N° d'ordre NNT : 2023LYO20065

# THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

**École Doctorale : ED 492 Droit**

Discipline : Droit social

Soutenue publiquement le 24 novembre 2023 par :

Cindy LHOMOND

# Le droit à la preuve en droit du travail.

Devant le jury composé de :

Frédérique FERRAND, Professeure des Universités, Université Jean Moulin Lyon 3, Présidente

Sylvaine LAULOM, Professeure des Universités, Université Lumière Lyon 2, Rapporteure

Lucas BENTO DE CARVALHO, Université de Montpellier, Rapporteur

Grégoire LOISEAU, Professeur des Universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Examinateur

Olivier LECLERC, Directeur de recherche, CNRS, Directeur de thèse

# Contrat de diffusion

Ce document est diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Paternité – pas de modification** » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer ni l'adapter.

UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LYON (ED 492)

CENTRE DE RECHERCHES CRITIQUES SUR LE DROIT (CERCRID UMR 5137 CNRS)

# LE DROIT À LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par

**Cindy LHOMOND**

Le vendredi 24 novembre 2023

## Directeur de la recherche

**Olivier LECLERC**, Directeur de recherche au CNRS, CTAD UMR 7074, Université Paris Nanterre

## Membres du jury

**Lucas BENTO DE CARVALHO**, Professeur des Universités, Université de Montpellier (Rapporteur)

**Frédérique FERRAND**, Professeure des Universités, Université Jean Moulin (Lyon 3)

**Sylvaine LAULOM**, Professeure des Universités, Université Lumière (Lyon 2), Avocate générale près la Cour de cassation (Rapporteur)

**Grégoire LOISEAU**, Professeur des Universités, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

# REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier plus que chaleureusement mon directeur de thèse, Monsieur Olivier Leclerc, pour sa grande humanité, ses précieux conseils ainsi que son important soutien tout au long de ces cinq années.

Je tiens à remercier aussi les membres de l'Institut d'Études du travail de Lyon, Pierre-Emmanuel Berthier, Carole Giraudet, Cécile Nicod, Emmanuel Dockès, Florence Debord, Camille Percher, Alain Bouilloux, ainsi que tous ceux et celles qui furent présents et présentes. Merci pour vos mots quand tout semblait insurmontable. Je remercie aussi les enseignants et intervenants dans le cadre du séminaire d'écriture doctoral au Château de Goutelas pour leurs disponibilités et conseils.

Les collègues doctorants devenus des amis, les amis du master devenus des collègues doctorants. Nos meilleures années et mes plus beaux souvenirs. Merci à vous : Kévin, Quentin, Dorian, Abel, Ninon, Haluka, Diana, Laetitia, Manuela, Laurent, Arthur, Serge, Agathe, Emma, Gilia, Marie et encore tant d'autres.

Les amis, une famille avant tout. Je vous remercie d'avoir été là à chaque moment. Je suis fière et heureuse de vous avoir dans ma vie. Sarah, Arzu, Élisa, Gladys, Vincent, Éric, Dorian, les rocs. Et tous les autres, les plus importants.

À Denise, Jean-Jacques et Nicolas. Vous m'avez redonné joie et bonheur.

À JP. Je suis fière de nous.

# SOMMAIRE

**INTRODUCTION GÉNÉRALE**

**PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU DROIT À LA PREUVE**

**Titre 1. L'émergence du droit à la preuve**

Chapitre 1. Les prémices de la consécration du droit à la preuve
Chapitre 2. Le droit à la preuve en situation contentieuse

**Titre 2. Le droit à la preuve confronté aux notions du droit de la preuve**

Chapitre 1. Le droit à la preuve et la charge de la preuve
Chapitre 2. Le droit à la preuve et l'aptitude à la preuve

**PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À LA PREUVE**

**Titre 1. L'appréciation du droit à la preuve**

Chapitre 1. Le contrôle de proportionnalité
Chapitre 2. Le droit à la preuve et l'appréciation du respect de la vie personnelle du salarié

**Titre 2. Les limites du droit à la preuve**

Chapitre 1. Le droit à la preuve face à la loyauté probatoire
Chapitre 2. Le droit à la preuve face aux secrets

**CONCLUSION GÉNÉRALE**

# TABLE DES ABRÉVIATIONS

| | |
|---|---|
| **Aff.** | Affaire |
| **ANRT** | Atelier National de reproduction des Thèses |
| ***AJ Pénal*** | *Actualité juridique Pénal* |
| ***AJDA*** | *Actualité juridique de droit administratif* |
| ***APD*** | *Archives philosophiques du Droit* |
| **Art.** | Article |
| **Ass. Plén.** | Assemblée Plénière |
| **BICC** | Bulletin d'information de la Cour de cassation |
| ***BJT*** | *Bulletin Joly Travail* |
| ***Bull. civ.*** | *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* |
| ***Bull. crim.*** | *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation* |
| ***Bull. AP*** | *Bulletin des arrêts rendus par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation* |
| **c./** | contre |
| **CA** | cour d'appel |
| **Cass.** | Cour de cassation |
| **ccl.** | Conclusions |
| **CE** | Conseil d'état |
| **CEDH** | Cour européenne des droits de l'Homme |
| **chron.** | chronique |
| **Civ.** | Chambre civile de la Cour de cassation |
| **Civ. 1re** | Première Chambre civile de la Cour de cassation |
| **Civ. 2ème** | Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation |

| | |
|---|---|
| **CJUE** | Cour de Justice de l'Union européenne |
| **CPH** | Conseil de prud'hommes |
| **coll.** | Collection |
| **Com.** | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| **comm.** | commentaire |
| **Cons. const.** | Conseil constitutionnel |
| **consid.** | considérant |
| **Crim.** | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| ***CS*** | *Les Cahiers sociaux* |
| ***CSBP*** | *Les Cahiers Sociaux du Barreau de Paris* |
| ***D.*** | *Recueil Dalloz* |
| ***D. act.*** | *Dalloz actualité* |
| ***Dalloz IP/IT*** | *Revue Droit de la propriété intellectuelle et du numérique* |
| **DDD.** | Défenseur des droits |
| ***DH*** | *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)* |
| **dir.** | Direction |
| ***Dr. & Phil.*** | *Revue Droit & Philosophie* |
| ***Dr. soc.*** | *Revue de Droit social* |
| ***Dr. ouv.*** | *Revue de Droit ouvrier* |
| ***Droits*** | *Revue Droits* |
| **éd.** | édition |
| ***Gaz. Pal.*** | *La Gazette du Palais* |
| **GELD** | Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations |

| | |
|---|---|
| ***Ibid.*** | *Ibidem (dans le même lieu)* |
| ***Infra*** | *En dessous* |
| **IRJS** | Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne |
| ***JCP E*** | *Juris-classeur périodique (la semaine juridique), édition Entreprise* |
| ***JCP G*** | *Juris-classeur périodique (la semaine juridique), édition Générale* |
| ***JCP S*** | *Juris-classeur périodique (la semaine juridique), édition Social* |
| ***JSL*** | *Jurisprudence Sociale Lamy* |
| ***JT*** | *Revue Juris Tourisme* |
| ***Just. et Cass.*** | *Revue Justice & Cassation* |
| **Justices** | *Revue générale de Droit processuel* |
| ***LGDJ*** | *Librairie générale de droit et de jurisprudence* |
| ***loc. cit.*** | *loco citato (à l'endroit cité d'un article)* |
| ***LPA*** | *Les Petites Affiches* |
| **Mél.** | Mélanges |
| **n°** | numéro |
| **not.** | notamment |
| **obs.** | observations |
| ***op. cit.*** | *opere citato (déjà cité)* |
| **p.** | page |
| **pp.** | page à page |
| **préc.** | Précédent |
| ***Procédures*** | *Revue Procédures* |
| **PUF** | Presses Universitaires de France |
| ***RDC*** | *Revue des contrats* |

| | |
|---|---|
| ***RDH*** | *Revue des droits de l'homme* |
| ***RDP*** | *Revue de Droit pénal* |
| ***RDT*** | *Revue de droit du travail* |
| **Req.** | Requête |
| ***RIEJ*** | *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* |
| ***RJPF*** | *Revue juridique Personnes et Famille* |
| ***RJS*** | *Revue de Jurisprudence Sociale* |
| ***RPDS*** | *Revue pratique de Droit social* |
| ***RSC*** | *Revue de science criminelle* |
| ***RTD civ.*** | *Revue trimestrielle de Droit civil* |
| ***RTDH*** | *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* |
| **s.** | suivantes |
| **ss.** | sous |
| ***SSL*** | *Semaine Sociale Lamy* |
| **Soc.** | Chambre sociale de la Cour de cassation |
| **Spéc.** | Spécialement |
| ***Supra*** | *Au-dessus* |
| **suppl.** | Supplément |
| **Th.** | Thèse |
| ***TPS*** | *Travail et Protection sociale* |
| **v.** | voir |
| **vol.** | volume |
| **Univ.** | Université |

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

**1.** La reconnaissance d'un « droit à la preuve » par la Cour de cassation a marqué le début d'une évolution jurisprudentielle remarquable. D'abord consacré par la première chambre civile[1], puis par la chambre sociale[2], le droit à la preuve a été reconnu à leur tour par la chambre commerciale et la deuxième chambre civile. À ce jour, ce ne sont pas moins de 35 arrêts qui ont été rendus par la Cour de cassation dans lesquels était mobilisé explicitement le droit à la preuve – et il n'est pas risqué de suggérer que ce mouvement est loin d'être tari. Parmi ces décisions, 18 arrêts proviennent de la chambre sociale, soit plus de la moitié des décisions rendues en la matière. Depuis 2019, l'activité jurisprudentielle de la chambre sociale s'est intensifiée, suscitant de vives et nombreuses réactions de la part de la doctrine[3].

[1] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. V*, I, n° 85, obs. G. LARDEUX, *D.* 2012, p. 1596 ; obs. J. MARROCHELLA, *D. act.* 23 avril 2012 ; obs. J.-D. BRETZNER, *D*. 2013, p. 269 ; obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2012, p. 506.

[2] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER *JCP G* n° 48, 2016, 1281 ; note G. LARDEUX, *D.* 2017, n° 1, p. 37 ; note J. MOULY *Dr. soc.* 2017, p. 89 ; obs. V. ORIF *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 ; obs. M. ROUSSEL, *Dalloz act.* 25 novembre 2016 ; note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134 ; note J. HAUSER, *RTD civ.* 2017, p. 96.

[3] Les analyses consacrées au droit à la preuve en droit du travail sont nombreuses. Outre les références citées au fil des pages qui suivent, on mentionnera ici quelques-unes d'entre elles en raison de leur caractère généraliste : V. BOCCARA, « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mot ou changement de cap », *LPA* 2013, n° 109, p. 5 ; B. BEIGNIER, S. YAHIA, « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *D.* 2017, p. 490 ; B. ALLIX, « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549 ; H. BARBIER, « De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail », *RDT* 2022, p. 95 ; F. CHAMPEAUX, « Le « droit à la preuve » en débat », *SSL* 18 janvier 2021, n° 1937 ; J.-Y. FROUIN, « Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi », *RJS* 2023, n° 5, p. 7 ; F. GUIOMARD, « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », *RDT* 2023, p. 133 ; P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes » *RDT* 2018, p. 120 ; E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL* 18 janvier 2021, n° 1937 ; O. LECLERC, « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *RDT* 2020, pp. 655-658 ; G. LOISEAU, « La recevabilité de la preuve illicite », *D.* 2021, p. 117 ; C. MATHIEU, « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité » *RDT* 2020, pp. 652-654 ; P. VAN DETH, « Une mise à mal de la protection de la vie personnelle en quête de juste proportion », *RDT* 2023, n° 4, p. 234 ; P. ADAM, « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT* 2023, n° 3, p. 163 ; G. VIAL, « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT* 2023, n° 3, p. 157.

**2.** Cependant, l'idée d'un droit à la preuve n'est pas nouvelle. Le droit à la preuve est d'abord et avant tout « le résultat d'un processus de réflexion »[4] de la doctrine. Ce droit est mentionné dès 1911 sous la plume de François Gény[5]. Dans le cadre d'une étude relatives aux lettres missives, l'auteur plaide pour leur admissibilité en tant que modes de preuve. À l'appui de ce propos, il propose l'idée d'un « droit subjectif à la preuve » qu'il conçoit comme « une faculté qui peut se rencontrer chez toute personne ayant à démontrer les conditions d'existence d'une prétention juridique quelconque »[6]. Justifié par « la défense de ses droits »[7] par un justiciable, ce droit subjectif à la preuve aurait une existence propre. En 1922, une thèse de doctorat est dédiée à l'étude de l'action *ad exhibendum* héritée du droit romain[8]. L'exhibition des documents et des choses pouvait être demandée par une personne dès lors qu'elle démontrait un intérêt particulier. Dans le cadre des relations contractuelles, l'auteur affirmait qu'un droit à la preuve tiré de l'action *ad exhibendum* ne pourrait être fondé dès lors que l'autonomie de la volonté était un obstacle à la contrainte exercée sur une personne par une autre dans le cadre de son droit à la preuve[9].

**3.** Cette position ne rencontre guère de succès en doctrine, certains auteurs considérant même que le droit à la preuve serait finalement bien trop permissif en raison du caractère trop peu limité

[4] Sur la distinction concept/notion, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2022, 3ème éd., coll. « Méthodes du droit », pp. 348-349.

[5] F. GÉNY, D*es droits sur les lettres missives. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Sirey, Paris, 1911, tome II, p. 3 et s.

[6] *Ibid.,* p. 84.

[7] F. GÉNY, *op. cit.* n° 5, p. 106.

[8] E. DÉMONTÈS, *L 'action « ad exhibendum » en droit moderne : Essai sur le droit à la preuve*, Beaugency, 1922, Faculté de droit de l'Université de Paris.

[9] *Ibid.,* p. 246 : « À aucun moment on ne pourra rencontrer de droit à la preuve [en droit civil], puisque, en aucun cas, on ne pourra obliger une personne à faire, malgré elle, quelque chose pour une autre personne, avec laquelle un contrat ne la lierait pas ».

de son efficacité[10]. Les réformes successives du Code de procédure civile[11] et celles du Code civil[12] ont favorisé l'éclosion de nouvelles conceptions du concept de droit à la preuve[13]. Le rôle actif du juge ainsi que les dispositions du nouvel article 10 du Code civil[14] invitaient à présenter le droit à la preuve comme « un droit d'obtenir de son adversaire ou même d'un tiers l'élément de preuve qui lui fait défaut »[15]. Là où le concept de droit subjectif à la preuve n'était qu'une faculté accordée à toute personne afin d'appuyer la recevabilité de certains modes de preuve, le droit à la preuve permettrait de contraindre une partie à produire des éléments de preuve par l'intermédiaire du rôle actif reconnu au juge dans le cadre de la collaboration des parties à la manifestation de la vérité judiciaire. Dans cette conception, le droit *à* la preuve ne se confondrait pas avec le droit *de* prouver, simple prérogative qui ne peut être contestée.

**4.** On doit à Gilles Goubeaux la première systématisation du concept de droit à la preuve en 1981[16]. L'auteur considère que le droit subjectif à la preuve se manifeste à travers deux versants, le droit de produire des éléments de preuve et le droit de demander des éléments de preuve afin de pallier un état d'insuffisance probatoire. Cette conceptualisation, pourtant la plus aboutie du concept à cette période, a été diversement reçue par la doctrine. Pour certains, le droit de produire des éléments de preuve s'épuiserait « par sa seule constatation, ne prenant de consistance qu'à travers les exceptions nombreuses qui lui sont apportées, le plus souvent pour des raisons tirées du

---

[10] J. CARBONNIER, note ss Cass. Civ., 25 juillet 1949, *D.* 1949, p. 587, cité par A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque droit privé », vol. 525, p. 7.

[11] décrets nº 71-740 du 9 septembre 1971, nº 72-684 du 20 juillet 1972, nº 72-788 du 28 août 1972, nº 73-1122 du 19 décembre 1973 et nº 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile.

[12] Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

[13] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2022, 3ème éd., coll. « Méthodes du droit », p. 350 : selon l'auteure, conceptions et concept peuvent être distingués dès lors qu'un concept peut être appréhendé sous différentes conceptions.

[14] « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ».

[15] C. MARRAUD, « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *JCP G* 1973, I, 2572.

[16] G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve » in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 277-301.

droit substantiel »[17]. L'affirmation d'un droit à la preuve ne serait que la retranscription de « la constante affirmation de la liberté du juge dans la mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont reconnus (...) »[18]. Pour d'autres, le droit à la preuve n'ayant bénéficié d'aucune consécration directe, le concept ne pourrait avoir de réalité juridique[19]. En un sens, l'absence de succès du concept était lié à une absence de règles juridiques propres à faire fonctionner un droit à la preuve de manière autonome.

**5.** Pourtant, les réflexions liées au concept de droit à la preuve ont connu un important prolongement. Les travaux de thèse de Madame Aurélie Bergeaud[20] ont parachevé l'évolution dont le droit à la preuve bénéficiait jusque-là. En s'interrogeant de manière approfondie sur les éléments qui composent le droit à la preuve, elle propose une définition qui consiste à le concevoir comme « un droit subjectif processuel qui confère à l'auteur d'une offre ou d'une demande de preuve le pouvoir d'exiger du juge l'accomplissement d'une prestation processuelle consistant en une acceptation de l'initiative, pouvoir dont la reconnaissance est conditionnée à l'existence d'un intérêt probatoire légitime et dont la mise en œuvre s'inscrit dans la limite fixée par le respect de l'ordre public ou des droits d'autrui »[21]. Le droit à la preuve viserait ainsi à l'amélioration de la situation probatoire d'un plaideur[22] tout en contribuant à la manifestation de la vérité judiciaire[23].

**6.** Ainsi, les écrits doctrinaux confèrent au droit à la preuve de solides fondements sur lesquels s'est sans nul doute appuyée la Cour de cassation. La consécration du droit à la preuve en droit positif a constitué une importante inflexion de la jurisprudence (**§I**), dont les contours incertains

[17] P. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1996, n° 23, pp. 41-52.

[18] *Ibid.*

[19] X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP G* 2005, n° 17, 133.

[20] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », vol. 525.

[21] *Ibid.,* p. 552.

[22] A. BERGEAUD, *supra* n° 20, p. 360 et s.

[23] A. BERGAUD, *ibid.*, p. 453.

suggèrent de discuter des ressources sur lesquelles s'appuie le droit à la preuve (**§II**) révélant par là même les problématiques de sa mobilisation en droit du travail (**§III**).

## §I. Une inflexion de la jurisprudence

**7.** Avant 2012, l'élément de preuve illicite était considéré comme irrecevable par le juge et devait être rejeté des débats. Le mécanisme de recevabilité des éléments de preuve était fondé sur l'exclusion d'une appréciation de l'élément de preuve en raison de son illicéité ; le rejet était alors systématique (**A**). Désormais, l'élément de preuve illicite doit être apprécié à la lumière du droit à la preuve (**B**).

### A) Le rejet d'un élément de preuve illicite

**8.** Le mécanisme de la recevabilité judiciaire permet au juge d'accepter ou de ne pas accepter l'offre ou la demande de preuve faite par un plaideur. Le juge doit apprécier si l'élément de preuve « mérite d'être pris en considération »[24] afin d'apporter et faire la preuve[25] du fait allégué au soutien des prétentions d'un plaideur.

**9.** Le mécanisme de recevabilité judiciaire doit être replacé dans son contexte. En matière prud'homale, l'application du principe de liberté de la preuve est solidement établi[26]. Tous les moyens de preuve peuvent donc être produits ou demandés par un plaideur dès lors qu'ils sont licites. En considération de cette règle, un élément de preuve ne peut être recevable dès lors qu'il est obtenu ou demandé au juge en violation d'une règle de droit. Ainsi, dans le très célèbre arrêt *Néocel*, la chambre sociale a estimé, sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile, que « (...)tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu,

---

[24] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 848.

[25] Sur la notion de preuve, v. F. FERRAND, Répertoire de procédure civile, Dalloz, *Preuve*, n° 2 et s. ; E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis Droit », p. 5 ; C. ALBIGES *Introduction au droit*, Bruylant, Paris, 2018, 5ème éd., coll. « Paradigme », p. 255 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2006, 8ème éd., coll. « Précis », p. 475 et s ; J. GHESTIN, H. BARBIER, J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil. Introduction générale,* LGDJ, Paris, 2020, 5ème éd., tome 2, p. 15 et s.

[26] Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.* V, n° 108, p. 84.

constitue un mode de preuve illicite »[27]. Il en était de même en cas d'enregistrement d'une conversation téléphonique[28], de la captation d'un échange par une tierce personne[29] ou encore de la production en justice d'un rapport résultant de la filature organisée par l'employeur à l'encontre d'un salarié[30]. À la lumière de cette délimitation, la chambre sociale a cependant considéré comme éléments de preuve licites la production des SMS[31] et des messages vocaux[32] dans la mesure où « l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».

**10.** L'appréciation de l'élément de preuve à l'étape de sa recevabilité reposait ainsi sur cette binarité, ce qui écartait tout raisonnement sur le fond de la recevabilité. L'élément de preuve était recevable ou irrecevable en raison de son caractère licite ou illicite, découlant d'une atteinte à un droit ou des conditions déloyales révélées au moment de la collecte des éléments de preuve. Le droit à la preuve a modifié en substance cette manière de procéder dès lors qu'un élément de preuve illicite doit désormais être apprécié par les juges du fond.

B) <u>L'appréciation d'un élément de preuve illicite</u>

**11.** Sur le fondement « des articles 9 du Code de procédure civile et du Code civil, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », la première chambre civile énonce l'existence d'un droit à la preuve. Cela implique que les juges du fond auraient dû rechercher « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (...) »[33]. La chambre sociale a suivi

[27] Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519, p. 323.

[28] Cass. Soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.814, inédit.

[29] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit.

[30] Cass. Soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, *Bull. civ*. V, n° 352, p. 345.

[31] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85.

[32] Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. civ.* V, n° 31.

[33] Cass. Civ 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. V*, I, n° 85, *op. cit.* n° 1.

cette nouvelle ligne de raisonnement dans un arrêt du 9 novembre 2016[34]. De manière similaire à la première chambre civile, elle a énoncé 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 ». Cette formulation sera reprise par la chambre commerciale, puis par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

**12.** L'originalité de la consécration du droit à la preuve réside dans le choix du processus. La Cour de cassation a reconnu le droit à la preuve par l'intermédiaire d'un moyen de pur droit relevé d'office. Alors que le droit à la preuve n'était pas été invoqué par les requérants dans ces affaires, les chambres l'ont consacré de manière opportune. À la lumière des faits de ces espèces, qui posait la question de la recevabilité d'éléments de preuve considérés comme illicites, la Cour de cassation a modifié en profondeur sa position jusqu'à alors solidement établie. Le changement ainsi opéré est d'autant plus remarquable que, par le passé, certains requérants avaient tenté de faire valoir un droit à la preuve dans les moyens du pourvoi et n'avaient guère connu de succès auprès de la Cour. Cette inflexion de la jurisprudence s'explique en partie à la lumière de la position influente de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »). Dans un arrêt *L.L. c/ France* du 10 octobre 2006[35], la CEDH a affirmé pour la première fois l'existence d'un droit à la preuve, conditionné par la nécessité de produire l'élément de preuve et l'objectif poursuivi par cette production.

**13.** En suivant la position de la CEDH, la Cour de cassation a fait une application immédiate du droit à la preuve. Cette inflexion, qui semble trouver sa source dans « la prise de conscience d'une évolution indispensable de notre droit jurisprudentiel »[36], souligne la posture normative qu'adopte la Cour de cassation en tant que véritable productrice de règles droit. Il apparait difficile de considérer que les juges du fond auraient dû réellement mettre en balance un droit à la preuve

[34] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *op. cit*. n° 2.

[35] CEDH, 10 octobre 2006, *L. L. c/ France*, req. n° 7508/02.

[36] N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 135-160.

qui était jusqu'à alors inexistant en droit positif et le droit au respect de la vie privée sans que la Cour n'énonce explicitement sa nouvelle position en la matière. Ainsi, les nouvelles dynamiques liées au droit à la preuve méritent toute notre attention tant du point de vue de sa mise en œuvre que des ressources juridiques qui sont mobilisées.

## §II. Les ressources du droit à la preuve en débat

**14.** La mobilisation du droit à la preuve appuyée sur l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après « Convention européenne des droits de l'Homme ») invite à s'interroger sur l'influence qu'a le droit européen sur le droit à la preuve reconnu par la Cour de cassation. Certains praticiens ont douté de l'existence même de ce droit[37], d'autres auteurs ont considéré qu'il n'était pas un droit fondamental[38]. À l'inverse, un certain nombre d'auteurs soutiennent l'idée que le droit à la preuve est un droit ou un principe fondamental[39]. Le statut de droit subjectif processuel, développé dans la doctrine relative au droit à la preuve, permet de qualifier le droit à la preuve (**A**). Au-delà, il ne semble pas illégitime de penser le droit à la preuve à la lumière des droits fondamentaux (**B**).

### A) Un droit subjectif processuel

**15.** Afin de déterminer si le droit à la preuve, en tant que notion juridique, appartient à la catégorie juridique des droits subjectifs processuels, il convient de s'intéresser à la notion même

[37] Intervention de Maitre P. SAFAR, « Droit à la preuve et droit du travail », séminaire de l'AFDT/IRJS, mardi 16 mars 2021.

[38] E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL* 2021, n° 1937.

[39] V. note N. HOFFSCHIR, Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *Gaz. Pal.* 2016, n° 18, p. 50 ; G. LOISEAU, « La recevabilité de la preuve illicite », *D.* 2021, p. 117 ; C. MATHIEU, « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité », *RDT* 2020, p. 652 ; note P. ADAM, note ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 645 ; C. KLEINER, « Le secret bancaire enfin confronté au droit à la preuve », *D.* 2018, p. 603 ; V. BOCCARA, « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mot ou changement de cap », *LPA* 2013, n° 109, p. 5 ; C. GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux en France » in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, Journées Pays-Bas/Belgique, pp. 161-195 ; sur l'expression principe fondamental, v. P. LE BOURGEOIS, « Les données personnelles, éléments de preuve indispensables en matière de lutte contre les discriminations », *RDT* 2023, n° 4, p. 237.

de droit subjectif. Dans un ouvrage consacré aux *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*[40], Henri Motulsky a proposé de fonder le droit subjectif à partir de la coexistence de sphères individuelles, appartenant à chaque personne publique ou privée, morale ou physique, qui compose la société. Dans ce schéma, l'action du Droit repose principalement sur le maintien d'un équilibre entre les sphères qui forment des « rapports de Droit »[41]. L'action repose ainsi sur « (...) une pluralité d'activités qui se font contrepoids, un jeu de forces qui s'opposent et entre lesquelles le Droit est aussi appelé à tenir la balance égale »[42]. Dans l'hypothèse où une personne s'immisce dans le « domaine d'autrui »[43], le Droit est confronté à « une rupture d'équilibre » qui entraine « une réaction sociale à l'initiative personnelle de l'intéressé »[44]. Selon l'auteur, la conception structurale du droit subjectif implique de le définir comme une faculté, voire une habilitation accordée par « l'ordre juridique positif à faire jouer « l'effet juridique » d'une règle de Droit »[45]. Dans une même perspective, Jean Dabin a défendu le droit subjectif dans la mesure où « l'individu serait seulement dans une situation l'autorisant à mettre en branle le mécanisme de contrainte prévu par la norme au cas d'atteinte à ces intérêts »[46]. Ainsi, la *faculté*, la *prérogative* ou encore le *pouvoir d'exiger* sont autant de termes pour désigner le droit subjectif[47].

---

[40] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1948, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 26.

[41] *Ibid.,* p. 28.

[42] H. MOTULSKY, *loc. cit.* n° 40.

