



HAL
open science

Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ?

Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc. Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ?. *Le Droit ouvrier*, 2020, 868, pp.733-740. <10.3917/drou.868.0793>. <halshs-03094743>

HAL Id: halshs-03094743

<https://shs.hal.science/halshs-03094743v1>

Submitted on 4 Jan 2021

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.



HAL Authorization

Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés ?

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

Article paru dans *Droit ouvrier*, n° 868, 2020, p. 733

Introduction

Les litiges du travail ne forment pas un archipel isolé qui échapperait aux évolutions du droit processuel. C'est ainsi que le droit à la preuve a pris place dans les stratégies procédurales des plaideurs en droit du travail, comme il l'avait fait dans d'autres domaines du contentieux. En apparence, ce développement est récent. On trouve une première consécration explicite du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt *L. L. c. France*, rendu le 10 octobre 2006, la Cour énonce que « la mesure incriminée visait à protéger les droits de l'épouse du requérant qui, souhaitant établir une corrélation entre le caractère violent de son mari [et] son alcoolisme pathologique, tendait à obtenir le divorce aux torts exclusifs de celui-ci. Ce faisant, l'ingérence 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 »¹. Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'homme parachève une construction depuis longtemps entamée consistant à donner une pleine portée à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, non seulement par le droit de voir sa cause entendue par un tribunal indépendant et impartial mais aussi par celui de présenter ses preuves². En droit français, la voie ainsi ouverte a d'abord été suivie par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012. La Cour relève que la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision faute d'avoir recherché « si la production litigieuse [des lettres missives] n'était pas indispensable à l'exercice [du] droit à la preuve [d'un héritier], et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence »³. Cette première décision a été suivie de plusieurs autres. Quelques années après la première chambre civile, la chambre sociale a, à son tour, consacré l'existence du droit à la preuve dans un litige relatif à la preuve du respect par un employeur de la règle du repos dominical⁴. Ces décisions mettent en balance des droits également protégés : le droit à la

1 CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L. L. c. France*, § 40.

2 CEDH, 27 oct. 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas*, § 33 : « la Cour considère que dans les litiges opposant des intérêts privés, 'l'égalité des armes' implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ».

3 Cass. Civ. 1^e, 5 avr. 2012, *Bull. civ.*, I, n° 85 ; *D.* 2012, p. 2826, note P. Debelecque, J.-D. Bretzner, I. Darret-Courgeon ; *RTD civ.* 2012, p. 506, note J. Hauser ; *D.* 2012, p. 1596, note G. Lardeux ; *D.* 2013, p. 269, obs. N. Fricero.

4 Cass. Soc., 9 nov. 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 ; *JCP ed S* 2017, 1008, note A. Bugada.

preuve, d'une part, et un autre droit légalement établi, de l'autre. On s'attachera ici plus particulièrement au droit au respect de la vie privée. Mais ce sera sans perdre de vue que d'autres droits ont également été mis en balance par la Cour de cassation avec le droit à la preuve : le secret des correspondances⁵, les secrets d'affaires⁶, le secret bancaire⁷, le secret professionnel du notaire⁸, la protection du secret dû aux bénéficiaires de chèques⁹. Si cette confrontation a parfois abouti à faire prévaloir le droit à la preuve, parfois le droit qui lui est opposé, c'est que la conciliation de ces droits a été opérée par la Cour de cassation suivant une technique héritée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰ et maintenant solidement établie en droit français : celle du contrôle de proportionnalité¹¹. Les juges apprécient si l'exercice du droit à la preuve est suffisamment justifié et proportionné pour que ce droit puisse prévaloir sur un autre droit protégé.

Saluée comme une évolution majeure du droit de la preuve, riche de potentialités pour les plaideurs en termes de stratégies procédurales¹², la consécration du droit à la preuve renvoie en réalité à une histoire plus longue. Dans un article fondateur, Gilles Goubeaux a proposé une première conceptualisation du droit à la preuve recouvrant deux aspects : le droit de produire les preuves que l'on détient et le droit d'obtenir des preuves¹³. Cette analyse a reçu un écho particulier chez les spécialistes de procédure civile. Les évolutions qui affectent la procédure accusatoire – rôle de plus en plus actif du juge dans le procès civil, obligation faite aux parties de concourir à la découverte de la vérité – ont été analysées comme des signes d'un ancrage toujours plus solide du droit à la preuve dans le droit processuel¹⁴. Il ne restait plus qu'à préciser les contours de ce nouveau droit subjectif. Aurélie Bergeaud a proposé de définir le droit à la preuve comme « le pouvoir d'exiger du juge qu'il accueille l'offre ou la demande de preuve présentant un caractère licite et pertinent »¹⁵.

