preuve et loyauté de la preuve.

4.3.1. Du principe de loyauté de la preuve en général

4.3.2. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

4.3.2.1. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

4.3.2.2. Le principe de la loyauté de la preuve dans la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation

- a). la jurisprudence de la première chambre civile
- b). la jurisprudence de la deuxième chambre civile
- c). la jurisprudence de la troisième chambre civile

4.3.2.3. Le principe de la loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation

4.3.2.4. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation

4.3.2.5. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

a). la mise en place par l'employeur d'un dispositif de surveillance

- 1/. l'information préalable du salarié
- 2/. l'information préalable des représentants du personnel
- 3/. une déclaration préalable à la CNIL d'un dispositif de collecte de données personnelles

b). l'impossibilité pour l'employeur de recourir à un stratagème pour se constituer une preuve

4.3.3. Le principe de loyauté de la preuve dans les décisions des juges du fond

4.3.4. La loyauté de la preuve en droit administratif

4.3.5. La loyauté de la preuve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

4.3.6. Interrogations doctrinales sur le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

4.4. Droit à la preuve et « licéité » de la preuve en droit européen

4.4.1. Droit à la preuve et « licéité » de la preuve dans la jurisprudence de la Cour EDH

4.4.2. La question de la « licéité » de la preuve en droit de l'Union

4.5. La question de la « licéité » de la preuve en droit comparé

4.6. Examen du pourvoi

4.6.1. Les deux premières branches portent sur la loyauté de la preuve apportée

a). La première branche du moyen

b). La deuxième branche du moyen

4.6.2. La troisième branche porte sur les conséquences attachées au caractère déloyal de la preuve

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [B] a été engagé le 6 janvier 1992 par la société CMDE développement en qualité d'employé aux services généraux. Son contrat de travail a été repris le 1^{er} janvier 2015 par Rexel développement.

Le 18 novembre 2015, alors que M. [B] était absent pour avoir pris des jours de RTT, un autre salarié, affecté à son remplacement, a utilisé son poste informatique. Sur ce poste, il s'est connecté au compte Facebook de M. [B], qui n'avait pas été fermé. Ayant cliqué sur l'alerte indiquant qu'un nouveau message avait été reçu, il a lu une conversation entre M. [B] et une autre salariée de l'entreprise dans laquelle ceux-ci tenaient des propos insultants sur le remplaçant de M. [B] et sur son supérieur hiérarchique.

Le remplaçant de M. [B] a communiqué cet échange à l'employeur.

Le 26 novembre 2015, M. [B] a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement avec mise à pied conservatoire.

Le 9 décembre 2015, il a été licencié pour faute grave au motif des propos tenus lors de la conversation sur le site Facebook, que l'employeur a qualifiés d'injure non publique commis en raison de l'orientation sexuelle, et de diffamation. Il était ajouté que les personnes visées par ces propos étaient choquées et qu'il ne paraissait pas possible que M. [B] puisse continuer à travailler avec son supérieur hiérarchique dans de telles conditions.

M. [B] a contesté son licenciement devant le conseil des prud'hommes de Paris qui, par un jugement du 5 septembre 2018, a dit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et a condamné l'employeur au paiement de diverses sommes.

Sur appel de l'employeur, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 novembre 2020, a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

La société Rexel développement fait grief à l'arrêt de juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de la condamner à verser au salarié diverses sommes à titre de salaire pour la période de mise à pied à titre conservatoire avec incidence de congés payés, d'indemnité compensatrice de préavis avec incidence de congés payés, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et une somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, et de lui ordonner de rembourser aux organismes intéressés l'équivalent d'un mois d'allocation chômage versé au salarié licencié alors :

« 1°/ que la preuve obtenue par l'employeur sans utilisation d'un procédé clandestin, d'un stratagème et sans fraude ne méconnaît pas le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ; que, pour établir la faute du salarié licencié, l'employeur est ainsi recevable à produire la conversation privée tenue par celui-ci, dont un autre salarié a eu connaissance en travaillant sur l'ordinateur professionnel du premier, qui, par négligence, avait laissé ouvert son compte Facebook sur cet ordinateur ; que la cour d'appel, qui a constaté qu'« il n'est pas établi que l'employeur a usé d'un quelconque stratagème » dans l'obtention de cette conversation et a néanmoins jugé que l'employeur a obtenu la preuve des propos du salarié de manière déloyale et illicite, en violation du secret des correspondances, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article 9 du code de procédure civile, ensemble les articles L.1232-1, L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail ;

2°/ que l'employeur ne méconnaît pas le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, lorsqu'il n'a utilisé aucun stratagème et que les propos tenus par le salarié licencié, susceptibles d'être pénalement sanctionnés, lui ont été rapportés par un autre salarié qui en avait eu connaissance en utilisant régulièrement l'ordinateur professionnel du premier ; qu'en jugeant déloyale la preuve obtenue pourtant sans stratagème par l'employeur, « peu importe que [celui-ci] n'ait pas personnellement cherché à prendre connaissance de cette conversation ou n'ait pas consulté directement le compte litigieux », la cour d'appel a violé l'article 9 du code de

procédure civile, ensemble les articles L.1232-1, L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail ;

3°/ que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était pourtant expressément invitée, si l'atteinte portée à la vie privée du salarié n'était pas justifiée au regard, d'une part, des intérêts légitimes de l'employeur, qui s'est trouvé contraint de sanctionner ce salarié afin de faire cesser un trouble manifeste dans l'entreprise, dont il devait assurer le bon fonctionnement, et, en exécution de son obligation de sécurité, de protéger les salariés visés par les propos insultants et dégradants du salarié licencié, et au regard, d'autre part, de l'impossibilité pour l'employeur de prouver autrement la réalité de ces propos qu'en produisant la conversation tenue par ce salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code de procédure civile.»

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Est ce que sont recevables à titre de preuve des courriels litigieux dès lors que l'employeur les a obtenus sans stratagème ni procédé irrégulier ? (B1 et B2)

Dans quels cas le juge doit-il, en présence d'une preuve portant atteinte à la vie privée, procéder à une mise en balance avec le droit à la preuve ? (B3)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le principe du droit à la preuve a, sous l'influence de la Cour EDH, été reconnu par les différentes chambres de la Cour de cassation (4.1). Il a cependant des limites. Tel est le cas, notamment, lorsque le droit à la preuve se heurte à d'autres droits et intérêts. La question s'est posée, en particulier, en cas d'atteinte au droit au secret des correspondances ou au droit au respect de la vie privée : la jurisprudence a admis la nécessité d'une mise en balance des droits en présence, qui conduit, dans certains cas, à prendre en compte une preuve *a priori* « illicite » (4.2). En toute hypothèse, se pose le problème de la loyauté de la preuve (4.3).

Un rappel de ces différentes questions, complété par des données de droit européen (4.4) et de droit comparé (4.5), permettra d'éclairer les moyens du pourvoi (4.6).

4.1. Du droit à la preuve en général

4.1.1. Reconnaissance du droit à la preuve

- Le droit à la preuve a été reconnu par la Première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012, n° [11-14.177](#). En l'espèce, les juges du fond avaient jugé irrecevable comme constituant une violation du droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances, une lettre produite par le demandeur sans le consentement des personnes intéressées. Statuant au visa des articles 9 du code civil (droit au respect de la vie privée), 9 du code de procédure civile (preuve), 8 de la Conv. EDH (droit au respect de la vie privée) et 6 de la Conv. EDH (droit à un procès équitable), la Cour reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice, par le demandeur, de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence :

« Vu les articles 9 du code civil et du code de procédure civile, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que pour retirer des débats une lettre écrite par M. J. aux époux L., ses beaux-parents, trouvée après leurs décès dans leurs papiers par M. L., leur fils, gérant de l'indivision successorale, et par laquelle ce dernier prétendait établir une donation immobilière rapportable faite en faveur de Mme L, épouse J., l'arrêt retient qu'il produit cette missive sans les autorisations de ses deux soeurs ni de son rédacteur, violant ainsi l'intimité de sa vie privée et le secret de ses correspondances ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

Conformément aux propositions formulées par une partie de la doctrine (cf. not. G. Goubeau², « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277), la Cour de cassation a fondé le droit à la preuve sur le droit à un procès équitable (art. 6 Conv. EDH).

- La première chambre civile a ainsi suivi la voie tracée par la Cour EDH : cf. [CEDH, 27 octobre 1993, Dombó Beheer B.V. c. Pays-Bas, n° 14448/88](#), [C. EDH, 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02](#)). Selon la Cour EDH en effet, le droit à un procès équitable implique le droit, pour chaque partie à l'instance, « de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves dans des

² Selon G. Goubeau, « Le droit à la preuve est [...] au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette partie de prérogatives plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir l'émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge ».

conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » ([CEDH, 13 mai 2008, N.N. et TA. c. Belgique, req. n° 65097/01](#)).

Dans l'arrêt rendu par la Cour EDH le 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, précité, le requérant invoquait une violation de son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention EDH en raison de la production par son épouse du compte rendu opératoire d'une opération qu'il avait subie, afin de rapporter la preuve des violences et de l'alcoolisme qu'elle alléguait à son encontre, et de l'admission de la recevabilité puis de l'utilisation de cette pièce par les juridictions françaises. La Cour EDH relève que « *l'admissibilité et l'utilisation par le juge de la pièce médicale sus-énoncée en tant qu'élément de preuve ont constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention* ». Elle souligne que l'ingérence était prévue par les articles 259 et suivants du code de procédure civile qui disposent que la preuve est libre et se fait par tous moyens, sauf s'il est démontré qu'elle a été obtenue par violence ou par fraude (en l'espèce, la cour d'appel avait admis la recevabilité de la pièce litigieuse au motif que rien ne démontrait que l'épouse l'avait obtenue par fraude). Elle estime que le droit à la preuve du conjoint du requérant constituait un des buts légitimes visés par l'article 8 § 2, à savoir « *la protection des droits et libertés d'autrui* » car l'ingérence « *visait à protéger les droits de l'épouse du requérant qui, souhaitant établir une corrélation entre le caractère violent de son mari avec son alcoolisme pathologique, tendait à obtenir le divorce aux torts exclusifs de celui-ci* » et qu'elle « *était destinée à " la protection des droits et libertés d'autrui ", en l'occurrence le droit à la preuve du conjoint aux fins de faire triompher ses prétentions* ». La France est cependant condamnée : la production de la pièce contestée n'avait pas été déterminante dans le prononcé du divorce aux torts exclusifs du requérant, et ne constituait qu'un des éléments sur lesquels les juridictions nationales s'étaient fondées ; en conséquence, « *l'ingérence dénoncée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, au vu du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel, n'était pas proportionnée au but recherché* ».

- Dans un arrêt du 9 novembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé à son tour l'existence d'un droit à la preuve ([Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203](#)) :

« Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ».

En l'espèce, il était reproché à un employeur de faire travailler certains de ses salariés le dimanche. Pour le prouver, des représentants du personnel produisaient des documents comportant des indications relatives à la vie privée de certains salariés, dont ils avaient réalisé une copie dans l'exercice de leur mission. Sur le fondement des

articles 9 du code civil, 6 et 8 de la Conv. EDH, la chambre sociale affirme :

« Attendu cependant que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice ; que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail constitue un moyen de preuve licite, d'autre part, qu'elle avait constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions de l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010, ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi, la cour d'appel a violé les textes susvisés »

Sur l'émergence et la consécration du droit à la preuve, cf. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^{ème} éd., PUF, 2022, n° 273 et réf. cit. Sur la reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail, cf. not. G. Lardeux, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », D. 2017, p. 37, O. Leclerc, « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du droit au travail », RDT 2020, p. 652.

Cette jurisprudence a été confirmée depuis à de nombreuses reprises (ex. Soc., 8 mars 2023, n° [21-17.802](#), [21-20.798](#) et [20-21.848](#)), cf. *infra*.

4.1.2. Portée du droit à la preuve

Il est généralement admis que le droit à la preuve comporte deux dimensions : le droit d'obtenir des preuves d'une part, celui de produire des preuves d'autre part (cf. D. Goubeau, « Le droit à la preuve », art. préc.). Comme le soulignent E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc (*Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 275), « ces deux volets ont en commun de se déployer dans un contexte où prévalent des intérêts antagonistes juridiquement protégés qu'il importe de concilier. Lorsqu'il est sollicité, le droit à la preuve s'oppose ainsi au droit d'une autre personne ou, plus généralement, un intérêt juridiquement protégé (un secret par exemple) ».

