

Le droit à la preuve du salarié dans le procès prud'homal est-il sans limite ?



Hélène Daher et Astrid Le Menn, Daher Avocats

Dans cette chronique, Hélène Daher et Astrid le Menn, avocates au sein du cabinet Daher Avocats, attirent la vigilance des entreprises sur les nouveaux modes de preuve qui se développent avec l'essor des nouvelles technologies, qui plus est en période de télétravail. Dans quelle mesure, les preuves ainsi recueillies peuvent-elles être considérées comme "loyales" ? Explications.

Un risque contentieux croissant

Un employeur peut-il être condamné sur la base d'éléments de preuve recueillis à son insu ? Plusieurs facteurs doivent conduire les employeurs à faire preuve de vigilance :

Rappelons d'abord qu'en matière prud'homale, la preuve est libre. Elle peut se faire par tous moyens : photographie, SMS, mail, etc. ;

Ensuite, le "droit à la preuve" connaît une consécration dans la jurisprudence, notamment en matière sociale. Récemment dans un arrêt du 30 septembre 2020 , la Cour de cassation a admis qu'un employeur pouvait produire en justice la photographie d'un compte Facebook privé d'un salarié sous réserve que cette preuve soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

En outre, le Règlement général relatif à la protection des données (RGPD) - qui octroie aux salariés un droit d'accès à leurs données personnelles détenues par leur employeur - pourrait bien impliquer une plus grande souplesse de la jurisprudence à l'égard des modes de preuve recueillis par les salariés ;

Enfin, les procédés permettant aux salariés de collecter des preuves - loyalement ou non - sont nombreux : enregistrement audio ou vidéo avec un smartphone, mails, SMS.



[Visualiser l'article](#)

Dans le contexte actuel, où les entreprises doivent largement recourir au télétravail et multiplient les interactions grâce aux technologies de l'information et de la communication, les occasions pour l'employeur ou son représentant d'être enregistré à son insu sont fréquentes. C'est l'occasion de faire un point sur l'admissibilité des preuves recueillies par un salarié.

La preuve doit être recueillie loyalement

De manière générale, les éléments de preuve produits par le salarié ne doivent pas avoir été obtenus frauduleusement ou par un "stratagème". Aucun stratagème n'est retenu lorsque l'employeur ne pouvait pas ignorer que les éléments étaient enregistrés et donc susceptibles d'être conservés et retranscrits.

C'est ainsi qu'il est admis que le salarié puisse valablement produire :

Des SMS de son employeur, qu'ils aient été envoyés sur un téléphone professionnel ou personnel (*premier arrêt du 23 mai 2007 et second arrêt de la même date*) ;

Un email de l'employeur (*arrêt du 25 septembre 2013*) ;

Un message vocal laissé sur son répondeur par son employeur (*arrêt du 6 février 2013*). Au cas d'espèce, l'enjeu était éminent puisque le salarié a ainsi pu établir qu'il avait fait l'objet d'un licenciement verbal (de facto sans cause réelle et sérieuse).

Au contraire, l'enregistrement d'une conversation effectué à l'insu de l'auteur des propos est, en principe, un procédé déloyal censé rendre irrecevables les pièces ainsi obtenues (*arrêt du 7 octobre 2004 et arrêts du 23 mai 2007 précités*).

On notera cependant que, dans une affaire jugée en 2019 par la cour d'appel de Toulouse (*10 mai 2019 n°17/02966, la cour applique au cas présent une jurisprudence établie de la chambre civile de la Cour de cassation*), une auxiliaire de vie salariée avait saisi le conseil de prud'hommes en résiliation de son contrat de travail conclu avec un particulier employeur. La salariée invoquait notamment un enregistrement réalisé à l'insu de son employeur afin de soutenir sa demande visant à voir reconnaître un harcèlement sexuel. La Cour d'appel a admis la production de l'enregistrement, qu'elle estimait "indispensable à l'exercice du droit à la preuve", jugeant également que l'atteinte à la vie privée de l'employeur "est proportionnée au but poursuivi".