Dans la jurisprudence française, le droit à la preuve est en cours de construction. Si ce droit comporte deux dimensions – la possibilité d'obtenir du juge qu'il ordonne une mesure d'instruction ou la production d'une preuve détenue par un tiers ou par l'autre

5 Cass. Civ. 1^e, 5 avr. 2012, préc.

6 Cass. Civ. 1^e, 22 juin 2017, n° 15-27.845 ; *D.* 2017, 2444, obs. Y. A ; *RTD civ.*, 2017, 661, obs. H. Barbier ; *Dalloz IP/IT*, 2017, 543, note O. de Maison Rouge ; Cass. Com., 9 juin 2019, n° 17-22.192.

7 Cass. Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491.

8 Cass. Civ. 1^e, 4 juin 2014, n° 12-21.244 ; *RTD civ.* 2014, 653, obs. H. Barbier ; *D.* 2014, 2478, note J.-D. Bretzner ; *RDC* 2014, 756, note C. Pérès.

9 Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, préc.

10 A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, p. 506.

11 B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009.

12 P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *RDT*, 2018, p. 120.

13 G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foiriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277.

14 C. Marraud, « Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice », *JCP ed. G.*, 1973, 2572 ; 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.

15 A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, préc., p. 280.

partie et la possibilité de produire en justice une preuve que l'on détient –, le contentieux s'est surtout développé sur ce second versant. Le droit à la preuve est alors discuté en lien avec l'appréciation de la recevabilité d'un élément de preuve qu'une partie entend produire alors que la partie adverse oppose à cette production un droit protégé comme le secret des correspondances, un secret professionnel, le droit au respect de la vie privée.

Il en va ainsi d'un arrêt du 30 septembre 2020 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁶. Celui-ci donne de nouvelles indications sur la manière dont la chambre sociale s'approprie la notion de droit de la preuve. Dans cette affaire, une salariée avait été licenciée pour faute grave par la société Petit Bateau. Le fait reproché à la salariée consistait en la publication sur le réseau social Facebook d'une photographie représentant une partie de la prochaine collection du fabricant de prêt-à-porter, alors même qu'une clause de confidentialité stipulée à son contrat de travail interdisait formellement toute diffusion de renseignements ou d'informations sur l'entreprise. La principale difficulté tenait ici au fait que la photographie en cause avait été publiée par la salariée sur un compte privé Facebook, autrement dit, sur une page qui n'était pas accessible à tous les abonnés du réseau social mais seulement aux « amis » expressément autorisés, dont l'employeur ne faisait pas partie. La discussion s'était donc orientée vers la recevabilité des preuves apportées par l'employeur consistant en une capture d'écran de la page privée montrant la photographie litigieuse, le profil professionnel de certains « amis » de la salariée qui avaient pu y accéder et dont il ressortait qu'ils travaillaient pour des entreprises concurrentes du secteur de la mode, et un acte d'huissier constatant que la salariée licenciée était bien la titulaire du compte Facebook en cause. Pour s'opposer à la recevabilité de ces éléments de preuve, la salariée soulignait que l'employeur n'était pas autorisé à accéder à cette page Facebook et que la production de ces preuves en justice portait par conséquent atteinte à sa vie privée.

Cette argumentation n'a cependant pas plus été suivie par la Cour d'appel de Paris¹⁷ que par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi formé par la salariée. Les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation sont ordonnés en deux temps. La Cour constate d'abord que les éléments de preuve avaient été spontanément communiqués à l'employeur par une autre salariée, qui était dûment autorisée à accéder au compte privé de la salariée licenciée. En l'absence de « stratagème » de la part de l'employeur pour obtenir les éléments de preuve disputés, la Cour constate que les preuves présentées par l'employeur n'avaient pas été obtenues de manière déloyale et qu'il n'y avait, dès lors, pas lieu de les écarter. Cela fait, la Cour de cassation relève ensuite que les preuves litigieuses portaient bel et bien atteinte à la vie privée de la salariée mais que le droit à la preuve de l'employeur justifiait en l'espèce, à l'issue d'un jugement de proportionnalité mené *in concreto*, qu'elles soient admises en justice et soumises à l'appréciation des juges. La démarche suivie par la Cour est appuyée par une formulation claire du droit à la preuve : « 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

16 *Sem. Soc. Lamy*, n° 1924, 2020, note F. Champeaux.