Rattaché à l'article 6 Conv. EDH, le droit à la preuve est le complément nécessaire, et autonome, du droit d'accès à un juge (sur la double nature processuelle et substantielle du droit à la preuve, cf. not. G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », RTD civ. 2017, p. 1).

Toutes les parties sont titulaires de ce droit, le demandeur comme le défendeur : en cela, il n'est pas lié aux droits de la défense (cf. G. Lardeux, *Répertoire civil*, V°Preuve, préc., n° 310 et réf. cit.).

En droit du travail, le droit à la preuve a été consacré au bénéfice du salarié (cf. [Soc., 9 novembre 2016, n° 15-203](#), préc.) puis étendu à l'employeur, lorsque, par exemple, les éléments de preuve produits portent atteinte à la vie personnelle d'un salarié mais que cette production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but légitime poursuivi par l'employeur (ex. [Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058](#)). Sur cette question, cf. *infra*.

Si une partie ne peut obtenir, par ses propres moyens la preuve indispensable au succès de sa prétention, elle peut demander au juge d'ordonner une mesure d'instruction sur le fondement des articles 143 et suivants du code de procédure civile (ex., [1^{re} Civ. 22 juin 2017, n° 15-27.845](#), [Soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238, P.](#), cf. *infra*).

4.1.3. Droit à la preuve et licéité de la preuve

En dehors des hypothèses dans lesquelles la loi, par dérogation au principe de liberté de la preuve, réglemente de façon limitative les éléments admis à faire la preuve d'un fait, l'exclusion de telle ou telle preuve peut découler du fait qu'elle a été recherchée ou produite en violation du principe de licéité de la preuve.

Comme le soulignent E. Vergès, G. Vial et P. Leclerc (*Droit de la preuve, op. cit.*, n° 334 et réf. cit.), « *Le principe de licéité de la preuve implique que chaque élément de preuve soit produit ou recherché conformément aux règles de droit. Cette conformité se décompose en deux blocs. Le premier bloc de licéité est composé des preuves nommées, dont les codes de procédure définissent un régime propre. On en trouve de très nombreuses illustrations dans toutes les procédures. Il s'agit de l'expertise, des modalités de recueil des témoignages, des interrogatoires, des réquisitions, de la géolocalisation, etc. Le régime juridique de ces preuves est déterminé par une loi ou par un règlement, et le manquement aux règles ainsi définies est susceptible d'être sanctionné selon les modalités prévues par ces textes. La preuve peut ainsi être déclarée illicite, car elle viole une règle spéciale du droit de la preuve. Le second bloc de licéité (...) correspond aux principes généraux du droit de la preuve. Toute preuve, nommée ou innommée, doit être recherchée et produite en conformité avec ces principes. Certains sont issus du droit substantiel, comme le respect de la vie privée ou certains secrets juridiquement protégés (professionnel, des*

affaires³). D'autres se rattachent au droit processuel, comme le principe des droits de la défense ou le secret de l'instruction. D'autres encore sont des principes transversaux, dont les applications irriguent toutes les branches du droit, tel le principe de loyauté. Enfin, certains principes résultent de la mise en oeuvre des droits fondamentaux dans le domaine probatoire (procès équitable, dignité). »

Le droit à la preuve peut donc se heurter au principe de licéité de la preuve, ce qui entraîne tantôt l'exclusion de l'élément de preuve rapporté ou le refus du juge d'en ordonner la recherche, tantôt la mise en balance des droits et intérêts antagoniques en présence.

Se pose en particulier le problème de la confrontation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée ou le droit au secret des correspondances.

4.2. Droit à la preuve, licéité de la preuve et droit au respect de la vie privé et au secret de la correspondance

4.2.1. Du droit au respect de la vie privée et du droit au secret de la correspondance, en général

a). Le droit au respect de la vie privée est le premier domaine où il y a eu confrontation avec le droit à la preuve.

Le droit au respect de la vie privée est garanti par l'article 9 du code civil. Il est inscrit à l'article 8 de la Conv. EDH et à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF).

Par une jurisprudence abondante et en perpétuel développement, la Cour EDH a donné à l'article 8 une interprétation particulièrement dynamique (cf. F. Sudre *et alii*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 16^{ème} éd., PUF, 2023, n° 456 et réf. cit.).

Selon la Cour, le droit au respect de la vie privée ne se limite pas à la sphère intime des relations personnelles, mais englobe aussi « *le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* » ([Cour EDH, 16 décembre 1992](#),

³ Certains secrets sont considérés comme intangibles (il en va ainsi du secret professionnel du notaire, cf. [1^{re} Civ. 4 juin 2014, n°12-21.244](#)) ou ont un caractère quasi absolu, comme le secret des correspondances entre un avocat et son client (cf. [1^{re} Civ. 12 octobre 2016, pourvoi n° 15-14.896](#), [Crim. , 18 janvier 2006, pourvoi n°05-86.447](#)). Sur la question, cf. G. Lardeux, *Répertoire civil, V^e Preuve*, art. préc., n°342 s. et réf. cit. *Adde*, G. Loiseau, « Le droit à la preuve face aux secrets », RJS 2017, p. 83, *adde* les inquiétudes de G. Lardeux, « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question », D. 2023, p. 898 et réf. cit.

[GADEDH, n° 45](#)). Il recouvre le droit au respect de l'intimité physique et morale de la personne, le droit à la « vie privée sociale », le droit à l'autonomie personnelle et le droit à un environnement sain.

Le droit à la vie personnelle assure en particulier la protection de la sphère intime des relations personnelles : respect de l'intimité morale et physique de la personne, respect du domicile, secret des correspondances (et, au-delà, protection contre les diverses formes de surveillance), confidentialité des données personnelles, etc. A travers le droit à la protection de « la vie sociale » sont notamment protégés le droit de nouer des relations avec ses semblables, le respect de certains droits sociaux et le droit au développement personnel (F. Sudre et al., *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, n° 457 s. et réf. cit.).

b). Le droit au secret de la correspondance

Comme le souligne Malaurie, « *l'inviolabilité de la correspondance est une conséquence de la liberté de pensée et de la communication* » (Malaurie et N. Peterka, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 206 et réf. cit.).

Le droit au secret de la correspondance est protégé par l'article 226-15 du code pénal.

Hors la matière pénale, un courrier personnel ne peut, en principe, être produit en justice sans l'autorisation de son expéditeur. La jurisprudence a cependant multiplié les exceptions, le droit au secret de la correspondance s'effaçant devant le droit à la preuve, si bien que l'on a pu écrire qu'au contraire du principe admis par l'Ancien droit, il ressort aujourd'hui de la jurisprudence que « *le droit au secret des correspondances ne fait pas obstacle à leur production en justice et si les juges sont parfois amenés à écarter les lettres, c'est pour des motifs qui relèvent plus des principes généraux des preuves ou des règles spéciales, comme celles régissant le secret professionnel* » (cf. Y. Favier, *Répertoire de droit civil, V^e Correspondance, messages électroniques*, n° 80). Au juge de vérifier la nécessité de cette production au regard des droits de la défense et sa proportionnalité au but recherché.

Le droit au respect de la correspondance est expressément garanti par l'article 8 de la Conv. EDH. La Cour EDH l'a élargi à toute forme de correspondance, qu'elle soit orale, écrite, électronique ou via internet (cf. F. Sudre et al., *op. cit.*, n° 469 et réf. cit.). Prenant en compte l'évolution des modes de correspondance, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ».

Sur la confrontation entre droit au secret des correspondances et droit à la preuve, cf. *infra*.

4.2.2. Du droit du salarié au respect de sa vie personnelle, en particulier

4.2.2.1. Etat du droit interne

Aux termes de l'article L.1121-1 du code du travail :

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

Le texte garantit donc, dans les relations de travail, le respect des droits et libertés fondamentaux reconnus à toute personne : respect de la vie privée et plus généralement de la vie personnelle, libre choix du domicile, liberté religieuse, liberté d'expression, etc. (sur la dimension collective des libertés également garanties par le texte, cf. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, 2023, n° 717 et réf. cit.).

Des restrictions ne peuvent être apportées à ces droits et libertés que si elles sont « justifiées par la nature de la tâche à accomplir » ou, selon la jurisprudence, par la mise en oeuvre d'autres droits et libertés fondamentaux (cf. notamment le droit à la preuve qui peut être opposé au droit au respect de la vie privée) et doivent être proportionnées au but recherché. Sur ces différents points, cf. *infra*.

Dans l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 ([Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Nikon, Bull. civ., V, n° 921](#)), la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi affirmé que : « *Le salarié a droit, même au temps et au lieu de son travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* » :

« Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette

liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ;

Attendu que pour décider que le licenciement de M. [v] était justifié par une faute grave, la cour d'appel a notamment retenu que le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ; qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages émis et reçus par le salarié, que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. [V] par la société et comportant un fichier intitulé "personnel" ; »

Adde, à propos des données numériques, les références citées *infra*.

4.2.2.2. Jurisprudence de la Cour EDH

La Cour EDH est sur la même ligne qui, comme le souligne le professeur Sudre, « s'est engagée progressivement dans la voie de l'intégration partielle des droits sociaux, par ailleurs garantis par la Charte sociale européenne, dans le droit au respect de la « vie privée sociale » (Droit européen et international des droits de l'homme, *op. cit.*, n° 482 s. et réf. cit.). En affirmant dans un arrêt de [Grande chambre Slivenko c. Lettonie, 9 octobre 2001, req. n° 48321/99](#), que « les relations personnelles, sociales et économiques sont constitutives de la vie privée de tout être humain », la Cour EDH a fait entrer le droit d'exercer une activité professionnelle dans le champ de la vie privée (cf. [Sidabras et Dziautas c. Lituanie, 27 juillet 2004, req. n° 55480/00 et 59330/00](#) (à propos de l'interdiction faite aux anciens agents du KBG de travailler dans la fonction publique), [Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, req. n° 62617/00](#), [Libert c. France, 22 février 2018, req. n° 588/13](#)), [Antovic et Mirkovic c. Montenegro, 28 novembre 2017, req. n° 70838/13](#), [Barbulescu c. Roumanie, 5 septembre 2017, Gr. ch., req. n° 61496/08](#), [Lopez Ribalda et al. c. Espagne, 17 octobre 2019, Gr. ch., req. n° 1874/13 et 8567/13](#), [Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal, 13 décembre 2022 n° 26968/16](#) (à propos du licenciement du requérant sur la base de données recueillies à partir d'un système de géolocalisation installé, au su de ce salarié, sur le véhicule que son employeur avait mis à sa disposition aux fins de l'exercice de ses fonctions de délégué médical).

4.2.2.3. Problème particulier de l'usage des nouvelles technologies par le salarié (matériel informatique, internet, messageries électroniques, téléphonie etc.)

Cette question étant au coeur du dossier sous examen, il importe de lui consacrer des développements plus approfondis.

a). principes généraux

Cinq points doivent être précisés.

1/. Comme le rappelle P. Loziak (*Droit du travail*, 2^e éd., PUF, 2022, n° 13 et réf. cit.) :
« La règle est que les documents et autres matériels utilisés par le salarié dans l'exercice de ses fonctions sont la propriété de son employeur qui en garde la maîtrise. L'employeur peut donc accéder à l'historique des connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail, grâce à l'outil informatique de l'entreprise, sous réserve bien entendu, s'il entend sanctionner son salarié, de prouver que ce dernier est réellement l'auteur des connexions litigieuses ».

Ex. [Soc., 3 octobre 2018, n° 16-23.968](#), à propos de la consultation par le salarié de sites pornographiques à partir de son poste de travail.

2/. De façon générale, la Cour de cassation a posé une présomption de caractère professionnel des documents (papiers, électroniques, informatiques et autres), détenus ou reçus par le salarié dans l'entreprise ainsi que des dossiers et fichiers qu'il crée grâce à l'outil informatique de l'entreprise (cf. G. Auzero, D. Bogard, E. Dockes, *Droit du travail*, op. cit., n° 728 et réf. cit.).

Ex. [Soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, P.](#)

Cette présomption peut être renversée si le salarié prouve que ces documents ou données étaient identifiés comme personnels.

