Cass. soc., 8 mars 2023, no 21-17.802

Les arrêts rendus par la chambre sociale les 30 septembre 2020 *(no 19-12.058, Petit Bateau)* et 25 novembre 2020 *(no 17-19.523, AFP)* ont marqué une évolution certaine de la jurisprudence, par l'élargissement du champ de la preuve légitime.

**L'ABANDON D'UNE LOGIQUE BINAIRE**

La reconnaissance du droit à la preuve rompt ainsi avec la logique binaire qui prévalait jusqu'alors au sein de la chambre sociale : les preuves présentées par une partie étaient soit licites et donc recevables, soit illicites et donc irrecevables.

Si l'employeur ne disposait d'aucun autre moyen de preuve que celui jugé irrecevable, la sanction infligée au salarié était nécessairement injustifiée alors même que la matérialité des faits était constatée.

Cette illicéité des preuves peut résulter de divers motifs :

* la preuve a été obtenue de manière déloyale (surveillance à l'insu des salariés, par stratagème, filature, enregistrements clandestins) ;
* la preuve a été obtenue en violation des conditions de licéité posées par la loi (ex : loi informatique et libertés qui imposait une déclaration préalable à la CNIL, l'information préalable du salarié et du CSE) ;
* la preuve porte atteinte à certains droits (vie privée, secret des correspondances).

**LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DE LA PREUVE ILLICITE**

• Dans l'arrêt Petit Bateau, la Cour de cassation énonce que l'atteinte à la vie privée de la salariée tirée de l'utilisation de son compte Facebook est caractérisée mais que la preuve illicite est cependant recevable puisque la production des captures d'écran du compte Facebook de la salariée était :

* **indispensable** à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur qui ne disposait que de ces éléments pour établir le grief de divulgation par la salariée d'une information confidentielle de l'entreprise auprès de professionnels susceptibles de travailler pour des entreprises concurrentes ;
* et **proportionnée** au but poursuivi, à savoir la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires.

• Dans l'arrêt AFP, la chambre est revenue sur le caractère automatique de la sanction d'une preuve obtenue en violation de la loi informatique et libertés, concernant l'utilisation comme mode de preuve du traitement d'une adresse IP qui est une donnée personnelle, sans déclaration préalable à la CNIL.

*Un salarié est licencié pour faute grave pour avoir usurpé l'identité de sociétés clientes. Pour établir les faits, l'employeur a fait analyser des fichiers de journalisation qui ont permis d'identifier le salarié comme étant l'auteur des faits, via son adresse IP. Mais le salarié conteste le licenciement. N'ayant pas été informé de ce qu'il considère comme étant un traitement de données personnelles, et en l'absence de déclaration préalable auprès de la Cnil, la preuve ainsi collectée serait illicite. La cour d'appel rejette ses demandes et considère la preuve comme licite. Elle n'est toutefois pas suivie par la Cour de cassation qui estime que son raisonnement n'est pas le bon.*

La Cour, dans cet arrêt qui se veut didactique, marque un infléchissement du principe. Elle énonce que l'illicéité d'un moyen de preuve au regard de la loi Informatique et libertés (applicable avant le RGPD) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats.

**Elle explique que le juge doit désormais se livrer à un contrôle de proportionnalité au cours duquel il met en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, afin de déterminer si l'utilisation de cette preuve illicite peut être justifiée par le droit à la preuve. La production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié n'est cependant possible qu'à la double condition que :**

**– cette production soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve :**

**– et que l'atteinte à la vie personnelle du salarié soit strictement proportionnée au but poursuivi.**

**LA QUESTION DES ENREGISTREMENTS CLANDESTINS DEVANT L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE**

Sur cette délicate question des enregistrements clandestins, la Cour d'appel de Bourges dans un arrêt du 26 mars 2021 *(RG no 19/01169)* a déclaré recevable l'enregistrement clandestin des propos de l'employeur, produit par un salarié afin de prouver une discrimination à son encontre.

La loyauté du procédé de preuve était contestée par l'employeur.