17 CA Paris, pôle 6, ch. 10, 12 déc. 2018, RG 17/08095.

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 ».

Sur ces différents versants, l'arrêt appelle commentaire. Il apporte en effet d'utiles précisions à la jurisprudence de la Cour de cassation, non sans laisser subsister quelques interrogations.

1. La loyauté de l'obtention de la preuve

Concernant l'obtention de la preuve par l'employeur, l'arrêt n'apporte pas d'innovations majeures, mais il vient utilement lever certains doutes que suscitait la lecture de précédents arrêts rendus par la Cour de cassation.

La jurisprudence de la Cour de cassation est, on le sait, maintenant bien fixée en ce qui concerne la production en justice d'une preuve obtenue de manière déloyale. S'agissant d'un enregistrement clandestin, la Cour a jugé, en formation plénière, qu'il n'était pas recevable : « Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »¹⁸. La chambre sociale a ainsi déclarés non recevables des éléments de preuve obtenus au moyen d'un stratagème mis en œuvre par l'employeur¹⁹. L'arrêt du 30 septembre 2020 s'inscrit dans la ligne ouverte par ces décisions : il rappelle, d'une part, qu'« en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve » et relève, d'autre part, que le procédé par lequel l'employeur avait obtenu la preuve – elle lui avait été communiquée spontanément par une autre salariée qui était autorisée à accéder au compte privé Facebook de la salariée licenciée – n'était pas déloyal.

Si la démarche suivie par la Cour de cassation pour analyser la loyauté des procédés d'obtention des preuves n'est pas nouvelle, sa mise en œuvre appelle quelques remarques. L'arrêt précise la jurisprudence en cours de construction sur l'usage probatoire des publications faites par les salariés sur les réseaux sociaux. Quelle conséquence faut-il tirer du fait qu'un compte Facebook n'est accessible qu'à un nombre limité de personnes ? La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation laissait subsister plusieurs interrogations.

18 Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, *Bull. civ.* AP, n° 1. Voir également : Cass. Soc., 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 519.

19 Cass. Soc., 16 janv. 1991, n° 89-41.052 ; Cass. Soc., 5 juill. 1995, n° 92-40.050 ; Cass. Soc., 18 mars 2008, *Bull. civ.* V, n° 64 ; Cass. Soc., 18 mars 2008, *Bull. civ.* V, n° 65 ; Cass. Soc., 4 juill. 2012, *Bull. civ.* V, n° 208 ; Cass. Soc., 19 nov. 2014, n° 13-18.749 ; *D.* 2015, 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *D.* 2016, 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *Dr. Soc.* 2015, 83, note D. Boulmier.

La première concernait la question de savoir si l'obtention d'un élément de preuve tiré d'une page Facebook privée était nécessairement déloyale. Dans un arrêt du 20 décembre 2017, la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur la recevabilité d'un constat d'huissier rapportant des informations extraites de la page privée d'une salariée. En l'espèce, la preuve avait été jugée irrecevable : « ayant relevé que le procès-verbal de constat d'huissier (...) rapportait des informations extraites du compte facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée »²⁰. La solution s'expliquait-elle par les circonstances dans lesquelles la preuve avait été obtenue (l'employeur avait utilisé le téléphone professionnel d'un salarié pour accéder au compte privé en se faisant passer pour le salarié autorisé à accéder au compte) ou fallait-il déduire de cet arrêt qu'un élément de preuve tiré d'une page privée Facebook est nécessairement attentatoire à la vie privée et de ce fait irrecevable ? Il existait ici un risque de confusion entre la loyauté de l'obtention de la preuve et son caractère attentatoire ou non à la vie privée.

L'arrêt du 30 septembre 2020 distingue clairement ces deux plans d'analyse.

