

Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail

Olivier Leclerc

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc. Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail. Revue de droit du travail, 2020, 11, pp.655-658. halshs-03018644

HAL Id: halshs-03018644
https://shs.hal.science/halshs-03018644

Submitted on 23 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail

Olivier Leclerc
Directeur de recherche au CNRS
CERCRID UMR 5137, Université de Lyon

Article paru in *Revue de Droit du travail*, n° 11, 2020, pp. 655-658.

Alors que le droit à la preuve prospérait depuis plusieurs années « à bas bruit » en droit du travail (P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *RDT*, 2018, p. 120), voilà que l'une des manifestations de sa mise en œuvre reçoit une large attention. Dans un arrêt du 30 septembre 2020 (n° 19-12.058), la chambre sociale de la Cour de cassation tranche la question de la recevabilité à titre de preuve d'une photographie extraite du compte privé Facebook d'une salariée licenciée pour faute grave. Cette image représentait une partie de la collection vestimentaire que la société Petit Bateau entendait mettre sur le marché lors de la prochaine saison et cela alors que parmi les « amis » de la salariée autorisés à accéder à cette publication se trouvaient des professionnels travaillant pour des sociétés concurrentes. Alors que l'employeur n'était pas autorisé à accéder au compte privé de la salariée, le droit au respect de la vie privée ne faisait-il pas obstacle à la production de cette preuve ? Le raisonnement de la Cour s'ordonne en deux temps. Elle relève d'abord que la preuve litigieuse avait été adressée à l'employeur par une autre salariée, qui était, elle, autorisée à accéder au compte privé du réseau social. En l'absence de « stratagème » de la part de l'employeur, le procédé d'obtention de la preuve n'était pas déloyal. Rien ne s'opposait alors à sa recevabilité, conformément à la jurisprudence établie de la Cour de cassation qui écarte les éléments de preuve obtenus frauduleusement (Cass. Soc., 20 nov. 1991, *Bull. civ*. V, n° 519 ; Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, *Bull. civ*. AP, n° 1). La Cour constate ensuite que l'élément de preuve produit par l'employeur portait bien atteinte à la vie privée de la salariée (une photographie extraite de son compte privé Facebook auquel l'employeur n'était pas autorisé à accéder, des éléments permettant d'identifier certains de ses « amis »). Cependant, elle affirme, au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 9 du Code civil et de l'article 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 ». Or, en l'espèce, estime la Cour, ces deux conditions étaient remplies. La production de la preuve attentatoire à la vie privée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, qui ici consistait en « la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ». En effet, l'employeur avait fait un usage aussi limité que possible de la preuve litigieuse en ne produisant que ladite photographie, à l'exclusion de copies du compte privé, et le profil professionnel de « certains » des « amis » de la salariée, ceux qui exerçaient leur activité auprès de

sociétés concurrentes. Tous les ingrédients semblent réunis pour attirer la lumière sur cet arrêt. En effet, la décision apporte sa pierre à un édifice en cours de construction au croisement de la vie privée des salariés et des technologies numériques de communication, en particulier les réseaux sociaux. L'arrêt restera sans doute comme celui qui a permis (sous certaines conditions) à un employeur de produire en justice un document issu du compte privé Facebook d'une salariée dans le cadre d'une procédure de licenciement. Mais l'arrêt présente un autre intérêt évident tenant à la mise en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation du droit à la preuve.