La cour d'appel a relevé dans cette affaire que la pièce avait bien été obtenue à l'insu du président de l'association mais retient que cet enregistrement clandestin avait été réalisé *« dans un lieu ouvert au public, au vu et su de tous, et notamment de trois salariés, dont deux déclarant avoir pu en entendre des bribes »* et que la preuve litigieuse ne portait pas *« atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, dans la mesure où il s'agit d'une conversation entre le salarié et l'employeur, dans un cadre professionnel, avec un objet professionnel, aux termes de laquelle l'employeur se livre à des confidences utiles aux prétentions du salarié, sans pour autant qu'il en résulte un préjudice pour son interlocuteur »*.

Aucun pourvoi n'a été formé contre cet arrêt. Si tel avait été le cas, son examen aurait justifié à l'évidence un renvoi devant l'assemblée plénière, comme cela a été décidé, le 1er mars 2023 à propos du pourvoi no 20-20.648 formé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, concernant la production d'enregistrements clandestins par l'employeur d'entretiens professionnels avec le salarié.

**LA MÉTHODE DE LA MISE EN BALANCE**

La chambre sociale a donc été amenée à préciser la méthode de mise en balance dans deux décisions rendues le 8 mars 2023 :

• Dans l'arrêt du 8 mars 2023 *(no 20-21.848 FS-B)*, elle a jugé que l'employeur doit se prévaloir devant les juges du fond de ce que l'irrecevabilité de la preuve, en raison de son caractère illicite, porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, ce moyen ne pouvant être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, rejoignant en cela la solution retenue par la chambre commerciale dans un arrêt (Cass. com., 21 nov. 2021, nos 20-14.669 et 20-14.670 à propos d'une preuve issue de « visites mystères »).

Dans cette affaire, un salarié, chauffeur de bus, a été licencié pour faute grave après que son employeur a obtenu communication d'un procès-verbal d'infraction au Code de la route établi par les services de police après visionnage des enregistrements issus du dispositif de vidéoprotection installé dans le bus, dans le cadre d'une enquête diligentée pour un autre motif (identification de l'auteur d'un vol de ticket de bus).

La chambre sociale a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré cette preuve irrecevable comme illicite, dès lors qu'elle avait constaté, d'une part, que le procès-verbal était issu d'une procédure pénale et avait été délivré à l'employeur sans aucune autorisation du procureur de la République, d'autre part, que l'employeur s'était engagé par une charte, lors de la mise en place de la vidéoprotection, à ne pas recourir au système de vidéoprotection pour apporter la preuve d'une faute du salarié lors d'affaires disciplinaires internes, et alors que l'employeur ne s'était pas prévalu de ce que le rejet de la preuve illicite porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble.

• Dans l'autre arrêt du 8 mars 2023 *(no 21-17.802 FS-B)*, la Cour a retenu qu'en présence d'une preuve illicite, le juge doit d'abord s'interroger sur la légitimité de la surveillance et 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.

Dans cette affaire, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui après avoir procédé au contrôle de proportionnalité a écarté des débats, la preuve illicite tirée d'un dispositif de vidéosurveillance dont les finalités et la base juridique n'avaient été portées à la connaissance de la salariée, dès lors que ces faits, selon l'employeur, avaient été révélés par un audit 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 état dans la lettre de licenciement. La production de la vidéosurveillance n'était donc pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, d'autres éléments étant susceptibles de révéler les irrégularités reprochées à la salariée, mais que l'employeur n'avait pas produit.

La cour d'appel avait en outre constaté que le système de vidéoprotection filmait en continu l'ensemble des postes de travail de la boutique, y compris le lieu de soins pour les clientes, et que les salariées étaient ainsi placées sous la surveillance constante de la caméra et en avait déduit que cette atteinte à la vie personnelle de la salariée était disproportionnée par rapport au but poursuivi (vérifier les soupçons de vols à la suite du constat d'irrégularités dans les encaissements), par ailleurs susceptibles d'être démontrées par l'audit ordonné précédemment.

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation invite donc les juges du fond à contrôler la légitimité du but poursuivi par l'employeur pour obtenir cette preuve, lors de la mise en place de la surveillance illicite. Si dans l'arrêt Petit Bateau du 30 septembre 2020 *(no 19-12.058)*, la chambre sociale a retenu que le but légitime était identifié au moment de l'utilisation de la preuve, lors de la production en justice, c'est parce que l'obtention de la preuve n'était pas déloyale, la publication litigieuse ayant été spontanément communiquée à l'employeur par une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme « amie » sur le compte privé Facebook de la salariée licenciée. Seule restait donc en débat, l'utilisation de la publication litigieuse qui portait atteinte à la vie privée de la salariée.