Cf. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803 (à propos de revues échangistes auxquelles le salarié s'était abonné un donnant comme adresse le siège de son entreprise) :

Principe et exception s'appliquent notamment aux fichiers informatiques :

Cf. [Soc., 5 juillet 2011, n° 10-17.284](#), NP, [Soc., 9 septembre 2020, n° 18-20.489](#), NP.

3/. Selon la Cour de cassation, « *saut risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* ».

Ex. [Soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017](#).

L'identification du caractère personnel des fichiers et documents est délicate. Selon la Cour de cassation, « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel* » (Soc., 18 octobre 2006, n° 04-48025, préc., *adde*, par ex. [Soc., 12 février 2013, n° 11-28649](#), reproduit *supra* « *Sont présumés professionnels la clé USB connectée à l'ordinateur professionnel* »). Il appartient au salarié de faire la preuve du caractère personnel du document.

Ainsi, la dénomination « D:/données personnelles » du disque dur de l'ordinateur ne confère pas un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient ([Soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502](#) : en l'espèce, la solution donnée par les juridictions françaises a été validée par la Cour EDH, dans son arrêt *L. c. France*, du 22 février 2018, req. 588/13, préc.).

Ne suffit pas non plus à conférer à un fichier le caractère personnel les mentions « *mes documents* » ([Soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884](#)), « *essais divers, essais divers restaurés* », le prénom ([Soc., 8 décembre 2009, n° 08-44.840](#)) ou les initiales du salarié ([Soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360](#)). En revanche, sont considérés comme personnels les documents titrés « *personnels* » ([Soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884](#), P, [Soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877](#), P).

4/. Si l'employeur a des motifs légitimes de croire que, par exemple, des actes de concurrence déloyale ont été commis, il peut demander une mesure d'instruction autorisant un huissier de justice à accéder au contenu personnel privé de l'ordinateur mis à disposition du salarié dans le cadre de la procédure sur requête de l'article 145 du code de procédure civile.

Ex. [Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.618, P](#), [Soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229](#) ou [Soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238, P](#)).

5/. Comme le souligne P. Lokiec (*Droit du travail, op. cit.*, n° 14 et réf. cit.), « *Il ne faut pas confondre accès au fichier du salarié et utilisation de leur contenu, notamment dans le cadre de l'action en justice. Même s'ils n'ont pas été indiqués par le salarié comme étant personnels et peuvent être librement ouverts pour l'employeur, les documents contenant des éléments relevant de la vie privée ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou disciplinaire* », à moins que cette production ne soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi, cf. *infra*.

b). mails, tweet, SMS etc.

Les principes dégagés s'appliquent aux messageries électroniques, SMS, tweet etc. qui suscitent une jurisprudence de plus en plus fournie (Cf. [Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Nikon](#), précité).

Ex. pour des SMS, [Com., 10 février 2015, n° 13-14.779, P](#), [Soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, P](#), [Soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.448](#).

Enfin, il convient de souligner que si le salarié multiplie consultation et émission de message sur son temps de travail, il s'expose à une sanction (cf. P. Loziek, *Droit du travail, op. cit.*, 1., n° 15).

4.2.3. Confrontation entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée/au secret des correspondance

Il est admis aujourd'hui que l'illicéité de la preuve, en raison de l'atteinte portée à tel ou tel autre droit, notamment au droit au respect de la vie privée, n'interdit pas la production de cette preuve, le juge devant mettre en balance les droits antinomiques en présence.

Telle est la position de la première chambre civile, cf. 1^e Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, P, précité.

La première chambre civile a d'ailleurs toujours fait preuve d'une certaine tolérance en matière familiale, notamment en matière de divorce (cf. art. 259 du code civil affirmant, avec des exceptions, le principe de liberté de la preuve) : peuvent ainsi être produits des courriers, courriels, SMS, etc., échangés entre les conjoints et un tiers ou les courriers échangés entre les conjoints, à condition, précise l'article 259-1 du code civil, que cet élément de preuve, n'ait pas été « *obtenu par violence ou fraude*⁴ ».

⁴ Comme le souligne le professeur Favier (Rép. civ., V^e *Correspondance, messages électroniques*, art. préc., n°95 et réf. cit.) : « *L'appréciation de la condition de l'absence de fraude dans l'obtention de ce moyen de preuve est difficile. Un époux aura-t-il laissé l'accès de son conjoint à son ordinateur personnel ou son téléphone mobile ? Les tribunaux doivent apprécier la régularité de la production des lettres missives en justice. Pour cela il convient de déterminer les circonstances dans lesquelles les lettres ont été obtenues. Il peut s'agir d'une soustraction, d'une découverte ou d'une remise par le destinataire, ou encore d'une interception. La jurisprudence est particulièrement fournie en ce qui concerne la procédure de divorce, mais elle peut être étendue à bien d'autres domaines. La production de la lettre est considérée comme régulière lorsque l'époux avait librement accès au document (courrier laissé dans une corbeille à papier : Paris, 20 janv. 1897, DP 1897. 2. 429 ; ou lettre découverte par l'épouse dans le magasin dont elle assurait la gestion commerciale : Civ. 2^e, 28 mars 1973, Bull. civ. II, n° 115). La voie de fait ou la violence en revanche, fait obstacle à toute production de la lettre en justice (Civ. 2^e, 28 mai 1957, D. 1954. 587 : fouille du sac de l'épouse par le mari), et il en va de même en cas d'interception (Civ. 2^e, 2 déc. 1998, n° 96-22.313 , JCP 1999. IV. 1126 : en l'espèce, l'interception était accidentelle mais encore faut-il le*

La première chambre a appliqué le principe, par exemple, en matière d'évaluation du préjudice corporel, cf. pour une atteinte jugée disproportionnée, cf. [1^e Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, P.](#)

La chambre commerciale est sur la même ligne. Elle avait d'ailleurs posé le principe d'une balance des droits et intérêts en présence avant même de reconnaître formellement le droit à la preuve (cf. [Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606](#)) à propos de la production de pièces relatives à la santé du dirigeant d'une société : « *Constitue une atteinte au principe d'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle du droit de la défense, si elles reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence* ».

Adde, par ex., pour une mesure d'instruction, en cas de conflit entre droit à la preuve et secret des affaires, Com., 5 juin 2019, pourvoi n° 17-22.192 ; en cas de conflit entre droit à la preuve et secret bancaire, Com., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491 ; en matière de propriété intellectuelle, [Com., 17 mai 2023, pourvoi n° 19-25.007](#).

Comme on il l'a été souligné *supra*, la chambre sociale de la Cour de cassation a consacré le droit à la preuve dans son arrêt du [9 novembre 2016, n° 15-10.203](#), préc.. Rompant avec la logique binaire qui prévalait jusque-là, les preuves présentées par une partie étant soit licites, et donc recevables, soit illicites, et donc irrecevables, elle a admis que le droit au respect de la vie privée devait être mis en balance avec le droit à la preuve. Au visa de l'article L. 3171-2 du code du travail, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile, la Cour affirme que : « *l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice ; que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit*

prouver. – Comp. [Civ. 1^{re}, 4 juill. 2012, n° 11-12.040](#), à propos d'un détournement de courrier). La lettre a pu également être communiquée par le destinataire. Encore faut-il écarter les lettres communiquées contre paiement, le procédé n'étant pas loyal. Un arrêt ancien a même admis qu'étaient irrégulières les lettres écrites par la femme à une amie lorsque celle-ci fait un usage abusif et déloyal des confidences ainsi reçues (Req. 5 févr. 1900, DP 1901. 1. 45). »

nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ».

La prise en compte d'une preuve illicite est donc soumise à deux conditions : la nécessité de sa production et la proportionnalité de l'atteinte au but poursuivi.

a) caractère indispensable de la preuve illicite.

Dans son arrêt du 9 novembre 2016, préc., la chambre sociale visait une production « nécessaire » à l'exercice de ce droit, mais dans ses décisions ultérieures, elle s'est alignée sur la rédaction de la première chambre civile qui, depuis l'arrêt fondateur de [Civ. 5 avril 2012, n° 11-14.177](#), préc., exige que la preuve produite soit « indispensable ».

Cf. par ex. [Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, NP](#), [Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12.058, P](#), [Soc. 25 novembre 2020, n° 17-19523](#), Soc. 8 mars 2023, n° [21-17802](#), [21-20798](#) et [20-21848](#) :

« 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. »

La preuve illicite doit donc être la seule possible pour que celui qui la produit puisse faire valoir son droit. Si d'autres moyens de preuve moins attentatoires à la vie privée du salarié sont disponibles, la preuve n'est pas recevable.

La Cour EDH est sur la même ligne, cf. (en matière de divorce), Cour EDH 10 octobre 2006, *LL c. France*, req. n° 7508/02 préc.

b). stricte proportionnalité de l'atteinte aux intérêts antinomiques en présence. Comme l'explique la professeure G. Lardeux (Répertoire de droit civil, V° *Preuve*, n° 300 s. et réf. cit.), cette exigence, partagée avec la Cour EDH, revêt une double dimension : une dimension formelle, en ce que la preuve illicite doit avoir été obtenue sans violence et sans fraude, d'une part ; une dimension substantielle, d'autre part, en ce sens que les juges doivent « vérifier si les investigations menées par le demandeur à la preuve, pour établir les faits venant au soutien de sa prétention, n'ont pas dépassé ce que l'intérêt ainsi défendu exigeait » (*ibidem*, n° 302 et réf. cit.).

Certes, souligne Mme Chantal Mathieu (« *Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité* », RDT 2020, p. 652), l'existence d'un contrôle de proportionnalité n'est pas une nouveauté en droit du travail ; mais sa mise en oeuvre s'inscrit aujourd'hui dans le cadre des nouvelles méthodes de raisonnement mises en oeuvre par la Cour de cassation (sur les interrogations suscitées par la mise en oeuvre du contrôle de proportionnalité en matière de preuve, cf. G. Lardeux, *La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthode et sources du droit en question*, D. 2023, p. 898 s. et réf. cit.).

Analysant la jurisprudence de la Cour de cassation, M. Olivier Leclerc (*Répertoire Dalloz Droit du travail, Preuve dans les contentieux du travail*, art. préc., n° 111) relève que :

« La réalisation de ce jugement de proportionnalité conduit les juges à vérifier la justification et la mesure de la production litigieuse. Les juges sont ainsi d'abord conduits à vérifier le but poursuivi par la production litigieuse. Ce but est parfois exprimé dans une formule très générale, qui se distingue peu du droit de faire valoir des prétentions en justice (dans son arrêt du 5 avril 2012, précité, la première chambre civile visait « les intérêts antagoniques en présence »). Parfois, le but poursuivi par la production de la preuve litigieuse est plus précis : « la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés » ([1^o Civ., 31 oct. 2012, n° 11-17.476...](#)), par des délégués du personnel de leurs « fonctions de représentation » (Soc. 6 nov. 2016, n° 15-10.203, préc.), « la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires » ([Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058...](#)). Ensuite, le jugement de proportionnalité impose au juge d'apprécier la mesure de l'atteinte portée à la vie privée. Le droit à la preuve justifie, en effet, la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle mais seulement si cette atteinte n'est pas excessive. Autrement dit, il appartient aux juges de vérifier que l'exercice du droit à la preuve « ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés » ([Soc., 11 déc. 2019, n° 18-16.516, inédit](#)).

Ainsi, dans l'arrêt rendu par la [chambre sociale le 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.058](#), publié, la Cour affirme que :

« 6. Ensuite, il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la 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.

7. La production en justice par l'employeur d'une photographie extraite du compte privé Facebook de la salariée, auquel il n'était pas autorisé à accéder, et d'éléments d'identification des « amis » professionnels de la mode destinataires de cette

publication, constituait une atteinte à la vie privée de la salariée.

8. Cependant, la cour d'appel a constaté que, pour établir un grief de divulgation par la salariée d'une information confidentielle de l'entreprise auprès de professionnels susceptibles de travailler pour des entreprises concurrentes, l'employeur s'était borné à produire la photographie de la future collection de la société publiée par l'intéressée sur son compte Facebook et le profil professionnel de certains de ses « amis » travaillant dans le même secteur d'activité et qu'il n'avait fait procéder à un constat d'huissier que pour contrecarrer la contestation de la salariée quant à l'identité du titulaire du compte.