Plaçant d'abord le débat sur le terrain de l'obtention loyale du procédé de preuve, la Cour s'attache à vérifier que la preuve obtenue par l'employeur n'était pas le fruit d'un stratagème. Constatant que tel n'avait pas été le cas, la Cour de cassation écarte le grief de déloyauté dans l'obtention de la preuve. Ainsi, concernant la loyauté dans l'obtention de la preuve, il convient d'examiner comment l'employeur est entré en possession de l'élément de preuve litigieux. En l'absence de stratagème de sa part (point qu'il appartiendra au salarié d'alléguer et de démontrer), la déloyauté n'est pas caractérisée et la preuve est recevable. C'est également l'ombre portée de l'arrêt du 20 décembre 2017 qui explique que la Cour de cassation ait précisé dans son arrêt du 30 septembre 2020 que l'employeur n'avait eu recours à un constat d'huissier « que » pour contrecarrer la dénégation par la salariée licenciée d'être la titulaire du compte Facebook. Alors que dans l'affaire jugée en 2017 l'huissier avec constaté les informations recueillies par l'employeur au moyen du téléphone professionnel d'un autre salarié (ce qui pouvait s'analyser comme un stratagème), dans celle venue devant la Cour de cassation en 2020 l'huissier n'était nullement intervenu pour obtenir les informations mais pour attester que ces informations étaient bien à mettre en relation avec la salariée.

Ce point étant acquis il faut examiner, ensuite, si la preuve en question ne doit pas être écartée du fait qu'elle porte atteinte à la vie privée. Là encore, l'arrêt du 30 septembre 2020 apporte d'intéressants éclairages. En effet, un arrêt antérieur pouvait conduire à se demander si le fait de produire une preuve tirée d'un compte Facebook privé était nécessairement attentatoire à la vie privée ou si cela n'était le cas que dans l'hypothèse où le groupe privé comporte peu de membres. Autrement dit, si la publication était faite sur un compte privé comportant de nombreux membres, il serait difficile de se prévaloir du respect de la vie privée. Un arrêt du 12 septembre 2018 – qui ne concernait toutefois pas la recevabilité d'une preuve mais la caractérisation d'une faute reprochée à une

²⁰ Cass. Soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609, inédit ; *Daloz IP/IT*, 2018, 315, note G. Péronne et E. Daoud.

salariée à l'appui de son licenciement pour faute grave – alimentait cette interrogation. Dans cette affaire, une salariée se voyait reprocher d'avoir diffusé des propos jugés injurieux sur une page Facebook. La chambre sociale avait retenu que « les propos litigieux avaient été diffusés sur le compte ouvert par la salariée sur le site Facebook et qu'ils n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée »²¹. Il est manifeste que cette logique numérique était présente également dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire commentée. Dans son arrêt du 12 décembre 2018, celle-ci avait relevé que les « amis » de la salariée « sont plus de 200 et sont des professionnels de la mode travaillant pour Petit Bateau (...) ou travaillant auprès d'entreprises concurrentes (...), *ce qui dépasse la sphère privée* »²². Dans son arrêt du 30 septembre 2020, la Cour de cassation coupe court à cette discussion incertaine et pose en principe que « 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 », et cela sans indication du nombre plus ou moins élevé des membres du groupe Facebook.

L'arrêt apporte ainsi une appréciable clarification conceptuelle. Une preuve tirée du compte Facebook privé d'un salarié auquel l'employeur n'est pas autorisé à accéder est exposée à être jugée irrecevable à deux titres. D'abord, il convient d'examiner si cette preuve a été obtenue de manière déloyale. Si la réponse est positive, par exemple parce que la preuve a été obtenue au moyen d'un stratagème, elle n'est pas recevable et cela sans qu'il soit possible d'échapper à cette issue²³. Dans le cas, contraire, la question se déplace sur le terrain de l'atteinte à la vie privée. Or, la production d'une preuve tirée de la page privée d'un salarié à laquelle l'employeur n'est pas autorisé à accéder est nécessairement attentatoire à la vie privée. A ce titre également, la preuve peut être déclarée irrecevable. Cependant, cette issue n'est pas inéluctable : le droit à la preuve, sous réserve que les conditions de sa mise en œuvre soient réunies, peut conduire à ce que la preuve attentatoire à la vie privée soit néanmoins jugée recevable.