Il appartiendra donc à l'assemblée plénière de définir l'articulation nécessaire entre le droit à la preuve et le principe de loyauté probatoire

Les renvois en assemblée plénière par la chambre sociale (Cass. soc., 1er févr. 2023, nos20-20.648 et 21-11.330) des pourvois nos 20-20.648 et 21-11.330 formés contre les décisions rendues par les Cours d'appel de Paris et d'Orléans témoignent de l'importance des enjeux relatifs à la fixation des limites du droit à la preuve en droit du travail face au principe de loyauté probatoire.

Dans l'affaire qui sera examinée par l'assemblée plénière, un salarié intérimaire, engagé pour remplacer un salarié en période de congés, a accédé au compte Facebook de ce dernier installé sur son ordinateur professionnel, a ouvert la messagerie de ce compte et a capté une conversation privée que celui-ci entretenait avec une autre salariée de l'entreprise.

Cette conversation qui comportait insultes et diffamations à son égard ainsi qu'envers le supérieur hiérarchique, a été utilisée par l'employeur pour licencier le salarié.

Mais, s'agissant d'un compte Facebook nécessairement identifié comme personnel, l'employeur n'était pas autorisé à accéder à la messagerie personnelle rattachée à ce compte Facebook, peu important à cet égard que l'accès à cette correspondance soit le fait d'un salarié qui lui-même n'avait pas davantage le droit d'accéder à cette messagerie, hors la présence du salarié.

Cette preuve était donc doublement illicite :

* sur le terrain de la loyauté probatoire en raison de ses conditions irrégulières d'obtention, l'accès à la messagerie et la consultation des messages étant interdit, hors la présence du salarié ;
* et par sa nature, les messages que contenait la messagerie revêtant nécessairement un caractère privé.

En outre, l'employeur n'invoquait aucun motif légitime justifiant cette consultation illicite du compte Facebook et de la messagerie. C'est cette consultation et la découverte du message qui a révélé le motif du licenciement. Or, selon la Cour EDH *(arrêt Barbulescu)*, l'existence de motifs légitimes constitue une condition particulièrement importante en cas d'accès au contenu des correspondances dont le salarié est auteur ou destinataire.

Il appartiendra donc à l'assemblée plénière de définir l'articulation nécessaire entre le droit à la preuve et le principe de loyauté probatoire, s'agissant d'une part, des enregistrements d'entretiens professionnels réalisés par l'employeur à l'insu du salarié, et d'autre part, de la surveillance et de l'accès aux correspondances privées du salarié, si tant est qu'il soit possible de donner un contenu précis à ce principe de loyauté probatoire, alors que d'autres notions juridiques ne manquent pas pour protéger les intérêts qui s'opposent lors d'un procès, notamment lors de l'administration de la preuve : vie privée, secrets en tous genres (de l'enquête, de l'instruction, des affaires, professionnel...), ou encore le procès équitable.

L’Assemblée Plénière de la Cour de cassation aura aussi l’occasion de s’y référer, puisqu’elle sera amenée à se prononcer prochainement sur un litige impliquant la production d’enregistrements clandestins par un employeur d’entretiens professionnels avec l’un de ses salariés (Cass. soc., 1er février 2023, n°20-20.648 à propos de l’arrêt rendu le 28 juillet 2020 par la Cour d’appel d’Orléans – RG n°18/00226).

Cour d’appel d’Orléans – RG n°18/00226 « Par ailleurs, la S. A.R. L Abaque Bâtiment Services verse aux débats, pour démontrer la réalité de la faute grave invoquée, des pièces numérotées 7.3,7.3b,7.5 et 7.5b et le salarié demande qu'elles soient écartées des débats en soulevant leur irrecevabilité.