[43] *Ibid.*

[44] H. MOTULSKY, *loc. cit.* n° 40.

[45] *Ibid.,* p. 30.

[46] J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 23 et s.

[47] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 982 ; J. DABIN, *ibid.*, p. 26 : « Le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme un sien, soit comme un dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien » ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 31 ; E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit. Étude de droit privé*, Th. Univ. Orléans, 2007, p. 87.

**16.** Une précision importante doit être apportée quant à la forme du droit subjectif. Celui-ci se détermine par son objet dès lors qu'il est un *droit à*[48]. Le *droit à* n'existe donc que par « cet objet du désir » et « par rapport auquel il ne peut évidemment avoir aucune autonomie »[49]. Selon Monsieur Dany Cohen, le *droit à* présente plusieurs traits communs. Les *droits à* sont des droits non patrimoniaux, réservés en partie aux personnes physiques et intransmissibles[50]. Le phénomène étant « intrinsèquement juridique »[51], les *droits à* bénéficient d'une formulation générale, qui « conduit nécessairement le juge à participer à la détermination du contenu même du droit (...) »[52].

**17.** Les conceptions du droit à la preuve reposaient sur l'idée qu'il était une faculté laissée à la volonté de son titulaire de le mobiliser ou non devant un tribunal. Le droit à la preuve s'incarne donc dans un processus interne de subjectivisation du droit dont la source est essentiellement jurisprudentielle[53]. Dans ce processus, la consécration du droit à la preuve est l'instrument d'une *subjectivisation autonome*[54] élaborée par les juges, qui traduit un certain phénomène d'émancipation des textes qui ont permis ou qui fondent le droit à la preuve.

**18.** Certains écrits doctrinaux renvoient à l'idée de faculté quand ils traitent du droit à la preuve tel qu'il a été consacré par la jurisprudence[55]. En effet, le justiciable est libre d'invoquer la garantie de son droit à la preuve. La volonté de mettre en œuvre le droit permet de déclencher la protection

---

[48] D. COHEN, « Le droit à ... », in Mél. F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, PUF, Paris, 1999, pp. 393-400 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *supra*, n° 47 ; M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Paris, 2006, coll. « Recherches juridiques », p. 173 et s.

[49] D. COHEN, « Le droit à ... », *ibid*., p. 394.

[50] *Ibid.,* p. 397.

[51] M. PICHARD, *loc. cit.* n° 49, p. 27.

[52] D. COHEN, « Le droit à ... », *loc. cit.* n° 48, p. 397.

[53] E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit. Étude de droit privé*, Th. Univ. Orléans, 2007, p. 36 : « Les juges prennent en effet une part active dans l'évolution du droit, par le jeu notamment de l'interprétation des textes et de l'adaptation de leur contenu aux situations nouvelles ou initialement ignorées ».

[54] *Ibid.*

[55] P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes » *RDT* 2018, p. 120 ; C. ALBIGES, *Introduction au droit*, Bruylant, Paris, 2018, 5ème éd., coll. « Paradigme », p. 260.

qui y est attachée sans se confondre avec l'intérêt protégé par le droit[56]. Pourtant, dans plusieurs arrêts[57], la Cour de cassation a mobilisé le droit à la preuve alors même que les requérants ne l'invoquaient pas dans leurs moyens lorsqu'était mis en débat un élément de preuve illicite. Il était dès lors légitime de penser que la qualification de droit subjectif processuel devait être écartée. Il a fallu attendre un arrêt du 8 mars 2023[58] pour que la Cour de cassation précise que le plaideur doit invoquer son droit à la preuve devant les juges du fond, puis en cas de pourvoi formé devant l'une de ses chambres. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a indiqué « [qu'il] ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que la société, (...), avait soutenu en substance devant la cour d'appel que le rejet de la preuve illicite pouvait porter atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble ». Le rattachement de la preuve illicite au procès équitable rejoint de près la formulation adoptée par la CEDH au sujet du droit à la preuve[59]. Ainsi, la volonté du plaideur renvoie à la *faculté* de mobiliser son droit à la preuve en justice tandis que *le pouvoir d'exiger du juge* représente la conséquence du déclenchement de cette faculté. Le juge est ainsi tenu à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité lorsque les conditions sont réunies.

**19.** S'agissant du caractère processuel de ce droit subjectif, il permet de délimiter l'exercice ainsi que la nature de l'objet du droit à la preuve. Le droit à la preuve doit être invoqué dans un litige soumis à un tribunal. N'ayant vocation qu'à garantir la recevabilité d'un ou de plusieurs éléments de preuve illicites, il ne peut être invoqué en dehors d'un litige soumis aux juges du fond. L'objet de la preuve renvoie ainsi à la recevabilité de la preuve judiciaire. Cela signifie ainsi que le droit à la preuve ne doit pas être considéré comme un droit systématiquement adossé à un autre droit subjectif[60] ; ce droit se suffit à lui-même dès lors qu'il se déploie dans un domaine de nature probatoire.

---

[56] R. DEMOGUE *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du Droit, Paris, 2001, coll. « Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence », p. 325.

[57] V. *supra.*

[58] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848, à paraitre au bulletin ; dans le même sens, Cass. Soc., 6 septembre 2023, n° 22-13.783, à paraitre au bulletin.

[59] CEDH, 17 octobre 2019, *López Ribalda et autres c. Espagne*, n° 1874/13 et 8567/13.

[60] P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *op. cit.* n° 54.

**20.** Il ne fait aucun doute que le droit à la preuve est un droit subjectif processuel. Lorsque le droit à la preuve est mis en tension avec d'autres droits, il faut envisager cette situation comme relevant d'une simple articulation entre des droits subjectifs[61]. Cependant, le traitement que reçoit le droit à la preuve devant la Cour de cassation interroge quant à son éventuelle fondamentalité.

B) Un droit fondamental ?

**21.** Les conflits entre la mise en œuvre des règles de preuve et les droits considérés comme fondamentaux ou non existaient bien avant la reconnaissance d'un droit à la preuve. En particulier, la Cour de cassation a énoncé que le droit au respect de la vie personnelle ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile[62]. La règle de preuve était alors pensée en dehors d'une articulation des droits fondamentaux entre eux.

**22.** La Cour de cassation n'a jamais reconnu au droit à la preuve le caractère d'un droit fondamental. Ce constat pourrait sembler couper court aux réflexions que l'on pourrait proposer dans ce domaine. Il apparait néanmoins que, si la Cour de cassation n'a jamais reconnu le droit à la preuve en tant que droit fondamental, le traitement judiciaire dont ce droit bénéficie laisse place à une réflexion plus ouverte sur la nature juridique qu'il doit lui être conférée. La Cour de cassation semble en effet traiter le droit à la preuve comme un droit fondamental. Cet élément, combiné à l'une des critiques doctrinales qui consiste à affirmer que l'existence d'un droit fondamental ne dépend pas seulement de sa dénomination en droit positif[63], écarte l'argument selon lequel toute démarche de réflexion quant à la fondamentalité du droit à la preuve serait impossible.

---

[61] E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *op. cit.* n° 38.

[62] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *Bull. civ.* V, n° 84 ; C. GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux en France » in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, Journées Pays-Bas/Belgique, pp. 161-195.

[63] E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6

**23.** La démarche qui vise à identifier les droits fondamentaux est toutefois des plus complexe[64] et divise fréquemment la doctrine en raison d'une diversité de conceptions issues de courants de pensée parfois antagonistes[65]. Nous ferons ici le choix d'apporter des pistes de réflexion en faveur d'une possible reconnaissance du caractère fondamental du droit à la preuve. Même si notre position prend appui sur la jurisprudence qui est un matériau juridique des plus évolutifs, plusieurs éléments empruntés aux conceptions formelle (**1**) et substantielle (**2**) des droits fondamentaux soutiendront la démarche.

### *1. La conception formelle*

**24.** La conception formelle des droits fondamentaux conditionne l'identification de ces derniers à plusieurs critères, « indépendamment de tout critère matériel »[66]. Dans cette conception, les droits fondamentaux « sont ceux qui expriment des normes situées aux plus hauts degrés d'un ordre juridique (...) et qui font l'objet de mécanismes de garanties spécifiques (...) »[67]. Dans cette conception, la recherche de la fondamentalité repose sur les bénéficiaires, les garanties rattachées aux droits fondamentaux ainsi que la source juridique[68].

**25.** S'agissant des bénéficiaires, la titularité du droit à la preuve a été reconnue à plusieurs personnes morales ou physiques. Cela n'écarte pas d'emblée la recherche de la fondamentalité. Même si «« les individus sont les destinataires naturels des droits fondamentaux »[69], ces derniers

---

[64] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Identifier un concept unique de « droits fondamentaux » ? », *RFDC* 2019, n° 120, p. 865 ; du même auteur, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique,* Dalloz, Paris, 2019, coll. « À droit ouvert ».

[65] Sur les conceptions des droits fondamentaux, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique, ibid.,* spéc. p. 57 et s. ; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Anthémis, Bruxelles, 2012, 4ème éd., coll. « Droit et justice ».

[66] M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Anthémis, Bruxelles, 2012, 4ème éd., coll. « Droit et justice », p. 104 et s.

[67] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique, ibid.,* spéc. p. 59.

[68] M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés, v. supra* n° 65.

[69] *Ibid*., p. 48 et s.

peuvent également être reconnus aux personnes morales. Le droit à la preuve peut être invoqué par un salarié[70], un syndicat[71], une banque ou encore une société commerciale[72]. En droit du travail, la consécration du droit à la preuve de l'employeur a pu faire apparaitre une ambiguïté quant à la personne qui en est titulaire. Dans les arrêts de la chambre sociale, le droit à la preuve de l'employeur est reconnu à une société, un groupement d'intérêt économique ou encore à un organisme autonome[73]. En outre, la titularité du droit est indépendante de la configuration du litige. En effet, une personne morale de droit privé peut opposer son droit à la preuve face au secret des affaires d'une autre[74] ; une personne physique de droit privé peut invoquer son droit à la preuve face au droit au respect de la vie personnelle défendues par d'autres[75]. Le droit à la preuve est ainsi reconnu, tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales de droit privé, indépendamment de la forme juridique de la personne morale, pourvue qu'elle possède une existence juridique. La seule condition à l'invocation du droit à la preuve, en ce qui concerne les bénéficiaires, est celle d'avoir la qualité de plaideur. Le plaideur désigne ici toute personne partie à un procès, qu'elle soit la partie demanderesse, défenderesse ou intervenante à l'action en justice. En cela, nous utiliserons l'expression de salarié plaideur ou de l'employeur plaideur tout au long de cette étude.

**26.** S'agissant des garanties, la reconnaissance du droit à la preuve a emporté de manière simultanée l'édiction de ses mécanismes juridiques ainsi que le bénéfice d'une protection similaire aux autres droits issus de la Convention européenne des droits de l'Homme. Lorsqu'une atteinte à un autre droit est constatée par les juges du fond car invoquée par l'une des parties au procès, le

[70] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

[71] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER *JCP G* n° 48, 2016, 1281 ; note G. LARDEUX, *D.* 2017, n° 1, p. 37 ; note J. MOULY *Dr. soc.* 2017, p. 89 ; obs. V. ORIF *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 ; obs. M. ROUSSEL, *Dalloz act.* 25 novembre 2016 ; note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134.

[72] V. particulièrement les arrêts de la chambre commerciale, Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, inédit ; Cass. Com., 4 juillet 2018, n° 17-10.158, inédit.

[73] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin ; Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

[74] Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, publié au bulletin.

[75] Cass. Soc., 15 février 2023, n° 21-15.033, inédit.

droit à la preuve doit être pris en considération afin de pouvoir potentiellement se réaliser dans le litige. Cela amène à considérer que le droit à la preuve n'est réalisable que parce qu'il porte une atteinte à un autre droit. Cette « violation horizontale »[76] emporte pour l'autorité publique « l'obligation de protéger l'individu contre une violation dont l'auteur immédiat est un autre individu (...) »[77]. En outre, la violation horizontale produite par le droit à la preuve lui assure sa pleine justiciabilité au sein des canons processuels.

**27.** S'agissant de leur source, les droits et libertés fondamentaux sont « protégés par des instruments constitutionnels et internationaux »[78]. Dans les arrêts de la Cour de cassation, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui consacre le droit à un procès équitable, fonde la mobilisation du droit à la preuve. Dans les arrêts de cassation, la Chambre sociale inclut dans son visa l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que d'autres règles de droit comme l'article 9 du Code de procédure civile[79]. Dans les arrêts de rejet, la Chambre sociale déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme la mise en balance du droit à la preuve avec d'autres droits atteints, en particulier le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention[80]. L'article 6 semble ainsi constituer la source principale du droit à la preuve. Si tous les droits issus du droit européen n'ont pas le caractère de droit fondamental, il en résulte que la fondamentalité du droit à la preuve découlerait du droit à un procès équitable selon l'interprétation de la CEDH. Pour cela, il convient de s'attacher à une mise en lumière de ces critères sous l'angle de la conception substantielle de la fondamentalité.

[76] M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés, supra* n° 67, p. 106.

[77] *Ibid.*

[78] M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés, v. supra* n° 75, p. 104.

[79] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin, note L. MALFETTES, *D.* 2023 ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, à paraitre au bulletin.

[80] Cass. Soc., 15 février 2023, n° 21-15.033, inédit ; Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

*2. La conception substantielle*

**28.** La conception substantielle de la fondamentalité implique de s'intéresser à la nature même du droit à la preuve. Dans cette conception, « ce n'est donc pas tant le droit qui est fondamental : c'est plutôt une fondamentalité qui le touche mais qui le dépasse, une raison qui le fait prévaloir sans se dissoudre dans sa prééminence »[81]. Les propriétés fondamentales d'un droit ne seraient donc pas à rechercher uniquement dans le droit lui-même, mais dans les valeurs et les principes sur lesquels il s'appuie. Dans ses travaux, Monsieur Étienne Picard distingue la fondamentalité substantielle *extra normative* de la fondamentalité substantielle *intra normative*. La fondamentalité substantielle extra normative renvoie à l'idée suivante : « (...) lorsque le juge trouve un droit en dehors de la norme formelle et l'applique néanmoins à l'encontre d'une autre prétention justifiable sur la base de cette même norme, tout en imputant cette prévalence à cette dernière »[82]. Dès lors, la recherche de la fondamentalité du droit à la preuve pourrait relever de la fondamentalité substantielle extra normative ; celle-ci ne serait donc pas à rechercher dans le droit à la preuve lui-même, mais dans le fondement sur lequel s'appuie la Cour de cassation pour le reconnaitre.

**29.** Le fondement en question, le droit à un procès équitable, est considéré comme « un droit fondamental »[83]. Dans son contenu, il « combine ainsi droit au juge et droits de la défense »[84]. Notion large, le droit à un procès équitable tend à régir de nombreux aspects procéduraux afin de garantir une protection et un équilibre général entre les justiciables, les juges ainsi que les pouvoirs exécutif et législatif[85]. Bien que le droit à la preuve soit reconnu de manière autonome, il reste « un

[81] E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6

[82] *Ibid.*, p. 18.

[83] S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191.

[84] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2020, 3ème éd., coll. « Thémis Droit », p. 114.

[85] S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *op. cit.* n° 83.

composant du droit à un procès équitable »[86] dans la mesure où il doit être déployé dans les limites du procès équitable.

**30.** Il convient de s'interroger sur la concurrence entre le droit à la preuve et le principe de l'égalité des armes qui pourrait rendre vaine la recherche de la fondamentalité de ce droit. En effet, est-il pertinent de reconnaitre le droit à la preuve alors que l'égalité des armes tend à régir la matière probatoire dans le cadre du droit à un procès équitable ? L'égalité des armes implique que chaque partie ait « une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »[87]. L'égalité des armes a vocation à régir l'ensemble de la matière probatoire ; elle constitue donc une déclinaison particulière du droit à un procès équitable. Dans ce schéma, le droit à la preuve est un moyen juridique de parvenir à l'égalité des armes en tant que « garantie fondamentale du procès équitable »[88] et contient en son sein « un droit égal dans la production des preuves »[89]. Cela reviendrait à affirmer que la preuve ne constitue pas un frein au succès des prétentions des plaideurs, mais que, par un encadrement évolutif, elle en est le vecteur.

**31.** Par conséquent, on peut considérer le droit à la preuve comme un instrument de réalisation de l'équilibre dans le procès là où d'autres instruments juridiques ne sauraient intervenir en raison d'une incompatibilité conceptuelle. Le droit à la preuve est un moyen juridique pour parvenir à l'équilibre probatoire vers lequel tend le principe de l'égalité des armes et, plus largement, le droit à un procès équitable. Malgré l'absence d'affirmations explicites de la jurisprudence en ce sens, ces éléments nous conduisent à nous positionner en faveur de la reconnaissance du caractère fondamental du droit à la preuve. De la combinaison des conceptions substantielle et formelle, il ressort que la consécration explicite de la fondamentalité du droit à la preuve serait légitime,

---

[86] C. GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux en France » in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, Journées Pays-Bas/Belgique, p. 185 ; dans la même idée, J.-G. HUGLO, « La tension entre l'exigence d'une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL* 2022, n° 2004.

[87] Commission européenne des droits de l'homme, aff. *Szwabowicz* c. *Suède*, avis du 30 juin 1959, requête n°434/58.

[88] G. COHEN-JONATHAN, « L'égalité des armes selon la Cour européenne des Droits de l'Homme », *LPA* 2002, n° 238, p. 21.

[89] C. GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux en France », *op. cit.* n° 85, p. 165.

particulièrement dans les conflits avec certains secrets juridiquement protégés qui ne sont pas considérés comme des droits fondamentaux. En cela, la reconnaissance du caractère fondamental du droit à la preuve permettrait de maintenir une cohérence juridique au sein des conflits de droits qui amènent à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité. Cette construction, au-delà des interrogations qu'elle pose en termes de fondamentalité, implique de nouveaux enjeux en droit du travail.

### §III. Les enjeux du droit à la preuve en droit du travail

**32.** La thèse traite du droit à la preuve en *droit du travail* et non du droit à la preuve en *droit privé*. Le droit à la preuve en droit privé a été traité, souvent de manière approfondie, par un certain nombre d'auteurs[90]. Cependant, cette étude n'a pas vocation à s'inscrire dans une ligne doctrinale plus générale que celle du droit du travail. Lorsque l'on s'intéresse de plus près aux décisions rendues par les chambres civiles et par la chambre commerciale, le droit à la preuve perturbe l'ensemble des configurations du procès. Cependant, la conciliation entre le droit à la preuve d'une société face à la préservation du secret des affaires d'une autre dans un litige relatif à des actes de concurrence déloyale[91] ne semble répondre qu'aux besoins réels des plaideurs de prouver leurs prétentions en justice. Dans ce cas de figure, les sociétés adverses ont acquis des armes pour agir sur un pied d'égalité dans le procès afin de défendre des intérêts propres.

**33.** De ce point de vue, le droit du travail constitue bien un domaine particulier. Écrire que le droit du travail régit des relations structurellement déséquilibrées semble tautologique. La doctrine admet largement que ce constat fonde des mécanismes probatoires spécifiques au droit du travail[92].

---

[90] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », p. 496 ; G. LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1 ; du même auteur, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », *D.* 2016, p. 96 ; V. BOCCARA, « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mot ou changement de cap », *LPA* 2013, n° 109, p. 5 ; J.-Y. FROUIN, « Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi », *RJS* 2023, n° 5, p. 7.

[91] Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, publié au bulletin.

[92] F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, th. Univ. Nanterre, U.E.R de sciences juridiques, 1983 ; M.-P. COUPILLAUD, *La preuve en droit du travail*, thèse Univ. Bordeaux, 2005 ; R. MOULOUNGUI MAGANGA, *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, th. Univ. Limoges, 2012 ; D. BOULMIER, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », *Dr. ouv.* 2014, pp. 263-275 ; P. CAO, « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », *Dr. ouv.* 2014, n° 788, p. 205.

Le droit du travail accorde à la preuve une coloration particulière en ce qu'il intègre le déséquilibre structurel des relations de travail. Le législateur et la jurisprudence ont progressivement édicté des règles de preuve qui tiennent compte des positions respectives des parties dans les contentieux du travail. Là où s'exerce le pouvoir de l'employeur sur le salarié, les règles relatives à la charge de la preuve et à l'accès à la preuve ont été modifiées en substance pour permettre au salarié de défendre au mieux ses prétentions en justice. Les règles de preuve en matière de discrimination ou de harcèlement en constituent des illustrations emblématiques. Le droit à la preuve prend alors un relief particulier en droit du travail puisqu'il s'insère dans cette construction particulière du droit de la preuve.

**34.** Le droit à la preuve vise à régir les débats quant à la recevabilité des éléments de preuve illicites. Cette manière de penser les éléments de preuve illicites, si novatrice soit elle, entraine plusieurs bouleversements en droit du travail (**A**). Les conséquences qui en découlent emportent à leur tour de nouvelles interrogations. La construction du régime juridique du droit à la preuve n'a pas encore déployé toutes ses potentialités ; des incertitudes subsistent alors, confirmant la nécessité de l'étude proposée (**B**).

A) Les bouleversements induits par le droit à la preuve en droit du travail

**35.** Les bouleversements provoqués par le droit à la preuve en droit du travail sont de deux ordres. Le droit à la preuve bouleverse non seulement la protection des droits et libertés reconnus dans l'entreprise (**1**) mais aussi les constructions probatoires en faveur des salariés (**2**).

*1. Le bouleversement des protections des droits et libertés*

**36.** De nombreux droits et libertés ont été reconnus aux salariés dans l'entreprise[93]. L'exemple le plus abouti dans sa construction est le droit au respect de la vie privée du salarié. Dans l'arrêt dit Nikon[94], la Chambre sociale a énoncé que le salarié avait droit au respect de sa vie privée au temps

[93] L. PÉCAUT-RIVOLLIER, Y. STRUILLOU, P. WAQUET, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Economica, Paris, 2022.

[94] Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Bull. civ.* V, n° 291, p. 333.

et au lieu de travail. Cette protection affirmée de l'intimité du salarié permettait d'encadrer et de limiter l'exercice des pouvoirs de l'employeur. Cependant, le droit au respect de la vie privée du salarié n'ayant pas le caractère d'un droit absolu, sa mise en œuvre obéissait à des logiques de conciliation. L'accès aux documents et fichiers contenues dans le bureau et dans l'outil numérique professionnel mis à disposition du salarié est l'une des illustrations les plus marquantes[95]. L'accès limité à l'employeur assurait ainsi une protection de la vie privée du salarié ainsi qu'une conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée, sans que le droit à la vie privée ne soit atteint dans sa substance.

**37.** Plus encore, la logique de protection des droits et libertés a été solidifiée par la reconnaissance du droit au respect de la vie personnelle du salarié[96]. Dans l'objectif d'une protection plus importante, en concordance avec les réalités de l'entreprise, la notion de vie personnelle tendait à maintenir ce que l'on a pu appeler « une sphère d'indifférence »[97] du pouvoir de l'employeur. Désormais, cette logique de protection semble fragilisée voire dépassée par une logique de conciliation des droits. Le droit au respect de la vie personnelle des salariés contribue au déploiement du droit à la preuve dans une sphère dans laquelle l'exercice des pouvoirs de l'employeur était jusqu'alors exclue. La logique de conciliation opère par l'intermédiaire d'une confrontation des droits en présence, qui se matérialise par un *conflit de droits*. L'expression est utilisée par Madame Aurélie Bergeaud[98] afin de désigner la mise en tension de droits *a priori* concurrents au sein d'un même ordre juridique. Dans le cadre de cette étude, l'expression des

---

[95] V. PELTIER, « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 51-57 ; Cass. Soc., 18 octobre 2006, n° 04-47.400, *Bull. civ.* V, n° 308, p. 294, chron. J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2007. 140 ; obs. R. DE QUENAUDON, *RDT* 2006, p. 395 ; comm. J.-Y. FROUIN, *JCP S* n° 48, 2006, *doctr.* 1946 ; Cass. Soc., 8 décembre 2009, n° 08-44.840, inédit ; Cass. Soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138, *Bull. civ.* V, n° 158, note M. NORD-WAGNER, *RDT* 2013, p. 708 ; Cass. Soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866, inédit.

[96] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, n°64, p. 289 ; du même auteur, « La vie personnelle du salarié » in Mél. J.-M. VERDIER, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^ème siècle*, pp. 515-524 ; « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23 ; « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14.

[97] C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, th. Univ. Lyon, 2004.

[98] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », p. 496.

conflits de droits est employée en précisant que ce sont des *droits de protection* qui relèvent de deux ordres. *Le droit de protection passif* renferme l'idée selon laquelle le droit ne peut être invoqué en justice que s'il a été atteint par un autre droit ; l'opposabilité en justice de ce droit réside ainsi dans l'existence d'une ou de plusieurs violations par autrui. Dans cette conception, le droit au respect de la vie privée ou le secret des affaires peuvent être considérés comme des droits de protection passifs. À l'inverse, le droit de protection actif renvoie à un droit qui ne peut être mobilisé que lorsqu'il a porté atteinte à un autre droit. Dans cette perspective, le droit à la preuve peut être considéré comme un *droit de protection actif*.

**38.** La thèse a pour objet notamment d'étudier cette nouvelle logique de conciliation, de laquelle émergent des conflits de droits particuliers pour en dégager les principaux enjeux juridiques. Si un bouleversement des logiques de protection préexistantes est à l'œuvre, c'est parce qu'elles s'accompagnent d'un bouleversement des constructions probatoires.

### *2. Le bouleversement des constructions probatoires*

**39.** Les perceptions d'un déséquilibre dans l'accès aux éléments de preuve ont conduit la jurisprudence ainsi que le législateur à adapter le droit de la preuve en droit du travail en faveur du salarié plaideur. Dans un cadre législatif, les aménagements de la charge de la preuve dans certains contentieux tels que ceux de la discrimination ou du harcèlement témoignent d'une faveur accordée aux salariés en considération des réalités matérielles soulignées par la doctrine[99]. S'agissant des constructions jurisprudentielles, la production en justice et licite sous conditions des documents de l'entreprise par le salarié[100] constitue l'exemple le plus parlant.

---

[99] V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Th. ENS Cachan, 2013 ; MOULOUNGUI MAGANGA R., *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, th. Univ. Limoges, 2012 ; DANIS-FATÔME A., « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RDH* 2016, n°9, en ligne ; M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 589 ; R. SPIRE, « Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique », *Dr. ouv.* 2006, p. 170.

[100] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *JCP S* 2021, 1048 ; M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise : le vol de documents pour se défendre en justice », *Dr. ouv.* 2010, n° 748, p. 582.

**40.** L'avènement du droit à la preuve du salarié puis du droit à la preuve de l'employeur témoigne d'une nouvelle orientation. Cette forme de symétrie accordée au droit à la preuve semble à première vue faire reculer le critère de la qualité du plaideur en faveur d'un équilibre des armes entre l'employeur et le salarié. Les catégories probatoires ne semblent plus seulement pensées à l'aune de la qualité du plaideur, mais être dorénavant envisagées selon deux régimes juridiques différents, celui de la licéité et celui de l'illicéité de l'élément de preuve. Les règles qui régissent les éléments de preuve licites sont fondées sur deux types de licéité : le premier cas de licéité renvoie à la nature de l'élément de preuve qui est, par lui-même, licite ; le deuxième cas permet de considérer un élément de preuve comme licite dès lors qu'il remplit les conditions établies par la loi ou la jurisprudence. C'est le cas notamment de la production en justice des documents de l'entreprise par le salarié. Le droit à la preuve opère dans un domaine distinct, celui de l'accès et de la recevabilité des éléments de preuve illicites. Si la production des documents appartenant à l'entreprise par le salarié respecte les conditions établies par la jurisprudence, la production sera considérée comme licite et recevable. À l'inverse, le droit à la preuve cherche à garantir la recevabilité des éléments de preuve illicites, qui, postérieurement à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, conservent leurs caractères illicites. Dans l'accès aux éléments de preuve, aux côtés de ces règles, se dessine ainsi « un droit de la preuve illicite »[101] qui invite à des constructions probatoires plus objectives. Le droit à la preuve régit alors un aspect particulier de l'accès général aux éléments de preuve par le déploiement des règles juridiques qui lui sont propres ; dans le domaine probatoire, il permet ainsi de faire ce qui n'était pas encore possible avant sa consécration. Autant que les bousculements provoqués par le droit à la preuve en droit du travail, ce sont aussi toutes ses potentialités qui doivent être révélées.