9. En l'état de ces constatations, la cour d'appel a fait ressortir que cette production d'éléments 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 confidentialité de ses affaires. »

Dans son commentaire sous cette décision (*La preuve par Facebook*, JCP, éd. G., 2020, p. 1226, art. préc.), le professeur Loiseau fait observer que « *si l'équivalence normative des droits en concurrence induit une égalité de traitement pour régler la situation conflictuelle, l'appréciation est en réalité dissymétrique : celle-ci est opérée sous l'angle de la légitimité requise de la restriction apportée par le droit à la preuve au respect de la vie privée. Pour le dire autrement, c'est l'exercice du droit à la preuve qui est soumis à condition pour que la preuve soit active malgré l'atteinte à la vie privée que sa production occasionne. Cela réduit corrélativement les possibilités que le droit à la preuve prévale sur le droit au respect de la vie privée puisqu'il suffit que l'une des conditions fasse défaut pour que ce dernier ait le dessus* ».

Principe et méthode du contrôle de proportionnalité ont été réaffirmés dans l'arrêt rendu par la chambre sociale le 25 novembre 2020 (Soc. 25 novembre 2020, n° 17-19.523, préc.). La Cour y tire les conséquences de l'arrêt *Barbulescu c. Roumanie* (Cour EDH, grde ch., 5 septembre 2017, n° 61496/08, préc.), et *Lopez Ribalda et autres c. Espagne* (Cour EDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13, préc.). Elle revient sur sa jurisprudence selon laquelle était irrecevable une preuve obtenue en violation des dispositions relatives à la protection des données personnelles et met en oeuvre les critères et la méthode fixés par la Cour EDH.

Selon la chambre sociale, « *l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions (relatives à la protection des données personnelles) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats* » : « *le juge (doit) 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* ».

Adde, par ex., pour une atteinte jugée disproportionnée, [Soc., 23 juin 2021, n° 19-13856, P.](#)

Les principes ainsi posés ont été repris par la chambre sociale dans un arrêt du 10 novembre 2021, n° 20-12263, rendu à propos d'un système de vidéo-surveillance.

Dans des arrêts rendus la 8 mars 2023 (Soc., 8 mars 2023, n° [21-17802](#), [21-20798](#) et [20-21848](#)), la chambre sociale, affinant un peu plus sa jurisprudence, a donné une portée plus générale aux principes posés et précisé l'office du juge.

Soc. 8 mars 2023, n° [21-17802](#) :

« 5. Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des 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.

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 10 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. »

Commentant ces arrêts, le professeur Loiseau (*Le droit de la preuve illicite*, art. préc.) souligne que « Parmi les lignes directrices que ces arrêts dégagent, les plus distinctives affichent l'objectif d'encadrer plus étroitement le pouvoir du juge de fonder sa décision sur un moyen de preuve illicite. Ce resserrement des conditions d'admission de la preuve illicite, en réaction aux premières applications judiciaires, est une nouvelle orientation donnée à la jurisprudence mais n'en signifie pas le recul car il est procédé, dans un autre mouvement, à un élargissement de son domaine. La construction ne semble donc pas, tout simplement, encore stabilisée et il n'est d'ailleurs pas exclu qu'elle nécessite d'autres ajustements. » Selon lui, pour encadrer la démarche des juges du fond, la Cour de cassation dégage trois questions sur lesquelles ceux-ci devront dorénavant s'expliquer avant de pouvoir accueillir un moyen de preuve illicite :

« Ils doivent d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier que celui-ci avait des raisons concrètes de recourir à la surveillance compte tenu, le cas échéant, de l'ampleur de celle-ci. Cette première directive, au vrai, est dangereusement floue. L'examen de la légitimité du contrôle qui, ne l'oublions pas, est un pouvoir de l'employeur, laisse perplexe. S'agit-il de rechercher les intentions, réelles ou supposées, de l'employeur ? Et que faut-il entendre par des « raisons concrètes » justifiant le recours à la surveillance ? L'employeur doit-il justifier son emploi par des faits matériellement établis – survenance de vols, de dégradations, de manquements à l'horaire de travail, etc. – ou l'existence de menaces tangibles ? Faudra-t-il tenir compte, à cet égard, de la consultation du CSE qui, en principe, a précédé la mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés ? Il aurait mieux valu se placer du point de vue plus objectif de la qualité de l'élément de preuve au regard des circonstances dans lesquelles il a été recueilli, comme le préconisait la Cour européenne dans l'arrêt Lopez Ribalda en soulignant que ces circonstances peuvent faire douter de sa fiabilité ou de son exactitude.

Le deuxième examen auquel les juges du fond doivent se livrer consiste à rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié. L'objectif est louable mais l'instruction laisse place, ici aussi, à une subjectivité trop importante. La comparaison avec l'autre moyen doit-elle se faire, pour parvenir au même résultat, à efficacité égale ou, le cas échéant, au prix d'une moindre efficacité ? La mesure de contrôle s'inspire visiblement de la jurisprudence relative à l'utilisation d'un dispositif de géolocalisation pour contrôler le temps de travail qui, d'après la Cour de cassation, n'est pas justifiée lorsqu'il existe des dispositifs moins intrusifs tussent-ils moins efficaces. À ce compte-là, c'est le pouvoir de contrôle de l'employeur qui est fragilisé, voire atrophié, encore qu'il faille garder à l'esprit qu'il a, par hypothèse, été irrégulièrement exercé lorsque la question se pose de l'utilisation d'un mode de contrôle moins intrusif.

Le troisième temps de l'analyse à laquelle les juges du fond doivent procéder les amène, enfin, à apprécier le caractère proportionné, au regard du but poursuivi par l'employeur, de l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié. Ce dernier volet du contrôle était déjà prescrit avant les arrêts du 8 mars 2023 qui le reprennent pour le situer dans l'ordre des investigations que la Cour de cassation organise, peut-être aussi pour en affirmer l'importance en lien avec les autres étapes de l'office du juge. De fait, l'exigence de proportionnalité commande de procéder à une appréciation de l'utilité du mode de surveillance pour faire la preuve du fait à établir au regard de la gravité de l'atteinte à la vie personnelle que son emploi entraîne, ce qui conduit à tenir compte, le cas échéant, de la légitimité du contrôle et des raisons concrètes d'y recourir ainsi que du caractère plus ou moins intrusif du mode de surveillance et, subséquent, de l'immixtion d'intensité variable qu'il réalise dans la vie personnelle du salarié. »

Le jeu de la proportionnalité peut aussi intervenir dans les rapports entre employeur et salarié lorsque le salarié produit des éléments de preuve destinés à établir une discrimination ou une violation, par l'employeur, du droit du travail, et que ces éléments sont susceptibles de constituer une ingérence dans la vie privée d'autres salariés. Dans un contentieux portant sur le respect, par une entreprise, des règles encadrant le travail le dimanche, a ainsi été jugée proportionnée la production de documents relatifs au décompte de la durée du travail et des repos des salariés provenant de délégués du personnel qui y avaient eu accès dans le cadre de leurs fonctions ([Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10203](#)). Adde, pour une demande de production forcée de pièces comportant des éléments relatifs à la vie privée d'autres salariés, afin de faire la preuve d'une discrimination, [Soc., 9 septembre 2021, n° 19-19.074](#), [Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.146](#), [Soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238, P.](#)

4.3. Droit à la preuve et loyauté de la preuve.

4.3.1. Du principe de loyauté de la preuve en général

Le principe de loyauté irrigue aujourd'hui l'ensemble du droit processuel⁵. Selon le professeur Guinchard, la loyauté constitue un des principes directeurs communs à toutes les procédures (les « *principes structurant d'une démocratie procédurale* »), avec le dialogue et la célérité (cf. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2023, n° 748 s.).

Tel est notamment le cas dans le procès civil, même si la loyauté n'est pas encore inscrite parmi les principes directeurs du procès (sur le débat, cf. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel, op. cit.*, n° 752 et réf. cit., comp. L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 3^{ème} éd., 2020, n° 306 s. et réf. cit.). Sur les différentes dimensions du principe et ses liens avec la bonne foi, cf. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel, op. cit.*, n° 752 et réf. cit.

En droit de la preuve, le principe de loyauté se manifeste notamment dans le principe de contradiction, les règles de transmission des pièces, de production des preuves etc (cf. A. Leborgne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 335 s.). La Cour de cassation lui a donné une nouvelle dimension avec l'exigence de loyauté dans l'obtention des preuves. Comme le souligne G. Lardeux (Rép. civ., V° *Preuve*, art. préc., n° 380), « *le respect du principe est ainsi exigé, non seulement dans le cadre du procès mais également lors de sa préparation, non seulement dans le maniement des armes mais également lors de leur élaboration* ». La Cour de cassation lui assigne comme fondement l'article 6 de la Conv. EDH, alors même, est-il souvent rappelé (cf. G. Lardeux, *Du droit de la preuve au droit à la preuve*, art. préc.), que la Cour EDH ignore un tel principe (cf. *infra*).

Consacré par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 2015 ([Crim., 17 mars 2015, n° 14-88351](#)), le principe s'est diffusé dans la jurisprudence des autres chambres de la Cour, jusqu'à être consacré par l'Assemblée plénière, qui au visa du « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* », a retenu que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos en question, était un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue (cf. [Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-148667 infra](#)).

Saisi d'une QPC relative à la garde à vue, le Conseil constitutionnel, dans une

⁵ Il a été observé qu'à l'origine le terme de loyauté appartient au vocabulaire de la chevalerie : il fait appel à l'honneur, à l'exigence morale de droiture qui implique l'absence de tricherie, de duplicité ou de trahison, cf. B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges J. Pradel*, 2006, Cujas, p. 97 s.

Décision du 18 novembre 2011 ([Cons. const., Déc., n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011](#), cf. *infra*), a affirmé « *qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve* ».

Selon le Conseil d'Etat, tout employeur public est tenu, vis à vis de ses agents, d'une obligation de loyauté : une sanction disciplinaire ne peut donc être fondée sur des pièces ou documents obtenus en méconnaissance de cette obligation ([CE, sect., 16 juillet 2014, Ganem, n°355201](#), cf. *infra*).

La preuve déloyale peut se présenter sous deux visages différents. Il peut s'agir, d'une part, d'une preuve recueillie à l'insu de la personne, de manière clandestine (enregistrements audio ou vidéo clandestins, captures d'écrans pratiquées à l'insu des personnes intéressées, etc.). Il peut s'agir, d'autre part, d'une preuve obtenue grâce à un stratagème de l'adversaire, la preuve n'étant pas seulement recherchée à l'insu de la personne observée, mais donnant lieu à une tromperie, un montage, une « mise en scène », une opération clandestine, voire une provocation à la faute (cf. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve, op. cit.*, n° 373 s. et réf. cit.). « *Toutefois* », souligne Mme Géraldine Vial (*Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses*, RDT 2023, p. 156), « *dans les deux cas, la preuve déloyale repose sur la volonté d'une partie de piéger l'autre pour recueillir ses confidences aux fins de preuve. Bien qu'elle ne soit pas toujours explicitée, cette idée de piège dans la manière d'obtenir la preuve sous-tend la notion de preuve déloyale* ».

Apparu dans le contexte spécifique du droit pénal et des relations de travail, relations par principe inégalitaires (4.3.6.), le principe de loyauté de la preuve irrigue l'ensemble du droit privé (4.3.3 et 4.3.4), même s'il présente des spécificités en droit pénal (4.3.5). Il a été consacré par plusieurs arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (4.3.2). Mais sa portée suscite aujourd'hui un certain nombre d'interrogations (4.3.7).

4.3.2. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

4.3.2.1. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Dans l'affaire soumise à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 janvier 2011 ([Ass. plén., 7 janvier 2011, n°s 09-14316](#) et 09-14667) était en jeu la résolution du conflit entre la Chambre commerciale et la cour d'appel de Paris dans le domaine du contentieux concurrentiel. La cour d'appel de Paris acceptait en effet de prendre en compte des enregistrements clandestins de conversations téléphoniques alors que, selon la chambre commerciale, « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* » ([Com., 3 juin 2008, n° 07-](#)

[17147, P.](#)). Sur renvoi, la cour d'appel de Paris refusa de s'incliner (Paris, 29 avr. 2009, sur lequel, cf. not. J. Raynaud, *L'admissibilité des preuves déloyales devant l'Autorité de la concurrence : raisonnable et non pas illicite*, JCP E 2010, n° 1347).