Ces pièces sont des retranscriptions d'un entretien qui a eu lieu entre l'employeur et le salarié le 28 septembre 2016, à l'issue duquel celui ci a été mis à pied, et de l'entretien préalable du 7 octobre 2016, et que la S. A.R. L Abaque Bâtiment Services a enregistrés à son insu. La S. A.R. L Abaque Bâtiment Services ne conteste pas avoir procédé à ces enregistrements mais répond que ces pièces ne sont que des annexes des plaintes qu'elle a déposées contre M. Z, que dans le cadre pénal, ce mode de preuve est recevable, et que d'autre part, la cour européenne des droits de l'homme a admis qu'une preuve illégale pouvait être produite et utilisée en justice dès lors qu'elle a pu être discutée et débattue dans le cadre d'un procès équitable.

Aux termes de l'article 9 du code de procédure civile, chaque partie doit prouver les faits qu'elle invoque conformément à la loi.

Il en résulte que même si la preuve est libre en matière prud'homale, son administration doit être loyale.

Si devant la juridiction pénale, les enregistrements peuvent être admis comme mode de preuve, un employeur ne peut sans déloyauté enregistrer à son insu un salarié pour pouvoir ensuite établir la réalité de la faute grave qu'il compte invoquer dans le cadre d'un licenciement.

Les faits que la S. A.R. L Abaque Bâtiments Services reproche à M. Z ne peuvent caractériser des infractions pénales puisqu'ils concernent le défaut de transmission de son activité commerciale, l'effondrement de son portefeuille clients et le refus d'appliquer les consignes. Il en résulte que les pièces précitées n'ont d'autre but que de démontrer la réalité de la faute grave invoquée par l'employeur; la cour dit qu'elles ont été obtenues par un procédé déloyal et qu'elles sont donc irrecevables. Elles sont écartées des débats. »

**JURISPRUDENCE SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 145 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE**

Énoncée dans le contentieux du licenciement disciplinaire, cette mise en balance des intérêts respectifs sur fond de proportionnalité trouve par ailleurs toute sa place et depuis plusieurs années, dans le contentieux de l'obtention de la preuve au moyen de mesures d'instruction ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (cf. Cass. soc., 16 nov. 2016, no 15-17.163 ; Cass. 2e civ., 16 mai 2019, nos 18-14.36, 18-14.369) en matière de discrimination ou d'atteinte au principe d'égalité de traitement permettant au salarié d'obtenir des éléments de comparaison non anonymisés.

Dans l'arrêt rendu également le 8 mars 2023 *(no 21-12.492 FS-B)*, la chambre sociale tranche pour la première fois, une question relative à l'application du RGPD.

Le pourvoi soutenait en effet que la communication de bulletins de paie d'autres salariés conduisait à la divulgation à un tiers, de données confidentielles et personnelles constituées par l'ensemble des rémunérations des salariés concernés sur plusieurs années, dans un but très différent et éloigné de la finalité légale pour laquelle les ressources humaines des sociétés les avaient légalement collectées (traitement des données salariales nécessaires à l'assujettissement aux cotisations sociales) et surtout, sans que les salariés concernés n'aient pu s'y attendre, être informés ou s'y opposer, et reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si cette communication n'était pas contraire aux exigences du RGPD qui s'impose au juge au visa des articles 4, 5, 6 et 32 du RGPD.

Ce raisonnement a été écarté puisqu'il résulte du point (4) de l'introduction du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, dit règlement général sur la protection des données (RGPD), que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité, en particulier le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

La chambre sociale a donc approuvé la cour d'appel qui avait retenu que la salariée était bien fondée à obtenir la communication des bulletins de salaires de huit collègues masculins occupant des postes de niveau comparable, avec occultation des données personnelles à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée et de la rémunération brute totale cumulée par année civile, cette communication d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés étant indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi par la salariée, soit la défense de son intérêt légitime à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Ce grief a d’ailleurs été très récemment soumis à la Cour de cassation qui, aux termes d’un arrêt du 1er juin 2023, a admis que les bulletins de paie de collègues de travail n’avaient pas être anonymisés, en considérant que « la communication des noms, prénoms, était indispensable et proportionnée au but poursuivi qui est la protection du droit à la preuve de salariés éventuellement victimes de discrimination et que la communication des bulletins de salaire avec les indications y figurant étaient indispensables et les atteintes à la vie personnelle proportionnées au but poursuivi » (Cass. soc., 1er juin 2023, n°22-13.238).