Cela conduit à examiner les conditions qui permettent d'accueillir une preuve attentatoire à la vie privée. La formule retenue par la Cour de cassation – « 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 » – invite à distinguer le caractère indispensable de la preuve à l'exercice du droit à la preuve, d'une part, et la proportionnalité de l'atteinte portée à la vie privée au regard du but poursuivi, de l'autre.

21 Cass. Soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690.

22 CA Paris, pôle 6, ch. 10, 12 déc. 2018, RG 17/08095, préc.

23 La position de la chambre sociale, hostile à l'obtention des preuves au moyen d'un stratagème, contraste avec celle retenue en matière pénale : Cass., Ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86.767 et la synthèse in E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, Puf, 2015, p. 382 et s.

2. Le caractère indispensable de la production litigieuse à l'exercice du droit à la preuve

On sait que la notion de pertinence occupe une place ambiguë dans le droit français de la preuve²⁴. Souvent confondue avec la pertinence du fait objet de preuve (le fait que l'on entend prouver est-il susceptible de déclencher l'application de la règle de droit ?), la pertinence concerne également la preuve et désigne sa capacité logique à rendre plus ou moins probable le fait qu'il s'agit de prouver. Ainsi entendue, la pertinence de la preuve est une condition générale de sa recevabilité. En effet, si la preuve présentée est sans rapport avec le fait à prouver, n'éclaire pas l'existence du fait à prouver, elle n'a pas lieu d'être admise en justice. Pourtant, la condition générale de pertinence de la preuve est doublée d'une exigence renforcée lorsque le droit à la preuve est mis en œuvre : pour qu'une preuve attentatoire à la vie privée soit admise au procès, il ne faut pas seulement qu'elle permette de prouver le fait contesté, mais encore qu'elle soit le seul moyen d'y parvenir. Selon la formule retenue par la Cour de cassation, la preuve produite doit être « indispensable à l'exercice » du droit à la preuve.

De ce point de vue, l'arrêt du 30 septembre 2020 apporte à nouveau une précision utile. En effet, on se souvient que, dans son arrêt du 9 novembre 2016, par lequel elle consacrait pour la première fois le droit à la preuve, la chambre sociale retenait une formule moins exigeante : « 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 »²⁵. Cette position contrastait avec celle retenue par la première chambre civile²⁶ et la chambre commerciale²⁷ de la Cour de cassation, qui toutes deux exigeaient que la production de la preuve soit « indispensable » et pas seulement « nécessaire ». Le choix du mot nécessaire avait été remarqué. Fallait-il y voir la volonté de la chambre sociale de contrôler l'exercice du droit à la preuve de manière plus souple que ne le faisaient les autres chambres de la Cour de cassation ? Certains l'ont pensé et ont critiqué cette orientation²⁸.

Quoi qu'il en soit, la chambre sociale est finalement revenue sur sa position et retient maintenant la même formule que les autres chambres. Après un arrêt inédit en ce sens²⁹, l'arrêt du 30 septembre 2020 en apporte une claire confirmation. A vrai dire, cette évolution ne semble pas traduire un contrôle plus strict qu'auparavant de l'exercice du droit à la preuve de la part de la chambre sociale. Il ne semble pas que la Cour apprécie plus strictement les conditions d'exercice du droit à la preuve dans l'arrêt du 30

24 Voir les développements d'E. Vergès, *in* E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, préc., spéc. n° 169.

25 Cass. Soc., 9 nov. 2016, préc. ; Cass. Soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163, inédit.

26 Cass. civ. 1^{er}, 5 avr. 2012, préc. ; Cass. Civ. 1^{er}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403 ; *RTD civ.* 2016, 320, obs. J. Hauser ; *AJ pénal*, 2016, 326, obs. D. Aubert ; *D.* 2016, 884, note J.-C. Saint-Pau ; CA Paris, pôle 1, ch. 3, 15 mai 2019, n° 18/26775.

27 Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, préc.