Statuant au visa de l'article 6 de la Conv. EDH et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'Assemblée plénière affirme :

« Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Com., 3 juin 2008, Bull. 2008, IV, n° 112), que la société Advantage-TVHA a saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électronique grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause les sociétés Philips France et Sony France ; que ces sociétés ont demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale ;

Attendu que pour rejeter leur recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence qui a prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, l'arrêt retient que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; qu'il retient encore que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; qu'il ajoute enfin que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès

équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ».

Sur cet arrêt, cf. not. V. Vigneau, D. 2011, p. 618.

L'Assemblée plénière a rendu trois autres arrêts sur la question de la loyauté de la preuve : [Ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84339](#) (sonorisation de cellules de garde à vue), [Ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82.028](#), Ass. plén., 9 décembre 2019, n° 18-86767. Ils seront étudiés *infra*.

4.3.2.2. Le principe de la loyauté de la preuve dans la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation

a). la jurisprudence de la première chambre civile

Le principe selon lequel une preuve obtenue de façon déloyale est irrecevable et qu'il n'y a pas lieu de mettre en balance les droits et intérêts en cause, est traditionnel en matière familiale. Ainsi, l'article 259 dispose-t-il qu'en matière de divorce la preuve peut se faire par tout moyen à moins qu'elle n'ait été obtenue par violence ou par fraude (cf. *supra*).

Cf. par ex., pour des photographies et des cassettes de nature sexuelle, [2^e Civ., 15 avril 1999, n° 97-15278](#), *adde*, pour des e-mails échangés entre un époux et un tiers, [Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 04-13745](#) ; en matière de propriété intellectuelle, [Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2019, n° 17-19.997, P.](#)

b). la jurisprudence de la deuxième chambre civile

Le principe est également affirmé par la deuxième chambre civile.

Ex. [Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, n° 03-12653](#), P, à propos de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués ; *adde*, écartant la qualification de preuve déloyale, [Civ. 2^{ème}, 9 janvier 2014, n° 12-23387, P.](#) ; [Civ. 2^{ème}, 9 janvier 2014, n° 12-17875, P.](#)

c). la jurisprudence de la troisième chambre civile

Dans son rapport sous l'arrêt rendu le 22 juin 2017 (n° [15-26.940](#), P), par la troisième chambre civile, M. le conseiller Barbieri soulignait que : « (...), ainsi que la doctrine l'a récemment rappelé, « les droits d'autrui (vie privée, droit de propriété), ne s'effacent

devant le droit à la preuve que si le plaideur se trouve dans une situation de faiblesse : il n'a pas d'autre possibilité de rapporter la preuve des faits qu'il allègue par d'autres moyens. La preuve déloyale doit être « indispensable ». La déloyauté n'est admise qu'à titre subsidiaire, et seulement si le plaideur est dans l'impossibilité de rapporter une preuve en respectant la loi » (N. Fricero, La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile, Procédures 2015, dossier 14, n 9). Le bailleur n'a aucun droit de pénétrer dans les lieux loués à l'insu du preneur. Ce n'est donc pas tant le droit à la vie privée qui est en l'occurrence mis en balance avec le droit à la preuve mais le droit au respect du domicile, à son inviolabilité ».

4.3.2.3. Le principe de la loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation

La chambre commerciale estime également qu'une preuve obtenue de manière déloyale est irrecevable.

Ex. à propos de la pratique des « clients mystères », Com., 10 novembre 2021, n° [20-14669](#) et n° [20-14670](#), P ; à propos de la captation d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus, Com., 3 juin 2008, n° [07-17147](#), n° [07-17196](#), P.

Dans certaines décisions, la chambre commerciale définit explicitement la preuve déloyale comme une preuve obtenue par un stratagème, une mise en scène (cf. [Com., 10 novembre 2021, n° 20-14670](#), préc. ou [Com., 10 novembre 2021, n° 20-14669, préc.](#)).

4.3.2.4. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Le principe de loyauté de la preuve est également consacré en droit pénal, la force attachée à ce principe étant cependant soumise aux exigences propres à la matière.

Selon la chambre criminelle la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable : la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus ([Crim., 11 mai 2006, n° 05-84837, P.](#), [Crim. 9 août 2006, n° 06-83219, P.](#)). Le principe a été confirmé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 10 novembre 2017, n° [17-82.028](#).

La chambre criminelle a également affirmé que « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* » (Crim., 7 janvier 2014, n° 13-85246, P., *préc.*, à

propos de la mise en place, autorisée par le juge d'instruction, d'un dispositif de sonorisation dans les cellules contiguës d'un commissariat de police où deux personnes gardées à vues avaient été placées pendant leurs périodes de repos). La solution a été confirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie en raison de la résistance, sur renvoi, de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 6 mars 2015, n° 14-84339, préc.

Dans l'affaire dite de la « sextape », l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 décembre 2019, n° [18-86.767](#), a cependant nuancé la prohibition en affirmant :

« 34. Le stratagème employé par un agent de l'autorité publique pour la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas en soi une atteinte au principe de loyauté de la preuve.

35. Seul est proscrit le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie.

36. En l'espèce, le moyen, qui se borne à invoquer le fait que le procédé prétendument déloyal a conduit à l'interpellation de MM. [Y] et [H], sans démontrer ni même alléguer une atteinte à l'un de leurs droits, n'est pas fondé. »

Cf. reprenant cette solution, [Crim., 25 février 2020, n° 19-84529](#), Crim., 28 septembre 2022, n° 20-86054 et [22-84210](#).

En revanche la chambre criminelle considère qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter des moyens de preuve produits par un particulier au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, et qu'il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire des parties (cf. [Crim., 11 juin 2002, n° 01-85559](#), P, à propos de la pratique du *testing*).

Selon la chambre criminelle, la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée porte cependant atteinte aux principes du procès équitable et de la loyauté des preuves et rend une telle preuve irrecevable [Crim., 20 septembre 2016, n° 16-80820](#) ; *adde*

affirmant cette solution, [Ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82028](#) (affaire « Roi du Maroc »), préc.

4.3.2.5. Le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 20 novembre 1991 (n° 88-43120, P, Bull. civ. V, n°519), la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait déclaré recevable la preuve des vols commis par une caissière que son employeur avait fait filmer par une caméra installée à son insu. Au visa de l'article 9 du code de procédure civile, la Cour affirme que :

« si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'image ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ».

Un mode de preuve par enregistrement de l'image ou de paroles, n'est donc admissible que si les salariés ont été préalablement avertis de son existence. Mais la chambre sociale a donné au principe une portée plus générale.

a). Il résulte de la jurisprudence de la chambre sociale que *la mise en place par l'employeur d'un dispositif de surveillance est soumise à trois obligations d'information préalable :*

1/. l'information préalable du salarié :

cf. Soc. 20 novembre 1991, n°88-43120, préc. (arrêt *Néocel*).

La solution a été consacrée par le législateur à l'article L. 121-8 du code du travail, devenu l'article L.1222-4 aux termes duquel :

« Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance. »

Ex. Soc., 22 mai 1995, n° 93-44078, P, [Soc., 10 janvier 2012, n° 10-23482, P](#), [Soc., 22 septembre 2021, n° 20-10843, P](#).

Comme le souligne P.H. Antonmattei, *Droit du travail, op. cit.*, n° 188 et réf. cit. :

« En revanche, l'employeur peut opposer aux salariés « les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels ils n'ont pas accès » sans qu'ils en aient été préalablement avertis⁶. L'exigence d'information préalable est aussi

⁶ [Cass. soc., 19 avril 2005, n° 02-46295](#)

écartée lorsqu'un système de vidéosurveillance a été installé pour assurer la sécurité d'un magasin⁷ ou lorsqu'un salarié n'a pas été tenu à l'écart des travaux d'un audit réalisé dans les locaux de l'entreprise même si la finalité de cet audit était de « permettre à l'employeur de mieux appréhender les fonctions de la salariée et vérifier que celle-ci n'exerce pas un pouvoir qui excède ce que sa fonction lui permet⁸ ».

Par ailleurs, n'est pas clandestin le contrôle exercé par un service humain de l'entreprise (cf. [Soc., 10 janvier 2012, n° 10-23482](#), [Soc. 5 novembre 2014, n°13-18427, P](#)). En effet, le salarié sait que son travail peut être contrôlé par son employeur ([Soc., 26 avril 2006, n° 04-43582, P](#)).

Que si les salariés sont informés que leurs conversations téléphoniques sont susceptibles d'être écoutées, ces écoutes constituent un mode de preuve recevable, cf. [Soc., 14 mars 2020, n° 98-42090, P](#) : « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite ; que la cour d'appel, qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable ; »*

Sur les dispositifs spécifiques de contrôle tels que la géolocalisation, cf. G. Lardeux, *Répertoire de droit civil, V° Preuve*, art. préc., n°387 et réf. cit.

2/. l'information préalable des représentants du personnel

Elle est aujourd'hui prévue à l'article L. 2312-37 du code du travail :

« Outre les thèmes prévus à l'article L. 2312-8, le comité social et économique est consulté dans les conditions définies à la présente section dans les cas suivants :

1° Mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés ; (...) »

Cf. [Soc. 7 juin 2006, n° 04-43866, P](#) ; [Soc. 11 décembre 2019, n° 18-11792, P](#).

3/. une déclaration préalable à la CNIL d'un dispositif de collecte de données personnelles

A défaut de déclaration, la preuve fondée sur les données récoltées est automatiquement déclarée irrecevable :

⁷ [Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-16564](#), Cass. soc., 18 novembre 2020, n° 19-15856

⁸ [Cass. soc., 26 janvier 2016, n° 14-19002](#), RJS 4/16, n° 226

cf. [Soc., 8 octobre 2014, n° 13-14991, P.](#), [Soc., 2 novembre 2016, n° 15-20540, Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12263, P.](#)

Par exception, la déclaration préalable à la CNIL n'est pas nécessaire lorsque l'enregistrement des données est imposé à l'employeur par un règlement de l'Union européenne, cf. [Soc. 14 janvier 2014, n° 12-16218, P.](#), à propos du chronotachygraphe d'un chauffeur routier. La Cour déduit de cette obligation européenne que le salarié ne pouvait ignorer l'existence d'un tel matériel de contrôle.

De même, la déclaration préalable à la CNIL n'est pas exigée lorsque le système de messagerie électronique professionnelle n'est pas « *pourvu d'un contrôle individuel de l'activité des salariés, qui n'est dès lors pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés au sens de l'article 24 de la loi 'informatique et libertés'* » ([Soc., 1^{er} juin 2017, n° 15-23522](#)).

La chambre sociale s'aligne ainsi sur les exigences formulées par la Cour EDH dans l'arrêt *Barbulescu c. Roumanie* (Cour EDH, Gr. ch., 5 septembre 2017, req. n° 61496/08), étant rappelé que la Cour ne se fonde pas sur le principe de loyauté probatoire, qu'elle ne connaît pas, mais sur l'article 8 de la Conv. EDH, cf. *infra*.

b). L'employeur ne peut recourir, pour se constituer une preuve, à un stratagème (cf. [Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12058, préc., infra](#)).

Ainsi, « *si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve* » ([Soc., 18 mars 2008, n° 06-40852, P.](#)).

Cf. [Soc., 18 mars 2008, n° 06-40852, préc., Soc., 5 juillet 1995, n° 92-40.050.](#)

Constitue également un stratagème l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel ([Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30266, P.](#) : La Poste avait glissé des « lettres festives » diffusant une encre bleue à leur ouverture, afin de confondre une employée qui ouvrait les lettres dont elle était chargée) ou l'envoi dans un magasin de parfumerie de deux témoins afin de contrôler à son insu les pratiques d'un salarié ([Soc., 19 novembre 2014, n° 13-18749, P.](#)).