Dès lors, l'arrêt du 30 septembre 2020 se prête à plusieurs niveaux de lecture. L'un consiste à évaluer son apport à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la possibilité de produire dans les litiges du travail des publications faites par les salariés sur les réseaux sociaux. Sur ce plan, l'arrêt est instructif et vient utilement clarifier la position prise par la Cour dans un arrêt du 20 décembre 2017 (n° 16-19.609, inédit). Un autre consiste à envisager comment l'arrêt s'articule avec les précédentes décisions rendues par la Cour de cassation sur le droit à la preuve. On sait en effet que c'est d'abord la première chambre civile qui a suivi la voie ouverte par la Cour européenne des droits de l'homme (27 oct. 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas* ; CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L. L. c. France*) en reconnaissant l'existence d'un droit à la preuve au profit des plaideurs et en se livrant pour son appréciation à un jugement de proportionnalité (Cass. Civ. 1e, 5 avr. 2012, *Bull. civ.*, I, n° 85). Dans un arrêt du 9 novembre 2016 (*RDT* 2017, p. 134, note B. Géniaut ; *D.* 2017, p. 37, note G. Lardeux ; *Dr. soc.* 2017, p. 89, note J. Mouly ; *SSL*, n° 1746, 2016, note F. Champeaux ; JCP G 2016, 1281, obs. N. Dedessus-le-Moustier. Voir également : Cass. Soc., 16 nov. 2016, n° 15-17163), la chambre sociale consacrait à son tour le droit à la preuve, tout en retenant une formule qui pouvait sembler plus favorable à l'admission des preuves que celle énoncée par la première chambre civile. L'arrêt du 30 septembre 2020 gomme cette différence en exigeant que la production d'un élément de preuve portant atteinte à la vie privée soit « indispensable », et non plus seulement « nécessaire » comme elle l'avait jugé auparavant (Cass. Soc., 9 nov. 2016, préc.), à l'exercice du droit à la preuve (voir aussi en ce sens : Cass. Soc. 11 déc. 2019, n° 18-16.516, inédit). En outre, ici pour la première fois, le droit à la preuve bénéficie à l'employeur et non pas au salarié. Sur ces deux plans, l'arrêt du 30 septembre 2020 est éclairant. Mais il est encore un autre niveau de lecture, qui appelle un décentrement plus important.

La vigueur du droit à la preuve en droit du travail ne se comprend, en effet, qu'à la lumière d'une évolution profonde de la matière probatoire dans son rapport à la vérité. Sur le temps long, le droit de la preuve se caractérise par une orientation toujours plus ferme en faveur de la découverte de la vérité. En France, ce mouvement est à l'œuvre depuis au moins le 18e siècle, avec le recul de la preuve légale au profit de la liberté de la preuve. L'idée s'est progressivement imposée que le procès doit être (est, pour les plus optimistes) un instrument permettant l'application des règles de droit à des faits vrais découverts au moyen de procédés rationnels. Cette conception, solidement ancrée aussi bien dans les pays de droit continental que de *common law*, caractérise une tradition « rationaliste » (W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, 1990) envisageant le procès à la lumière de sa capacité à

permettre la découverte des faits. Dans une telle perspective, les règles qui restreignent la recevabilité des preuves – comme le respect de la vie privée, le secret des correspondances, les secrets professionnels, le secret des affaires, etc. –, sont vues comme faisant entrave à la découverte de la vérité et se trouvent questionnées. Cela ne signifie pas que ces obstacles doivent nécessairement être balayés, car leur existence peut reposer sur de solides justifications (des « intérêts légitimes », pour reprendre la formule de la Cour de cassation). Mais, du fait qu'ils éloignent le procès de sa vocation à découvrir la vérité – autrement dit, en raison de leur caractère « extra-épistémique » –, leur existence doit être particulièrement justifiée. Bentham incarne une version radicale de cette idée : dans son monumental *Rational of Judicial Evidence* (5 volumes parus en 1827), il se fait le chantre d'un droit de la preuve tout entier consacré à la découverte de la vérité et critique férocement les artifices du droit qui font échec à la recevabilité des preuves. Le juge doit, pensait-il, recevoir toutes les preuves, peu important leur nature ou la manière dont elles ont été obtenues, à charge pour lui d'estimer le crédit qu'il faut leur reconnaître. Selon une formule souvent citée, « Evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice » (*Rational of Judicial Evidence*, vol. 4, p. 490). En son temps déjà, le propos de Bentham avait été reçu avec prudence. Bien des auteurs ont admis que la recevabilité des preuves ne pouvait être sans limite (pour une présentation d'ensemble : E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Puf, 2015, p. 109 et s.). Cette tension entre réception et exclusion des preuves reste centrale dans les débats contemporains sur le droit de la preuve (A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxord University Press, 2005 ; L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, 2006). Dans le contexte français actuel, le droit à la preuve constitue l'une des déclinaisons majeures de ce questionnement. Ce droit subjectif peut en effet s'entendre comme un instrument processuel au service de la découverte de la vérité, dont la limitation doit être particulièrement justifiée (par un jugement de proportionnalité). Il n'y a pas lieu de s'étonner, dès lors, que la contribution pionnière de Gilles Goubeaux, qui s'efforce de conceptualiser ce que serait un droit à la preuve, trouve sa place dans un ouvrage consacré à la théorie de la preuve (G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277).