Cet arrêt interroge sur ce qu'est susceptible de recouvrir la notion d'élément "indispensable à l'exercice du droit à la preuve" dans la mesure où, au cas d'espèce, la salariée disposait "d'indices complémentaires, alors que le recours au concept de "droit à la preuve" est généralement mis en œuvre lorsque la partie qui l'invoque ne dispose d'aucun autre élément pour justifier de sa demande.

La solution interroge d'autant plus que cet enregistrement est retenu par les juges pour finalement rejeter la demande de la salariée au titre du harcèlement sexuel car cet enregistrement "caractérise plutôt une assistance librement consentie par la salariée dans le cadre de ses fonctions d'auxiliaire de vie auprès d'une personne totalement dépendante".

Cet arrêt pourrait laisser penser que tout enregistrement réalisé par le salarié, notamment à l'occasion d'un entretien préalable, serait un procédé loyal de preuve.

Il doit, selon nous, être considéré avec réserve dans la mesure où il ne s'agit pas d'un arrêt de cassation et que d'autres juridictions d'appel ont rendu, postérieurement, des décisions rejetant la production de tels enregistrements en raison de leur caractère déloyal.

Le droit à la preuve doit être indispensable et proportionné au but recherché

[Visualiser l'article](#)

Lorsque le procédé de preuve porte atteinte à un droit ou à une liberté de l'employeur (droit de propriété, secret des affaires, vie privée), il convient de mettre en balance cette liberté de l'employeur avec le droit à la preuve du salarié.

Consacré dans la jurisprudence européenne (*notamment CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c/ France, n° 7508/02, § 40*), le droit à la preuve est reconnu par la Cour de cassation depuis 2012 sous la double réserve, lorsque la production d'une preuve porte atteinte à la vie privée d'une personne, que la production de cette preuve soit "indispensable à l'exercice [du] droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence" (*arrêt du 5 avril 2012 . Voir également arrêt du 5 juillet 2017 , arrêt du 15 mai 2007 et arrêt du 15 mai 2019*).

Ce principe a été mis en œuvre par la Cour de cassation en droit du travail, laquelle a admis en 2016 que le droit à la preuve d'un syndicat puisse justifier une atteinte à la vie personnelle des salariés. En l'espèce, un syndicat a pu valablement produire en justice, afin de prouver une atteinte au repos dominical, des photographies de contrats de travail et de bulletins de paie de salariés prises dans l'entreprise par un délégué du personnel (*arrêt du 9 novembre 2016*). Il convient toutefois de préciser que l'atteinte à la vie personnelle des salariés était invoquée en défense par l'employeur, pas par les salariés concernés eux-mêmes.

L'analyse du droit à la preuve en faveur des salariés doit inciter les employeurs à être vigilants dans les échanges avec ces derniers, à l'écrit comme à l'oral.

Nos conseils

Naturellement, le recours accru aux échanges par emails, les groupes de discussion sur WhatsApp, les messageries instantanées du type Slack, Skype etc., actuellement encouragés dans le contexte sanitaire actuel afin de maintenir du lien entre les équipes, pourraient donner plus de "matière" aux salariés. Quel que soit le support et la proximité avec le collaborateur, le ton devra bien entendu rester mesuré.

Nous invitons en outre à vérifier au début de tout entretien formel avec un salarié, que ce dernier n'enregistre pas la discussion en lui demandant d'éteindre son téléphone. Lors d'un entretien tenu dans un contexte sensible, l'établissement d'un compte rendu contresigné par le salarié pourrait être une alternative de nature à rassurer le salarié et à prévenir le recours à l'enregistrement qui ne serait plus "indispensable à l'exercice du droit à la preuve".

Nous encourageons également à cadrer le débat en amont, au travers d'une charte informatique du règlement intérieur, afin de prohiber l'usage du matériel mis à la disposition du salarié par l'entreprise à des fins illégales ou déloyales, en ce compris la réalisation d'enregistrements à l'insu des interlocuteurs du salarié, ou encore en précisant dans les contrats de travail que les salariés s'interdisent, dans le cadre de leurs relations de travail, tout comportement déloyal.

Enfin, nous recommandons de prévoir une information des salariés dans le message d'envoi du lien permettant d'accéder à une visioconférence rappelant qu'il est strictement interdit de procéder à l'enregistrement des participants sans avoir recueilli leur accord préalable.