28 G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1 ; *D.* 2017, p. 37, note G. Lardeux, spéc. p. 41.

29 Cass. Soc., 11 déc. 2019, n° 18-16.516, inédit.

septembre 2020 qu'elle ne le faisait dans l'arrêt du 9 novembre 2016. Dans son arrêt de 2020, la Cour n'est guère explicite sur ce qui fonde le caractère indispensable de la production d'une preuve attentatoire à la vie privée. Il semble qu'il faille en chercher les raisons dans le fait que les preuves tirées du compte privé Facebook de la salariée étaient les seules disponibles. Si tel était bien le cas, la différence ne serait pas nette avec la manière dont la Cour de cassation avait apprécié le caractère « nécessaire » des preuves produites dans l'arrêt du 9 novembre 2016. C'est que, sans doute, la raison du changement de formulation entre 2016 et 2020 est à chercher ailleurs. On doit plus sûrement y voir la volonté de la chambre sociale de favoriser l'unité de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant d'un droit – comme le droit à la preuve – qui traverse tous les contentieux. De plus, un alignement sur la formule retenue par la première chambre civile et par la chambre commerciale était d'autant plus judicieux que dire que la preuve litigieuse doit être « nécessaire » à l'exercice du droit à la preuve n'est rien d'autre qu'exiger qu'elle soit pertinente au sens rappelé plus haut. Dès lors, poser en critère que la production probatoire soit « nécessaire » entraîne une confusion conceptuelle avec la pertinence ; un inconvénient que ne présente pas l'exigence de son caractère « indispensable », cette dernière formulation exprimant bien quelque chose de plus que la pertinence.

3. La proportionnalité de l'atteinte à la vie privée au regard du but poursuivi

Une fois établi que la production de la preuve portant atteinte à la vie privée est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, reste à déterminer si l'atteinte à la vie privée est proportionnée au but poursuivi³⁰. L'appréciation se fait *in concreto*, au vu des circonstances de l'espèce. Ce jugement emporte deux opérations bien distinctes. D'une part, il importe de vérifier que le but de la production de la preuve attentatoire à la vie privée est justifié (contrôle de la légitimité) et que l'atteinte à la vie privée est aussi limitée que possible (contrôle de la mesure). Conceptuellement distinctes, ces opérations ne sont cependant pas explicitées avec autant de précision l'une que l'autre dans les arrêts de la Cour de cassation, selon qu'ils considèrent que l'atteinte à la vie privée était justifiée ou qu'elle était excessive.

3.1. Contrôle de la légitimité de l'atteinte à la vie privée

Lorsqu'elle met en œuvre le droit à la preuve, la Cour de cassation énonce quel est le but poursuivi par la production de la preuve litigieuse. Ce faisant, elle identifie des intérêts légitimes et apprécie s'il est justifié qu'ils prévalent sur le droit à la vie privée. En toute rigueur, identifier les intérêts qui justifient l'exercice du droit à la preuve

³⁰ Méconnaît ses pouvoirs la cour d'appel qui refuse de « vérifier [en référé] si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés », au motif que les mesures demandées (la communication, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, de documents détenus par l'employeur) emportent une « considération d'équilibre des droits que le juge du fond est mieux à même d'apprécier au cas d'espèce » et « qu'il n'existe pas de risque de déperissement des preuves » : Cass. Soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163, préc. Voir aussi Cass. Civ. 1^e, 5 juill 2017, n° 16-22.183.

constitue bien une question relevant de la recevabilité de la preuve et celle-ci ne préjuge pas de l'appréciation que les juges feront de la preuve ainsi admise. En effet, décider qu'une preuve est recevable (parce qu'elle est justifiée par des intérêts particuliers) n'est pas se prononcer sur la manière dont elle renforce, ou au contraire affaiblit, la conviction des juges sur l'existence des faits qu'il s'agit de prouver³¹.

A considérer les décisions rendues par la Cour de cassation, l'identification du but poursuivi par l'exercice du droit à la preuve n'est pas toujours aisée. Ainsi, dans l'arrêt du 5 avril 2012, ce sont simplement « les intérêts antagoniques en présence », autrement dit l'intérêt de chacune des parties au succès de ses prétentions dans un litige successoral, qui justifient l'atteinte à l'intimité de sa vie privée et au secret des correspondances³². Mais d'autres décisions se font plus précises. Ont ainsi été identifiés comme des buts légitimes justifiant la production de preuves attentatoires à la vie privée : « la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés »³³, l'exercice par des délégués du personnel de leurs « 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 »³⁴. Rien n'indique que cette liste doive être considérée comme close. Il appartient aux plaideurs de convaincre le juge que les intérêts juridiquement protégés qu'ils poursuivent en justice sont suffisamment légitimes pour justifier que la preuve porte atteinte à la vie privée.