Ce mouvement en faveur d'une meilleure capacité du procès à permettre la découverte de la vérité affecte toutes les branches du droit et tous les contentieux. Pourtant, cet arrière-plan commun a été perdu de vue par les spécialistes des différentes branches du droit, au profit d'autres interrogations plus spécifiques à leurs domaines. Plusieurs illustrations peuvent être données de cet effet induit par le traitement du droit à la preuve par branche du droit. Ainsi, les processualistes, qui très tôt ont examiné la place de la vérité dans le procès, ont envisagé le droit à la preuve à la lumière des mutations qui affectent les procédures accusatoires et inquisitoires. Alors que le procès civil a longtemps été dit la chose des parties, de nombreux signes ont marqué le développement d'un rôle actif pour le juge et la collaboration des parties aux mesures d'instruction, brouillant les distinctions entre ces deux grands types de procédures. Ainsi, Roger Perrot relevait dès 1983 : « En cette fin du XX^{e} siècle, nos esprits modernes se méfient des formes qui cachent la réalité et des symboles qui la font oublier. Le souci de découvrir la vérité est devenu plus impératif et, à cette fin, les

pouvoirs du juge se sont accrus (…). Cette évolution va de pair avec le déclin de nos procédures accusatoires et l'extension des pouvoirs reconnus au juge » (R. Perrot, « Rapport de synthèse : Le droit à la preuve », in W. J. Habscheid (dir.), *Effectiveness of judicial protection and constitutional order*, Congrès international de droit processuel, 1983, p. 95). A la lumière des évolutions à l'œuvre dans le droit processuel, une thèse remarquée a proposé de voir dans le droit à la preuve un « concept latent » du système processuel qu'il convenait de révéler et de consacrer juridiquement (A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, n° 28). Cependant, le droit à la preuve n'est pas envisagé dans cette thèse comme un renforcement des finalités épistémiques du procès mais plutôt comme une manifestation de la montée en puissance de l'individualisme et du libéralisme (préc., n° 30). De même, en droit des obligations, un domaine où la preuve légale conserve une emprise certaine, les modes de preuve prévus par le Code civil ont bien plus retenu l'attention que le droit à la preuve, qui concerne la preuve des faits juridiques. Si l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a codifié le principe de la liberté de la preuve (art. 1358 C. civ.), l'occasion n'a été saisie pour insérer dans la loi ni la loyauté de la preuve, ni le droit à la preuve (E. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP ed G*, 2016, 486 ; G. Lardeux, « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du code civil intitulé 'De la preuve des obligations' ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, 850). Chez les travaillistes également, le droit à la preuve a été vu à partir des questions qui traversent la discipline. P. Henriot ne manque ainsi pas de relever que la consécration du droit à la preuve par la Cour européenne des droits de l'homme permettait de prendre en considération, sur le terrain probatoire, « l'inégalité des armes quasiment structurelle que renferme la relation de travail subordonnée » (P. Henriot, préc.).

Que gagnerait-on à envisager aussi le droit à la preuve dans sa dimension épistémique, comme un instrument favorisant la découverte de la vérité et capable, sous réserve qu'il soit justifié et proportionné, de faire échec à des règles d'exclusion des preuves ? En droit du travail, le bénéfice serait de deux ordres.