B) <u>Les potentialités ouvertes par le droit à la preuve en droit du travail</u>

**41.** À ce jour, il est permis d'affirmer que, malgré une activité doctrinale majeure, tout n'a pas été dit sur le droit à la preuve en droit du travail. La notion continue de soulever d'importants enjeux parmi lesquels deux méritent d'être soulignés ici.

**42.** Le premier enjeu a trait à la compréhension et la maitrise du droit à la preuve par les juges. L'inflexion de la jurisprudence de la Cour de cassation a accru le nombre de recours en justice

[101] G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *JCP S* 2023, n° 14, 1095.

ayant pour objet d'invoquer le droit à la preuve. Comme le souligne Monsieur Nicolas Molfessis, « l'existence même des revirements, parce qu'elle manifeste l'imprévisibilité des solutions, a également vocation à accroître les recours puisqu'elle incite les plaideurs à tenter leur chance »[102]. S'agissant du droit à la preuve, le nombre de décisions rendues par les cours d'appel en France n'a cessé d'augmenter. La combinaison entre la multiplication des recours en justice et la précision des éléments du droit à la preuve par la Cour de cassation souligne toute l'ampleur du phénomène jurisprudentiel. Si la multiplication des recours en justice témoigne d'une certaine ferveur à faire valoir son droit, les arrêts rendus en la matière par les juges du fond démontrent parfois des incohérences, voire des incertitudes dans la mise en œuvre du droit à la preuve. La thèse poursuit ainsi l'objectif de contribuer à une meilleure compréhension du droit à la preuve, afin de mettre en lumière et ce, de manière cohérente, les règles de droit applicables à cette notion et d'expliciter leur cohérence.

**43.** Le deuxième enjeu de la mise en œuvre du droit à la preuve en droit du travail réside dans la délimitation de sa portée. En raison de la relativité substantielle produite par l'objet du droit à la preuve, d'autres droits ou libertés pourraient être articulés avec lui, affaiblissant la portée de l'un en faveur de l'autre, dans un sens qui reste à déterminer. Plus que la portée du droit à la preuve, la délimitation générale des limites constitue un enjeu considérable. En 2022, Jean-Guy Huglo, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, précisait que des réflexions étaient en cours, en particulier sur le fait de savoir « s'il faut établir certaines règles en fonction du degré d'illicéité de l'obtention de la preuve et de la capacité à obtenir une preuve par d'autres moyens licites »[103]. Ces propos font écho à de nouvelles évolutions en cours. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation est actuellement saisie de deux pourvois[104] mettant en question l'articulation entre le droit à la preuve et la loyauté probatoire. Les arrêts bientôt rendus ne manqueront pas de nourrir les réflexions relatives à la portée générale du droit à la preuve au regard des positions parfois

[102] N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », p. 148.

[103] J.-G. HUGLO, « La tension entre l'exigence d'une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL* 2022, n° 2004.

[104] Cass. Soc., 1er février 2023, n° 20-20.648 et n° 21- 11.330.

divergentes des chambres de la Cour. Si certaines chambres civiles ont admis des inflexions à la loyauté probatoire face aux éléments de preuve produits par un plaideur[105], la position de la chambre sociale est jusqu'à ce jour plus ferme à ce sujet. À ce titre, la mobilisation du droit à la preuve par la chambre sociale s'inscrit dans un schéma singulier par rapport aux autres domaines du droit privé. La thèse a vocation, en parallèle de la construction prétorienne du droit à la preuve, à interroger ces évolutions et les possibles limites.

**44.** Plus généralement, le droit à la preuve met en tension deux idées majeures du droit de la preuve, la recherche de la manifestation de la vérité dans le procès et la recherche d'équilibre probatoire entre les parties. Il semble que, plus encore que la recherche de la manifestation de la vérité dans le procès, la notion d'équilibre probatoire soit prééminente et à ce titre, elle doit être interrogée. Si le droit à la preuve peut être reconnu à tout plaideur qui en satisfait les conditions, il est permis de voir dans ce droit subjectif processuel un vecteur essentiel de la recherche d'un équilibre probatoire influencé par le droit à un procès équitable.

**45.** Entre analyses du droit positif et approches parfois nécessairement prospectives s'agissant d'un objet soumis à une jurisprudence évolutive, la thèse envisagera le droit à la preuve en droit du travail dans tous ses aspects afin de comprendre la diffusion du phénomène jurisprudentiel ainsi que les conséquences et les enjeux juridiques qui y sont attachés. Liée aux particularités de la preuve en droit du travail, la thèse proposera avant tout une analyse approfondie des arrêts de la jurisprudence de la Chambre sociale. Parfois, certains arrêts rendus par les autres chambres de la Cour de cassation seront sollicités car nécessaires à la recherche de compréhension. Il s'agit donc de procéder à l'identification du droit à la preuve (**PARTIE 1**) puis d'étudier sa mise en œuvre (**PARTIE 2**).

## PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU DROIT À LA PREUVE

## PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À LA PREUVE

[105] V. par ex. Cass. Civ. 1re, 31 octobre 2012, n° 11-17.476, *Bull. civ.* I, n° 224.

# PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU DROIT À LA PREUVE

**46.** La consécration, puis les mobilisations récurrentes du droit à la preuve dans les arrêts de la Cour de cassation témoignent de l'existence de ce « droit subjectif processuel »[106] en droit positif français. Si cela n'est pas contestée, la compréhension de la notion juridique implique une analyse approfondie de ce qu'est le droit à la preuve. Ainsi, de la considération de son existence doit découler une analyse de son identification. Cette partie de l'étude a alors pour principal objectif de définir et de caractériser la notion juridique de droit à la preuve.

**47.** L'identification du droit à la preuve exige de procéder en deux temps. Il importe de retracer l'émergence progressive du droit à la preuve afin de faire ressortir la genèse de la notion et la façon dont son visage actuel a été dessiné (**Titre 1**). En effet, le passage du concept de droit à la preuve à la notion de droit à la preuve[107] procède d'une longue évolution jurisprudentielle. En outre, l'identification du droit à la preuve doit être précisée en la confrontant à d'autres notions du droit de la preuve (**Titre 2**). Par ailleurs, la mise en contexte du *droit à la preuve* permet de le distinguer du *droit de la preuve*. L'identification du droit à la preuve permet de l'inclure dans un domaine plus vaste qu'est le droit de la preuve et ne doit pas se confondre avec lui.

[106] V. A BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 96, p. 135 et s.

[107] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2022, 3ème éd., coll. « Méthodes du droit », pp. 348-349.

# TITRE 1. L'ÉMERGENCE DU DROIT À LA PREUVE

**48.** L'identification du droit à la preuve vise à déterminer la manière dont celui-ci a intégré le droit positif. Cela suppose une analyse approfondie de la jurisprudence pour mettre en lumière les étapes d'une lente construction jurisprudentielle. Par conséquent, cela signifie que la reconnaissance du droit à la preuve ne résulte pas seulement de l'emblématique arrêt du 5 avril 2012, mais bien d'une pluralité de décisions rendues par la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'Homme qui suggère que le droit à la preuve est le produit d'une construction qui a d'abord été latente, puis explicite (**Chapitre 1**).

**49.** L'étude de la consécration du droit à la preuve nous conduit ensuite à l'analyse de la teneur du droit à la preuve en situation contentieuse. Bien que l'accès général aux éléments de preuve n'impulse pas automatiquement un conflit de droits, le droit à la preuve est actualisé par le contentieux qu'il génère. Il est ainsi possible de déterminer les caractères attachés à ce droit subjectif. Logiquement, la place accordée aux juges doit être interrogée lorsqu'ils sont confrontés à l'invocation du droit à la preuve (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1. LES PRÉMICES DE LA CONSÉCRATION DU DROIT À LA PREUVE

**50.** En 2006, on pouvait encore écrire que « le droit à la preuve est un droit subjectif qui n'a pas [encore] reçu de consécration directe »[108]. Dans ce sens, le passage du concept de droit à la preuve proposé par la doctrine au droit à la preuve consacrée par la Cour de cassation a marqué le début de nouvelles dynamiques.

**51.** Il est généralement affirmé que l'application du droit à la preuve a débuté avec sa consécration issue de la décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 avril 2012. La consécration du droit à la preuve aurait donc marqué une brusque rupture entre deux périodes. Cette idée doit cependant être nuancée, car l'hypothèse d'une apparition soudaine du droit à la preuve ne résiste pas à l'examen. Avant la reconnaissance du droit à la preuve, un environnement favorable à sa mise en œuvre a été progressivement mis en place, contribuant à une apparition « par étapes » du droit à la preuve au sein de la jurisprudence (**Section 1**). D'autre part, la consécration officielle du droit à la preuve par le prisme des conflits de droits[109] a modifié l'articulation des droits de protection entre eux[110]. Sa diffusion au sein des arrêts de la Cour de cassation témoigne de ces modifications (**Section 2**).

[108] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2006, 8ème éd., coll. « Précis », p. 465.

[109] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », p. 496.

[110] V. introduction, spéc., p. 32.

## Section 1. Un environnement favorable à l'émergence du droit à la preuve

**52.** Le droit à la preuve a émergé dans la jurisprudence française par un premier arrêt rendu le 5 avril 2012[111] de la première chambre civile de la Cour de cassation. Par la suite, le droit à la preuve a bénéficié d'une diffusion en droit du travail par l'arrêt du 9 novembre 2016[112]. Il doit être accordé un intérêt particulier à cet arrêt en ce sens qu'il confère une consistance juridique nouvelle au droit à la preuve en droit du travail, consacré de manière différente par rapport à la position de la première chambre civile.

**53.** Les pourvois formés devant la Cour de cassation relatifs à des questions de preuve et de respect dû à la vie privée lui a donnée l'opportunité de faire évoluer sa jurisprudence que l'on peut diviser en trois temps. La Cour de cassation a d'abord rejeté l'application d'un quelconque droit à la preuve pourtant invoqué dans les moyens des requérants (**§I**). Ce rejet pouvait traduire une forme de réticence dans l'acceptation d'un droit à la preuve en droit positif. Dans l'objectif de reconstruction de l'analyse, le passage de la réticence de la Cour de cassation à la consécration du droit à la preuve s'est réalisée en prenant appui sur des notions que l'on peut qualifier de transitoires. Ces arrêts portaient alors en germe l'avènement du droit à la preuve par l'intermédiaire d'une double dynamique d'interprétation des notions, celles proches du droit à la preuve et celles relatives au contrôle de proportionnalité (**§II**). En parallèle, le rôle de la CEDH dans la consécration juridique du droit à la preuve a permis à la notion de prendre un nouveau tournant. Par plusieurs arrêts et sans mentionner comme tel le droit à la preuve, la CEDH a favorisé sa consécration au sein de l'ordre juridique français (**§III**).

[111] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. V*, I, n° 85, *op. cit.* n° 1.

[112] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, FS-P+B+R+I, *op. cit.* n° 2.

## I. La réticence de la Cour de cassation face à la revendication d'un droit à la preuve

**54.** Face au faible écho du concept de droit à la preuve parmi les juristes, ce droit semblait voué à une certaine discrétion. La position adoptée par la Cour de cassation dès les années 1980 témoignait de ce désintérêt général pour le droit à la preuve. Trois arrêts rendus respectivement par la première chambre civile (**A**), par la chambre sociale (**B**) et par la deuxième chambre civile (**C**) témoignent du refus de la Cour de cassation de suivre l'argumentation des requérants dans leurs pourvois en faveur du droit à la preuve.

### A) La position de la première chambre civile de la Cour de cassation

**55.** Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 février 1985 illustre cette idée[113]. En l'espèce, le litige concernait la reconnaissance de paternité d'un enfant. Un examen comparatif des sangs a été réalisé entre l'auteur de la reconnaissance de paternité et l'enfant concerné. En appel, la mère biologique demandait de procéder à un examen comparatif des sangs de l'enfant, de l'auteur de la reconnaissance de paternité et de son ancien époux. Cette demande lui a été refusée par les juges du fond. Au soutien de son pourvoi, la requérante invoquait [l'ancien] article 339 du Code civil[114] qui « institue [...] un droit à la preuve pouvant se traduire par une semblable analyse ». Selon la requérante, [l'ancien] article 339 du Code civil qui prévoit la possibilité de contester la reconnaissance de filiation contenait « intrinsèquement » un droit à la preuve matérialisé par des mesures effectives à l'appui de la contestation[115]. En référence au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la requérante aux motifs que les juges du fond ont raisonnablement décidé que l'analyse complémentaire demandée était superfétatoire puisqu'il résultait des débats que les éléments de preuve disponibles étaient suffisants pour connaitre l'identité du père naturel de l'enfant. Dans la solution, la Cour de cassation ne se prononce pas sur

[113] Cass. Civ. 1re, 12 février 1985, n° 83-16.284, *Bull. civ.* I, n° 57, p. 56.

[114] Abrogation par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (article 18).

[115] Cela fait écho à la thèse de Géraldine Vial qui souligne l'existence d'un droit à la preuve en droit extrapatrimonial de la famille bien avant sa consécration jurisprudentielle, v. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, Paris, 2008, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 80, p. 33 et s.

l'existence éventuellement d'un droit à la preuve tiré de [l'ancien] article 339 du Code civil. Elle exerce un contrôle normatif léger sur les éléments retenus par les juges du fond, jugés en l'espèce suffisants.

B) La position de la chambre sociale de la Cour de cassation

**56.** Cette indifférence initiale a été partagée par la chambre sociale dans un arrêt du 5 janvier 1995[116]. En l'espèce, un salarié a été licencié après avoir proféré des injures sur son lieu de travail. Une attestation a été rédigée par l'un des salariés témoin des faits. La Cour d'appel de Bourges a décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et a écarté des débats l'attestation. Au soutien de son pourvoi, l'employeur requérant invoquait la violation par les juges du fond de certaines dispositions du Code du travail ainsi que la violation des « règles et principes qui gouvernent le droit à la preuve ». La chambre sociale a rejeté le pourvoi en précisant que « les juges du fond apprécient souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à leur examen ».

**57.** L'absence de publication de l'arrêt et la motivation que l'on pourrait qualifier « d'expéditive » donnée par la Cour de cassation sont révélatrices de sa position concernant l'existence ou non d'un droit à la preuve. Plus qu'une indifférence, celle-ci semble traduire une certaine méfiance. Dans cette solution, elle n'entend, à ce moment-là, ni consacrer, ni protéger le droit à la preuve invoqué par un plaideur. Cette position pourrait se comprendre par la formulation du moyen « les règles et principes qui gouvernent le droit à la preuve ». En effet, cette référence faite par le requérant à des règles et principes est bien floue. Quelles sont ces règles et ces principes ? Comment sont-elles construites ? Qu'est-ce que le droit à la preuve en matière judiciaire ? La Haute juridiction n'était peut-être pas en mesure de répondre à cela, car le droit à la preuve n'avait d'autre existence que celle que certains écrits doctrinaux voulaient bien lui reconnaitre. En outre, L'influence de la CEDH n'avait pas encore pénétré l'ordre juridique français sur cette question. On peut considérer que cet objet était alors encore étranger à la Cour de cassation.

[116] Cass. Soc., 5 janvier 1995, n° 93-46.096, inédit.

C) La position de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

**58.** Dans un arrêt du 3 mai 1995[117], la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rendu une solution similaire à celles rendues par la première chambre civile et la chambre sociale. Un divorce a été prononcé judiciairement et la garde des deux enfants a été attribuée au père assortie d'un droit de visite pour la mère. Après la suspension provisoire du droit de visite, une enquête sociale et médicale a été ordonnée afin d'établir l'état de santé mentale de la mère. Celle-ci a demandé une contre-enquête sociale qui lui a été refusée. Son droit de visite supprimé définitivement, la mère a sollicité une nouvelle expertise médicale. Dans le moyen de son pourvoi, la requérante soutenait que « (...) le droit à la preuve, ensemble les exigences d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales postulaient une motivation différente de celle retenue par la cour d'appel pour rejeter la demande d'expertise médicale complémentaire (...) ». Ainsi, la cour d'appel aurait méconnu « les règles et principes qui gouvernent le droit de la preuve, ensemble les exigences de l'article 6.1 de la Convention précitée ».

**59.** La référence à la notion de procès équitable, déjà fermement établi en 1995, aurait sans nul doute pu convaincre la Cour de cassation de s'engager vers la reconnaissance d'un droit à la preuve. Cependant, la deuxième Chambre civile a rejoint la position adoptée par les autres chambres en précisant que « la cour d'appel n'a fait, hors de toute violation des textes et principes cités au moyen, qu'apprécier souverainement l'opportunité d'une nouvelle mesure d'instruction ».

**60.** Ces solutions adoptées par trois chambres de la Cour de cassation traduisent donc une certaine réticence vis-à-vis de la reconnaissance d'un droit à la preuve dans la continuité des positions doctrinales majoritaires. La Cour de cassation préférait s'en remettre « à la liberté d'appréciation »[118] des juges du fond. Si ces derniers jugeaient nécessaire de compléter les éléments de preuve apportées par les parties, ils pouvaient avoir recours aux diverses mesures d'instructions et au mécanisme de la production forcée des pièces.

---

[117] Cass. Civ. 2ème, 3 mai 1995, n° 93-12.318, inédit.

[118] F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n° 545 et s.

**61.** Sans tarder, dès la fin des années 90, la Cour de cassation a pourtant choisi de nouvelles orientations. Dans le droit de la preuve, de nouvelles solutions ont émergé laissant penser que la consécration du droit à la preuve était en germe au sein de sa jurisprudence. Des éléments que l'on qualifiera de *transitoires* à la reconnaissance du droit à la preuve appuient l'idée d'une deuxième étape dans la construction de la notion.

## II. Les éléments transitoires dans la construction du droit à la preuve

**62.** L'émergence du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation a reposé préalablement sur des notions juridiques mobilisées par la Cour de cassation qui ont une importante proximité avec le droit à la preuve car elles gravitent autour de la notion. Dans une approche généraliste, nous envisagerons ici l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation toutes chambres confondues. Dans tous ces arrêts, le droit à la preuve n'était pas mentionné comme tel, mais la conciliation entre certains droits antagonistes était bien à l'œuvre. Deux séries d'instruments juridiques ont été mobilisées. Le droit à la preuve a été reconnu dans des conflits de droits ; il semble donc que les mécanismes de conciliation préalablement mis en œuvre conditionnaient sa reconnaissance (**A**). De même, l'utilisation de certaines notions *connexes* issues du droit français et du droit européen laissait entrevoir l'apparition discrète du droit à la preuve (**B**).

### A) La conciliation préalable des droits

**63.** Au sein du système juridique français, la multiplication des droits subjectifs est un constat partagé par de nombreux auteurs[119]. Le phénomène d'augmentation des « droits à » est l'objet de vives critiques doctrinales dans la mesure où il entrainerait un « individualisme exacerbé »[120],

[119] E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit, étude de droit privé*, th. Univ. Orléans, 2007 ; M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Paris, 2006, coll. « Recherches juridiques » ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique,* Dalloz, Paris, 2019, coll. « À droit ouvert », p. 323 et s. ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, v. supra n° 96, p. 504 et s.

[120] M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, *ibid.*

vecteur d'un morcellement du système juridique et d'insécurité juridique[121] pour les justiciables. Si ce constat peut être partagé, les développements qui suivent n'ont pas pour objectif de critiquer la multiplication des droits subjectifs. Il s'agit de prêter plus particulièrement attention aux conflits de droit qui résultent de cette pluralité de droits. Cette dernière exige, lorsque ces droits entrent en conflit, une mise en ordre par le juge par l'utilisation d'une technique de raisonnement qui équilibre les droits en présence sans pour autant les sacrifier. Ainsi, bien avant la reconnaissance du droit à la preuve, la technique de conciliation était utilisée pour articuler des droits concurrents[122] entre eux (**1**). Cette technique de raisonnement préalablement mise en œuvre a sans aucun doute constitué un premier élément favorable à l'émergence du droit à la preuve. Appuyée sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, la technique de conciliation a évolué vers l'utilisation effective du contrôle de proportionnalité par les juges (**2**).

### *1. La technique de la conciliation de droits concurrents*

**64.** Chaque droit contient en son sein l'expression d'une ou de plusieurs valeurs. En effet, « les droits et libertés sont inévitablement confrontés à l'expression d'autres registres de valeur, tout comme ils peuvent entrer en conflit les uns avec les autres »[123]. Avant la consécration officielle du droit à la preuve, la rencontre entre les mesures d'instruction et les droits de protection passifs pouvait déjà faire naître un conflit en raison des différents objets et valeurs qui sont garantis. Trois arrêts témoignent de cette articulation.

**65.** L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 janvier 1999[124] consacre une formulation à caractère générale, reprise ensuite sous la forme d'un attendu de principe. Cet arrêt traite de l'articulation entre le secret des affaires et les mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du Code de procédure civile. La première chambre civile énonce « que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions

[121] E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit, étude de droit privé, loc. cit*. n° 122.

[122] A. BERGEAUD*, Le droit à la preuve*, *loc. cit.* n° 122.

[123] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, *op. cit.* n° 122, p. 305.

[124] Cass. Civ. 2ème, 7 janvier 1999, n° 95-21.924, *Bull. civ.* II, n° 4, p. 3.

de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». Ici, le juge doit concilier l'articulation entre le secret des affaires et les mesures d'instruction *in futurum*. La technique de conciliation ne concerne pas uniquement le secret des affaires et les mesures d'instruction *in futurum*, elle intègre aussi le droit au respect de la vie personnelle. L'arrêt du 23 mai 2007 rendu par la chambre sociale reprend la même formulation[125]. Dans l'arrêt « Radio France » du 19 décembre 2012, elle énonce aussi que, ensemble, le respect de la vie personnelle et le secret des affaires ne constituent pas, par eux-mêmes, des obstacles à la réalisation des mesures d'instruction *in futurum* dès lors qu'il existe un motif légitime et que ces mesures sont nécessaires pour protéger les droits de la partie qui en demande l'application[126].

**66.** Au regard de ces trois arrêts, la formulation de l'attendu de principe se présente en des termes généraux. D'un point de vue formel, elle semble pouvoir s'adapter à l'articulation entre les droits de protection et le référé probatoire. Le caractère général de la formulation permet de multiplier les conciliations entre les droits de protection et les instruments probatoires prévus dans le Code de procédure civile. Selon le domaine visé par le procédé probatoire, les conditions attachées à la technique de conciliation s'adaptent.

**67.** Du point de vue de son contenu, le fait que le droit de protection « ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile » amène à formuler deux séries de remarques. D'abord, la relativité des droits peut être entendue de manière générale. En effet, certains droits voient leur portée limitée, à l'exception du secret

[125] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *Bull. civ.* V, n° 84, note J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2007, p. 951 ; note R. PERROT, *RTD civ.* 2007, p. 637 ; note A. FABRE, *D.* 2007, p. 1590 : « attendu que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (...) ».

[126] Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2013, p. 1026 ; note MAZARDO, RIANDEY*, Dr. ouv*. 2013, p. 287; obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2013, p. 2802, note C. HAMONIAUX*, JCP G* 2013, p. 51.

professionnel du notaire[127]. Au-delà des dispositions de l'article 9 du Code civil qui prévoit que « chacun a droit au respect de sa vie privée », la jurisprudence de la Cour de cassation offre la possibilité d'une atteinte à la vie privée par la recevabilité d'un élément de preuve ou d'une divulgation d'information sous couvert de la liberté d'expression. Dans un arrêt du 11 mars 2020, la Cour énonce que « le droit au respect dû à la vie privée et à l'image d'une personne et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur normative, il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »[128]. Chaque droit relatif invoqué lors d'une action en justice peut donc subir un certain degré d'atteinte qui varie en fonction des éléments factuels. L'identification de cette atteinte entraine l'adoption nécessaire d'un outil de mesure de ces atteintes dont l'objectif est de concilier des droits antagonistes. Ainsi, l'adoption d'une technique de raisonnement par l'autorité judiciaire semble inhérente à l'idée d'articulation des droits. Ensuite, la relativité des droits trouve une application particulière dans le domaine probatoire. La Cour de cassation précise que les droits de protection ne constituent pas des obstacles en eux-mêmes. Cela signifie que les droits de protection ne constituent pas des règles intangibles d'exclusion des preuves en justice, à l'exception de certains secrets professionnels. Il convient donc ici de distinguer le caractère intangible d'un droit de l'appréciation de sa qualité d'obstacle ou non dans la recherche de conciliation des droits. L'objet de l'atteinte ou encore le degré de l'atteinte doivent être pris en considération ; là encore, cet examen s'établit à l'aune des données factuelles du litige. Selon l'objet et le degré de l'atteinte portée par la mesure probatoire, le droit pourra être considéré comme un obstacle ou non à l'obtention de la preuve par un plaideur.

**68.** L'existence des conflits entre des droits concurrents appelle à l'adoption d'une technique générale de conciliation. Cette technique de conciliation exprimée par l'intermédiaire de l'article 145 du Code de procédure civile a évolué vers l'adoption du contrôle de proportionnalité *in concreto*.

[127]Cass. Civ. 1re, 4 juin 2014, n° 12-21.244, *Bull. civ*. 2014, I, p. 101, note J.-D. BRETZNER, *D.* 2014, p. 2578; note H. BARBIER, *RTD civ.* 2014, p. 658.

[128]Cass. Civ. 1re, 11 mars 2020, n° 19-13.716, publié au bulletin.

### 2. *Des mécanismes de conciliation à l'application du contrôle de proportionnalité*

**69.** Deux évolutions se sont produites dans le cadre de l'articulation des droits. La jurisprudence a ajouté une condition supplémentaire à celle fixée par les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile (**a**) ce qui a eu pour effet de faire évoluer ce mécanisme vers l'adoption explicite d'un contrôle de proportionnalité (**b**).

#### a) L'ajout de la condition de nécessité au référé probatoire litigieux

**70.** L'article 145 du Code de procédure civile dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou référé ». L'existence d'un motif légitime constitue la condition principale à toute demande de mesure d'instruction *in futurum*. Il convient de s'interroger sur la signification à attribuer à la notion de motif légitime. La demande relative à la conservation ou l'établissement d'un élément de preuve doit être limitée dans son champ d'investigation[129], servir dans un litige futur[130] et revêtir un caractère utile[131]. Ainsi, le motif légitime correspond à la justification par le requérant de la pertinence de sa demande. Cette pertinence s'évalue à l'aune des deux autres éléments. La pertinence correspond à l'utilité de la mesure dans un litige futur ; cela renvoie à la viabilité des prétentions d'un plaideur en justice. En outre, la pertinence peut être appréciée au regard du périmètre d'obtention des éléments de preuve dont le degré de précision influe sur la réalisation de la demande de preuve.

**71.** Ces critères sont donc étroitement liés. Néanmoins, le critère de l'utilité peut également renvoyer, selon une définition courante, à « l'aptitude d'un bien à satisfaire un besoin ou à créer

[129] Cass. Civ. 2ème, 7 janvier 1999, n° 97-10.831, *Bull. civ.* II, n° 3, p. 2.

[130] Cass. Civ. 2ème, 16 novembre 2017, n° 16-24.368, inédit, comm. Y. STRICKLER, *Procédures*, 2018, n° 1, 4.

