

Le droit à la preuve dans le litige prud'homal

Depuis 2020, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation connaît une évolution notable en admettant des preuves qui étaient auparavant jugées irrecevables. Elle construit progressivement un droit à la preuve en le confrontant à des droits fondamentaux opposés.



Par M^e Virginie Colpin, avocate spécialiste en droit du travail.

Règles de preuve

L'enjeu de la preuve se résume par l'adage latin : « *Ce qui n'est pas prouvé n'est pas* ». Dans un procès civil, chaque partie doit « *prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » (article 9 du Code de procédure civile).

Les parties ont donc un rôle actif pour prouver et peuvent, dans certains cas, solliciter une mesure du juge pour obtenir une preuve à laquelle elles n'ont pas accès (article 145 du CPC).

La preuve peut être faite par tous moyens : le juge prud'homal apprécie librement les éléments qui lui sont soumis, au gré des pratiques de travail et du progrès technologique, ce qui l'a conduit à définir des limites, essentiellement à travers le contentieux disciplinaire.

Loyauté et respect de la vie privée

Depuis 1991, la jurisprudence sociale pose un principe de loyauté, en jugeant irrecevables des preuves obtenues via un procédé clandestin (enregistrement à l'insu du salarié) ou un stratagème (utilisation de faux client pour établir un vol).

Elle est toutefois plus tolérante à l'égard du salarié qui peut utiliser des documents internes à l'entreprise, si ces documents sont strictement nécessaires à sa défense dans le procès et s'il en a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. À défaut, les preuves sont irrecevables et le salarié s'expose à une condamnation pénale pour vol.

Pour les preuves issues d'un moyen de surveillance, le dispositif doit respecter les exigences du Code du travail :

- Ne pas apporter de restriction injustifiée ou disproportionnée aux droits et libertés des salariés, notamment à leur vie privée,
- Être porté préalablement à la connaissance des salariés et à la consultation des représentants du personnel,
- Respecter les règles relatives aux données personnelles.

À défaut, la jurisprudence était intransigente à l'égard de l'employeur : la preuve était écartée.

Influence européenne et émergence du droit à la preuve

Le droit européen admet un droit à la preuve fondé sur le droit à un procès équitable (art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme), qui est mis en balance avec d'autres droits fondamentaux.

De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation évoque ce droit en 2016, dans un contentieux relatif à la violation du repos dominical, dont la preuve était rapportée par des documents transmis par les délégués du personnel au syndicat qui assignait l'entreprise.

Elle juge 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.

En matière de concurrence déloyale, elle admet que l'employeur puisse solliciter des mesures auprès du juge sans que le respect de la vie privée du salarié soit, en lui-même, un obstacle.

En revanche, lorsque l'employeur verse directement au débat des preuves attentatoires, elle restait inflexible : les pièces sont nécessairement écartées des débats.

La construction du droit à la preuve

En 2020, par plusieurs arrêts très commentés, la chambre sociale infléchit son approche en considération du droit à la preuve : une preuve illicite n'est plus nécessairement rejetée.

Elle n'est pas non plus forcément admise : le juge doit mettre en balance le droit à la preuve et le droit fondamental auquel il s'oppose.

La pièce pourra être légitimée si elle est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et que l'atteinte est strictement proportionnée au but poursuivi.

Une preuve illicite n'est plus nécessairement rejetée ; elle n'est pas non plus forcément admise : le juge doit mettre en balance le droit à la preuve et le droit fondamental auquel il s'oppose.



Un arrêt du 30 septembre 2020 admet un post Facebook privé, remis spontanément à l'employeur par une autre salariée. Jusqu'alors, l'employeur ne pouvait utiliser qu'un extrait de compte Facebook public.

Un arrêt du 25 novembre 2020 permet la prise en compte d'un dispositif de collecte d'adresses IP qui aurait dû être déclaré à la Cnil.

Un arrêt du 10 novembre 2021 réaffirme le droit à la preuve tout en jugeant illicite une vidéosurveillance qui n'avait été déclarée à la Cnil qu'en vue d'assurer la sécurité d'une pharmacie et dont l'employeur s'était servi contre une salariée, sans information préalable des représentants du personnel.

Un arrêt du 1^{er} juin 2022 aborde la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un autre salarié. Dans cette affaire, une salariée se plaignait d'être harcelée moralement par un responsable hiérarchique et utilisait comme preuve une évaluation annuelle concernant ce responsable.

La Cour de cassation pose le principe que le droit de la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un autre salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Un arrêt du 8 mars 2023 va dans le même sens sur la communication de bulletins de paie d'autres salariés dans un contentieux de discrimination salariale.

Rôle du juge quand le droit à la preuve est invoqué

Un autre arrêt du 8 mars 2023 apporte une précision importante : la partie qui se prévaut d'une preuve illicite doit invoquer le droit à la preuve en soutenant que son irrecevabilité porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Ce n'était pas le cas en l'espèce : l'employeur se contentait de soutenir qu'il avait eu un accès loyal à une preuve illicite (un PV de police obtenu dans le cadre de relations professionnelles).

Deux autres arrêts du même jour fournissent un mode opératoire au juge, en présence d'une preuve issue d'un mode de contrôle illicite des salariés :

- Il doit d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient la surveillance et l'ampleur de celle-ci (l'employeur aura tout intérêt à transmettre les informations à ce sujet),

- Il doit ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre le même résultat en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié,

- Enfin, il doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi.

Dans l'une de ces affaires, l'employeur avait croisé les relevés de badgeage d'un dispositif qui n'avait été déclaré à la Cnil que pour l'accès aux locaux, avec les données issues du logiciel de temps de travail afin de contrôler les horaires des salariés. Il n'avait pas déclaré ce nouvel usage ni informé le personnel et les élus. Le résultat de ce rapprochement est jugé illicite, l'employeur ne pouvant pas invoquer une atteinte à son droit à la preuve alors qu'il lui aurait suffi de préciser la finalité de contrôle du système de badgeage.

L'autre arrêt concernait une vidéosurveillance dont la finalité n'avait pas été portée à la connaissance des salariés. L'employeur s'en était servi pour prouver une faute grave après qu'un audit ait révélé des irrégularités sur l'encaissement d'espèces. La Cour relève que l'enregistrement n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, car il avait un audit, mentionné dans la lettre de licenciement, qu'il n'avait pas produit.

Un arrêt d'assemblée plénière est attendu, d'ici la fin de l'année, sur une preuve obtenue de façon déloyale.

L'examen de la jurisprudence montre que le principe reste la licéité de la preuve. À défaut, il revient au juge, lorsque cela lui est demandé, de mettre en balance le droit à la preuve et les droits fondamentaux opposés.

La Cour de cassation fournit une méthode, mais les juges devront apprécier les circonstances concrètes de chaque affaire et il semble bien difficile de prévoir si une « preuve illicite » sera admise ou non. L'opportunité que constitue le droit à la preuve pour les parties n'est pas pour autant un gage de sécurité. ●