L'employeur ne peut non plus organiser une filature, cf. [Soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, P.](#)

4.3.3. Le principe de loyauté de la preuve dans les décisions des juges du fond

Il résulte des recherches menées par le SDER sur le site JURICA, que les chambres sociales des cours d'appel reprennent, dans la plupart des cas, la jurisprudence de la

Cour de cassation sur la loyauté de la preuve, qu'il s'agisse de qualifier de déloyal tel ou tel élément de preuve de preuve (cf., parmi les décisions les plus récentes, pour un enregistrement réalisé lors d'une réunion à l'insu des participants, [CA Versailles, 31 mai 2023, RG 21/01153](#), [CA Chambéry, 6 octobre 2022, RG 21/00371](#), [CA Versailles, 10 mars 2021, RG 18/04905](#), [CA Orléans, 26 novembre 2020, RG 17/03550](#), [CA Paris, 23 septembre 2020, RG 16/15454](#), [CA Orleans, 28 juillet 2020, RG 18/00226](#) ; sur l'enregistrement d'une conversation téléphonique ou à l'insu du correspondant, CA Poitiers, 31 mars 2022, RG 21/00354, [CA Dijon, 16 décembre 2021, RG 19/00689](#), [CA Riom, 16 mars 2021, RG 18/00482](#) ; sur la pratique du client mystère, [CA Lyon, 26 janvier 2023, RG 20/03058](#) ; sur la mise en place d'un procédé clandestin de géolocalisation, [CA Versailles, 10 mars 2021, RG 18/04905](#)).

Parmi les décisions les plus récentes, quelques arrêts semblent cependant s'orienter vers une mise en balance des intérêts antagonique en présence, alors même que la preuve litigieuse a été qualifiée de déloyale.

Cf. [CA Grenoble, 30 mars 2023, RG 22/02637](#), [CA Chambéry, 25 octobre 2022, RG 21/00873](#) :

En l'espèce, il convient d'écartier des débats, cette preuve déloyale, en ce que l'employeur ne justifie pas que la production de l'enregistrement litigieux s'avère indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, dans la mesure où il existe d'autres éléments sur lesquels il peut s'appuyer pour démontrer du bien-fondé du licenciement qu'il a prononcé.

[CA Toulouse, 15 avril 2022, RG 20/01867](#).

La cour ne peut que constater en premier lieu qu'il n'existe aucune garantie que l'enregistrement est authentique. L'huissier indique ainsi que Mme [BZ] lui aurait déclaré que la conversation avait eu lieu avec M. [U] [X], ce qui ne constitue en rien une vérification. En second lieu et surtout, il est constant que l'enregistrement, à le supposer authentique, a eu lieu à l'insu de M. [U] [X] et ce manifestement grâce à l'usage par Mme [BZ] d'un stratagème. Ce mode de preuve obtenu de manière déloyale est ainsi illicite alors qu'il n'est pas établi ou même soutenu qu'il serait proportionné au but poursuivi et constituerait le seul moyen d'établir des faits nécessaires à la solution du litige. Les pièces visées ci-dessus seront écartées des débats, sans qu'il y ait lieu d'écartier les écritures de l'appelante, la cour ne se référant toutefois pas aux éléments visant les pièces écartées.

Ex. [CA Amiens, 2 février 2022, RG 20/04844](#) :

Ces captations de conversations révèlent que tous les interlocuteurs rencontrés par le salarié les jours où il a procédé à l'enregistrement ont été enregistrés sans en avoir été informés et sans distinction. Ainsi, non seulement les propos de l'employeur mais également ceux des collègues de M. [M] et des clients du magasin ont été captés.

Il n'est pas contesté que ces enregistrements ont été réalisés par M. [M] sans l'accord de ces interlocuteurs. Dans ces conditions, ils ont été obtenus de manière déloyale et constituent un mode de preuve illicite.

Si la preuve est illicite, elle ne doit pas nécessairement être écartée des débats en ce qu'il incombe au juge d'examiner le caractère équitable de la procédure dans son ensemble et de mettre en balance le droit au respect de la vie privée des personnes enregistrées et le droit à la preuve du salarié.

Adde Toulouse, 8 avr. 2022, n° 20/00045, cité par G. Vial, *Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses*, RDT 2023, p. 156 s., reproduit *infra*.

4.3.4. La loyauté de la preuve en droit administratif

Dans un arrêt du 14 juillet 2014, *Ganem*, n° 355201, le Conseil d'Etat a affirmé qu'un employeur public est tenu, vis à vis de ses agents, à une obligation de loyauté : il ne saurait donc fonder une sanction disciplinaire sur des pièces ou documents obtenus en méconnaissance de cette obligation :

« 3. Considérant, en premier lieu, qu'en l'absence de disposition législative contraire, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public, peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tout moyen ; que toutefois, tout employeur public est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté ; qu'il ne saurait, par suite, fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou documents qu'il a obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie ; qu'il appartient au juge administratif, saisi d'une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un agent public, d'en apprécier la légalité au regard des seuls pièces ou documents que l'autorité investie du pouvoir disciplinaire pouvait ainsi retenir ; »

Il convient cependant de souligner que, contrairement à ce que proposait le rapporteur public en se référant notamment à la jurisprudence de la Cour de cassation (concl. V. Daumas⁹, publiées à la RFDA 2014, p. 924), le Conseil d'Etat ne reconnaît pas l'existence d'un principe général de loyauté dans l'administration de la preuve.

Sur le principe de loyauté de la procédure en droit administratif, cf. M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2019, n° 792 et réf. cit. Adde sur les question de preuve, *Répertoire de droit administratif*, V° *Preuve*, par B. Pacteau, n° 29 s. et réf. cit.

4.3.5. La loyauté de la preuve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Dans une décision du 18 novembre 2011 ([Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011](#)), le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la garde à vue, a affirmé « *qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et d'apprécier la valeur probante des déclarations faites, le cas échéant, par une personne gardée à vue hors la présence de son avocat.* » (cons. 30).

Le principe a été réaffirmé par le Conseil dans sa décision n° [2021-817 DC du 20 mai 2021](#), *loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, à propos de l'utilisation de caméras individuelles par les agents de la police nationale, les militaires de la gendarmerie nationale et les agents de la police municipale : « *Il appartient, en tout état de cause, à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et d'apprécier la valeur probante des enregistrements issus des caméras individuelles lorsqu'ils sont produits devant elle* » (cons. 118).

Sur le principe de respect du droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. not.F. Gaïa *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2018, n° 6-18 et réf. cit.

⁹ « Nous vous invitons à reconnaître sans ambages l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Compte tenu du fondement constitutionnel de l'exigence de légalité de la preuve affirmé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2013, nous n'avons guère de doute qu'il s'agit d'un principe général du droit. » Adde, X. Domino et D. Bretonneau, « De la loyauté de la preuve dans le procès administratif », AJDA 2013, 1276 (à propos de deux arrêts CE, 19 avril 2013, n°340093, CCI Angoulême, et 21 juin 2013, n°35427, Communauté d'agglomération du pays de Martigues).

4.3.6. Interrogations doctrinales sur le principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Outre les débats autour de son fondement (la Cour de cassation le rattache à l'article 6 de la Conv. EDH, alors même que la Cour EDH ne reconnaît pas le principe en tant que tel, cf. not. G. Lardeux, *Du droit de la preuve au droit à la preuve*, art. préc.), le principe de loyauté de la preuve suscite un certain nombre d'interrogations en doctrine.

Tout d'abord, comme le fait observer le professeur Loiseau (*La preuve par Facebook*, note sous Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12058, JCP éd. G, 1226), « *Exigence à géométrie variable, la loyauté n'a pas, au vrai, la même intensité lorsqu'elle est attendue du salarié et quand elle est requise de l'employeur. Au salarié, il est permis de produire des documents qu'il a soustraits à l'employeur s'il apparaît que ces derniers sont strictement nécessaires à l'exercice de droits de sa défense (Soc., 31 mars 2015, n° 13-24410 (...)). Pour l'employeur, la loyauté est synonyme de transparence dans l'obtention de la preuve - tout procédé clandestin est corrélativement disqualifié - et exclusive de toute manoeuvre pour se la procurer.* »

La doctrine s'interroge surtout sur la portée du principe. Faut-il lui reconnaître une portée générale et/ou absolue, ce qui conduit à écarter toute preuve « déloyale » y compris lorsque l'application est contraire à l'équité, ou faut-il le mettre en balance avec le droit à la preuve, sur le modèle de la mise en balance du droit à la preuve et du droit au respect de la vie privée ?

Certains auteurs, notamment la professeure Lardeux sont très critiques vis à vis de ce principe (Répertoire de droit civil, V° *Preuve*, art. préc., n° 402 s.) :

« Si la Cour de cassation a jugé bon de le reconnaître, c'est au nom de la dignité de la justice qui ne pourrait que perdre toute crédibilité en admettant de fonder ses décisions sur des preuves obtenues déloyalement. Quelle légitimité pourrait être celle des jugements s'ils permettaient de justifier des comportements trompeurs, voire malhonnêtes ? La ruse et la trahison à l'origine de la preuve seraient inconciliables avec la notion même de justice. Si l'on reconnaît ce qu'un tel raisonnement a de juste, et donc qu'il puisse fonder la reconnaissance de ce principe de loyauté probatoire alors même qu'aucun texte ne l'admet, sa généralité le condamne ce que les circonstances de fait ayant présidé aux espèces étudiées précédemment mettent en lumière. Ainsi, dans l'arrêt du 7 octobre 2004, est-ce l'emprunteuse indécoute qui triomphe alors que

chacun sait qu'elle était tenue à remboursement. Ainsi, dans l'affaire Sony-Philips, une entente avérée sur les prix ne sera pas sanctionnée malgré ses effets pervers sur le marché et la mise en danger économique des entreprises concurrentes. On peut dès lors regretter que la loyauté exigée sur le plan probatoire fasse triompher la déloyauté sur le fond du droit. Et puisque le nouveau principe est justifié, de manière générale et abstraite, par la crédibilité de la justice et la légitimité des décisions judiciaires, on ne peut que noter que ces deux impératifs ont été foulés au pied par ce même principe lors de ses applications concrètes.

Était-il dès lors bien utile de reconnaître un principe aux effets aussi pervers alors que dans les contentieux purement civils, comme celui afférent au contrat de prêt entre particuliers, le respect de la vie privée suffit à condamner les comportements par trop intrusifs, tandis que, dans le contentieux concurrentiel, la clandestinité de la preuve n'était que la réponse proportionnée à celle des agissements fautif ? »

C'est pourquoi nous appelons de nos vœux que, lorsque la question lui sera posée, ce qui n'a pas encore été le cas jusqu'à maintenant, la haute juridiction admette, si ce n'est d'abandonner un principe largement superfétatoire, au moins de relativiser sa portée lorsque le mode de preuve déloyal est le seul à la disposition du demandeur à l'allégation. Autrement dit, il semblerait particulièrement opportun qu'elle accepte de concilier loyauté probatoire et droit à la preuve selon les mêmes conditions que celles qui président à la combinaison entre celui-ci et le respect dû à la vie privée, à savoir en s'appuyant sur le caractère indispensable de la preuve illicite et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit antinomique en présence¹⁰.)»

Dans son commentaire sous l'arrêt rendu par la chambre sociale le 10 novembre 2021, n° 20-12263, préc.), le professeur Adam fait observer que :

« Si le premier, (le juge européen) dans le type d'affaire qui nous occupe, considère que l'illicéité de la preuve réside dans l'atteinte au droit au respect de la vie privée, c'est parce qu'il refuse de rattacher une règle de loyauté de la preuve à la notion de procès équitable au sens de son article 6 ([CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, Schenk c/ Suisse...](#)) et qu'il considère que la question de l'admissibilité des modes de preuve relève de la compétence exclusive des

¹⁰ L'auteur émet cependant les plus vives réserves sur la méthode du contrôle de proportionnalité telle que le mettent en oeuvre la Cour EDH et, à sa suite, le juge français (cf. G. Lardeux, *La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthode et sources du droit en question*, D. 2023, p. 898 s. et réf. cit.).

États. Pour pouvoir appréhender la preuve clandestine, le juge européen doit donc nécessairement la rattacher à la violation d'une prérogative substantielle garantie par la Convention dont il est le gardien.

De cette déviation, le juge du quai de l'Horloge aurait pu faire, lui, l'économie. « L'agir patronal clandestin » est, en soi, violation du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve ». Principe dont la positivité, dans l'ordre juridique français, ne fait aucun doute (...), même si aucun texte législatif n'en fait explicite mention. Il n'est donc nul besoin d'en passer par le constat d'une violation de la vie personnelle du salarié pour constater l'illicéité de la preuve collectée de manière dissimulée.