[131] Cass. Civ. 2ème, 20 mars 2014, n° 13-14.985, *Bull. civ.* II, n° 78 ; I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Paris, 2004, préf. G. Wiederkehr, coll. « Nouvelles bibliothèques de thèses ».

les conditions favorables à cette satisfaction »[132]. Ici, l'utilité de la mesure d'instruction *in futurum* couvre un double intérêt. Elle confère au plaideur un avantage probatoire au soutien de prétentions viables et participe au bon déroulement du procès dans la mesure où elle contribue à asseoir la conviction du juge sur les faits qui lui sont présentés[133]. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 septembre 2011 illustre ces propos[134]. Un syndicat de copropriété a demandé une mesure d'expertise sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, qui lui a été refusé en référé. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le syndicat en estimant qu'au vu des éléments de preuve soumis, la mesure d'instruction aurait été inutile car elle aurait été « destinée à soutenir, dans le cadre d'un litige ultérieur, des prétentions manifestement vouées à l'échec », entrainant ainsi l'absence de motif légitime de la demande de preuve.

**72.** Le critère du *motif légitime* semblait alors se suffire à lui-même tant il renferme les caractères essentiels de la mise en œuvre d'une mesure d'instruction. Cependant, la condition du motif légitime prévue à l'article 145 du Code de procédure civile n'a pas fait obstacle à la reconnaissance de la condition de nécessité de l'élément de preuve dès lors que la mesure probatoire heurtait un droit de protection. Les arrêts cités montrent que la Cour de cassation utilisait une condition supplémentaire lors de la conciliation entre une mesure d'instruction *in futurum* et un droit de protection passif.

**73.** Dans ce contexte, le juge doit rechercher si les mesures procèdent non seulement d'un motif légitime mais également si elles « sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »[135]. La condition de nécessité semble se distinguer de l'utilité de l'élément de preuve. La nécessité renvoie à un élément dont on ne peut se passer, qui constitue un besoin impérieux[136].

---

[132] *Le Larousse*, en ligne.

[133] F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz, n° 373.

[134] Cass. Civ. 2ème, 29 septembre 2011, n° 10-24.684, inédit.

[135] Cass. Civ. 2ème, 7 janvier 1999, n° 95-21.934, *op. cit.* n° 127 ; Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *op. cit.* n° 128.

[136] *Le Larousse*, en ligne.

En droit de la preuve, la nécessité renvoie à l'idée que la mesure demandée doit revêtir un besoin probatoire impérieux, sans laquelle les prétentions d'un plaideur auraient un plus grand risque d'échouer à l'issue du litige. En outre, cette nécessité s'apprécie au regard de la protection des droits de la partie. La demande de preuve doit donc procéder d'un motif légitime et doit se révéler nécessaire afin de garantir la protection des droits d'un plaideur. Ces deux éléments correspondent ainsi à deux séries de règles différentes, l'une relative aux conditions de l'article 145 du Code de procédure civile, voire à toutes les demandes de preuve, l'autre relative à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

**74.** Le contenu de la protection des droits n'est pas déterminé par la Cour de cassation. Dans l'arrêt de la Chambre sociale du 23 mai 2007[137], un employeur a saisi le président du tribunal de grande instance sur requête afin d'obtenir une ordonnance autorisant un huissier de justice à accéder au contenu d'un ordinateur mis à la disposition d'un salarié soupçonné de manœuvres déloyales dans le but de créer une société concurrente. La Cour de cassation a estimé que l'employeur avait des motifs légitimes suffisants au regard de la suspicion d'actes de concurrence déloyale et que le salarié était présent lors de la réalisation de la mesure. En l'espèce, la Cour ne détermine pas, lors de son contrôle, si la condition de nécessité à la protection des droits de l'employeur a été rempli. Celle-ci doit être déduite des données factuelles. En l'espèce, la mesure tendant à autoriser un huissier de justice à accéder aux données de l'ordinateur mis à disposition du salarié permettait à l'employeur d'apporter la preuve des actes de concurrence déloyale. Les mesures d'instruction protègent donc elles-mêmes certains droits des plaideurs. La protection de la vie personnelle ou encore la protection des intérêts financiers de l'employeur peuvent être autant de droits garantis par une mesure d'instruction *in futurum*.

**75.** La position adoptée par la Cour de cassation s'émancipe d'une interprétation littérale des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, car elles n'intègrent pas la situation dans laquelle des droits concurrents entrent en conflit. Dans le raisonnement de conciliation, les conditions de réalisation d'une mesure d'instruction *in futurum* sont alors adaptées, voire durcies. La nécessité détermine de manière conjointe au motif légitime la réalisation de la mesure probatoire litigieuse en raison de l'atteinte qu'elle peut potentiellement produire. Au regard de l'évolution du

[137]Cass. Soc., 23 mai 2007, *op. cit.* n° 137.

cadre des conflits de droit dans lequel émergera le droit à la preuve, cette condition de nécessité présage de l'utilisation du contrôle de proportionnalité comme technique de raisonnement au service du juge. Dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, la nécessité est un élément qui doit être vérifié par le juge. Le mécanisme de conciliation a donc évolué vers les conditions du contrôle de proportionnalité telles qu'elles se donnent à voir aujourd'hui dans le droit positif.

### b) L'évolution vers les conditions du contrôle de proportionnalité

**76.** L'évolution des conditions de la conciliation des droits vers le contrôle de proportionnalité s'est manifestée par deux arrêts rendus respectivement par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation.

**77.** Un premier arrêt rendu par la chambre commerciale le 15 mai 2007[138] illustre la généralisation du contrôle de proportionnalité en tant que technique de raisonnement[139]. En l'espèce, une partie invoquait le non-respect de sa vie privée en raison de la violation du secret médical par son adversaire qui produisait aux débats des documents médicaux. Au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation estime que « (...) toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ». La Cour de cassation ajoute ensuite que la cour d'appel aurait dû s'interroger sur « la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte ». La condition principale à la recevabilité de la preuve est relative à la proportionnalité. Cependant, on peut considérer que la nécessité est un préalable à l'appréciation de la proportionnalité car elles sont indissociables. Lorsque la Cour de cassation évoque le fait que l'atteinte pouvait être justifiée par l'exigence de la protection des droits de la défense, elle invite les juges du fond à rechercher le caractère nécessaire de la mesure. Par l'explicitation de la

[138] Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, *Bull. civ.* IV, n° 130, note A. LEPAGE, *D.* 2007, p. 2771 ; note R. PERROT, *RTD civ*. 2007, p. 637 ; note J. HAUSER, *RTD civ.* 2007, p. 753.

[139] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, p. 505 : « (...) parce qu'elle opère une mise en balance fondée sur la recherche d'un juste équilibre, la proportionnalité permet la réalisation de l'équité. C'est là qu'apparaît la spécificité de la proportionnalité qui n'est pas tant une fin en soi qu'une véritable technique de raisonnement ».

proportionnalité, elle introduit un deuxième élément d'analyse. Cet élément traduit la recherche d'une harmonisation au sein de l'articulation de droits concurrents, car la notion de proportionnalité est « un instrument au service de l'équilibre »[140]. Cet arrêt marque le début d'une évolution plus assumée des conditions de conciliation vers l'utilisation du contrôle de proportionnalité.

**78.** Par la suite, un arrêt du 16 octobre 2008[141] rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation a précisé l'orientation jurisprudentielle. En l'espèce, le fils d'un dirigeant de société a été écarté de la succession à la direction de l'entreprise par un proche collaborateur et homme de confiance du défunt. Le fils du défunt a critiqué en justice les conditions dans lesquelles il avait cédé ses parts sociales. Le collaborateur a produit une note rédigée par le défunt qui mettait en doute les compétences professionnelles de son fils. Celui-ci a demandé que cette note soit écartée des débats car elle portait atteinte à sa vie privée. Les juges d'appel ont rejeté l'argument en estimant que l'intérêt supérieur de la défense le justifiait et que la note permettait d'éclairer les faits. La Cour de cassation a cassé la décision en estimant que les juges n'avaient pas « caractérisé la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché ». La Cour de cassation ne casse pas l'arrêt parce que les juges du fond n'ont pas trouvé la solution adéquate au litige ; elle casse l'arrêt car la cour d'appel n'a pas adopté la technique de proportionnalité.

**79.** La Cour de cassation harmonise ainsi les conditions d'application de la règle de proportionnalité. Cette évolution n'implique pas en elle-même la consécration d'un droit à la preuve, mais elle constitue sans doute un environnement favorable à l'émergence de nouveaux droits concurrents. D'autres éléments viennent préparer également la consécration d'un droit à la preuve. Liées à l'idée d'une conciliation équilibrée, certaines notions utilisées dans les attendus de principe de la Cour de cassation laissaient entrevoir les prémices du droit à la preuve.

---

[140] I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52, p. 30.

[141] Cass. Civ. 1re, 16 octobre 2008, n° 07-15.778, *Bull. civ.* 2008, I, n° 230.

B) L'utilisation de notions connexes à un droit à la preuve

**80.** Plusieurs notions juridiques ont été mobilisées par la Cour de cassation, que l'on peut qualifier de *connexes* en raison des rapports étroits qu'elles entretiennent avec les questions de preuve. Derrière l'utilisation de ces notions, le droit à la preuve se profilait.

**81.** Le rapports des notions connexes avec le droit à la preuve peuvent être analysés sous deux angles. D'abord, la connexité avec le droit à la preuve est qualifiée d'*évolutive.* Le référé probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile en constitue la principale illustration. Parce que les mesures d'instruction *in futurum* peuvent être conciliées avec d'autres droits, elles vont devenir par la suite l'une des ressources principales de la réalisation du droit à la preuve. Les mesures d'instruction utilisées antérieurement dans les conflits de droits vont finalement laisser la place au champ lexical de droit à la preuve (**1**). La connexité peut être ensuite *déductive*. Derrière des notions plus générales que le droit à la preuve se dissimulaient des interrogations probatoires. Dans cette perspective, le procès équitable, l'égalité des armes et les droits de la défense ont été mobilisés alors que la preuve était au cœur du débat juridique (**2**).

*1. Connexité évolutive : des mesures probatoires au service du droit à la preuve*

**82.** Les mesures d'instruction *in futurum* et les mesures d'instruction légalement admissibles pendant le procès[142] sont des instruments probatoires essentiels[143]. Elles permettent à un justiciable estimant que les preuves dont il dispose sont insuffisantes de demander une intervention du juge lorsque certaines conditions sont remplies. Précédemment, il a été constaté que les conditions d'articulation d'une mesure d'instruction *in futurum* avec un droit de protection étaient détachées partiellement des dispositions textuelles[144]. Il s'agit à présent de démontrer que ce détachement trouve aussi une origine dans l'évolution parallèle qu'ont connues les mesures d'instruction et le droit à la preuve.

[142]Les mesures d'instruction de l'article 143 du Code de procédure civile se distinguent des mesures d'instruction *in futurum* (avant tout procès) prévues à l'article 145 du Code de procédure civile.

[143] F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz, n° 373.

[144] *Supra*, p. 40 et s.

**83.** Certains auteurs ont considéré que les dispositions relatives aux mesures d'instructions et aux mécanismes de production forcée des pièces constituaient déjà des manifestations d'un droit à la preuve[145]. Les mesures d'instruction et la production forcée de pièces constitueraient un « droit aux mesures probatoires »[146], étant lui-même « une illustration particulière du concept de droit à la preuve »[147]. Ainsi, sans remettre en cause l'autonomie des mécanismes d'obtention des preuves, qui subsiste en tout point en l'absence de conflits entre une règle de preuve et un droit[148]. l'évolution démontre que les mesures d'instruction constituent des instruments juridiques au service du droit à la preuve et qu'ainsi, leurs conditions de mise en œuvre se trouvent modifiées.

**84.** Plusieurs arrêts récents soutiennent cette idée[149]. Dans l'arrêt du 5 juin 2019, lorsque la Cour de cassation énonce qu'une cour d'appel aurait dû rechercher « de façon concrète, si les mesures d'instruction demandées ne permettaient pas de concilier le droit à la preuve de la société Verizon et le droit au secret des affaires de la société Orange »[150], elle ne fait qu'illustrer le lien étroit qui existe entre les mesures d'instruction et le droit à la preuve. Le droit à la preuve renouvelle les conditions de réalisation des mesures d'instruction ; cette réalisation devient alors tributaire de la garantie accordée au droit à la preuve.

---

[145] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, v. supra n° 96 ; G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », v. supra n° 56.

[146] I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, p. 126, *op. cit.* n° 134.

[147] *Ibid.*

[148] Sur le mécanisme de la production forcée de pièces, v. Cass. Civ. 1re, 4 décembre 1973, n° 72-13.385, *Bull. civ.* I, n° 336, p. 296.

[149] Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, inédit ; Cass. Civ 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, *à paraître au bulletin* ; Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, *à paraître au bulletin* : « Il résulte de l'article 145 du code de procédure civile que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé. Il résulte par ailleurs 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 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. »

[150] Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, *à paraître au bulletin*, note N. HOFFSCHIR, *Gaz. Pal.*, n° 3262, p. 55.

**85.** La reconstitution de cette évolution démontre que les mécanismes probatoires sont des instruments juridiques qui ont favorisé la reconnaissance du droit à la preuve, désormais mobilisés dans le cadre du droit à la preuve du salarié. Ils permettent de matérialiser le droit à la preuve et évoluent en cohérence avec les règles juridiques applicables.

*2. Connexité déductive : des notions au service du droit à la preuve*

**86.** L'approche déductive consiste à émettre l'hypothèse suivante : à travers les notions de procès équitable, d'égalité des armes et des droits de la défense, la Cour de cassation opérait déjà une approche des questions probatoires et tout particulièrement du droit à la preuve. Cela permet d'appuyer l'hypothèse selon laquelle ces trois notions renferment en elles-mêmes plusieurs éléments distincts, dont le droit à la preuve. Il convient donc d'aborder successivement les droits de la défense (**a**) puis le procès équitable et l'égalité des armes (**b**).

a) Les droits de la défense

**87.** Les droits de la défense ont été consacrés par la Cour de cassation comme un principe à valeur constitutionnelle[151]. Au sein des droits de la défense, une pluralité de droits et de valeurs coexistent. Les auteurs s'accordent à penser que le principe du contradictoire constitue le cœur des droits de la défense, garantie de l'égalité entre les parties[152]. D'autres éléments seraient aussi constitutifs des droits de la défense, tels que l'obligation de motivation, la publicité, le devoir d'être entendu par un juge, etc. On soutiendra ici que les questions probatoires, notamment le droit à la preuve, ont aussi leur place au sein des droits de la défense[153].

---

[151] Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. AP*, n° 4, p. 7 : « vu le principe du respect des droits de la défense ; Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention ».

[152] E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2018, LGDJ, Paris, 4ème éd., p. 364 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2020, 3ème éd., coll. « Thémis Droit », p. 591.

[153]E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 389 : les auteurs relèvent le rôle ambivalent des droits de la défense en droit de la preuve, car les droits de la défense « ont une influence sur l'admission des preuves. Ainsi, le droit à la preuve est rattachable aux droits de la défense ».

**88.** Dans l'arrêt du 15 mai 2007[154], la chambre commerciale estime que « toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ». À propos de cet arrêt, Monsieur Mustapha Mekki soutenait déjà l'idée que « derrière la nécessité des droits de la défense se profile discrètement « le droit à la preuve »[155]. Dans cette affaire était traitée la question de la recevabilité de documents médicaux et d'ordonnances relatives à l'état de santé du plaideur, qui invoquait la violation du respect de sa vie privée et du secret médical. La production de ces éléments étaient donc litigieuse. Afin d'éviter l'irrecevabilité systématique de ces éléments, la Cour relativise la portée de l'atteinte faite à ces droits par le biais du contrôle de proportionnalité. Il ne s'agit pas en l'espèce de protéger les droits de la défense de manière globale ; il s'agit de protéger les droits de la défense d'un justiciable par l'intermédiaire de la recevabilité d'un élément de preuve litigieux en évitant son rejet systématique. Les droits de la défense sont mobilisés ici pour soutenir un droit à la preuve qui n'a pas encore reçu de consécration de la part de la Cour de cassation.

**89.** Un prolongement de cette affirmation apparait dans la décision du 16 octobre 2008[156]. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé la décision rendue par la cour d'appel en estimant que « sans caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Ici, la protection du droit à la preuve est appuyée par l'expression « besoins de la défense ». L'intensité du terme « besoin » renvoie à l'appréciation du caractère nécessaire de l'élément de preuve dans le cadre de la préservation des droits de la défense du plaideur, entendus comme les nécessités d'une défense effective.

---

[154] Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, supra n° 141.

[155] M. MEKKI, « Preuve et droits fondamentaux. Réflexions sur les dangers d'un « droit à la vérité » ? », 30 septembre 2015 : (*https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Mekki-fondamentalisation-preuve-RELU-AVANT-BAT.pdf*) ; à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 15 mai 2007, n° 06-10.606.

[156] Cass. Civ. 1re, 16 octobre 2008, n° 07-15.778, *Bull. civ.* 2008, I, n° 230.

b) Le procès équitable et l'égalité des armes

**90.** Dans la première partie de l'attendu de principe de l'arrêt du 15 mai 2007, il est énoncé que « constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions »[157]. Sur le double fondement du procès équitable et de l'égalité des armes, la Cour de cassation vise en réalité le droit à la preuve. En situation de difficultés probatoires, une partie acquiert la possibilité de demander la communication d'un élément de preuve par l'intermédiaire d'une mesure d'instruction ou par le mécanisme de la production forcée de pièces à l'encontre de son adversaire ou d'un tiers. Le droit à la preuve habilite également un plaideur à produire un élément de preuve litigieux portant atteinte à un droit de protection sans que cette atteinte ne constitue un obstacle au succès de ses prétentions.

**91.** La fonction du droit à la preuve renvoie donc à la recherche d'équilibre. Selon Monsieur Emmanuel Jeuland, le procès équitable comporte plusieurs volets : le droit au juge, l'égalité des armes, qui elle-même renfermerait les droits de la défense, le principe du contradictoire, l'indépendance, l'impartialité ainsi que la publicité[158]. L'égalité des armes renvoie à l'équilibre des parties[159], car « il s'agit d'assurer un juste équilibre entre les parties, même si une stricte identité de traitement n'est pas toujours envisageable » et qu'ainsi « les parties doivent (...) disposer des mêmes moyens pour faire valoir leurs arguments et prétentions »[160]. À ce titre, l'égalité des armes vise la protection de la preuve judiciaire. Ainsi, nous semble-t-il permis de considérer que les premières manifestations du droit à la preuve apparaissent sous les traits du procès équitable et de l'égalité des armes. Dans ce sens, les solutions apportées par la CEDH en la matière constituent le

[157] V. supra n° 141.

[158] E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, Paris, 2018, 4ème éd., p. 239.

[159] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2020, 3ème éd., coll. « Thémis Droit », p. 636.

[160] X. VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, Paris, 2017, p. 105.

troisième facteur de l'évolution jurisprudentielle qui a permis d'accélérer la reconnaissance du droit à la preuve.

## III. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la construction du droit à la preuve

**92.** Selon Madame Aurélie Bergeaud, l'influence du droit conventionnel est « indéniable »[161] dans la construction du droit à la preuve. En effet, il semble incontestable que l'impulsion donnée par la CEDH a fortement contribué à l'accélération de la reconnaissance du droit à la preuve en droit français. Cette impulsion trouve son origine dans deux facteurs. L'interprétation dynamique de la CEDH a permis d'étendre les garanties prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (**A**). Cette interprétation dynamique est à l'origine de la consécration du droit à la preuve au niveau européen. Ainsi, elle a donné lieu à plusieurs arrêts portant implicitement et explicitement sur le droit à la preuve (**B**).

### A) L'interprétation dynamique de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

**93.** Envisagée dans son ensemble, l'évolution de la jurisprudence de la CEDH relative au droit à un procès équitable dépasse de loin l'objet de notre recherche. Il est nécessaire cependant d'en rappeler les grandes lignes et de préciser certains aspects qui viennent éclairer la reconnaissance du droit à la preuve. La notion de procès équitable est tirée de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, notamment de son premier alinéa[162]. La CEDH a précisé dans

[161] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, v. supra n° 96.

[162] L'alinéa 1 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

l'arrêt *Golder*, du 21 février 1975[163],que le droit à un tribunal ne constituait qu'un aspect de l'article 6 de la Convention car d'autres garanties s'y ajoutent et que « le tout forme (...) le droit à un procès équitable ».

**94.** La notion de procès équitable recouvre un ensemble de droits et de garanties à destination des justiciables. La CEDH n'a cessé d'étendre la portée des garanties prescrites par l'article 6§1 de la Convention. Dans un mouvement de recherche d'effectivité des droits fondamentaux « accélérée » dès le XX$^{ème}$ siècle[164], la Cour s'est attachée à prescrire de nouvelles garanties et à veiller sur leur effectivité. Dans l'arrêt *Airey c/ Irlande*, du 9 octobre 1979, la CEDH précise que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (...) »[165]. L'activité législative de la CEDH est ainsi irriguée par un travail d'interprétation dynamique. Dans cette perspective, elle utilise la « technique des notions autonomes » afin d'étendre le champ d'application d'une notion[166].

**95.** Le principe de l'égalité des armes, quant à lui, constitue l'un des principaux apports du travail d'interprétation de la CEDH au droit processuel français[167]. Cela « implique l'obligation d'offrir à chaque partie à l'instance une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à ses adversaires »[168]. L'égalité constitue une valeur du procès équitable, imposant une ligne de conduite équilibrée, tant pour l'institution judiciaire que pour les parties. La vigueur de l'égalité des armes

[163] CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70.

[164]S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, v. supra n° 32.

[165] CEDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, n° 6289/73, consid. n° 24.

[166] F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, n° 28, I, 335.

[167] X. VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, Paris, 2017, p. 105.

[168] CEDH, *Gorraiz Lizarraga c/ Espagne*, 10 novembre 2004, n° 62543/00 ; CEDH, *Avotins c/ Lettonie*, 23 mai 2016, n° 17502/07.

est particulièrement garantie en matière probatoire[169]. Tel a été l'objet de l'arrêt *Dombo Beeher B.V c/Pays-Bas*, rendu le 27 octobre 1993[170]. La Cour a estimé que l'égalité des armes devait s'appliquer en matière de preuve. Chaque partie à un procès doit être en mesure d'apporter les éléments de preuve dans des conditions qui ne sont pas déséquilibrées pour l'une ou l'autre des parties. La reconnaissance du droit à la preuve est alors cohérente. Absent des dispositions textuelles de l'article 6, il ne peut que découler d'une construction jurisprudentielle dynamique. Le principe de l'égalité des armes ne peut être invoqué seul au cours d'un litige ; des outils juridiques sont nécessaires afin de le vivifier. Plusieurs outils interviennent dans des domaines spécifiques, à l'image du principe de la contradiction, qui constitue un point clef dans cette recherche d'équilibre dans le procès. Cependant, chaque outil juridique représente un aspect de l'égalité des armes. Le principe de la contradiction est insuffisant à lui seul à garantir le principe de l'égalité des armes car « les débats ne peuvent être réellement contradictoires que si chaque partie dispose des mêmes possibilités de faire valoir son point de vue »[171]. Le droit à la preuve, tel qu'il sera consacré et réalisé par la suite, agit dans un domaine bien différent, celui de l'obtention et de la recevabilité d'un élément de preuve litigieux. Ainsi, cela revient à affirmer que « l'égalité des armes, c'est aussi une égale aptitude à la preuve »[172]. C'est dans ce sens que la CEDH a contribué à promouvoir le droit à la preuve.

B) La promotion du droit à la preuve

**96.** Trois arrêts rendus par la CEDH sont à l'origine de la consécration du droit à la preuve, l'un de manière explicite, les deux autres de manière implicite.

[169] X. VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, Paris, 2017, p. 97.

[170] CEDH, *Dombo Beeher B.V c/Pays-Bas*, 27 octobre 1993, n° 14448/88.

[171] X. VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, *op. cit.* n° 68.

[172] X. LAGARDE, « Réflexions civilistes sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, n° 11, pp. 890-902.

**97.** Un premier arrêt du 27 octobre 1993 traite indirectement du droit à la preuve[173]. Cette affaire posait la question de la recevabilité du témoignage de l'ancien directeur général d'une société qui avait été déclaré irrecevable alors que celui du gérant de la succursale de la banque, la partie adverse, avait été accueilli devant les tribunaux. Le requérant invoquait la violation de l'article 6§1 de la Convention. Trois temps d'analyse étaient exposés par la CEDH. Dans un premier considérant, elle soulignait le fait que la question relative à la recevabilité des témoignages dans la procédure relevait du droit interne et non de sa compétence. La Cour marquait alors sa volonté de restreindre son analyse au caractère équitable de la procédure dans sa globalité. Ensuite, la Cour définit l'égalité des armes afin de l'appliquer à la matière probatoire puisqu'elle « 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 ». L'assimilation des preuves à l'image de l'arme fait renaitre cette vieille idée que le procès est un duel judiciaire dans lequel les parties s'affrontent par la preuve. Cette métaphore du procès est considérée comme obsolète de nos jours car liée à une conception excessivement binaire et égalitaire du statut des parties sans prendre en considération le rôle actif du juge[174]. Néanmoins, elle reste valide en ce sens que la preuve constitue tant un outil de réussite des prétentions des plaideurs que de conviction du juge.

**98.** Ainsi, « sans consacrer encore, à ce stade, un véritable droit à la preuve, cette déclinaison particulière, dans le domaine probatoire, du principe général d'égalité des armes en contenait déjà l'embryon »[175]. Il est vrai que la CEDH ne mentionne pas explicitement ici le droit à la preuve, mais elle fait une application particulière du principe de l'égalité des armes dans la matière probatoire. La recherche d'effectivité de la notion d'égalité des armes implique que celle-ci soit concrète dans tous les domaines. Cet arrêt constitue les prémices du droit à la preuve. La recherche

[173] CEDH, *Dombo Beeher B.V c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1993, n° 14448/88.

[174] F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz, n° 398.

[175] P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *RDT* 2018, n°2, p. 122.

d'équilibre probatoire découlant de l'application de l'égalité des armes va donner sens à la consécration du droit à la preuve et aux règles qui vont l'animer.

**99.** Ensuite, dans l'arrêt *L.L contre France*, en date du 10 octobre 2006, la CEDH utilise pour la première fois l'expression de « droit à la preuve »[176]. L'affaire concernait un divorce qui a été prononcé par voie judiciaire et ultérieurement à des faits de violences conjugales. L'épouse a décidé de produire en justice des éléments du dossier médical de son mari afin de prouver le lien entre son alcoolisme pathologique et les actes de violences. Le requérant a invoqué la violation du secret professionnel ainsi que celle de sa vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Après analyse des données factuelles, la Cour énonce « [qu'au] vu des circonstances de l'espèce, 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 avec 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 »[177].

**100.** La CEDH hisse le droit à la preuve au rang des droits et libertés. Par la mise en concurrence des articles 8 et 6 de la Convention, elle attribue une valeur au droit à la preuve qu'il convient de protéger juridiquement. Cela marque la volonté de la Cour d'évoluer vers la consécration d'un droit subjectif. Au regard des faits de l'espèce, il aurait été possible de cadrer la solution par l'application du principe de l'égalité des armes. Or, la construction syntaxique et l'emploi de l'expression « en l'occurrence » démontrent les faveurs de la Cour envers la consécration du droit à la preuve.

**101.** Un arrêt du 13 mai 2008[178] portaient sur des faits similaires. Pourtant, la Cour n'a pas explicitement réitéré sa position. Était en cause dans cette affaire la production d'une correspondance privée en vue de prouver des faits d'adultère dans une procédure de divorce. Par application du contrôle de proportionnalité, la Cour considère que « les ingérences doivent se

[176] CEDH, *L.L c/France*, 10 octobre 2006, n° 7508/02.