En premier lieu, ce déplacement permettrait de replacer le droit à la preuve dans un tableau plus large et de saisir ce qu'il a en commun avec d'autres évolutions du droit de la preuve favorables à la recherche de la vérité dans les contentieux du travail. Il n'est possible ici que d'en donner quelques illustrations récentes. Ainsi, la fermeté de la protection que l'arrêt *Nikon* (Cass. Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942) conférait à l'intimité de la vie privée et au secret des correspondances a été progressivement érodée pour permettre à l'employeur d'accéder, en vue d'établir un manquement, aux fichiers professionnels, ou présumés tels, contenus dans le matériel informatique mis à la disposition du salarié, celui-ci dûment appelé, voire en son absence par une mesure d'instruction *in futurum* ordonnée sur requête. De même, la chambre sociale favorise la preuve des discriminations dans l'emploi en décidant que « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (Cass. Soc.,

19 déc. 2012, n° 10-20526). Autre exemple, dans un litige né du licenciement d'un salarié pour avoir témoigné en justice contre son employeur, attestation jugée mensongère par ce dernier, la Cour de cassation a fermement soutenu l'établissement des preuves en justice en décidant, au visa des articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'« en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur » (Cass. Soc., 29 oct. 2013, n° 12-22447).

En second lieu, replacer le droit à la preuve dans la perspective d'un progrès de la recherche de la vérité à l'œuvre dans le droit de la preuve permet de comprendre que le droit à la preuve est poussé par une dynamique plus ample qui pourrait bien produire d'autres conséquences. L'évolution dont participe l'arrêt du 30 septembre 2020 ne serait alors pas achevée. Dans cette perspective, des développements du droit à la preuve peuvent être attendus dans plusieurs directions. D'abord, il sera intéressant de suivre quels sont les intérêts légitimes qui seront jugés suffisamment forts pour prévaloir sur le droit à la preuve et constituer des obstacles à son développement. Outre la vie privée et le secret des correspondances, la capacité de résistance des secrets professionnels et du secret des affaires est en question. A ce jour, seul le secret professionnel du notaire a été jugé intangible (Cass. Civ. 1e, 4 juin 2014, n° 12-21244). Ensuite, il faudra observer jusqu'où le mouvement contemporain faisant prévaloir la découverte de la vérité va se prolonger. Ainsi, plusieurs dispositions du Code du travail prévoient que le juge forme sa conviction au vu des éléments de preuve apportés par les parties « après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (C. trav., art. L. 1235-1, art. L. 1333-1). Le droit à la preuve ne commanderait-il pas que le juge défère à la demande d'une partie d'ordonner une mesure d'instruction s'il en est saisi, sauf à justifier de raisons particulières ? Quelle pourrait être, par ailleurs, l'influence de la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation sur la façon dont la chambre sociale apprécie le droit à la preuve ? Ainsi, la chambre sociale maintiendrait-elle sa position selon laquelle « une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur » (Cass. Soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 ; voir cependant, admettant un constat d'huissier incluant des comptes rendus de filature élaborés par des enquêteurs privés : Cass. Soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.301) quand la première chambre civile a admis la recevabilité à titre de preuve de constats réalisés lors d'une filature diligentée par une compagnie d'assurance, les atteintes portées à la vie privée n'étant, en l'espèce, pas jugées disproportionnées « au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés » ? (Cass. Civ. 1e, 31 oct. 2012, n° 11-17.476 ; voir aussi, sur le contentieux du divorce : G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ*. 2017, p. 1).

Rien n'assure que le droit à la preuve emportera tout sur son passage pour la simple raison que le procès n'a pas pour seul objectif la découverte de la vérité et met en œuvre

une pluralité de valeurs. En ce domaine, des mouvements de balancier ne sont, au demeurant, pas exclus. La promotion contemporaine de la transparence, aussi bien dans la vie publique que dans le monde du travail, pourrait bien cependant assurer au droit à la preuve une vigueur durable dans le droit du travail.