Exigence de loyauté et droit à la preuve peuvent être mis en pesée, sans embarras, sur les deux plateaux de la même balance. D'autant plus que l'exigence de loyauté, entendue comme « absence de toute tricherie, duplicité ou trahison » (...), ne se situe pas exactement sur le même plan que le droit au respect de la vie privée (même si ces deux exigences peuvent évidemment se recouper, comme en atteste la jurisprudence élaborée à Strasbourg ou l'arrêt ici rapporté).

Si le droit au respect de la vie privée protège l'intimité et la liberté individuelle de son titulaire, la loyauté est marquée de « dignité de la justice » (...). La violation de la seconde ne conduit pas toujours à celle de la première. Raison suffisante de déclarer la preuve illicite - en ce sens qu'elle n'a nul besoin de s'accompagner du constat d'un autre manquement -, la violation du principe de loyauté ne devrait cependant dresser sur le chemin de la recevabilité de la preuve aucun obstacle infranchissable. Le droit à la preuve érode tout... et l'on comprendrait mal que la roche de la loyauté se montre plus résistante que ne l'est celle de la vie privée (ou du secret bancaire...). Solution dont on peut espérer qu'elle soit rapidement consacrée par la Cour de cassation, en ce qu'elle permettrait de significatives avancées dans certains types de contentieux (comme ceux du harcèlement moral ou sexuel) où la preuve est fort difficile à rapporter si l'on n'y accepte pas une part d'ombre. L'érosion peut avoir du bon¹¹. »

Au contraire, dans son commentaire sous l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 novembre 2020 (JCP éd. S., 2021, 1032), le professeur

¹¹ Adde, du même auteur, plus pessimiste encore sur l'avenir sur la capacité du principe de loyauté de la preuve à résister au droit à la preuve, *La loyauté v. le droit à la preuve : une descente dans le maelström*, RDT 2023, p. 156 s : « Sur les mers juridiques, le maelström du droit à la preuve cause mille dégâts. Les bateaux battant pavillon de la loyauté ne devraient pas y échapper. Déjà, leur coque se fissure, mettant en (grand) péril leur stabilité et leur flottabilité. Et les cris de quelques marins épouvantés n'y devraient rien changer. »

Bossu s'interroge :

« On ne peut que s'interroger sur les évolutions qui affectent la preuve en droit du travail. Les deux chemins empruntés depuis de nombreuses années par la Cour de cassation, à savoir la loyauté et la vie privée, semblent se lézarder dans des proportions plus ou moins importantes. A priori, le principe de loyauté demeure un îlot de stabilité puisque la chambre sociale continue à condamner tous les procédés probatoires frauduleux ou fondés sur des artifices ou des subterfuges. Mais l'arrêt « Petit Bateau » du 30 septembre 2020 (Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.) peut susciter un certain malaise dans la mesure où il considère qu'il n'y a pas déloyauté si un salarié remet spontanément à l'employeur un élément relatif à la vie privée d'un autre salarié. Outre le fait qu'en pratique la remise peut avoir été suscitée par l'employeur, cette décision conduit à s'interroger sur le sens de la loyauté. Dès lors que le contactant n'est pas à l'origine de l'atteinte à la vie privée, doit-on considérer qu'il est nécessairement de bonne foi s'il utilise l'élément relevant de la vie privée ? À côté de la loyauté, le constat de la multiplication des décisions admettant que le droit au respect de la vie privée peut céder devant le droit à la preuve n'est guère rassurant. Le principe de proportionnalité, qui permet d'opérer des conciliations entre des droits contradictoires reste d'un maniement délicat et il pourrait déboucher sur un certain arbitraire des juges. Et que dire de l'admission d'une preuve obtenue en violation des dispositions légales ? La conséquence plus ou moins directe sera le développement de l'insécurité juridique. Il n'est pas non plus certain que la qualité de vie dans une entreprise soit renforcée si chaque salarié, se sentant investi d'une mission de « justicier », communique à l'employeur des éléments qui, même s'ils révèlent une atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise, remettent en cause la vie privée d'un de ses collègues de travail. »

Adde, s'interrogeant sur la capacité du principe de loyauté à résister à la montée en puissance du droit à la preuve, O. Leclerc, *Répertoire de droit du travail*, V° Preuve, art. préc., n°119 et réf. cit.).

Soucieuse de clarifier l'articulation entre droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée, Mme Géraldine Vial (*Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses*, RDT 2023, p. 156 s.), souligne que :

« Lorsque le principe de loyauté probatoire est invoqué seul face au droit à la preuve, en dehors de toute considération relative à la vie personnelle du salarié, la règle est claire, la jurisprudence constante depuis l'arrêt Néocel (Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120) (...) : dans l'hypothèse où la preuve a été obtenue à l'insu du salarié, c'est-à-dire par un procédé clandestin mis en place à l'initiative de l'employeur, la preuve est nécessairement déloyale et, partant,

*irrecevable*¹². La recevabilité de la preuve repose sur le seul critère de l'information préalable du salarié.

Dans cette hypothèse, le conflit entre droit à la preuve et loyauté de la preuve est pleinement déséquilibré en matière sociale :

« Le droit à la preuve de l'employeur ne l'emporte jamais contre une preuve déloyale, quels que soient les intérêts en présence dans le litige. Autrement dit, la déloyauté de l'employeur constitue toujours un obstacle infranchissable à la recevabilité de la preuve. La jurisprudence n'impose pas aux juges du fond de rechercher si la déloyauté était justifiée par la mise en oeuvre du droit à la preuve. Ils n'ont pas à examiner la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au principe de loyauté. Or, tel n'est pas le cas du conflit entre droit à la preuve et vie privée du salarié puisque celui-ci est apprécié à l'aune du contrôle de proportionnalité. La jurisprudence adopte ainsi une attitude beaucoup plus stricte et rigoureuse à l'égard du respect de la loyauté probatoire qu'à celui de la vie privée. »

La situation serait en effet beaucoup plus confuse lorsqu'en plus de la loyauté, se trouve invoquée la vie privée du salarié, ce qui devrait conduire à reconsidérer la force et la place de ces deux principes :

« Plus précisément, l'obstacle de la loyauté probatoire mériterait sûrement d'être envisagé sous un nouveau jour en matière sociale. Bien que l'obstacle de la vie privée et celui de la loyauté ne se situent pas sur le même plan, en ce que le premier protège des intérêts particuliers quand le second prévient des atteintes à l'ordre public procédural et garantit « la dignité du procès » (A. Leborgne, préc.), ils devraient sans doute être envisagés, tous deux, comme des obstacles seulement relatifs à la recherche de la preuve, dont l'atteinte pourrait être considérée comme nécessaire et proportionnée en fonction des différents intérêts en présence. Certains juges du fond semblent déjà s'aventurer sur cette voie et introduire la proportionnalité dans l'examen de la déloyauté de la preuve. À titre d'exemple, les juges de la cour d'appel de Toulouse ont ainsi énoncé à propos de l'enregistrement clandestin d'un employeur qu'« il existe un débat entre le principe de loyauté de la preuve en matière civile tel qu'il résulte de l'article 9 du code de procédure civile et le caractère indispensable ou non de cette production pour les droits de la partie qui s'en prévaut au regard du droit à un procès équitable. Il y a donc lieu pour la cour de se livrer à un contrôle de proportionnalité » (Toulouse, 8 avr. 2022, n° 20/00045). Telle peut être une nouvelle voie à suivre...»

¹² L'auteur souligne que « La preuve « à l'insu » est à géométrie variable. Si elle est insuffisante en matière pénale pour écarter la preuve ainsi obtenue, elle conduit, à elle seule et en dehors de toute considération relative à la vie personnelle du salarié, à l'irrecevabilité automatique de l'élément de preuve en matière sociale ».

L'ambiguïté des relations entre droit à la preuve et loyauté probatoire est également soulignée par Mme Lhomond (*Le droit à la preuve et la loyauté probatoire, une liaison presque dangereuse*, RDT 2023, p. 156 s.) qui envisage l'hypothèse où la Cour de cassation s'ouvrirait à un contrôle de proportionnalité *in concreto* entre le droit à la preuve et la loyauté probatoire :

« L'appréciation du caractère « nécessaire » ou « indispensable » de l'élément de preuve constitue la pierre angulaire du contrôle de proportionnalité (...). Cette manière de mettre en oeuvre le contrôle de proportionnalité accorderait à l'élément de preuve litigieux, considéré comme étant le seul élément de preuve apte à prouver le fait allégué, un haut degré de légitimité probatoire, justifiant ainsi sa recevabilité en tant que le seul élément de preuve, sans alternative possible (...) À l'inverse, si les juges du fond admettent la recevabilité de l'élément de preuve litigieux alors que d'autres éléments de preuve non litigieux sont recevables et suffisants pour convaincre les juges du fond, l'ajustement devient « raisonnable » (...); le contrôle de proportionnalité est assoupli. Ce dernier procédé n'a de raisonnable que le nom en matière de droit à la preuve, car il pourrait tout autant justifier la recevabilité des filatures organisées par l'employeur au nom d'un droit à la preuve qui perdrait peu à peu de sa teneur. En effet, un employeur pourrait apporter une pluralité d'éléments de preuve dont un rapport de filature. Sous réserve qu'il ait un lien direct avec le fait à prouver, et donc, un haut degré de pertinence, cet élément de preuve pourrait être considéré comme un élément de preuve. Dans cette hypothèse, ce n'est pas tant l'analyse de la légitimité d'un élément de preuve litigieux qui est recherché que son caractère pertinent au regard du fait à prouver. Cet élément de preuve litigieux serait alors considéré comme un moyen de preuve parmi d'autres. »

4.4. Droit à la preuve et « licéité » de la preuve en droit européen

4.4.1. Droit à la preuve et « licéité » de la preuve dans la jurisprudence de la Cour EDH

Le terme de « licéité », doit être pris au sens large et mis entre guillemets car il ne correspond pas à une catégorie de la Cour EDH. De fait, la Cour EDH ne traite spécifiquement la question de la loyauté de la preuve, mais apprécie de façon « globale » l'équité de la procédure, notamment la façon dont les preuves ont été recueillies (cf. [Cour EDH, 13 juillet 2000, Elsholtz c. Allemagne, req. n° 25444/94](#)). La Cour a ainsi jugé, en matière pénale, que « elle ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s'agit (enregistrement d'une conversation téléphonique non autorisé par un juge compétent). Il lui incombe seulement de rechercher si le procès (...) a présenté dans l'ensemble un caractère équitable » (Cour EDH, *Shenk c. Suisse*, req. n°10862/84). Dans cet arrêt, la Cour souligne par ailleurs attacher « également du poids à la

circonstance que l'enregistrement téléphonique n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation ».

En particulier, lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6 par. 1 Conv. EDH, entre en conflit avec le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH), la Cour EDH se livre à une mise en balance des intérêts en présence (cf. pour la production de pièces médicales, Cour EDH 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/12).

Dans l'arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique* (Cour EDH, 13 mai 2008, req. n° 65087/01 : production dans le cadre d'une procédure de divorce de lettres échangées entre le mari et son amant), la Cour affirme ainsi que « *l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts de caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » et que « *l'article 6 implique notamment à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, saut à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre* ». Mais elle prend soin de relever qu'en l'espèce la législation interne assortit de garanties suffisantes l'utilisation des données relevant de la vie privée des parties puisque la jurisprudence exige que la personne qui les produit ne soit pas entrée irrégulièrement en possession des pièces qu'elle produit (*adde*, avec les mêmes réserves sur la législation nationale, à propos de la production par le mari de messages échangés entre son épouse et d'autres hommes sur un site de rencontres, *M.F. c. Portugal*, 7 septembre 2021, req. n° 27516/14).