[177] *Ibid.,* consid. 40.

[178] CEDH, *N.N et T.A c/ Belgique*, 13 mai 2008, n° 65097/01.

limiter autant que faire se peut à celles qui sont rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part » pour en conclure à l'absence de violation du respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention[179]. Le lien entre la preuve et l'atteinte à la vie privée est perceptible. L'élément de preuve doit se révéler nécessaire aux succès des prétentions de la partie qui le présente et l'atteinte à un autre droit doit être proportionnée. Le droit à la preuve n'est donc pas réaffirmé explicitement mais l'essence générale de la solution qui se dégage de l'arrêt de 2006 rendu par la CEDH demeure.

**102.** L'influence de la Cour est révélée dans la construction du droit à la preuve, comme le révèlent les visas des arrêts de la Cour de cassation. À partir des dispositions de l'article 6§1 de la Convention, la Cour effectue un travail d'interprétation. Ce travail d'interprétation dynamique vise à étendre les garanties préalablement prescrites par la Convention. Il en est ainsi de la notion du droit à un procès équitable. La notion, large, se divise en plusieurs éléments distincts. Chaque élément vise un objectif. Celui de l'égalité des armes vise à garantir l'équilibre dans le procès, que ce soit dans l'organisation et le déroulement de l'instance dans un tribunal qu'entre les parties devant le juge. Pour la Cour, la recherche d'équilibre, à l'image des autres droits garantis par la Convention, doit être effective. Le travail d'interprétation évolutif doit conduire à étendre le champ des garanties tout en s'assurant de leur effectivité juridique. C'est dans cette perspective que la reconnaissance du droit à la preuve s'inscrit. Marqué dès sa consécration par l'idée du procès équitable et de l'équilibre, le droit à la preuve fait partie intégrante de ce bloc de garanties.

[179] *Ibid.,* consid. 47.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**103.** La reconnaissance du droit à la preuve découle d'un long processus de construction juridique. Trois temps de cette construction ont été analysés.

**104.** D'abord, il est apparu que la Cour de cassation paraissait indifférente à la prise en compte d'un quelconque droit à la preuve, très peu sensible à l'élaboration du concept doctrinal, renvoyant les questions probatoires au pouvoir d'appréciation des juges du fond.

**105.** Ensuite, la Cour de cassation a opéré certaines modifications autour de deux éléments. D'abord, dans le domaine des conflits de droits, les mécanismes de conciliation ont été renouvelés, faisant du contrôle de proportionnalité la clef de résolution des conflits potentiels entre les droits concurrents. Avant la consécration du droit à la preuve, des notions gravitant autour du domaine probatoire ou englobant celui-ci ont été utilisés par la Cour de cassation afin de faire évoluer sa jurisprudence. L'utilisation de notions telles que l'égalité des armes et le procès équitable visaient à souligner, non seulement les fondements du droit à la preuve, mais aussi ses finalités. Cette étape du processus de construction juridique du droit à la preuve a permis d'accueillir avec cohérence la consécration du droit à la preuve.

**106.** Ensuite, la position de la CEDH et des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ont parachevé cette construction. Dans le cadre du droit à un procès équitable et de son prolongement, l'égalité des armes, la Cour a attribué au droit à la preuve ses caractères ainsi que ses fonctions intrinsèques. Cette attribution poursuit une première finalité, celle de la recherche d'équilibre entre les parties en situation de désavantage probatoire.

## Section 2. La consécration du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

**107.** Saisie d'un conflit de droits, la Cour de cassation a eu l'opportunité de reconnaitre l'existence du droit à la preuve (**§I**). Si l'explicitation du droit à la preuve s'est construite en opposition au droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle, il n'en demeure pas moins que d'autres valeurs protégées peuvent aussi être heurtées. La diffusion du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour souligne la pluralité des valeurs atteintes (**§II**).

### I. L'explicitation du droit à la preuve par la Cour de cassation

**108.** La consécration du droit à la preuve s'est révélée à travers deux arrêts que l'on peut qualifier de fondateurs : l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 avril 2012, constituant le premier arrêt relatif au droit à la preuve (**A**) et celui rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 9 novembre 2016 qui est le premier arrêt relatif au droit à la preuve en droit du travail (**B**).

#### A) L'arrêt fondateur du 5 avril 2012

**109.** Le droit à la preuve a été expressément consacré par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 5 avril 2012[180]. Cette décision a bénéficié d'une importante diffusion[181].

**110.** En l'espèce, les faits concernaient la production d'une lettre dans laquelle était établie une donation immobilière. Cette lettre a été trouvée par le fils, gérant de l'indivision successorale et a été versée aux débats. La Cour d'appel a estimé que cette lettre n'était pas recevable aux motifs

[180] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, Note G. LARDEUX, *D.* 2012, p. 1596 ; obs. J. MAROCHELLA, *D. act.,* 23 avril 2012 ; obs. P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER, I. DARRET-COURGEON, *D.* 2012, p. 2826 ; obs. N. FRICERO, *D*. 2013, p. 269 ; note J. HAUSER, *RTD civ.* 2012, p. 506.

[181] *F-B+P+I* : arrêt rendu en formation restreinte, publié au bulletin des arrêts des chambres civiles, au Bulletin d'information de la Cour de cassation et a été diffusé sur internet (site de la Cour de cassation).

que le gérant de l'indivision successorale n'avait pas eu l'autorisation préalable de ses deux sœurs, ni de son rédacteur pour la produire, ce qui violait l'intimité de sa vie privée et le secret des correspondances. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel en formulant une règle juridique d'articulation des droits à portée générale : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

**111.** Ce premier arrêt est véritablement novateur et ce, à trois égards. D'une part, la Cour de cassation utilise plusieurs sources textuelles à l'appui de sa décision. La Cour de cassation renforce la consécration du droit à la preuve par un visa « lourd » de fondements juridiques. Par les articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile et les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation situe le droit à la preuve, dans son existence, sur ses origines et sur ses finalités. Plus généralement, cet arrêt souligne l'importance du rôle que joue la Haute juridiction dans l'ordre judiciaire en matière de création et d'énonciation de normes. Par la consécration d'un nouveau *droit à*, elle complète la législation française[182] et fait évoluer les règles selon l'interprétation qu'elle en donne.

**112.** D'autre part, cet arrêt laisse d'ores et déjà entrevoir, de manière certes parcellaire, la nature de l'articulation entre droit à la preuve et respect de la vie privée. Celle-ci sera précisée dans l'arrêt de la Chambre sociale du 9 novembre 2016 et dans d'autres arrêts postérieurs. Au fil des arrêts, vont se dessiner les relations entre droit à la preuve et le respect de la vie privée ou la vie personnelle. Mais le respect de la vie privée ou de la vie personnelle ne constitue pas la seule règle d'exclusion des éléments de preuve, car celles-ci sont nombreuses à pouvoir faire échec au droit à la preuve. Ainsi, la portée générale des règles relatives au droit à la preuve emporte la conséquence de « l'effet caméléon »[183] du contrôle de proportionnalité dans les conflits de droits, puisqu'il

[182] M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Paris, 2006, coll. « Recherches juridiques », p. 342 et s.

[183] J. FERRER BELTRÁN, « La preuve est libre, ou presque : une théorie quasi-benthamienne de la preuve », in M. BOZZO-REY, G. TUSSEAU (dir.), *Bentham juriste : l'utilitarisme juridique en question*, Economica, Paris, 2011, coll. « Études juridiques », pp. 144-162.

coordonne « (…) la mise en ordre des valeurs qui permet de décider dans un sens ou dans l'autre en cas de conflit »[184]. Cela requiert alors une certaine mise en ordre entre droit à la preuve et les autres valeurs et droits soumis à une protection juridique particulière. Il serait néanmoins difficile de concevoir une stricte hiérarchie entre le droit à la preuve et le respect de la privée. *A priori*, l'articulation entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée ne peut être de cet ordre. Les deux droits subjectifs sont fondés sur des dispositions prévues dans un même corps de texte avec une autorité supranationale. Seules les conditions du contrôle de proportionnalité dans chaque cas d'espèce soumis aux juges du fond peuvent permettre de trancher en faveur de l'un ou l'autre dans le litige.

**113.** Enfin, le cas d'ouverture à cassation choisi par la Haute juridiction appelle une observation. Le défaut de base légale est un vice de fond. « La Cour de cassation, lorsqu'elle casse sur ce fondement, vise d'ailleurs le texte de fond méconnu »[185]. Ainsi, la solution apportée par la Cour de cassation est bien plus riche qu'elle n'en a l'air : elle exige que les juges du fond adoptent le raisonnement de proportionnalité lorsqu'ils se trouvent confrontés au droit à la preuve[186]. Par l'intermédiaire de ce cas d'ouverture, la Cour de cassation entend introduire le droit à la preuve comme en tant que nouveau droit au sein du système juridique français. Le travail d'explicitation a été poursuivi dans l'arrêt du 9 novembre 2016, dont le débat juridique portait sur la confrontation entre la vie personnelle des salariés et le droit à la preuve d'un syndicat.

---

[184] *Ibid.*

[185] F. FERRAND, « Les cas d'ouverture à cassation en droit français », (*https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/69/Ferrand.pdf*) ; v. aussi, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 2018, 9ème éd., coll. « Méthodes du droit », p. 164 ; J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile,* Dalloz, Paris, 2023, 6ème éd., coll « Dalloz Action », p. 427 et s.

[186] V. p. 86 et s.

B) L'arrêt de la Chambre sociale du 9 novembre 2016

**114.** L'arrêt du 9 novembre 2016 a bénéficié d'une large diffusion et a été abondamment commenté par la doctrine[187]. L'importance de la contribution de cet arrêt dans la consécration du droit à la preuve est soulignée par la rédaction d'un communiqué et d'une note explicative par la Cour de cassation[188].

**115.** En l'espèce, un syndicat affilié à la Confédération française des travailleurs chrétiens saisit le président d'un tribunal de grande instance d'un référé afin de faire interdire à une entreprise l'emploi de salariés le dimanche, celle-ci ne possédant pas les autorisations administratives nécessaires. Afin d'apporter des éléments de preuve du non-respect du repos dominical par l'employeur, un délégué du personnel photographie des contrats de travail, des avenants ainsi que des bulletins de salaire dans le cadre du droit à la consultation des documents prévu par l'article L. 3171-2 du Code du travail. La Cour d'appel de Versailles juge que le moyen de preuve est illicite. La chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs que « l'article L. 3171-2 du Code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice ; 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 ; (…) ».

**116.** Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation participe à la consécration du droit à la preuve. Cette décision apporte plusieurs éléments essentiels relatifs notamment à l'extension des prérogatives d'un représentant du personnel au domaine probatoire (**1**), à l'influence de la

[187] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER *JCP G* n° 48, 2016, 1281 ; note G. LARDEUX, *D.* 2017, n° 1, p. 37 ; note J. MOULY *Dr. soc.* 2017, p. 89 ; obs. V. ORIF *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 ; obs. M. ROUSSEL, *Dalloz act.* 25 novembre 2016 ; note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134 ; note J. HAUSER, *RTD civ.* 2017, p. 96.

[188] https://www.courdecassation.fr/en/getattacheddoc/5fd91992997644b570fe70c0/5605e37c7406d3de8e722288a7a07b2e

nature de l'intérêt défendu par le droit à la preuve (**2**) et enfin, l'influence de l'objet de la preuve sur le contrôle de proportionnalité (**3**).

### *1. L'extension des prérogatives d'un représentant du personnel au domaine probatoire dans le cadre de l'article L. 3171-2 du Code du travail*

**117.** Dans cet arrêt du 9 novembre 2016, la Chambre sociale de la Cour de cassation fonde sa décision sur plusieurs textes cités dans le visa parmi lesquels l'article L. 3171-2 du Code du travail[189] qui dispose que lorsque des salariés d'une même entreprise ne travaillent pas selon un horaire collectif, l'employeur a l'obligation d'établir des documents pour prouver le décompte de la durée de travail, des repos acquis ainsi que de leur prise effective. L'alinéa 2 du même article précise que le comité social et économique peut consulter ces documents.

**118.** La consultation, au sens de ce texte, renvoie à une action qui s'inscrit dans le temps. En matière d'horaires individuels, les représentants du personnel ont un « droit de regard » sur les documents établis par l'employeur afin de vérifier le décompte de la durée réelle du travail et des temps de repos correspondants. Ainsi, la seule prérogative accordée par cette disposition aux représentants du personnel est, en principe, la lecture des documents dans le but de vérifier de manière ponctuelle que l'entreprise respecte les règles en matière d'horaires individualisés. Comme le souligne Monsieur Benoit Géniaut dans son commentaire de l'arrêt, « (…) si le texte n'interdit pas aux représentants du personnel de se constituer une copie des dits documents, il ne l'autorise pas explicitement pour autant »[190]. Ainsi, la marge de manœuvre dans l'interprétation du texte permet à la Cour d'introduire dans la notion de consultation la possibilité de conserver une copie des documents à des fins probatoires. Cette interprétation, en faveur des représentants du personnel, constitue une extension positive dans le domaine probatoire.

---

[189] « Lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés.

Le comité social et économique peut consulter ces documents ».

[190] Note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134, *op. cit.* n° 190.

*2. L'influence de la nature de l'intérêt défendu par le droit à la preuve*

**119.** Dans le communiqué de presse publié par la Cour de cassation sur l'arrêt, une interrogation subsistait quant au droit à la copie des représentants du personnel et sa justification à des fins probatoires. En substance, la Cour a estimé « qu'il [fallait] permettre au syndicat, qui a pour mission de défendre les intérêts des salariés, d'exercer ses droits de façon effective ».

**120.** La matérialité du droit à la preuve réside dans la collecte des éléments de preuve obtenus en l'espèce dans le cadre des fonctions de représentation. Le cadre d'appréhension des éléments, par l'intermédiaire du mandat de représentation, fait naitre un canal d'accès licite aux éléments de preuve ; cela signifie que l'exercice légitime du mandat de représentation écarte la qualification de déloyauté lors de la collecte des éléments de preuve. En effet, l'exercice des fonctions de représentation agit comme un moyen d'obtenir des éléments de preuve dans des conditions qui n'enfreignent pas la loi. Cependant, cela ne confère pas pour autant à la production des preuves un caractère licite dans la mesure où les éléments de preuve portent atteinte au respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige. Dans le cadre des fonctions de représentation, le caractère illicite ne réside donc pas dans les conditions d'obtention des éléments de preuve mais dans l'appréciation d'une atteinte à un autre droit. L'exercice des fonctions de représentation a une influence majeure sur la recevabilité de l'élément de preuve et, *in fine*, sur la réalisation du droit à la preuve. Dans l'arrêt du 9 novembre 2016, l'intérêt défendu par le droit à la preuve des représentants était de nature collective. Les éléments de preuve en cause démontraient le non-respect du repos dominical de plusieurs salariés de l'entreprise, ce qui se rattache à la défense d'un un intérêt collectif des salariés. La nature collective du but poursuivi renforce sans nul doute la justification, non seulement de la consécration du droit à la preuve, mais aussi de sa réalisation dans la solution apportée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Ceci explique alors l'introduction du droit à la copie au sein du droit à la consultation des documents des représentants par la Cour de cassation[191].

[191] Relevée par B. GÉNIAUT dans son commentaire de l'arrêt, v. supra n° 190.

### 3. *L'influence de la nature de l'intérêt défendu et de l'objet de la preuve dans le contrôle de proportionnalité*

**121.** Après avoir constaté le caractère illicite de l'élément de preuve, la Chambre sociale de la Cour de cassation opère directement un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés. Le contrôle de proportionnalité est composé de deux conditions, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte au droit protégé. En l'espèce, la condition de nécessité de la preuve est remplie et justifiée par la Cour par le lien avec la fonction de représentation des élus du personnel et par la nature collective de l'intérêt défendu, soit la défense du respect du temps de travail et des conditions de travail des salariés.

**122.** La condition de proportionnalité de l'atteinte à la vie personnelle des salariés est, en revanche, moins détaillée dans l'arrêt du 9 novembre 2016. L'analyse du degré de l'atteinte par la preuve au respect de la vie personnelle des salariés n'aboutit pas à un véritable contrôle de proportionnalité *in concreto*, sans doute justifié par le « caractère lapidaire »[192] de la motivation de la Cour de cassation dans certains arrêts. L'expression utilisée de « vie personnelle » en est peut-être la cause. En effet, la notion recouvre en droit social une définition bien particulière[193]. La vie personnelle est une sphère d'indifférence[194], qui permet de délimiter l'exercice du pouvoir de l'employeur sur les salariés. En raison de ces imprécisions, cet arrêt a été fortement critiqué par la doctrine, que ce soit sur la solution retenue ou sur la méthode utilisée[195], car « sous couvert du recours au contrôle de proportionnalité justifié par un droit à la preuve évasif, la Cour de cassation a transformé la captation illicite de données en une preuve recevable »[196]. Ces critiques n'ont

[192] Obs. G. LARDEUX ss Cass. Civ. 1re., 25 février 2016, n° 15-12.403, *Bull. inf.* 2016 n° 845, I, n°977, *LPA* 1er avril 2016, p. 16.

[193] Sur ce point, voir infra, p. 308 et s.

[194] C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, *op. cit.* n° 87.

[195] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 144.

[196] *Ibid.*

cependant pas empêché la diffusion du droit à la preuve et l'affinement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

## II. La diffusion du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation

**123.** Depuis sa consécration, le droit à la preuve a été confronté à de nombreuses reprises à la vie privée[197]. À ce titre, Monsieur Philippe Delebecque souligne que « la généralité de la formulation de l'arrêt du 5 avril 2012, les fondements utilisés par la Cour de cassation et l'évolution du droit positif invitent à penser que la solution ne demeurera pas circonscrite aux seules espèces dans lesquelles le droit au respect de l'intimité de la vie privée sera en cause »[198]. En effet, il apparait que le droit à la preuve bénéficie d'une large diffusion au sein de la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation. Ainsi, le droit à la preuve s'est déployé dans les arrêts de la Chambre sociale (**A**), dans les arrêts des première et deuxième chambres civiles (**B**) ainsi que dans les arrêts de la Chambre commerciale (**C**).

### A) La diffusion du droit à la preuve dans les arrêts de la Chambre sociale

**124.** Après la consécration du droit à la preuve dans l'arrêt du 9 novembre 2016, plusieurs arrêts de la chambre sociale peuvent être cités ici avant de revenir plus en détail sur certains aspects de ces décisions.

**125.** D'abord, elle a rendu un arrêt le 16 novembre 2016[199], dans lequel était confronté le droit à la preuve d'un salarié au respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige. En l'espèce, une salariée a effectué une action en justice sur le fondement d'une atteinte au principe d'égalité de traitement. Elle a saisi la juridiction prud'homale en formation de référé afin de demander aux

[197] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, 11-14.177, publié au bulletin ; Cass. Civ. 1re, 10 septembre 2014, n° 13-22.612, publié au bulletin ; Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, publié au bulletin ; avant la reconnaissance du droit à la preuve, v. Cass. Civ. 1re, 16 octobre 2008, 07-15.778, publié au bulletin.

[198] Obs. P. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 1.

[199] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

juges de faire ordonner la production forcée de documents relatifs à la rémunération des autres salariés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Les juges du fond n'ont pas fait droit à la demande de preuve de la salariée, considérée comme imprécise, largement étendue, ce qui ne permettait pas d'apprécier le risque de dépérissement des éléments de preuve. La salariée se pourvoit en cassation. Dans sa décision, la chambre sociale casse l'arrêt rendu par les juges du fond en estimant qu'il appartenait aux juges « de vérifier 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 (...) ». Dans cet arrêt d'application, la chambre sociale confirme sa position quant à l'existence et aux conditions de mise en œuvre du droit à la preuve. Dès lors qu'un élément de preuve porte atteinte à un autre droit, le régime juridique applicable est celui du droit à la preuve et non seulement la condition du motif légitime en matière de mesures d'instruction *in futurum*. Le régime juridique du droit à la preuve se superpose, voire se substitue à celui prévu par l'article 145 du Code de procédure civile.

**126.** Ensuite, la chambre sociale a conforté cette idée dans un arrêt du 11 décembre 2019[200]. En l'espèce, un salarié licencié qui occupait les fonctions de directeur commercial, a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes afin de voir ordonner la production de documents relatifs à la rémunération détenus par son ancien employeur, car il s'estimait victime d'une inégalité de traitement. Les juges du fond ont fait droit aux demandes du salarié en estimant la demande de preuve légitime dès lors que celle-ci est pertinente à fonder un panel de comparaison des parts variables de rémunération des autres salariés. La chambre sociale casse l'arrêt des juges du fond en précisant que « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». Les juges du fond n'ayant pas mis en œuvre les critères du contrôle de proportionnalité alors qu'un conflit de droits était à identifier, la décision rendue est cassée pour défaut de base légale. Cet arrêt s'inscrit pleinement dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de droit à la preuve. Par ailleurs, les règles du droit à la preuve s'appliquent aussi dans les arrêts des chambres civiles.

[200] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

B) La diffusion du droit à la preuve dans les arrêts des chambres civiles

**127.** La première chambre civile a décliné sa position dans plusieurs arrêts. On peut énoncer ici deux décisions parmi beaucoup d'autres arrêts. Dans un arrêt du 10 septembre 2014[201], elle mobilise le droit à la preuve face au respect de la vie privée. Le débat portait sur la production du rapport d'un détective privé engagé par une compagnie d'assurance afin de vérifier la réalité du préjudice corporel allégué par une victime et commis dans le cadre d'une prestation de service effectuée dans un institut de beauté. Le rapport du détective privé était fondé sur des observations et photographies prises à partir de la voie publique qui visaient à constater que la victime supposée ne portait pas de lunettes pendant les tâches ménagères ou pendant qu'elle conduisait alors qu'était allégué un préjudice oculaire. Les juges du fond ont retenu qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie privée car les activités étaient visibles depuis la voie publique. La première chambre civile contredit la position des juges du fond dans la mesure où l'atteinte à la vie privée devait être identifiée dès lors que les activités se déroulaient sur le balcon de la requérante. Ensuite, elle effectue un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée. En effet, la Cour a estimé que l'atteinte à la vie privée n'était pas disproportionnée, « eu égard au droit à la preuve de toute partie au procès », celle-ci étant réduite au constat de l'absence de port de lunettes lors de certaines activités.

**128.** À l'inverse, dans un arrêt du 25 février 2016[202], la Cour précise que la production d'un rapport résultant d'investigations et de filatures pendant plusieurs années à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements portait une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de la personne concernée par ces filatures. Au visa de cette décision des articles 9 du Code civil, les articles 6 et 8 de la Convention européenne ainsi que l'article 9 du Code de procédure civile, elle énonce dans un attendu de principe que « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ».

---

[201] Cass. Civ. 1re, 10 septembre 2014, n° 13-22.612, *Bull. civ.* I, n°143, obs. R. MÉSA, *D.* 22 septembre 2014 ; obs. C. BERLAUD, *Gaz. Pal.* 2014, p. 27.

[202] Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, BICC 2016 n° 845, *Bull. civ*. I, n° 977, note J.-C. SAINT-PAU, *D.* 2016, n° 15, p. 884 ; note D. AUBERT, *AJ Pénal* 2016, p. 326 ; note A. AYNES, *JCP G* 2016, n° 20-21, p. 583.

**129.** Plus tardivement, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation reprend la formulation dans un arrêt du 25 mars 2021[203]. En l'espèce, la société Sud radio a saisi le président du tribunal de commerce en référé afin de voir ordonner la désignation d'un expert ayant pour mission de se faire remettre les questionnaires que la société Médiamétrie utilisait dans le cadre des études relatives aux parts d'audience radiophonique. Le président du tribunal de commerce n'a pas fait droit aux demandes de la société Sud radio, qui a interjeté appel. Les juges d'appel ont confirmé l'ordonnance de rejet rendu par le président du tribunal de commerce en estimant que la mesure d'instruction demandée constituait une mesure d'investigation générale non pertinente dans la mesure où la société Sud radio avait un accès aux résultats d'audience. La deuxième chambre civile rejette le pourvoi formé par la société Sud radio. Elle rappelle, dans un premier temps, les conditions d'application de l'article 145 du Code de procédure civile ainsi que l'obligation qui incombe aux juges du fond « de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Elle confirme, dans un deuxième temps, par la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, que la mesure d'instruction demandée n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la société requérante, qui avait un accès direct aux résultats d'audience, ceux-ci n'ayant jamais fait l'objet de contestations auprès du groupement d'intérêt économique les Indés Radios ainsi qu'auprès des organes de contrôle de la société Médiamétrie. Selon la Cour, l'atteinte est disproportionnée. Certains éléments de cette décision méritent d'être soulignés, car la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité est particulière. L'absence de proportionnalité de l'atteinte découle dans cet arrêt de l'absence de nécessité de la mesure probatoire ; il semble ainsi que seul le motif légitime soit apprécié. En outre, le droit atteint par le droit à la preuve, justifiant la proportionnalité, n'est pas explicitement identifié ; seuls « les intérêts antinomiques en présence » sont mentionnés.

**130.** La spécificité dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité apparait aussi dans un arrêt du 30 juin 2022[204]. En l'espèce, la société RTP, soupçonnant des manœuvres de concurrence déloyale de la part de la société Alpes TP gérée par deux époux, a obtenu une ordonnance sur requête du tribunal de commerce afin de permettre la désignation d'un huissier de justice, aux fins

[203] Cass. Civ. 2ème, 25 mars 2021, n° 20-14.309, publié au bulletin.

[204] Cass. Civ 2ème, 30 juin 2022, n° 21-12.100, inédit.

de recueil d'informations et de documents collectés au siège de la société Alpes TP. La société Alpes TP demande la rétractation de l'ordonnance. Cette demande est rejetée. La société Alpes TP interjette appel de l'ordonnance de rejet. La Cour d'appel rejette la demande de la société Alpes TP aux motifs que la mesure d'instruction est proportionnée, ne pouvant s'analyser en une mesure d'investigation générale portant sur la politique commerciale de la société Alpes TP. Les appelants invoquaient également l'atteinte disproportionnée à leur vie privée dès lors que la recherche d'informations et de documents s'effectuait sur des supports informatiques matériel personnels utilisés à des fins professionnelles. Face à ce motif, les juges du fond ont estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée à la vie privée des époux dès lors que l'utilisation d'un matériel personnel à des fins professionnelles résultait d'un choix de leur part et que la recherche effectuée par l'huissier de justice était limitée à l'utilisation de certains mots clés. La société Alpes TP forme alors un pourvoi en cassation. Après avoir rappelé les conditions d'une mesure d'instruction *in futurum* dans le cadre du droit à la preuve, la Cour rejette le pourvoi en estimant que le périmètre de recherche des éléments de preuve était fixé par l'usage de mots clés et que les documents saisis n'étaient pas communiqués à la société RTP. Dès lors, ceci ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la vie privée des époux. Dans cette espèce, et à l'inverse de la solution citée précédemment, la Cour opère une vérification sur le caractère proportionné ou non de la mesure d'instruction en considérant le périmètre de la recherche des éléments de preuve. La réalisation du droit à la preuve est fondée principalement sur la condition de proportionnalité de la mesure en l'absence de vérification du caractère nécessaire de la mesure probatoire.

**131.** Si les canons de la diffusion du droit à la preuve sont similaires d'une chambre à une autre, certaines différences existent dans la façon de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité. Bien que rien ne s'y oppose *a priori*, nous n'avons pas connaissance d'arrêts de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui mobilisent le droit à la preuve, contrairement à la position de la Chambre commerciale.