Dans un arrêt où se posait la question de savoir comment concilier le droit à la preuve avec la protection des secrets d'affaires (et non avec le droit au respect de la vie privée), la Cour de cassation a également relevé la nécessité pour les juges du fond de vérifier si « l'existence et, le cas échéant, (...) l'ampleur d'un détournement de clientèle permettant de qualifier une concurrence déloyale [au détriment d'une société] » ne justifiait pas qu'il soit porté atteinte au droit d'une autre société à la préservation de ses secrets d'affaires³⁵. L'arrêt du 30 septembre 2020 fait écho à cette décision, mais dans une perspective inversée. En effet, dans cette espèce, le secret des affaires ne constitue pas un facteur de résistance à l'extension du droit à la preuve mais bien sa justification. La Cour relève ici que la production de la preuve litigieuse était proportionnée au but poursuivi, « soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ». La Cour de cassation rejoint ainsi l'appréciation de la cour d'appel, qui relevait dans son arrêt que la société Petit Bateau exerce son activité « dans un secteur

31 Si ces distinctions sont claires, elles ne lèvent sans doute pas complètement les craintes exprimées par P. Henriot lorsqu'il souligne que « cette exigence de légitimité de la prétention au titre de laquelle le droit à la preuve est exercé risque fort de dériver vers un examen anticipé de son bien-fondé, imposant de démontrer par avance que son succès serait à tout le moins vraisemblable » (P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », préc., p. 123).

32 Cass. Civ. 1^e, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 (préc.). Voir aussi Cass. Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491, préc.

33 Cass. Civ. 1^e, 31 oct. 2012, n° 11-17.476 ; *RTD civ.* 2013, 86, obs. J. Hauser ; *D.* 2013, 227, note N. Dupont ; Cass. Civ. 1^e, 22 sept. 2016, n° 15-24.015 ; *RTD civ.* 2016, 821, obs. J. Hauser ; *D.* 2017, 490, note B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia ; *JCP* 2016, 1136, obs. G. Lardeux ; *Justice & Cassation*, 2017, 98, rapport S. Canas, avis A. Ride.

34 Cass. Soc., 6 nov. 2016, préc.

35 Cass. Civ. 1^e, 22 juin 2017, n° 15-27.845, préc.

très concurrentiel où l'employeur justifie d'agissements de contrefaçon » et que la clause de confidentialité imposée à la salariée était « particulièrement justifiée par le secteur de la société ». Cette argumentation illustre bien le fait que le droit à la preuve est un droit lié à une position procédurale et non à la qualité de salarié ou d'employeur : il bénéficie aux salariés autant qu'aux employeurs. Il en résulte que le secret des affaires peut aussi bien justifier le droit à la preuve de l'employeur lorsqu'il assume la charge de la preuve qu'être excipé par lui pour résister à l'exercice par un salarié de son droit à la preuve.

3. 2. Contrôle de la mesure de l'atteinte à la vie privée

La prévalence du droit à la preuve sur le droit à la vie privée suppose également que l'atteinte portée à ce dernier par la preuve litigieuse soit aussi mesurée que possible. La Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils apprécient si les éléments de preuve présentés ne portent pas une atteinte excessive au droit à la vie privée, autrement dit si les éléments de preuve disponibles ont été utilisés de la manière la moins intrusive possible. Ainsi, dans son arrêt du 11 décembre 2019³⁶, la chambre sociale reprochait à la cour d'appel de s'être bornée à apprécier la légitimité de l'exercice du droit à la preuve (elle avait constaté que le salarié justifiait d'« un intérêt légitime à obtenir des éléments de comparaison concernant le montant de la part variable de la rémunération des salariés auxquels il est susceptible de se comparer » en vue de démontrer l'inégalité de traitement dont il se prétendait victime) et de ne pas avoir recherché, « comme elle y était invitée, si la mesure demandée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés ».