En matière sociale, il convient de souligner que si la Cour EDH a eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur la possibilité pour les juridictions internes de déclarer recevable puis d'utiliser un élément de preuve portant atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié, elle ne met pas ce dernier en balance avec le droit à la preuve de l'employeur tel que garanti par l'article 6 par. 1 Conv. EDH, mais avec « *l'intérêt pour l'employeur de protéger son droit au respect de ses biens* » (Cour EDH, déc. 5 octobre 200, *Köpke c. Allemagne*, req. n° 420/07), son « *intérêt légitime à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, ce qu'il peut faire en mettant en place des mécanismes lui permettant de vérifier que ses employés accomplissent leurs tâches professionnelles de manière adéquate et avec la célérité requise* » (Cour EDH, gr. ch., 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req., n° 61496/08, Cour EDH, gr. ch., 17 octobre 2019, *Lopez Ribalda et al. c. Espagne*, req. n° 1874/13 et 8567/13, Cour EDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, req. n° 588/13), ou « *le droit de [l']employeur de veiller au bon fonctionnement de l'entreprise, en tenant compte du but légitime qui était poursuivi par l'entreprise, à savoir le droit de veiller au contrôle de ses dépenses* » (Cour EDH, 13 décembre 2022, *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal*, req., n° 26968/16). On notera que parmi les critères mis en place par la Cour dans l'arrêt *Barbulescu* pour encadrer la mise en place dans l'entreprise de mesures de vidéo surveillance, figure, en première place l'information du salarié.

4.4.2. La question de la « licéité » de la preuve en droit de l'Union

La CJUE ne s'est pas directement prononcée sur cette question. Il est vrai que les questions de preuve relèvent, en principe, de la compétence des Etats membres. On peut cependant citer un arrêt *Coty Germany GmbH c. Stadtparkasse Magdeburg*, du 16 juillet 2015 (C-580/13), dans lequel la Cour met en balance le droit à un recours effectif, garanti par l'article 47 de la CDF, et le secret bancaire.

Dans le contexte très particulier du droit de la concurrence (marché des crevettes grises de la mer du Nord), le Tribunal de l'Union européenne, dans un arrêt du 8 septembre 2016, *Goldfish BV et al. c. Commission*, T-54/14, a admis la recevabilité à titre de preuve d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés en secret par l'une des entreprises parties à l'entente et recueillis par la Commission lors d'une visite d'inspection dans les locaux de ladite entreprise. Selon le Tribunal, « *Il n'existe pas de disposition en droit de l'Union prévoyant expressément l'interdiction de tenir compte, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, de preuves illégalement obtenues, par exemple en violation des droits fondamentaux (voir, en ce sens, arrêt du 8 juillet 2008, Franchet et Byk c. Commission, T-48/05) et, de manière générale, il ressort (de la jurisprudence de la CJUE) que [...] il n'existe pas de principe en vertu duquel les preuves obtenues illégalement ne pourraient être utilisées dans le cadre d'une investigation ou d'une procédure juridictionnelle* » (par. 76). Pour admettre la recevabilité, en l'espèce, des enregistrements clandestins, le Tribunal s'appuie notamment sur la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle « *l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal ne se heurte pas en soi aux principes d'équité consacrés par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu en violation des exigences de l'article 8 de la CEDH, lorsque, d'une part, la partie requérante en cause n'a pas été privée d'un procès équitable ni de ses droits de la défense, et, d'autre part, cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation* » (par. 62).

4.5. La question de la « licéité » de la preuve en droit comparé

L'étude de droit comparé réalisée par le SDER (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni et Slovénie) dans le cadre des travaux préparatoires de ce dossier¹³, conclut qu'aucun des pays étudiés ne prévoit un principe inflexible d'inadmissibilité des preuves illicitement obtenues, tant en matière civile que pénale¹. Les auteurs de cette étude, qui porte sur la preuve « illicite » au sens large,

¹³ *Etude droit comparé relative à l'admission de la preuve obtenue de manière illicite ou déloyale (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni et Slovénie).*

¹ Dans l'arrêt du Tribunal de l'Union, rendu le 8 septembre 2016 (*Goldfish BV et al. c. Commission*, aff. T-54/14), préc., le Tribunal souligne que : « *S'agissant, en particulier, des arguments selon lesquels l'enregistrement secret de conversations téléphoniques serait constitutif d'une infraction dans plusieurs États membres et, par conséquent, serait un moyen de preuve illégal pour établir une*

concluent que « *De manière générale, les droits des États étudiés admettent que les preuves illicitement obtenues puissent être produites mais à la condition que cela ne porte pas une atteinte excessive au droit de la personnalité et au droit au respect de la vie privée de la personne contre laquelle la preuve est rapportée. Un contrôle de proportionnalité est alors exigé, et la mise en balance de la nécessité de rapporter la preuve avec le droit au respect de la vie privée doit être effectuée et doit être spécialement motivée.* » Selon la note « *Il convient de relever que, si un raisonnement similaire est également suivi au Royaume-Uni, dès lors qu'il est tenu compte de différents critères et des circonstances de l'espèce pour se prononcer sur la nécessité d'écarter la preuve illicitement obtenue, en matière civile, les juges britanniques ont traditionnellement plutôt tendance à admettre la recevabilité d'une telle preuve.* »

4.6. Examen du pourvoi

Le moyen unique du pourvoi est divisé en trois branches

4.6.1. Les deux premières branches portent sur la loyauté de la preuve apportée

Selon le pourvoi, la preuve apportée par l'employeur n'aurait pas été obtenue de manière déloyale.

a). *La première branche du moyen* affirme que la preuve obtenue par l'employeur sans utilisation d'un procédé clandestin, d'un stratagème et sans fraude ne méconnaît pas le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. La cour d'appel, qui a constaté qu' « *il n'était pas établi que l'employeur a usé d'un quelconque stratagème* » pour l'obtention de la conversation en cause et a néanmoins jugé que l'employeur a obtenu la preuve des propos du salarié de manière déloyale et illicite, en violation du secret des correspondances, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations. Est invoquée une violation de l'article 9 du code de procédure civile et des articles L.1232-1, L.123465 et L.1234-9 du code du travail.

Le mémoire ampliatif souligne que l'employeur n'a usé d'aucun stratagème, ni procédé déloyal, mais a simplement été informé par un autre salarié des propos tenus par M. [B]. Il n'a pas non plus accompli une démarche quelconque pour se connecter sur la messagerie Facebook de ce dernier, mais a uniquement eu connaissance de la conversation ouverte sur l'ordinateur professionnel de M. [B], les messages en cause

violation de l'article 101 TFUE, il convient de relever que les requérantes n'étaient nullement leur allégation selon laquelle l'utilisation de pareilles conversations téléphoniques, dans le cadre d'une procédure visant à constater la violation du droit de la concurrence, serait interdite au titre de preuve dans le droit de plusieurs États membres. En effet, les requérantes fournissent, dans leur réplique, un seul exemple concret. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Cassation française (Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 janvier 2011, 09-14.316 09-14.667, publié au bulletin) par laquelle cette dernière a jugé que des enregistrements secrets de conversations téléphoniques ne pouvaient pas être utilisés comme preuves dans une procédure constatant la violation du droit de la concurrence en France ».

étant visibles du fait de la négligence du salarié qui avait laissé ouvert son compte Facebook sur son ordinateur professionnel.

Comme le souligne la cour d'appel :

« Il est acquis aux débats que les propos litigieux ont été tenus à l'occasion d'une conversation qui s'est déroulée dans la messagerie intégrée dans le compte Facebook de M. [B] lequel ne conteste plus leur teneur ni ne prétend plus que son compte aurait été usurpé.

Il convient par conséquent de s'interroger sur l'accès de l'employeur aux propos tenus sur le compte Facebook de M. [B] et la loyauté de l'administration de la preuve.

Même si le réseau Facebook est par définition un mode de communication mais aussi de partage et d'accès aux réseaux sociaux, avec une accessibilité variable en fonction des droits accordés aux tiers ou à la publicité donnée aux informations selon leur publication ou non sur les « murs », il n'en reste pas moins que la messagerie qui y est intégrée reste personnelle au titulaire du compte même si celle-ci est consultée sur un ordinateur mis à disposition du salarié sur le lieu du travail.

En l'espèce, il ressort des débats que M. [D], salarié intérimaire a eu accès sur le poste de travail informatique de M. [B] au compte Facebook de ce dernier, non déconnecté, dont il a aux termes mêmes de l'employeur « ouvert la page » et qu'il s'est cru autorisé à ouvrir un message qu'il ne pouvait ignorer ne pas lui être destiné sur la messagerie personnelle intégrée dudit compte, après une alerte avertissant de l'arrivée d'un message, ce qui signifie qu'une manipulation active de sa part a été nécessaire.

Il ne peut donc être soutenu valablement par l'employeur que la conversation tenue sur la messagerie Facebook avait perdu son caractère privé dès lors que son titulaire a sciemment ou par négligence permis à d'autres d'en prendre connaissance sur l'ordinateur, puisque même si la page Facebook du compte de M. [B] était accessible, sa messagerie conservait un caractère personnel incontestable et que son contenu qui n'avait pas vocation à être rendu public en dehors des participants à la conversation, ne pouvait être consulté que suite à une démarche active d'ouverture.

Même si contrairement à ce que suggère M. [B] sans le prouver, il n'est pas établi que l'employeur a usé d'un quelconque stratagème puisqu'il affirme que les propos tenus lui ont été rapportés par M. [D], il n'en reste pas moins que ce dernier, n'étant pas autorisé à consulter la messagerie litigieuse a violé ce faisant le secret des correspondances, de sorte que ce procédé d'obtention de la preuve était déloyal et illicite, peu importe que l'employeur n'ait pas personnellement cherché à prendre connaissance de cette conversation ou n'ait pas consulté directement le compte litigieux.

Par conséquent, il convient d'estimer par confirmation des premiers juges, que les propos litigieux ainsi obtenus ne pouvaient servir de fondement au licenciement prononcé, lequel est dépourvu de cause réelle et sérieuse. »

Il appartiendra à la Cour de dire si le fait que les éléments litigieux n'aient pas été recueillis directement par l'employeur, mais qu'ils l'aient été par un autre salarié, qui, pour en avoir connaissance a consulté une correspondance privée dont il n'était pas destinataire, violant ainsi le secret de correspondances, rend la preuve illicite et déloyale.

b). La deuxième branche du moyen affirme qu'en jugeant déloyale la preuve obtenue pourtant sans stratagème par l'employeur, qui n'avait eu connaissance des propos du salarié que parce que ceux-ci lui avaient été rapportés par un autre salarié qui en avait eu connaissance en utilisant régulièrement l'ordinateur professionnel du premier, au motif que « peu importe que [l'employeur] n'ait pas personnellement cherché à prendre connaissance de cette conversation ou n'ait pas consulté directement le compte litigieux », la cour d'appel aurait violé l'article 9 du code de procédure civile, ensemble les articles L.1232-1, L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail.

Le mémoire ampliatif s'appuie sur l'arrêt rendu par la chambre sociale le 30 septembre 2020, n° [19-12058](#), cf. *supra*. On rappellera seulement que dans cette affaire, la personne qui avait remis à l'employeur une publication parue sur le compte Facebook d'une autre salariée, faisait partie des « amis » de l'intéressée et avait donc eu légitimement accès aux éléments de preuve contestés.

4.6.2. La troisième branche porte sur les conséquences attachées au caractère déloyal de la preuve

Selon le pourvoi, le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. En l'espèce, la cour d'appel aurait dû rechercher comme il le lui était demandé, si l'atteinte portée à la vie privée du salarié n'était pas justifiée au regard, d'une part, des intérêts légitimes de l'employeur, qui s'était trouvé contraint de sanctionner ce salarié afin de faire cesser un trouble manifeste dans son entreprise, dont il devait assurer le bon fonctionnement, et, en exécution de son obligation de sécurité, de protéger les salariés visés par les propos insultants et dégradants du salarié licencié, et au regard, d'autre part, de l'impossibilité pour l'employeur de prouver autrement la réalité de ces propos.

Selon le mémoire ampliatif, le caractère déloyal ou illicite de la preuve obtenue, en ce qu'elle aurait porté atteinte au secret des correspondances, ne rend pas nécessairement cette preuve irrecevable. Il appartenait au juge de faire la balance

entre les droits et intérêts antinomiques en présence, *i.e.* le droit du salarié au respect de sa vie privée d'une part, et le droit à la preuve de l'employeur d'autre part. Pour cela, le juge aurait dû rechercher si la production de cette preuve était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et si l'atteinte au secret des correspondances n'était pas strictement proportionnée au but légitime poursuivi.

En s'abstenant de procéder à cette balance, qui lui était pourtant expressément demandée, la cour d'appel aurait violé les articles 6 par. 1 Conv. EDH et 9 du code de procédure civile.

Au vu des éléments rapportés *supra*, il appartiendra à la Cour d'apprécier la pertinence de ces griefs.

Nombre de projet(s) préparé(s) : 3