C) La diffusion dans les arrêts de la chambre commerciale

**132.** Plusieurs arrêts ont été rendus par la chambre commerciale, principalement dans des situations où le droit à la preuve est confronté à la notion de secret[205]. Parallèlement aux conflits de droits entre le droit à la preuve et la notion de secret, la chambre commerciale a mobilisé ce droit subjectif processuel dans un arrêt du 18 septembre 2019[206]. En l'espèce, une société a fait une demande d'opposition à l'enregistrement d'une marque devant l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Le directeur général de l'INPI a rejeté la demande d'opposition. La société formé un recours contre cette décision. Durant la procédure, la société a produit une pièce nouvelle sous la forme d'un sondage visant à démontrer la notoriété de sa marque par le public français. La pièce a été écarté des débats par les juges du fond. La société forme alors un pourvoi en cassation en invoquant son droit à la preuve afin que l'élément soit introduit dans le débat. La chambre commerciale confirme sur ce point la décision des juges du fond en précisant qu'aucune pièce nouvelle, non soumise au directeur général de l'INPI pendant la procédure d'opposition, ne peut être produite pour la première fois devant les juges du fond. En outre, le sondage étant réalisé postérieurement à la décision du directeur général de l'INPI, celle-ci n'avait pu lui être soumise alors que la cour d'appel « (...) ne pouvait statuer qu'au vu des moyens et des pièces présentées au soutien de la procédure d'opposition devant le directeur général de l'INPI ». La chambre commerciale précise que les juges du fond n'ont alors pas méconnu « les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au regard du droit à la preuve (...) ».

**133.** La chambre commerciale répond aux moyens du requérant en insistant sur l'absence de droit à la preuve en l'espèce. Deux arguments s'inscrivent dans la construction jurisprudentielle du droit à la preuve. En l'espèce, l'irrecevabilité de l'élément de preuve ne tenait pas au fait de caractériser une atteinte à un droit ou de relever les conditions de collecte des éléments en violation de la loi, mais découlait du caractère tardif de sa production. Le régime juridique du droit à la preuve est écarté. Cela laisse apparaitre l'idée selon laquelle les délais de communication ne

[205] Voir infra, p. 401 ; v. le premier arrêt Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, inédit.

[206] Cass. Com., 18 septembre 2019, n° 17-26.274, inédit.

seraient pas des critères de conciliation du droit à la preuve ; n'étant pas non plus de droits, il est difficile d'envisager une conciliation entre le droit à la preuve et le non-respect des délais de communication des pièces.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**134.** À la suite de sa consécration par la Première chambre civile et la Chambre sociale de la Cour de cassation, puis de sa diffusion des plus importantes dans la jurisprudence, le droit à la preuve est devenue une notion juridique qui impulse de nouveaux mouvements au sein du droit de la preuve. L'importante capacité du droit à la preuve à concurrencer d'autres droits démontre qu'il peut acquérir une portée plus vaste que celle qui se donne à voir dans les premiers arrêts rendus et qui ne se limite pas au conflit de droits avec le respect de la vie privée et personnelle. Les arrêts des différentes chambres contribuent ensemble à la délimitation progressive des critères du droit à la preuve, car le fait de préciser si le droit à la preuve peut être réalisé ou non en fonction des circonstances participe de son identification.

**135.** En outre, ces nouvelles dynamiques attachées au droit à la preuve ont une action sur le l'accès aux éléments de preuve et lors de la recevabilité en justice de ces éléments. Si l'illicéité et la licéité probatoire ne se confondent pas, elles semblent désormais ne plus pouvoir être distinguées au prisme de la recevabilité des éléments de preuve en justice.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**136.** Trois phases ont été identifiées afin de démontrer l'émergence latente du droit à la preuve au sein de la jurisprudence. D'abord, l'évolution du droit à la preuve tient à la mobilisation de certains outils juridiques qui ont accéléré sa consécration. Les dispositions relatives aux mesures d'instruction *in futurum* ont été utilisées à la lumière de la conciliation des droits. Ainsi, l'abandon d'une interprétation littérale de l'article 145 du Code de procédure civile a permis de concilier les mesures probatoires et les droits atteints par elles par la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Cette évolution a donc façonné un environnement favorable à l'émergence progressive du droit à la preuve. Dès la fin du XX$^{ème}$ siècle, la matière probatoire a été visée par une revalorisation au sein des conflits de droits.

**137.** Ensuite, le droit à la preuve a été consacré en ces termes lors d'un conflit de droits. Dans le cadre des recours qui lui étaient soumis, la Cour de cassation a reconnu le droit à la preuve, respectant l'interprétation dynamique de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme par la CEDH. Le droit à la preuve s'est inscrit alors dans une démarche plus globale que constitue la recherche d'équilibre probatoire des parties dans le procès. La posture qui a été celle de la Cour de cassation est apparue déterminante dans l'élaboration du droit à la preuve et des règles qui l'animent.

**138.** Enfin, loin d'être une notion éphémère dans l'ordre juridique, le droit à la preuve a bénéficié d'une large diffusion à travers la jurisprudence de la Cour de cassation ces dernières années. La relativité des droits et l'application du contrôle de proportionnalité comme clef de résolution des conflits souligne l'importante capacité concurrentielle du droit à la preuve. Le droit à la preuve étant mobilisé exclusivement dans les arrêts rendus par la Cour de cassation, cela nécessite d'aborder les éléments contentieux du droit à la preuve. C'est ainsi qu'il apparait nécessaire de déterminer l'identification du droit à la preuve en situation contentieuse.

# CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE EN SITUATION CONTENTIEUSE

**139.** Dès sa consécration, le droit à la preuve a bousculé un certain nombre de constructions juridiques en droit positif français. Cette partie de l'étude a pour objectif d'analyser de manière générale les mouvements du droit à la preuve en situation contentieuse.

**140.** D'abord, bien que le droit à la preuve connaisse une certaine plasticité en fonction de la nature des contentieux dans lesquels il s'inscrit[207], la mobilisation du droit à la preuve dans les contentieux du droit du travail fait apparaitre des caractères permanents (**Section 1**). Ces derniers désignent les éléments attachés intrinsèquement au droit à la preuve, indépendamment de la nature du contentieux ainsi que de la qualité des parties au litige. Ces caractères permanents ont été dégagés par la Cour par l'exploitation de certains outils juridiques afin de parvenir à une harmonisation dans l'identification du droit à la preuve. Cela a eu pour conséquence principale de modifier la structure du raisonnement probatoire du juge et plus généralement, son office (**Section 2**).

## Section 1. Les caractères permanents du droit à la preuve

**141.** La vigueur du droit à la preuve est très largement tributaire des actions en justice entreprises par les justiciables. En effet, « les normes juridiques ne font rien d'elles-mêmes sur le plan de l'action » car « les règles gouvernent les actions dans la mesure seulement où elles sont mobilisées par des « sujets de droit » ou agents d'application, en fonction de la connaissance qu'ils en ont, de leurs intérêts, de leurs intentions civiques ou de leur zèle »[208]. Les mécanismes du contentieux permettent au droit à la preuve de s'actualiser et en dessinent progressivement les contours. Cette coloration particulière prend la forme de caractères permanents. Au nombre de deux, ces caractères permettent l'identification de la notion. Ainsi, la dimension matérielle du droit

[207] V. partie 2, titre 1, chapitre 1, p 309 et s.

[208] A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, 208.

à la preuve se traduit essentiellement par l'existence d'un élément de preuve litigieux (**§I**). Le droit à la preuve se manifeste par l'existence d'un élément de preuve initialement controversé. Ce critère matériel fait donc naître l'existence d'un critère fonctionnel, dont la teneur renvoie à la recherche de légitimation judiciaire de l'élément de preuve litigieux (**§II**). Cette recherche de légitimation renvoie à la substance de l'égalité des armes, lorsqu'un plaideur doit justifier du bien-fondé de la demande ou de l'offre de preuve litigieuse devant un tribunal.

## I. Un critère matériel : un élément de preuve litigieux

**142.** Afin de déterminer les contours du droit à la preuve, un essai de définition de l'élément de preuve litigieux est nécessaire (**A**). L'emploi du terme litigieux permet de désigner la controverse autour d'un élément de preuve produit ou demandé en justice. En accord avec le concept élaboré par la doctrine, le caractère litigieux de l'élément de preuve est rattaché aux notions d'offre et de demande de preuve (**B**).

### A) Essai de définition

**143.** À la lumière des arrêts de la Cour de cassation, nous proposons la définition suivante : un élément de preuve litigieux est *un élément de preuve existant, matériel, doté d'un haut degré de pertinence qui revêt cependant un caractère irrecevable au vu des dispositions législatives et jurisprudentielles en vigueur*. De cette proposition de définition ressortent deux éléments essentiels. D'une part, l'élément de preuve litigieux est un élément de preuve matériel et doté d'un haut degré de pertinence (**1**). D'autre part, l'offre ou la demande de preuve litigieuse est un élément de preuve, par principe, irrecevable en justice en raison de son illicéité (**2**).

### *1. Un élément matériel d'un haut degré de pertinence*

**144.** D'abord, l'élément de preuve litigieux doit être existant et matériel (**a**). Ensuite, il doit avoir un haut degré de pertinence car cet élément requiert une proximité importante avec le fait à prouver (**b**).

#### a) Un élément existant et matériel

**145.** Un élément de preuve existant est un élément qui possède une réalité dans le présent. Cet élément, qui peut potentiellement servir à prouver les faits allégués par un plaideur, peut être produit de manière spontanée ou être dans les mains de l'adversaire, voire d'un tiers au litige porté devant les tribunaux. Pour cette raison, on préfèrera la qualification d'élément existant à celle d'élément disponible, l'élément de preuve litigieux n'étant pas nécessairement disponible pour un plaideur.

**146.** Les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile font référence à l'existence d'un élément de preuve lorsqu'il est évoqué la conservation ou l'établissement de celui-ci[209]. En effet, la conservation de l'élément de preuve par l'autorité judiciaire, dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum*, présume de l'existence du dit élément. Dans le cadre de l'établissement des preuves, il apparait que l'élément de preuve existe préalablement à toute mesure, mais il n'a pas encore les vertus d'un élément de preuve judiciaire. L'existence relevée de l'élément est donc d'abord extrajudiciaire avant d'être incorporé dans une démonstration probatoire cohérente et argumentée.

**147.** Dans l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation du 11 décembre 2019[210], un salarié plaideur avait demandé au juge d'ordonner une mesure d'instruction *in futurum* afin que son employeur communique certains documents relatifs aux parts variables de rémunération des

[209] « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

[210] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

autres salariés afin d'apporter la preuve de l'inégalité de traitement dont il s'estimait victime. Les dispositions concernant les parts variables de rémunération n'ont pas de finalité probatoire *stricto sensu*. Mais ces documents, en lien direct avec le fait à prouver, s'ils ne sont pas encore dans le débat judiciaire, peuvent potentiellement avoir le caractère de preuves en justice dont la valeur probante doit être appréciée par le juge.

**148.** L'élément de preuve doit certes exister, mais également être matériel. Nous entendons par là que l'élément doit être concret et vérifiable par l'autorité judiciaire, que sa nature soit numérique ou non. Le juge doit pouvoir reconnaitre au document sa fiabilité ou son authenticité, notamment lorsque l'élément de preuve est numérique. En effet, la preuve numérique ne cesse d'occuper une place importante au sein du droit positif depuis quelques années[211]. Par principe, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que des SMS (Short Message Text)[212], des courriers électroniques[213] ou encore des messages vocaux laissés sur répondeur[214] étaient recevables à titre de preuve. Dans l'arrêt du 22 mars 2011 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation[215], les interrogations liées à l'authenticité du mail produit par le plaideur étaient au cœur de la décision. La Cour d'appel avait retenu que le mail ne se trouvait pas dans la boîte mail du plaideur et qu'il était possible que le mail ait été fabriqué par lui. L'absence d'authenticité ôtait alors à l'élément son caractère probant bien que l'élément soit considéré comme une preuve en justice.

**149.** L'élément de preuve litigieux doit remplir les conditions de la matérialité dans la mesure où l'élément peut avoir le caractère de preuve en justice qui ne doit pas être confondu avec l'appréciation de sa valeur probante. En outre, il doit être doté d'un haut degré de pertinence, établissant un lien direct avec le fait à prouver.

---

[211] Notamment depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[212] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *Bull. civ.* V, n° 84, note J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2007, p. 951 ; note R. PERROT, *RTD civ.* 2007, p. 637 ; note A. FABRE, *D.* 2007, p. 1590.

[213] Cass. Soc., 22 mars 2011, n° 09-43.307, inédit.

[214] Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *Bull. civ.* V, n° 31.

[215] V. supra n° 120.

b) Un élément doté d'un haut degré de pertinence

**150.** Lorsque l'on évoque la pertinence, il convient de distinguer la pertinence du fait de la pertinence de la preuve[216]. En effet, « la pertinence est une règle dont le domaine d'application ne se limite pas à l'objet de la preuve » car le juge peut considérer « que le fait allégué ne permet pas de soutenir l'allégation ou qu'il est trop imprécis pour atteindre ce but (...) »[217]. L'examen de la pertinence de la preuve porte sur l'élément de preuve en lui-même et sur son efficacité à rapporter la preuve de ce qui est allégué par le plaideur. L'interrogation principale que pose la pertinence de la preuve porte sur l'utilité de l'élément de preuve apporté de manière spontanée ou demandé au juge.

**151.** Il convient de préciser que, dans les pays de Common Law, prévaut une toute autre approche de la pertinence (*relevance*), qui renvoie à la capacité d'un élément de preuve à rendre le fait à prouver plus ou moins probable[218]. Cette approche est notamment celle des *Federal Rules of Evidence (FRE)* aux États-Unis qui définit la preuve pertinente à l'article IV, règle 401 (*relevant evidence*)[219]. Nous prendrons le parti ici d'analyser la pertinence de l'élément de preuve comme synonyme de son utilité, car la pertinence renvoie au concept plus large d'utilité[220]. Madame Aurélie Bergeaud a souligné l'idée selon laquelle « pour que l'intérêt probatoire d'une offre ou d'une demande de preuve soit caractérisé, il est nécessaire que les faits que celle-ci vise à établir soient utiles à la solution du procès. Si tel n'est pas le cas, l'initiative est irrecevable ; le droit à la preuve n'existe pas »[221]. D'autres auteurs rejoignent cette position en affirmant que « la pertinence

[216] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2015, coll. « Thémis droit », p. 168.

[217] *Ibid.*

[218] T. ANDERSON, D. SCHUM, W. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge university press, 2005, 2nd ed., p. 63 et s.

[219] « Evidence is relevant if it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be the evidence; and the fact is of consequence in determining the action ».

[220] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve, op. cit.* n° 216, p. 167 : « Une étude approfondie a permis d'établir que le critère de la pertinence était englobé dans le concept plus large d'utilité ».

[221] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 96, p. 314.

ne serait que l'élément principal de l'idée d'utilité »[222]. À la suite de Gilbert Porre, Jean Chevallier précisait en 1956 que le fait pertinent est « celui qui se rapporte au litige et dont la preuve est utile à l'instruction de l'affaire »[223].

**152.** Cette notion de pertinence a une importance particulière dans le cadre du droit à la preuve. Comme tout élément de preuve, l'offre et la demande de preuve litigieuses doivent respecter cette exigence de pertinence. S'agissant de la demande de preuve, celle-ci doit être utile pour la résolution du litige[224]. L'arrêt du 16 mars 2021 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation illustre cette affirmation[225]. Dans cette affaire, une salariée avait demandé à la formation de référé du conseil de prud'hommes la production forcée de documents par l'employeur, comprenant les bulletins de paie non anonymisés de dix hommes afin d'apporter la preuve de la discrimination en raison du sexe dont elle s'estimait victime. La cour d'appel avait débouté la salariée de ses demandes en refusant d'ordonner la production afin de garantir la protection des données personnelles des salariés. Sur le seul fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Chambre sociale a estimé « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ». L'utilité de la production forcée dans cette affaire semble évidente en raison de l'objet de la preuve. Les bulletins de paie des salariés de sexe masculin dont la production forcée était demandée pouvaient apporter la preuve d'un écart de rémunération, laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison du sexe. La question de la pertinence ici est implicite car elle semble subsumée par le conflit de droits en présence, mais elle est évaluée à l'aune de deux critères. L'objet du litige permet de déterminer la cohérence entre l'élément de preuve demandé et l'objet de la

[222] G. PORRE, *Le fait pertinent*, Th. Univ. Aix-Marseille, 1937, p. 78, cité par A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, p. 315.

[223] J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, Chronique IX, pp. 37-40.

[224] Cass., Civ. 2ème, 29 septembre 2011, n° 10-24.684, inédit.

[225] Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

preuve, dès lors que le plaideur doit apporter des éléments en lien avec les prétentions, source de l'objet du litige. Le deuxième critère qui apparait en filigrane dans cet arrêt repose sur la prise en considération des degrés de charge de la preuve[226]. En effet, le plaideur avait demandé la communication des documents, qui pris dans leur ensemble, pouvaient permettre de supposer l'existence d'une discrimination en raison du sexe.

**153.** Il en est de même en cas de production spontanée d'un élément de preuve litigieux. L'arrêt du 30 septembre 2020 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation[227] illustre l'idée que l'offre de preuve, dans le cadre du droit à la preuve, est également soumise à l'exigence de haut degré de pertinence de la preuve. Lorsque, dans cette affaire, l'employeur a produit la capture d'écran de la collection publiée sur un compte Facebook privé par l'une de ses salariés afin d'apporter la preuve de la faute grave du licenciement, l'élément de preuve a été produit spontanément. Cet arrêt soulevait la question de la conciliation du droit à la preuve et du respect de la vie privée de la salariée mais aussi celle de la pertinence de cet élément de preuve. Cette dernière s'analyse à deux niveaux. D'une part, le contenu de l'élément est suffisamment pertinent pour apporter la preuve de la faute grave. L'objet des captures d'écrans portait directement sur la justification de la faute grave du licenciement. D'autre part, les contours de l'élément de preuve présenté sont suffisamment délimités car l'employeur ne produisait que les pages du compte Facebook présentant la nouvelle collection vestimentaire et ne communiquait que les contacts avec des salariés de sociétés concurrentes.

**154.** Le droit à la preuve n'échappe donc pas à l'exigence de pertinence. Cependant, le droit à la preuve est doté d'une certaine « aptitude concurrentielle »[228] qui confère un haut degré de pertinence à l'élément de preuve litigieux. Intervient dans ce schéma l'appréciation de l'objet de la preuve. Le haut degré de pertinence de l'élément de preuve litigieux s'apprécie en raison de son

[226] V. partie 1, titre 2, chapitre 1, p. 91 et s.

[227] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

[228] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 227, p. 544.

objet, car il doit avoir un lien direct avec le fait à prouver. Ainsi, le haut degré de pertinence de l'élément de preuve litigieux renvoie à son lien direct avec le fait à prouver par l'intermédiaire de son objet. L'élément de preuve litigieux peut suffire par lui-même à convaincre les juges du fond du bien-fondé des prétentions, dès lors que le degré de proximité avec le fait à prouver est d'une forte intensité. Le caractère litigieux tient quant à lui à l'illicéité de l'élément de preuve.

### *2. Le caractère litigieux au moyen de l'illicéité*

**155.** Le droit à la preuve met en exergue une pluralité de termes. L'élément de preuve peut être considéré comme litigieux ou comme illicite, voire *a priori*, irrecevable. Il est important de clarifier ce qui se distingue ces différents termes.

**156.** Le caractère litigieux d'un élément de preuve désigne le fait que cet élément, produit ou demandé par un plaideur, soit mis en débat dans un litige ou qu'il en soit l'objet principal[229]. La mise en débat d'un élément de preuve repose sur l'existence d'une ou de plusieurs sources litigieuses. Le débat peut porter sur la force probante d'un élément de preuve ou sur le caractère licite ou non. Dans le cadre du droit à la preuve, la source litigieuse provient du caractère illicite de l'élément de preuve (**a**). La sanction de l'illicéité de l'élément de preuve se traduit par son irrecevabilité en justice prononcée par les juges du fond (**b**). Le tryptique lexical repose alors sur une source ainsi qu'une sanction qui apparait potentiellement fictive.

#### a) La source litigieuse : l'illicéité de l'élément de preuve

**157.** Le caractère litigieux de l'élément de preuve ne se confond pas avec l'illicéité de l'élément de preuve. L'élément de preuve, objet d'un débat juridique soumis aux juges du fond, est déterminé par son caractère illicite. L'illicéité d'un élément de preuve renvoie « à ce qui est contraire à la loi » ou plus généralement, « à ce qui est contraire au Droit », comprenant l'ordre public et les bonnes mœurs, qui fait apparaitre la notion de moralité[230]. L'élément de preuve est mis en débat

[229] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 620.

[230] *Ibid*., p. 519.

devant un tribunal, car la production ou la demande dont il est l'objet est contesté par un autre plaideur. La contestation peut alors porter sur deux éléments de manière alternative. D'abord, l'élément de preuve peut être contesté lorsque les conditions d'obtention ont pour effet de porter atteinte à un droit, notamment en cas de violation des conditions de licéité prévues par la loi. L'arrêt du 22 mars 2023[231] rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation illustre ce premier cas de contestation. En l'espèce, un employeur a licencié pour faute grave un salarié après avoir constaté un nombre de kilomètres important effectué par le salarié en utilisant le système de géolocalisation installé sur le véhicule professionnel en dehors du temps de travail. Afin de justifier le licenciement dont la cause réelle et sérieuse était contesté en justice par le salarié, l'employeur a produit aux débats les données issues du système de géolocalisation. L'élément de preuve a été déclaré illicite, dès lors que le système de géolocalisation a été utilisé dans une finalité autre que celle déclarée par l'employeur, en dehors du temps de travail, ayant pour effet de porter atteinte à la vie privée du salarié. La contestation du salarié relativement à la production en justice constitue le point de départ de la reconnaissance du caractère litigieux de l'élément de preuve. Le débat reposait alors sur le fait de savoir si l'élément de preuve possédait un caractère illicite, ce qui a déclaré par les juges du fond, puis confirmé par la Cour de cassation.

**158.** Ensuite, l'élément de preuve peut être contesté en justice dès lors qu'il porte une atteinte à un autre droit[232]. Dans ce cas, les salariés plaideurs qui demandent au juge d'ordonner la production des bulletins de paie et les contrats de travail des autres salariés portent une atteinte au droit au respect de la vie personnelle en raison des données que ces documents contiennent[233].

**159.** Ainsi, le caractère litigieux trouve sa source dans l'illicéité d'un élément de preuve produit ou demandé par un plaideur. La conséquence d'un élément de preuve illicite se traduit par le prononcé de la sanction tirée de l'irrecevabilité.

[231] Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

[232] V. infra, spéc. p. 305 et s.

[233] V. not. Cass. Soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238, à paraitre au bulletin.

b) L'irrecevabilité : la sanction fictive de l'illicéité

**160.** Si l'élément de preuve est considéré comme illicite, les juges du fond sont tenus de prononcer l'irrecevabilité de la production ou de la demande de preuve. Le prononcé de l'irrecevabilité ou de la recevabilité des éléments de preuve constitue le résultat alternatif tiré « [d'un] processus par lequel le juge étudie la possibilité de la demande à être examinée au fond »[234]. Si l'élément de preuve est déclaré irrecevable, et en l'absence d'autres éléments de preuve, les juges doivent rejeter les prétentions du plaideur. Ce schéma linéaire est modifié en conséquence par le droit à la preuve.

**161.** Le droit à la preuve a modifié de manière structurelle le raisonnement tiré de l'irrecevabilité en justice des éléments de preuve illicites. Le prononcé de l'irrecevabilité ne relève plus seulement du constat de l'illicéité des éléments de preuve, mais constitue la sanction d'un élément de preuve qui aurait porté une atteinte trop importante à un autre droit, justifiée par la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité. L'irrecevabilité n'est donc pas la sanction automatique d'une illicéité de preuve car une telle sanction n'apparait qu'à l'issue d'un raisonnement de conciliation entre deux droits.

**162.** En résumé, l'illicéité d'un élément de preuve litigieux n'entraine pas son rejet, mais sa mise en débat dans le litige soumis à un tribunal. L'irrecevabilité ne pourra être prononcée que si l'élément de preuve litigieux ne réussit pas les étapes du contrôle de proportionnalité. L'élément de preuve litigieux au moyen d'une illicéité constatée peut prendre deux formes.

B) Les formes de l'élément de preuve litigieux

**163.** La description doctrinale du droit à la preuve a souvent fait référence à deux aspects, l'offre de preuve qui se définit comme la possibilité d'apporter les éléments de preuve dont on dispose devant un tribunal et la demande de preuve qui permet à tout plaideur de solliciter l'aide du juge

[234] I. ACLOMBESSI, *Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir*, Th. Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, D'Abomey Calavi, soutenue le 12 juin 2019, p. 24.

en cas de difficultés probatoires avérées[235]. Cependant, la reconnaissance du droit à la preuve en droit positif a permis d'introduire « une dualité fortement renouvelée »[236] de ces deux aspects. En affirmant sa capacité à concurrencer d'autres droits, l'offre de preuve est renouvelée par sa dimension litigieuse (**1**) de la même manière que la demande de preuve (**2**).

### *1. L'offre de preuve litigieuse*

**164.** L'offre de preuve litigieuse constitue la production volontaire et spontanée d'un plaideur d'un élément de preuve qui porte atteinte à un autre droit de façon directe ou indirecte[237]. Les arrêts du 9 novembre 2016 et du 30 septembre 2020 précédemment cités[238] en offrent des exemples.

**165.** Dans l'arrêt du 30 septembre 2020 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, l'employeur avait produit spontanément une capture d'écran de la nouvelle collection de vêtements Petit Bateau diffusée par la salariée licenciée avant sa sortie officielle, afin d'apporter la preuve de la faute grave justifiant le licenciement. Cette capture d'écran lui avait été remise spontanément Le caractère litigieux en l'espèce résidait non seulement dans l'atteinte à la vie privée de la salariée licenciée mais aussi dans l'évaluation de la loyauté de la preuve. Il s'agissait de savoir si l'obtention de l'élément de preuve à partir d'un compte Facebook privé sans y être autorisé ne constituait pas une preuve illicite, dont l'irrecevabilité pouvait être prononcée après la mise en œuvre du raisonnement de proportionnalité.

**166.** L'arrêt du 9 novembre 2016 traitait quant à lui de la production de documents de décomptes d'horaires ainsi que de contrats de travail, de bulletins de salaire et de lettres écrites par des salariés

---

[235] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, v. supra n° 132 ; G. GOUBEAUX, Le droit à la preuve, *op. cit.* n° 6 ; G. LARDEUX, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ*. 2017, p. 1.

[236] C. MATHIEU, « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité », *RDT* 2020, p. 652.

[237] V. spéc., p. 305 et s.

[238] Cass. Soc., 9 novembre 2016, *op. cit*. n° 81, p. 37 ; Cass. Soc., 30 septembre 2020, v. *supra* n°131.

par un syndicat afin de faire sanctionner en justice le non-respect du repos dominical dans l'entreprise. Cette production était contestée à deux niveaux. D'une part, la collecte des éléments de preuve avait été faite par les représentants du personnel dans le cadre de la consultation des documents de décomptes d'horaires prévus à l'article L. 3171-2 du Code du travail. Le débat portait alors sur l'interprétation de cette disposition législative sous un angle probatoire. D'autre part, cette production de document portait atteinte au respect de la vie personnelle des salariés en raison du contenu des documents produits par le syndicat. Les éléments litigieux concernent ainsi tant l'offre de preuve que la demande de preuve en justice.