Selon les circonstances, la Cour de cassation a parfois considéré l'atteinte à la vie privée suscitée par l'exercice du droit à la preuve comme excessive, ce qui rendait la preuve irrecevable. Tel était le cas de rapports tirés d'une enquête privée de grande ampleur menée sur une longue durée³⁷. Inversement, a été jugée suffisamment mesurée une enquête privée relatant des observations faites sur la voie publique et se limitant à constater l'absence de port de lunettes lors de la conduite d'un véhicule ou lors du ménage et du rangement d'un balcon (d'où il résultait que le préjudice subi par cette personne était moindre que ce qu'elle prétendait)³⁸. L'arrêt du 30 septembre 2020 prête la même attention à ce que l'atteinte à la vie privée soit aussi limitée que possible. La Cour relève que l'employeur « s'était borné » à produire la photographie publiée par la salariée sur sa page Facebook sur laquelle apparaissait la nouvelle collection de la société Petit Bateau (et non une capture d'écran de la page entière) et que l'employeur avait révélé le profil professionnel de « certains » de ses « amis » seulement, en l'occurrence des personnes qui travaillaient pour des sociétés concurrentes (et non celui des 200 « amis » autorisés à accéder à la page Facebook en cause).

36 Cass. Soc., 11 déc. 2019, n° 18-16.516, préc.

37 Cass. Civ. 1^{er}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403, préc. : L'enquête privée s'était étalée sur plusieurs années, avait donné lieu à des vérifications administratives, au recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'à des opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements. Voir aussi Cass. Civ. 1^{er}, 22 sept. 2016, n° 15-24.015, préc.

38 Cass. Civ. 1^{er}, 10 sept. 2014, n° 13-22.612 ; *RTD civ.* 2014, 856, obs. J. Hauser ; *D.* 2015, 342, obs. E. Dreyer ; *D.* 2016, 167, obs. A. Aynès.

*

**

Le droit à la preuve autorise donc une atteinte aussi grande que nécessaire et aussi limitée que possible au droit à la vie privée des salariés. La mise en œuvre de ce droit suppose d'apprécier la recevabilité d'une preuve portant atteinte à la vie privée en examinant la loyauté de son obtention, le caractère indispensable de sa production et le caractère proportionné de l'exercice de ce droit, c'est-à-dire aussi bien sa justification que sa mesure. L'encadrement renforcé auquel le droit français soumet le droit à la preuve est à la mesure de l'impact que ce dernier est susceptible d'avoir sur les contentieux du travail³⁹.

Intéressant pour les précisions qu'il apporte sur les conditions auxquelles une publication faite par un salarié sur un compte privé Facebook peut être produite en justice par l'employeur, l'arrêt du 30 septembre 2020 est aussi remarquable pour la clarté conceptuelle dont fait preuve la Cour de cassation concernant la mise en œuvre du droit à la preuve. On retiendra de cet arrêt une séquence d'analyse en trois temps permettant de déterminer si une preuve portant atteinte à la vie privée d'un salarié est recevable en justice : 1. La preuve attentatoire à la vie privée a-t-elle été obtenue de manière loyale (sans stratagème, fraude ou violence) ? 2. La production de la preuve attentatoire à la vie privée est-elle indispensable à l'exercice du droit à la preuve (le droit à la preuve ne pourrait-il pas s'exercer en produisant une preuve qui ne porterait pas atteinte à la vie privée) ? 3. L'atteinte à la vie privée est-elle justifiée par un intérêt suffisamment fort (légitimité) et est-elle aussi limitée que possible (mesure) ?

La rigueur de la construction ne doit cependant pas faire perdre de vue que la nature et le degré du contrôle exercé par la Cour de cassation ne sont pas identiques à chacune de ces étapes. En particulier, le caractère indispensable de l'atteinte à la vie privée pour l'exercice du droit à la preuve n'a guère été justifié dans les arrêts rendus jusqu'à présent, et semble recouvrir l'idée qu'aucune autre preuve ne serait disponible que celle portant atteinte à la vie privée. Plus encore, le contrôle de légitimité est resté peu caractérisé, au point que cette condition se confond parfois avec l'intérêt qu'ont les parties à faire valoir une prétention en justice. Tel est bien le cas lorsque la Cour de cassation justifie l'exercice du droit à la preuve par « les intérêts antagoniques en présence »⁴⁰.

Les décisions futures portant sur le droit à la preuve devraient donner aux juges l'occasion d'affiner chacune des étapes du raisonnement impliqué dans la mise en œuvre de ce droit, armant ainsi autant de terrains de discussion pour les parties engagées dans des litiges du travail.

39 Sur la portée du droit à la preuve, P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », préc. ; voir également nos observations in *RDT*, n° 11, 2020, p. 655.

40 Cass. Civ. 1^e, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, préc. ; Cass. Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491, préc.