### 2. *La demande de preuve litigieuse*

**167.** La demande de preuve constitue la seconde dimension du droit à la preuve[239]. Celle-ci renvoie à la possibilité pour le plaideur de demander un ou plusieurs éléments de preuve par le biais d'outils juridiques à disposition des juges judiciaires portant potentiellement atteinte à un autre droit. Cette description fait écho au « droit à la préconstitution de la preuve »[240] litigieuse, qui résulterait de la combinaison de l'article 10 du Code civil et de l'article 145 du Code de procédure civile. Les mesures d'instruction *in futurum* constitueraient un droit à obtenir des éléments de preuve en vue d'un futur procès dès lors que les plaideurs doivent collaborer « en vue de la manifestation de la vérité ».

**168.** Les arrêts de la chambre sociale de la Cour cassation reflètent les mutations qu'ont connues les mesures d'instruction des articles 143, 145 et 146 du Code de procédure civile. Dans le contentieux social, les demandes de preuve litigieuses se matérialisent par des mesures d'instruction *in futurum*. Les demandes de mesures d'instruction peuvent permettre la preuve d'une discrimination en raison des activités syndicales[241], d'une discrimination en raison du sexe[242] ou

[239] Depuis la reconnaissance du droit à la preuve, de nombreux arrêts portent sur l'articulation entre le droit à la preuve, matérialisé par les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile et le respect de la vie privée ou de la vie personnelle des salariés.

[240] G. GOUBEAUX, *Le droit à la preuve*, p. 283, v. supra n° 6.

[241] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, *op. cit* n° 42.

[242] Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, *op. cit.* n° 130.

encore d'une inégalité de traitement[243]. Ces mesures disposent d'une meilleure visibilité au sein des outils juridiques dont peut se servir le plaideur ; elles intègrent le caractère litigieux qu'induit le droit à la preuve dans un conflit de droits ce qui évite de se voir opposer systématiquement un refus de la part du juge.

**169.** Rompant avec la logique linéaire qui établissait entre recevabilité et licéité une relation d'équivalence, le caractère illicite de l'élément de preuve accorde une vigueur particulière au droit à la preuve dans le contentieux judiciaire. En effet, en l'absence d'un élément de preuve illicite, le droit à la preuve n'a pas vocation à être discuté, car l'absence d'une atteinte potentielle à un autre droit, directe ou indirecte, ne pourrait être constatée. La dimension contentieuse du droit à la preuve permet d'actualiser et de débattre sur la teneur juridique de ce droit. L'élément de preuve litigieux, comprenant l'illicéité dont il en est le résultat, constitue ainsi un point préalable à l'identification du droit à la preuve en situation contentieuse. Si l'élément de preuve litigieux peut être désormais discuté, c'est parce que le droit à la preuve cherche à garantir la légitimation de cet élément en justice.

## II. Un critère fonctionnel : la légitimation d'un élément de preuve litigieux

**170.** La fonction du droit à la preuve est de légitimer un élément de preuve litigieux. Fonction et finalité ne doivent pas être confondues ; c'est pourquoi il convient de les distinguer (**A**). La fonction du droit à la preuve, qui réside dans la recherche de légitimation d'un élément de preuve litigieux en justice, est illustrée dans les arrêts de la Haute juridiction (**B**).

### A) Distinction entre fonction et finalité

**171.** La fonction désigne ici le rôle qui est attribué au droit à la preuve. Le droit à la preuve interroge la recevabilité d'un élément de preuve. Lorsque les juridictions mettent en balance le droit à la preuve avec un droit de protection passif, le juge apprécie le droit à la preuve comme un

[243] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

droit qui garantit un élément de preuve matériellement vérifiable, qui doit être nécessaire et proportionné au but recherché.

**172.** Quant à la finalité du droit à la preuve, celle-ci constitue le prolongement de sa fonction de légitimation car elle en définit le but : quels objectifs poursuit le droit à la preuve lorsque l'on recherche à rendre recevable un élément de preuve litigieux ? La réponse appelle à formuler plusieurs finalités poursuivies par le droit à la preuve. Lorsque l'on est en présence d'un conflit de droits, le droit à la preuve a pour fonction de légitimer un élément de preuve litigieux dans le but de favoriser la manifestation de la vérité. Mais le droit à la preuve a aussi pour fonction de légitimer un élément de preuve litigieux afin d'harmoniser l'équilibre probatoire entre les plaideurs. Il convient de préciser que ces deux finalités, bien qu'elles soient distinctes, peuvent être simultanément prises en considération par les juges. L'appréciation d'un élément de preuve litigieux peut avoir pour finalité la manifestation de la vérité dans le procès et l'équilibre probatoire des plaideurs ; celles-ci peuvent donc être conciliées.

**173.** La finalité de la preuve comme concourant à la manifestation de la vérité occupe depuis longtemps une place prépondérante dans les écrits doctrinaux[244]. Peu à peu, le débat s'est déplacé de la recherche de vérité à la recherche de la conviction du juge[245], car « la preuve judiciaire, qui comme toute preuve historique, ne peut conduire à une certitude absolue, a pour effet de convaincre

[244] J. DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », 2ème éd., t. II, 1691, p. 352 : « on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité » cité par E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, , *op. cit.* n° 123, p. 6, n° 4 ; G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, t. II, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc » ; H. HOUBRON, *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004 ; E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés : remarques sur l'adage « nemo tenetur edere contra se »*, th. Paris, 1967 ; X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996, n° 23, pp. 31-39 ; J.-M. LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société* 1998, n° 38, pp. 21-32 ; M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, Journées Pays-Bas/Belgique, pp. 815-849 ; C. BRUNELLE, M. SAMSON, « L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 54 (2-3), 2013, pp. 223-253 ; E. BONNIER, *Traité théorique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 5ème éd. Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par M. LARNAUD Ferdinand, 1888, p. 18.

[245] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Libraire générale de Paris, 1923, 9ème éd., t. II.

le juge, en cette qualité, des faits sur lesquels elle porte »[246]. Cependant, la rupture ainsi réalisée ne doit pas être exagérée. En effet, « ces deux aspects sont l'un et l'autre liés à la preuve en justice »[247], la vérité étant « la dimension téléologique de la preuve »[248]. La recevabilité d'un élément de preuve illicite fait entrer dans le débat des éléments supplémentaires qui permettent d'approcher au plus près de la vérité[249]. Lorsque, par l'intermédiaire du droit à la preuve, une salariée demande au juge d'ordonner la production sous astreinte des bulletins de salaire non anonymisés afin d'apporter la preuve de la discrimination en raison du sexe[250] dont elle s'estime victime, ces documents permettent de rendre compte d'une conformité entre les allégations et prétentions de la salariée, les éléments probatoires et la réalité. Ils permettent aussi d'asseoir la conviction du juge sur les faits ; qu'il estime ou non que le fait est prouvé, il en tire les conséquences.

**174.** À côté de cette première finalité, une autre irrigue cette étude, celle relative à la recherche d'un équilibre probatoire entre les plaideurs. Explicité dans l'introduction de cette étude, le droit à la preuve a pour fonction en droit du travail la légitimation judiciaire d'un élément litigieux et a pour objectif, aux côtés de la manifestation de la vérité, la recherche d'équilibre des armes probatoires entre les plaideurs. Cette posture s'explique par l'influence de la notion de procès équitable tirée de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dès l'origine du droit à la preuve, la Cour de cassation n'a cessé de faire référence au procès équitable, que ce soit dans les visas ou dans ses attendus. Lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation précise que « « l'illicéité d'un moyen de preuve, (...) n'entraine pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du

[246] C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5ème éd., par Bartin, t. XII, p. 63.

[247] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit*. n° 123, p. 7.

[248] *Ibid.*

[249] O. LECLERC, « Le droit à la preuve et la recherche de vérité dans les litiges du travail », *RDT* 2020, p. 655.

[250] Cass. Soc., 16 mars 2021, v. supra n° 148.

salarié et le droit à la preuve (...) »[251], elle considère que le droit à la preuve est un instrument d'équilibre à travers la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

**175.** Ainsi, la référence à la notion de procès équitable influence les conditions d'application du droit à la preuve. Cependant, il semble plus adéquat d'utiliser l'expression d'équilibre probatoire que celle d'équité dans la preuve[252]. Le terme équilibre désigne véritablement l'opération de conciliation des droits de manière objective. L'équilibre est interprété en fonction des données factuelles, des parties en présence, de l'objet du litige ainsi que de la mise en œuvre des conditions de la proportionnalité. Spécifiquement aux parties en présence, l'identification de la qualité de chacun de plaideurs permet de soutenir l'idée que l'équilibre probatoire constitue l'une des finalités poursuivies par le droit à la preuve.

**176.** Pour conclure, il apparait que la distinction entre la fonction du droit à la preuve (la recherche de légitimation d'un élément de preuve litigieux) et les finalités du droit à la preuve (la recherche effective d'un équilibre probatoire et de la manifestation de la vérité) est nécessaire. En effet, le critère fonctionnel apporte un élément supplémentaire de compréhension du droit à la preuve en situation contentieuse. Si la finalité principale poursuivie par le droit à la preuve est l'équilibre probatoire dans le procès, il apparait que la recherche de légitimation d'un élément de preuve litigieux est non seulement, un mécanisme interne au droit à la preuve qui permet au droit de s'actualiser, mais aussi un mécanisme qui tend vers l'équilibre. Par conséquent, la fonction constituerait un moyen de parvenir à la finalité de l'équilibre. En outre, la fonction du droit à la preuve permet à ce droit d'être reconnu à tout plaideur.

[251] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, *op. cit*. n° 139.

[252] V. supra, p. 35 et s.

B) La légitimation de l'élément de preuve par l'application du contrôle de proportionnalité : le caractère symétrique du droit à la preuve

**177.** La légitimation d'un élément de preuve litigieux se caractérise à deux niveaux. D'abord, par le jeu du droit à la preuve, l'élément de preuve illicite ne doit pas être systématiquement déclaré irrecevable par le juge. Ensuite, et c'est là une conséquence, l'élément de preuve reçu en justice peut jouer un rôle décisif dans le succès des allégations et prétentions du plaideur. Lors de cette deuxième étape, le droit à la preuve déploie sa capacité concurrentielle face aux autres droits. La résistance de la capacité concurrentielle du droit à la preuve se mesure ainsi lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

**178.** La proportionnalité est une « question classique et récurrente » en droit du travail[253], qui permet de « contrôler la nécessité et l'adéquation de la mesure (...) lorsque sont mis en concurrence des libertés ou le droit des personnes »[254]. Ainsi, le contrôle de proportionnalité connait un essor considérable. Deux conditions cumulatives doivent être mises en œuvre par le juge : d'abord le caractère nécessaire ou indispensable de la mesure[255] ; ensuite, la proportion de l'atteinte par rapport au but recherché[256].

**179.** L'usage de cette technique de raisonnement menée *in concreto* implique un assouplissement dans l'examen de la légitimation d'un élément de preuve litigieux ; elle vivifie le critère fonctionnel du droit à la preuve. Le contrôle de proportionnalité comme technique de raisonnement des conflits de droit fait émerger certaines facettes des droits eux-mêmes, objets du

[253] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 133 ; I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52 ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ».

[254] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », *ibid.*

[255] V. supra, p. 41.

[256] V. infra, p. 252.

contrôle. En effet, à travers la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, le droit à la preuve révèle son caractère symétrique. Celui-ci doit se comprendre de deux manières. D'une part, tout plaideur peut invoquer le droit à la preuve en droit social, qu'il ait la qualité d'employeur, de syndicat ou de salarié. L'invocation du droit à la preuve ne peut être refusé au regard de la seule qualité de l'une ou l'autre des parties. D'autre part, le droit à la preuve s'apprécie à l'aune des mêmes conditions pour chaque catégorie de plaideurs. Les conditions du contrôle de proportionnalité doivent être appliquées par le juge lors de l'examen du conflit de droits. L'harmonisation des conditions du contrôle de proportionnalité a pour conséquence d'accorder le bénéfice du droit à la preuve à tout plaideur.

**180.** La reconnaissance du droit à la preuve par la chambre sociale de la Cour de cassation ainsi que sa jurisprudence sur les mécanismes de facilitation dans l'obtention des preuves par le salarié aurait pu donner à penser que le droit à la preuve existait au seul bénéfice du salarié. Depuis la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 2016 relative au droit à la preuve d'un syndicat, de nombreux arrêts font référence au droit à la preuve du salarié[257]. Il a fallu attendre un arrêt du 30 septembre 2020[258] pour que le droit à la preuve de l'employeur soit consacré, puis réitéré par l'arrêt du 25 novembre 2020[259]. Il faut rappeler que la reconnaissance juridique d'un droit à la preuve appartenant à l'employeur n'était pas imprévisible, au regard de l'arrêt rendu par la chambre sociale le 23 mai 2007[260] qui mettait déjà en perspective les prémices d'un droit à la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés[261].

---

[257] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit ; Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit ; Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, *à paraitre au bulletin,* note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* n° 6, février 2021, 1036 ; Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, *à paraitre au bulletin*, note B. BOSSU, *JCP S* avril 2021, 1111 ; v. également CA Paris, Pôle 6, ch. 4, 12 février 2020, n° 17/15229 ; CA Bourges, ch. soc., 26 mars 2021, n° 19/01169.

[258] *op. cit.* n° 112.

[259] *op. cit.* n° 139.

[260] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *Bull. civ.* V, n° 84, note J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2007, p. 951 ; note R. PERROT, *RTD civ.* 2007, p. 637 ; note A. FABRE, *D.* 2007, p. 1590.

[261] Sur ce point, v. supra, p. 40 et s.

**181.** Le caractère symétrique du droit à la preuve conduit à affirmer que les possibilités qui s'ouvrent en justice au salarié le sont de la même manière pour l'employeur. L'interrogation principale se déplace alors vers la réciprocité des avantages probatoires. Cette partie de la réflexion sur le droit à la preuve sera envisagée plus loin[262], mais il convient d'affirmer dès à présent que le droit à la preuve obéit à une règle de symétrie, qui implique l'octroi d'avantages probatoires pour chaque partie. Ce phénomène entraine des conséquences sur la configuration de l'articulation des conflits de droits[263].

[262] Voir infra, p. 188 et s.

[263] V. titre 2, chapitre 2, p. 168 et s.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**182.** Le droit à la preuve est composé de deux éléments. Un critère matériel se traduit par l'existence d'un élément de preuve litigieux. Cet élément de preuve litigieux renferme un élément existant et matériel, doté d'un haut degré de pertinence, fondé sur son lien direct avec le fait à prouver. Il est également contesté dans sa recevabilité. Le schéma invite à identifier une source, puis une sanction que l'on peut qualifier de potentiellement fictive. D'abord, l'élément de preuve est litigieux en raison du caractère illicite de la production ou de la demande de preuve. Du fait de son illicéité, l'élément de preuve devrait être, en principe, sanctionné par son irrecevabilité en justice. Cependant, le droit à la preuve modifie substantiellement cette logique linéaire, dans la mesure où le prononcé de l'irrecevabilité potentielle est différée après la mise en œuvre des conditions du raisonnement de proportionnalité.

**183.** Dans le cadre du procès, le critère fonctionnel du droit à la preuve tend à dépasser l'irrecevabilité de principe par la légitimation de l'élément de preuve litigieux. La légitimation d'un élément de preuve litigieux peut être rythmé par plusieurs finalités, la manifestation de la vérité ou la recherche d'un équilibre probatoire entre les plaideurs. En droit du travail, il semble que le droit à la preuve soit, *a priori*, un instrument d'équilibre entre l'employeur et le salarié.

**184.** La structure du droit à la preuve introduit ainsi une certaine complexité à laquelle doit faire face le juge ; son office s'en trouve alors renforcée.

## Section 2. Le renforcement du rôle du juge

**185.** « Le droit à la preuve intervient dans des situations de conflits de droits »[264] qui sont ancrés dans un système de liberté de la preuve. Ce système, traditionnellement opposé au système de preuve légale, n'impose pas de règles particulières quant à la valeur probante que les juges doivent reconnaitre aux moyens de preuve. L'affaiblissement du système de la preuve légale en Europe témoigne « d'une confiance accrue dans l'institution judiciaire et dans sa capacité à apprécier correctement les preuves »[265]. Ces éléments de preuve se sont progressivement diversifiés sous l'empire des progrès scientifique et technologique en matière probatoire. Dans ce contexte, l'office du juge a évolué. Cette évolution a été amplifiée par le droit à la preuve. On peut discerner une volonté marquée de la Haute juridiction de garantir le droit à la preuve en imposant, aux juges du fond, les règles d'application (**§I**). En présence d'un conflit de droits dans lequel le droit à la preuve est présent, les juges du fond sont guidés par ces règles. Néanmoins, celles-ci entrainent certain nombre de conséquences sur l'office du juge (**§II**).

### I. Les exigences de la Cour de cassation en matière de droit à la preuve

**186.** Dans l'exercice de sa fonction normative, la Cour de cassation exige des juges du fond une application de la règle de proportionnalité lorsqu'un plaideur a invoqué son droit à la preuve[266]. À cet effet, la Cour de cassation utilise deux outils juridiques. Dans les arrêts relatifs au droit à la preuve, la Haute juridiction rappelle d'abord la manière dont les juges du fond doivent régler le conflit de droits dans un attendu de principe construit en deux temps (**A**). Ensuite, en l'absence

[264] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2ème éd., 2022, coll. « Thémis droit », p. 286.

[265] *Ibid.*, p. 98 ; en France, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1358 du Code civil qui prévoit que « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen » ; v. également pour la matière prud'homale, Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.* V, n° 108, p. 84.

[266] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848, à paraitre au bulletin : « D'une part, il ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que la société, qui s'était bornée à faire valoir qu'elle avait respecté le principe de loyauté de la preuve et ne s'était pas procuré irrégulièrement le procès-verbal de police, avait soutenu en substance devant la cour d'appel que le rejet de la preuve illicite pouvait porter atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble (...) ».

d'application ou de mauvaise application des règles juridiques, la Cour de cassation utilise deux cas d'ouverture à cassation (**B**).

A) La construction d'un attendu de principe

**187.** Dans le cadre de ses fonctions de juge du droit, la Cour de cassation, toutes chambres confondues[267], a harmonisé ses exigences en matière de droit à la preuve par le truchement d'un attendu de principe explicite et limpide, après la mise en œuvre d'une politique jurisprudentielle « des petits pas ».

**188.** Au fil des pourvois formés par les requérants, l'élaboration d'un attendu de principe puise sa source dans la motivation des décisions de justice. Or, « la motivation d'un arrêt jurisprudentiel [prend] des formes différentes selon que l'arrêt élabore la jurisprudence à petit pas ou par arrêt de principe »[268]. Ainsi, « la Cour de cassation ne décide pas d'ordonner cette nouvelle jurisprudence mais énonce la compréhension du droit qui fonde sa décision »[269]. C'est pourquoi, lorsque la Haute juridiction fonde le droit à la preuve sur les articles 6 et 8 de la Convention européenne, 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile, elle met en exergue son interprétation des règles du droit positif tout en s'appuyant sur les évolutions juridiques européennes, menant ainsi à l'adaptation de sa jurisprudence[270]. Afin de parvenir à cette compréhension du droit à la preuve au regard des dispositions en vigueur, il est permis d'affirmer que la Cour de cassation a construit sa jurisprudence de manière progressive pour ensuite abandonner cette démarche au profit de la consécration d'un attendu de principe.

**189.** D'abord, il semble que la Cour de cassation a utilisé la technique des « petits pas » caractérisée par « une évolution du droit se détectant dans la répétition d'un changement des

[267] À l'exception de la Chambre criminelle et de la 3ème Chambre civile de la Cour de cassation.

[268] P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 70.

[269] *Ibid*, n° 68.

[270] P. CHAUVIN, « Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne » », *Gaz. Pal.* 2016, n°43, p. 10.

solutions sans consécration générale »[271] avant de consacrer le droit à la preuve. Ces changements progressifs au sein des arrêts de la Cour de cassation ont été décrits précédemment[272]. La reconnaissance du droit à la preuve dans la décision du 5 avril 2012 par la première chambre civile de la Cour de cassation constitue l'aboutissement du processus de la politique des « petits pas » en matière de droit de la preuve. Il s'est avéré que « l'interprétation ainsi éprouvée est alors mûre pour sa consécration sous forme d'arrêt de principe »[273]. L'arrêt du 5 avril 2012, suivi de celui rendu par la chambre sociale du 9 novembre 2016 parachèvent donc le processus.

**190.** Au visa des articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile ainsi que des articles 6 et 8 de la Convention, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé « [qu']attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[274]. Par cette formulation, la Cour de cassation « énonce l'interprétation retenue (...) sur un mode général et abstrait, à l'instar de la règle législative »[275].

**191.** Les éléments de cet attendu de principe ont été repris par la chambre sociale dans son arrêt du 9 novembre 2016. L'attendu se décomposait en deux parties, l'une portant sur le droit de consultation des documents de décomptes d'horaires de travail des représentants du personnel, l'autre relatif au droit à la preuve. Cette deuxième partie précisait « 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 recherché »[276]. Ces éléments se retrouvent de manière constante dans les arrêts et forment le régime juridique du droit à la preuve. Bien que la formulation soit sensiblement différente d'une

[271] P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 70.

[272] V. chap. préc., p. 39.

[273] P. DEUMIER, *op. cit*. n° 268.

[274] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *op. cit.* n° 1.

[275] P. DEUMIER, supra n° 271.

[276] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, supra n° 190.

chambre à une autre, cela ne permet pas de distinguer de différences substantielles dans l'identification du droit à la preuve.

**192.** Ainsi, la motivation des arrêts rendus par la Cour de cassation permet de comprendre la portée normative[277] qui est accordée au droit à la preuve sous la forme d'un attendu de principe. Lorsqu'elle juge un jugement[278], ces attendus de principe sont présents aussi bien dans des arrêts de rejet[279] que dans des arrêts de cassation[280]. Cependant, les cas d'ouverture à cassation utilisés par la Haute juridiction révèlent davantage l'expression de ses exigences en matière de droit à la preuve.

B) Les cas d'ouverture à cassation retenus

**193.** L'article 604 du Code de procédure civile prévoit que « le pourvoi à cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Le cas d'ouverture à cassation constitue alors « la qualification de la critique adressée à la décision des juges du fond »[281]. Selon Messieurs Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, « seuls sont véritablement dignes d'intérêts les arrêts de cassation fondés sur un grief de fond »[282]. En l'occurrence, les arrêts de la Cour de cassation mobilisent la violation de loi (**1**) et le défaut de base légale (**2**).

[277] H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme » in N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », p. 64.

[278] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, Paris, 2020, 11ème éd., p. 926.

[279] Cass. Soc., 11 décembre 2019, supra n° 107 ; Cass. Soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238, à paraitre au bulletin.

[280] Cass. Soc., 30 septembre 2020, supra n° 131.

[281] X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 2018, 9ème éd., coll. « Méthodes du droit », p. 164.

[282] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, Paris, 2020, 11ème éd., p. 943.

### *1. La violation de la loi*

**194.** La violation de la loi constitue « le cas d'ouverture le plus « noble » » car il permet à la Cour de cassation de « censurer directement le non-respect de la loi »[283]. On rappellera brièvement que c'est par cette technique que la Haute juridiction « exprime le plus clairement sa pensée facilitant ainsi la tâche de l'interprète »[284]. Selon la doctrine, la violation de la loi est divisée en trois catégories : la fausse interprétation de la loi, la fausse qualification des faits et la fausse application ou le refus d'application de la loi[285].

**195.** En matière de droit à la preuve, il apparait que la violation de la loi sanctionne, à titre principal, la fausse interprétation de la loi établie par les juges du fond. Cette hypothèse se traduit par le fait que le juge procède à l'interprétation d'un texte qui manque éventuellement de clarté. Or, cette interprétation ne correspond pas à celle retenue par la Cour de cassation[286]. Dans ce contexte, « il n'y a plus alors violation du *texte* de la loi, mais de son *esprit* »[287], l'esprit du procès équitable dans une perspective de recherche d'équilibre probatoire entre les parties.

**196.** Les arrêts des 9 et 16 novembre 2016 rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation témoignent du recours à ce cas d'ouverture à cassation. Dans l'arrêt du 9 novembre 2016, la Cour de cassation estimait que la cour d'appel avait violé les textes cités dans le visa, à savoir l'article L. 3171-2 du Code du travail, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention des droits de l'Homme ainsi que l'article 9 du Code de procédure civile[288]. Selon la chambre sociale, la cour d'appel a

---

[283] X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, *op. cit.* n° 189.

[284] *Ibid.*

[285] X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, ibid. ; F. FERRAND, « Les cas d'ouverture à cassation en droit français », (https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/69/Ferrand.pdf).

[286] F. FERRAND, *ibid.*

[287] J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 2023/2024, 6ème éd., coll. « Dalloz action », p. 358.

[288] Cass. Soc., 9 novembre 2016, supra n° 2.

donné une mauvaise interprétation de ces textes car l'article L. 3171-2 du Code du travail ne comportait aucune interdiction explicite relative à la reproduction des documents consultés. Ensuite, il était reproché aux juges du fond de ne pas avoir mis en balance le droit à la preuve et la vie personnelle des salariés dès lors qu'une atteinte avait été relevé. Dans cet arrêt, la Cour de cassation exerce pleinement sa fonction normative[289]. Elle édicte ainsi sa propre interprétation de l'ensemble des textes cités dans le visa, en rappelant aux juges du fond la manière d'appréhender les conflits de droits, dès lors que le droit à la preuve est identifié. De manière générale, la Cour de cassation veille à l'unification du droit sur le territoire français ; le droit à la preuve en donne une nouvelle illustration.

**197.** De manière équivalente, la fausse interprétation de la loi peut contenir la sanction d'une interprétation littérale d'une disposition textuelle par les juges du fond. L'arrêt du 16 novembre 2016 consacre l'idée de l'interprétation littérale de l'article 145 du Code de procédure civile[290]. La cour d'appel avait refusé de faire droit à la demande de mesure d'instruction *in futurum* d'une salariée qui invoquait la violation du principe de l'égalité de traitement et qui demandait la production des documents relatifs à la rémunération des autres salariés. La cour d'appel estimait que « la demande de communication de pièces est trop étendue et trop imprécise (...) notamment au regard du principe de protection de la vie privée des autres salariés » et qu'il n'existait pas de risque de dépérissement des preuves. La Cour de cassation casse pour violation de la loi aux motifs que la cour d'appel aurait dû « vérifier 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 » et que celle-ci « a méconnu ses pouvoirs » et a « violé les textes susvisés ».

**198.** Par cet arrêt, la Cour de cassation reproche aux juges du fond une interprétation strictement littérale de l'article 145 du Code de procédure civile, qui s'inscrit dans l'évolution jurisprudentielle relative aux demandes d'éléments de preuve illicites. Le cas d'ouverture à cassation de la violation de la loi permet à la Cour de cassation d'affirmer l'existence juridique du droit à la preuve par le

[289] F. FERRAND, *op. cit.* n° 285 ; X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.* n° 191.

[290] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

renvoi à une interprétation dynamique d'un ensemble de dispositions textuelles nationales et européennes. Dans cette perspective, là où ne peut opérer la violation de la loi, le défaut de base légale « prend le relais »[291].

### *2. Le défaut de base légale*

**199.** Le cas d'ouverture à cassation du défaut de base légale est une création jurisprudentielle qui a contribué à l'élargissement du contrôle de la Cour de cassation sur la motivation des décisions de justice[292]. Par principe, le défaut de base légale sanctionne essentiellement « une insuffisance quantitative de motivation »[293]. Ainsi, « le défaut de base légale est donc l'insuffisance des énonciations de fait du jugement attaqué, qui ne permettent pas aux juges de cassation de vérifier si la norme juridique a été correctement appliquée »[294]. L'utilisation du défaut de base légale n'a alors ici qu'un caractère disciplinaire. En matière de droit à la preuve, il revêt un caractère normatif. Le défaut de base légale peut être utilisé pour censurer disciplinairement un jugement, mais « il peut aussi être reproché au juge inférieur de ne pas avoir recherché toutes les conditions d'application de la norme et l'arrêt de cassation précise alors quelles sont les caractéristiques essentielles de ces conditions »[295]. Dans ses arrêts[296], la chambre sociale ne critique pas précisément la solution concrète rendue par les juges du fond, mais reproche à ceux-ci de ne pas avoir mis en œuvre toutes les conditions d'application du droit à la preuve.

---

[291] D. FOUSSARD, « Manque de base légale et création de la règle » in N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », p. 79.

[292] F. FERRAND, « Les cas d'ouverture à cassation », *op. cit.* n° 285.

[293] *Ibid.*

[294] F. FERRAND, « les cas d'ouverture à cassation », *op. cit.* n° 292, n° 25 *;* dans le même sens, D. FOUSSARD, « Manque de base légale et création de la règle », *loc. cit.* n° 297.

[295] F. FERRAND, « Les cas d'ouverture à cassation », *op. cit.* n° 292, n° 28.

[296] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit ; Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645 ; 16 décembre 2020.

**200.** Les formulations des arrêts sont similaires. Dans le premier arrêt, la Cour de cassation rappelle les règles d'application du droit à la preuve en conflit avec un autre droit de manière positive[297]. Ensuite, elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir appliqué cette technique de raisonnement à l'espèce. La Cour de cassation estime « qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher, 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, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Le deuxième arrêt cité précédemment comporte une formule similaire à celle-ci. La Cour de cassation ne censure pas la solution retenue par les juges du fond, mais émet une critique sur la manière dont celle-ci a été élaboré. Les juges du fond devaient mettre en œuvre les conditions du contrôle de proportionnalité. Cela traduit l'importance non seulement de la solution retenue, mais surtout du raisonnement appliqué à la décision. Sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne droits de l'Homme et l'article 145 du Code de procédure civile, la Cour de cassation demande aux juges du fond de mettre en œuvre le raisonnement de proportionnalité. Les cas d'ouverture à cassation sont alors utilisés subtilement[298] par la Cour de cassation afin d'exprimer une forme d'impérativité dans le cadre de la construction du régime juridique du droit à la preuve. Ce « contrôle du contrôle »[299] a des conséquences sur l'office du juge.

## II. Les modifications de l'office des juges du fait

**201.** Le contrôle de proportionnalité doit être entendu comme « un mode général de raisonnement »[300] en cas de conflit de droits. Dès lors, la garantie du droit à la preuve au moyen de

[297] « Attendu cependant que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ».

[298] F. FERRAND, *op. cit.* n° 292, n° 29 : "Un usage subtil des cas d'ouverture à cassation et des fondements de censure retenus par la Cour atteste la technicité de la matière (...) ».

[299] P. CHAUVIN, « Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne » », *Gaz. Pal.* 2016, n°43, p. 10.

[300] F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, pp. 75-80.

la règle de proportionnalité mise en œuvre par les juges passe par deux étapes successives. D'abord, les juges du fond, en fonction des données factuelles, doivent identifier le droit à la preuve par l'intermédiaire de l'existence d'un élément de preuve litigieux et qui doit tendre vers sa légitimation[301]. Après l'identification des droits en présence, les juges du fond doivent mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité afin d'analyser la vigueur du droit à la preuve et la solution qu'il commande dans le litige.

**202.** La recherche de la garantie effective du droit à la preuve implique l'acquisition de prérogatives supplémentaires par les juges du fond. Le rôle actif du juge est vivifié par l'exercice du pouvoir de modulation du périmètre de recherche des éléments de preuve dans le cadre de l'administration de la preuve (**A**). La généralité et la nature du contrôle de proportionnalité *in concreto* implique un renforcement de l'exigence de motivation des décisions de justice en matière de droit à la preuve (**B**). Ce raisonnement en deux étapes doit apparaître au sein des jugements afin de mettre en mesure la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de justifier sa décision auprès des destinataires que sont les justiciables[302].

A) La modulation du périmètre de recherche des preuves dans l'administration de la preuve

**203.** Les évolutions législatives témoignent d'un changement dans l'office du juge. D'abord considéré comme arbitre passif dans le procès, la figure du juge a été marquée par l'attribution d'un rôle actif (**1**), amenant ainsi à reconnaitre un pouvoir de modulation du périmètre de recherche des éléments de preuve dans le domaine de l'article 145 du Code de procédure civile (**2**).

[301] V. supra, n° 97 et s.

[302] En ce sens, sur la double fonction de la motivation dans l'Histoire, v. H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme » in N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », spéc. p. 53 : « elle [la motivation] répondait à une exigence de crédibilité et d'acceptabilité sociale, destinée à obtenir l'adhésion raisonnée des destinataires de la décision ».

*1. La reconnaissance préalable du rôle actif du juge dans le procès*

**204.** Le rôle actif du juge dans le procès a été consacré et vivifié par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile dès les réformes de 1971[303]. Le Code de procédure civile a conféré au juge de nouvelles prérogatives sur la preuve des faits, dépassant ainsi une conception étroite de la distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire[304]. L'introduction de l'article 9 a permis au juge « d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles »[305]. Selon les articles 138 à 146 du Code de procédure civile, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction, avant ou pendant le procès, sans demande préalable des parties et peut ordonner la production forcée de pièces à l'encontre d'une partie ou d'un tiers au procès. Le juge collabore ainsi à la preuve avec les parties[306].

**205.** Des manifestations d'un rôle plus actif du juge se sont aussi données à voir dans le Code du travail[307], comme l'illustrent par exemple les dispositions relatives à la répartition de la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement et des heures de travail accomplies par un salarié. Il doit être entendu ici que le législateur invite les juges du fond à mettre en œuvre des mesures d'instruction afin de les éclairer sur les faits et former leurs convictions. En effet, l'article L. 1235-1 du Code du travail relatif à la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement précise, dans son alinéa 3, que le juge « forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »[308].

---

[303] Décrets n°71-740 du 9 septembre 1971 ; n° 72-788 du 28 août 1972 ; n° 73-1122 du 19 décembre 1973 ; n° 75-1123 du 5 décembre 1975.

[304] S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 2015, 4ème éd., coll. « Hypercours ».

[305] Article 9 du Code de procédure civile.

[306] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du Droit, Paris, 2001, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, p. 600.

[307] N. BRUCHÉ, C. PORIN, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Dr. ouv.* 2014, pp. 247-261.

[308] Article L. 1235-1, alinéa 3 du Code du travail.

L'article L. 3171-4 du Code du travail, concernant la preuve des heures de travail accomplies, reprend une formule équivalente en utilisant les termes « en cas de besoin ». Si ordonner des mesures d'instruction est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond[309], il apparait néanmoins que le législateur a incité, de manière explicite, les juges à les utiliser dans le cadre des dispositions de preuve partagée. Cette incitation n'est d'ailleurs pas restreinte à ces textes et qu'il est possible, pour le juge, d'ordonner des mesures d'instruction dès lors que les éléments de preuve soumis par les parties sont insuffisants ou que les parties effectuent une demande de preuve.

**206.** L'accentuation de ses prérogatives en matière de preuve font de lui « un acteur déterminant »[310]. La consécration du pouvoir de modulation du périmètre de recherche des éléments de preuve dans le cadre de l'article 145 du Code de procédure civile accentue l'office du juge dans la preuve.

### *2. Le pouvoir de modulation de l'article 145 du Code de procédure civile*

**207.** L'arrêt du 16 décembre 2020 rendu par la Cour de cassation consacre la possibilité offerte au juge d'ajuster le périmètre de recherche des éléments de preuve dans le cadre d'une discrimination en raison de l'exercice d'activités syndicales[311]. Ce mécanisme, présent dans les arrêts relatifs aux demandes de preuves illicites, constitue désormais un élément constant de la mise en œuvre du droit à la preuve[312].

---

[309] Sauf dans le cas où les mesures d'instruction porte atteinte à un droit de protection, pour lequel la Cour de cassation met un œuvre un contrôle sur les décisions des juges du fond, qui n'auraient pas mis en œuvre le contrôle de proportionnalité et casse, sur ce motif, l'arrêt rendu.

[310] F. BALLOUHEY, « L'office du juge en matière de preuve » *in* KELLER Marianne (*dir.*), *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, 2008, Paris, p. 278.

[311] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, *doctr.* 1036.

[312] V. Cass. Soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238, à paraitre au bulletin : « Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination syndicale alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à

**208.** En l'espèce, plusieurs salariés exerçant un mandat de représentant syndical s'estiment victimes d'une discrimination en raison de leurs activités syndicales. Afin de constituer un panel de comparaison pour prouver leur prétention, ils saisissent le juge des référés afin d'ordonner une mesure d'instruction *in futurum* et obtenir des documents relatifs à d'autres salariés, détenus par l'employeur. La société Renault Trucks refusant de produire les documents, un appel est interjeté par les salariés. La Cour d'appel a estimé que la demande de preuve formulée par les salariés était « une mesure d'investigation générale » qui excédait les dispositions contenues à l'article 145 du Code de procédure civile. La chambre sociale casse l'arrêt sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 9 du Code de procédure civile et de l'article 9 du Code civil. Elle estime qu'il appartient aux juges du fond « après avoir estimé que les salariés justifiaient d'un motif légitime, de vérifier quelles mesures étaient indispensables à la protection de leur droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièce sollicitée (...) ».

**209.** Confrontées au droit à la preuve, les conditions d'application de l'article 145 du Code de procédure civile ont évolué[313]. L'originalité de cet arrêt réside dans sa portée : l'interprétation stricte des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile ne peut faire obstacle au droit à la preuve. Face à une demande jugée excessive, le juge ne peut refuser d'ordonner une mesure d'instruction, mais doit ajuster celle-ci à ce qui est nécessaire dans le cadre de la garantie du droit à la preuve. Le juge doit exercer ses prérogatives en réduisant au besoin le périmètre ; il doit procéder « à un travail de sélection »[314] afin que le droit à la preuve soit mis en balance avec le respect de la vie privée.

**210.** Ainsi, le contrôle de proportionnalité semble impliquer « le plein épanouissement de [la] *jurisdictio* » car il « s'appuierait sur une certaine vision « réaliste » de la fonction du juge et de son

l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée (...) ».

[313] V. sur ce point, supra p. 54 et s.

[314] Note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036, sous l'arrêt Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637.

activité interprétative (...) »[315]. L'accentuation des prérogatives du juge en matière probatoire découle de cette logique. Si les mesures d'instruction *in futurum*, outils principaux du droit à la preuve, sont systématiquement refusées pour non-respect des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile, le droit à la preuve ne peut être garanti. Le pouvoir de modulation du juge en matière de mesures d'instruction est une prérogative que celui-ci doit pouvoir utiliser avant et tout au long du procès. Dans la continuité de l'élaboration de la décision de justice, l'exigence de motivation est renforcée.

B) Le renforcement de la motivation des décisions de justice

**211.** « Motiver, c'est parler, expliquer ; partant permettre au destinataire d'accéder à la compréhension - qui n'est pas nécessairement approbation - ; et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire »[316]. Cette exigence de motivation est analysée au moyen du contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond. Pour que la Cour de cassation soit mise en mesure d'exercer son contrôle, le juge doit « exposer le raisonnement qu'il a suivi »[317]. Cette exigence de motivation, codifiée à l'article 455 du Code de procédure civile[318], est suivie du contrôle de la Cour de cassation sur son raisonnement. Cela permet alors de légitimer la jurisprudence par la mise en place « [d'une] véritable connaissance objective, communicable et

[315] S. LE GAC-PECH, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Justice actualités*, ENM, n° 24, décembre 2020, p. 49.

[316] L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC* 2004, n° 2, p. 555 ; V. aussi la thèse de X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, Paris, 1994, coll. « Bibliothèque de droit privé », pour qui la fonction du droit de la preuve est, entre autres, de favoriser la compréhension et l'acceptation de la décision de justice.

[317] F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice : essai d'une méthode technique*, Sirey, Paris, 1947.

[318] « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

contrôlable »[319]. Dans la garantie du droit à la preuve, l'exigence de motivation semble renforcée du fait de la nature du contrôle de proportionnalité et de l'identification du droit à la preuve[320].

**212.** Lorsque la Cour de cassation précise que la cour d'appel « devaient rechercher, 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 (...) »[321], elle exprime son impérativité non seulement sur la prise en compte du droit à la preuve par les juges et la mise en place du contrôle de proportionnalité, mais aussi sur ces exigences à inscrire dans la motivation des décisions. D'une décision à une autre, l'issue du contrôle de proportionnalité peut varier en raison des circonstances de l'espèce soumise au tribunal. La mise en balance de deux droits implique de prendre en considération toutes les données factuelles et d'en tirer les conséquences[322].

**213.** La variabilité des solutions, en raison du contrôle de proportionnalité *in concreto*, implique que la motivation des décisions de justice soit non seulement un instrument de contrôle, mais aussi un instrument de justification de la proportionnalité. S'agissant de la motivation comme un instrument de contrôle, il faut préciser que l'appréciation souveraine des juges du fond ne fait pas obstacle au contrôle de la Cour de cassation car ils ne peuvent se soustraire à l'obligation de motivation[323]. Une interrogation s'impose alors au regard des arrêts récents. Si l'appréciation souveraine ne fait pas obstacle au contrôle, il conviendrait certes de s'interroger sur son éventuelle amputation. Il s'avère que la Cour de cassation ne contrôle que la présence et la bonne application des conditions du contrôle de proportionnalité[324] ainsi que l'identification du droit à la preuve au

[319] F. GORPHE, *op. cit*. n° 323.

[320]N. HOFFSCHIR, « Les devoirs du juge en cas d'insuffisance des preuves », *D. act.*, 16 mai 2022 : « (...) malgré tout, le droit à la preuve ne peut qu'être garanti par une motivation rigoureuse des décisions relativement à la preuve ».

[321] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

[322] V. infra, p. 252 et s.

[323] J.-C. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Paris, 2006, coll. « Bibliothèque de droit processuel », p. 79.

[324] P. CHAUVIN, *op. cit*. n° 206.

préalable. En matière de droit à la preuve, malgré une motivation parfois qualifiée de « lapidaire »[325], la Cour de cassation explicite « le pourquoi de la cassation (ou du rejet) afin d'en tirer les conséquences utiles »[326] tout en laissant aux juges du fond une marge d'appréciation importante, conséquence de la généralisation du contrôle de proportionnalité. On peut considérer qu'il existe une coexistence équilibrée entre le déploiement normatif du droit à la preuve impulsée par la Cour de cassation et le respect de l'appréciation souveraine des juges du fond qui sont tenus à une obligation de motivation des décisions de justice dans le respect de l'évolution du droit. S'agissant de la motivation en tant qu'instrument de justification, cette fonction ne peut être indissociable de la première. Si la motivation des décisions de justice doit mettre en mesure la Cour de cassation d'exercer son contrôle, c'est parce que les juges du fond ont l'obligation de justifier leur décision de manière pertinente. Les juges du fond doivent justifier de la mobilisation du contrôle de proportionnalité. Cependant, en raison de l'appréciation souveraine des juges du fond, la justification ne s'applique qu'au raisonnement de proportionnalité et non à la mise en œuvre en elle-même. En respectant l'interprétation des conditions par la Cour, les juges du fond sont tout de même libres d'apprécier le caractère indispensable de l'élément de preuve et l'atteinte proportionnée au but poursuivi.

[325] Note B. GENIAUT ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *RDT* 2017, p. 134.

[326] P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**214.** La consécration du droit à la preuve, constitué d'un critère matériel, un élément de preuve litigieux et d'un critère fonctionnel, la légitimation dudit élément, emporte plusieurs conséquences sur le rôle du juge dans la préservation de ce droit.

**215.** Certaines exigences ont été imposées par la Cour de cassation lorsque le droit à la preuve est en conflit avec un autre droit. Afin de garantir son existence en droit positif, la Haute juridiction recourt à deux techniques. Après avoir adopté la politique des « petits pas », la Cour de cassation a consacré le droit à la preuve dans un attendu, repris dans plusieurs arrêts ultérieurs, formant ainsi peu à peu, sa jurisprudence. Cet attendu de principe, bien que la formule change quelque peu selon les chambres, est composé d'éléments constants : le droit à la preuve doit être mis en balance avec le droit auquel il porte atteinte par l'intermédiaire des conditions du contrôle de proportionnalité, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. À l'appui de cet attendu de principe, la Cour de cassation énonce plusieurs fondements juridiques qui appuient et légitiment l'existence du droit à la preuve ainsi que la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. L'énonciation de cette règle de droit est parfois critiquée et clarifiée. L'utilisation des cas d'ouverture à cassation tels que le défaut de base légale et la violation de la loi offre l'opportunité à la Cour de cassation de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir mis en œuvre les exigences liées au droit à la preuve et de clarifier sa position en la matière.

**216.** Ces deux techniques témoignent de la volonté de la Cour de cassation de garantir le droit à la preuve. Deux conséquences principales découlent de ce positionnement. Le rôle actif du juge du fond, devenu juge « de l'effectivité des droits »[327] s'en trouve accentué. Le pouvoir de modulation du périmètre des mesures d'instruction témoigne d'une plus grande attention portée au domaine probatoire. En outre, l'effectivité du droit à la preuve doit être contrôlable par la Cour de cassation, au moyen de l'exigence de motivation des décisions. Les décisions de justice contiennent les différents éléments qui conduisent le juge à adopter une solution en particulier. Les éléments relatifs au droit à la preuve et à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité semblent enrichir

[327] W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, p. 301.

la motivation et complexifier leur élaboration. Un nouvel équilibre est né entre les exigences de la Cour et le respect de l'appréciation souveraine des juges du fond.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**217.** Après l'émergence du droit à la preuve et pour comprendre de quelle manière il se manifeste au sein du droit positif, deux niveaux d'argumentation ont été développés.

**218.** L'approche des caractères permanents du droit à la preuve a souligné sa vigueur en droit positif, au moyen de deux critères. Le critère matériel se définit par l'existence d'un élément de preuve litigieux. Le caractère litigieux de cet élément revêt une importance particulière. En effet, il apporte une compréhension de la place même du droit à la preuve au sein des droits en conflits, car le caractère litigieux puise sa source dans le caractère illicite de l'élément de preuve. Il détermine également la fonction du droit à la preuve. Le critère fonctionnel désigne la légitimation de l'élément de preuve litigieux par le biais du contrôle de proportionnalité. Cette légitimation se rattache au droit à la preuve lui-même et non au contrôle de proportionnalité qui n'est que le moyen de donner vie à la fonction du droit à la preuve. La légitimation de l'élément de preuve litigieux souligne la capacité du droit à la preuve à concurrencer d'autres droits. Cette approche du droit à la preuve ne remet pas en cause la substance du droit à la preuve, qui peut varier selon la qualité du plaideur et offrir ainsi des actions diversifiées. Les deux critères présentés sont des traits communs, tant du droit à la preuve de l'employeur que du droit à la preuve du salarié ou d'un syndicat.

**219.** Ces prérequis permettent ainsi de comprendre les enjeux du droit à la preuve ainsi que la place qu'il occupe sur la scène du droit positif. Des conséquences en découlent pour l'office du juge dans la préservation du droit à la preuve en droit positif. Après sa consécration, les nombreuses occurrences du droit à la preuve dans la jurisprudence témoignent de la volonté progressivement affirmée de la Cour de cassation. Par l'élaboration d'une jurisprudence « à petits pas », puis la formulation d'un attendu de principe, la Cour de cassation déploie les conditions d'application du droit à la preuve. Lorsque les juges du fond ne respectent pas ces exigences, la Cour de cassation utilise subtilement les cas d'ouverture à cassation, afin de critiquer non seulement les décisions des juges, mais aussi de rappeler les conditions essentielles à la mise en œuvre du droit à la preuve. La Cour de cassation exerce ainsi principalement sa *fonction normative*. Le caractère impératif des décisions de la Cour de cassation implique deux conséquences sur l'office des juges du fond. Par la généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* comme technique de résolution des

conflits de droits, l'obligation de motivation des décisions est renforcée. La mise en balance des droits réside dans l'analyse approfondie des circonstances du litige. Ainsi, deux types d'opération apparaissent : l'identification des droits en conflits et leur mise en balance. La deuxième conséquence a trait aux prérogatives du juge en matière de droit à la preuve, principalement à la demande de preuve faite par l'un des plaideurs. Le pouvoir de modulation du périmètre de recherche et de production de la preuve implique non seulement que le juge conserve un rôle actif dans le procès, mais qu'il soit aussi le garant du droit à la preuve.

## CONCLUSION DU TITRE I

**220.** La révélation du droit à la preuve en droit positif repose sur une émergence d'abord latente. Objet d'un rejet initial, la Cour de cassation a ensuite procédé à l'élaboration de la jurisprudence des « petits pas ».

**221.** Les prémices de la consécration d'un tel droit sont apparues au moyen de notions connexes au droit à la preuve. L'analyse des arrêts antérieurs à la reconnaissance du droit à la preuve permettent d'affirmer que l'utilisation des termes « procès équitable », « égalité des armes », « besoins de la défense » ou encore « droits de la défense » ouvraient déjà la voie à sa consécration. L'influence de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est d'ailleurs plus à démontrer en matière de droit à la preuve puisqu'il en constitue le principal fondement. D'autres notions, telles que les mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du Code de procédure civile, offraient déjà une assise au droit à la preuve, dans son versant demande de preuve. Le « droit aux mesures probatoires » concurrençait déjà le respect de la vie personnelle et pouvait lui porter atteinte. Par ailleurs, les conditions d'application de l'article 145 du Code de procédure civile ont évolué, pour laisser la place aux conditions du contrôle de proportionnalité. L'adoption progressive d'une vision conciliante de la matière probatoire avec les autres droits marque ainsi l'extension générale du droit à la preuve et, *a fortiori*, du droit de la preuve.

**222.** Sous l'influence de la CEDH, le processus a alors connu une accélération dès 2012. La Cour de cassation abandonne ainsi la démarche « des petits pas » pour laisser place à une consécration explicite du droit à la preuve dans un attendu de portée générale. L'évolution est parachevée par la consécration du droit à la preuve dans l'arrêt du 5 avril 2012 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, puis repris tardivement dans le champ du droit du travail par la chambre sociale le 9 novembre 2016. Le droit à la preuve interroge quant à son déploiement normatif et les conséquences qui y sont attachées.

**223.** La consistance du droit à la preuve est particulière en raison de sa force concurrentielle. Cette capacité à entrer en concurrence avec d'autres droits provient de ses éléments, l'un matériel, l'autre formel. Le caractère litigieux de l'élément de preuve constitue l'essence et détermine la

fonction du droit à la preuve. Sans la consécration du droit à la preuve, les éléments de preuve litigieux ne pourraient être acceptés dans le débat judiciaire. Sans le caractère litigieux, le droit à la preuve perdrait de sa puissance concurrentielle. L'affirmation selon laquelle « la portée véritable [du droit à la preuve] se mesure alors à son aptitude concurrentielle, c'est-à-dire à sa capacité à se mesurer à des intérêts contraires »[328] est indéniable.

**224.** Cette consistance du droit à la preuve implique diverses conséquences. L'impérativité que semble exprimer la Cour de cassation à son égard témoigne de l'importance du droit à la preuve. L'utilisation subtile des cas d'ouverture à cassation mêlée à la formulation d'un attendu de principe à portée générale témoignent du souci de préserver ce droit. Il pèse ainsi sur les juges du fond à la fois une exigence renforcée de motivation de leurs décisions, car le droit à la preuve est lié intrinsèquement à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, mais aussi des incitations à la mise en œuvre des prérogatives du juge, qui accentuent son rôle actif.

**225.** La première partie relative à l'identification du droit à la preuve repose ainsi sur une approche essentiellement chronologique. Cependant, cette approche à elle seule est insuffisante à identifier précisément le droit à la preuve, car il s'inscrit dans un domaine plus large qu'est le droit de la preuve. Ainsi, la proximité du droit à la preuve avec d'autres notions doit permettre de le distinguer afin d'éviter certaines confusions.

[328] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 133.

# TITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE CONFRONTÉ AUX NOTIONS DU DROIT DE LA PREUVE

**226.** La fonction du droit à la preuve réside dans la recherche de légitimation judiciaire d'une production ou d'une demande de preuve litigieuse. Le droit à la preuve en situation contentieuse, s'il relève plus généralement du droit d'accès aux éléments de preuve, ne régit que les éléments de preuve litigieux aux côtés de certains régimes juridiques élaborés par la jurisprudence qui permet de dépasser l'illicéité de l'élément de preuve produit[329].

**227.** Dès lors que le droit à la preuve est considéré comme un droit d'accès aux éléments de preuve litigieux, il appartient spécifiquement au domaine du droit de la preuve. Afin de poursuivre les analyses relatives à son identification, il convient d'étudier les liens que peut entretenir le droit à la preuve avec d'autres notions du droit de la preuve. Cette approche notionnelle poursuit deux objectifs. D'abord, le droit à la preuve ne se confond pas avec d'autres notions du droit de la preuve, car il se distingue par sa fonction. Ainsi, le droit à la preuve ne se confond pas avec la notion de charge de la preuve (**Chapitre 1**). Il convient de préciser que cette partie de l'étude n'a pas pour ambition d'élaborer une nouvelle théorie de la charge de la preuve, mais d'en comprendre la teneur à la lumière du droit à la preuve. Ensuite, l'identification du droit à la preuve au regard des autres notions du droit de la preuve permet d'apporter des précisions quant à la teneur du droit à la preuve. À ce titre, le droit à la preuve est fondé sur la notion d'aptitude à la preuve (**Chapitre 2**).

[329] Sur ce point, voir *supra* p. 34 et s.

# CHAPITRE 1. LE DROIT À LA PREUVE ET LA CHARGE DE LA PREUVE

**228.** Si la notion de la charge de la preuve « s'avère déterminante »[330] en droit, son rapprochement avec le droit à la preuve constitue la pierre angulaire d'une réflexion récente. En elle-même, la notion de charge de la preuve dissimule « une extrême complexité, qui provoque d'intenses débats doctrinaux et qui suscite une jurisprudence aussi abondante qu'éclatée »[331].

**229.** Cette complexité s'accroît lorsque la charge de la preuve est étudiée à la lumière du droit à la preuve. En effet, Jean Chevallier estimait que « parler du droit à la preuve, c'est se placer au point de vue du plaideur qui doit la fournir. Il n'est guère satisfaisant de dire que la preuve est en même temps pour une lui une charge et un droit »[332]. Initialement, la première difficulté pour la doctrine consistait à séparer les deux notions. Progressivement, la charge de la preuve et le droit à la preuve ont été distingués en soulignant les traits d'une complémentarité des notions. En 1955, Raymond Legeais a souligné dans ses travaux de recherche que « le droit à la preuve semble le premier grand principe du droit de la preuve »[333]. Si là encore, une confusion dans la nature du droit à la preuve peut être relevée[334], il semble bien que l'auteur distingue les deux notions. Un prolongement de cette idée a été proposé par Monsieur Nicolas Hoffschir, pour qui « entre le droit à la preuve et la charge de la preuve, les rapports ne sont (...) pas caractérisés par l'antagonisme, mais, plutôt, par la complémentarité »[335]. Par ailleurs, la même idée est présente dans les travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD). Madame Marie-Thérèse

---

[330] F. FAVENNEC-HÉRY, « La preuve en droit prud'homal. La charge de la preuve », *CSBP* 1991, n° 35, pp. 261-266.

[331] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 191.

[332] J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil approfondi : la charge de la preuve*, Paris, Cours de droit, 1958-1959, p. 214.

[333] R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et transformations*, LGDJ, Paris, 1955, p. 4.

[334] Sur ce point, v. p. 22 et s.

[335] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », vol. 153, p. 130.

Lanquetin affirmait ainsi « qu'au-delà d'une répartition de la charge de la preuve, [il faut] donner un accès réel à la preuve avec les outils nécessaires pour assurer aux victimes un support institutionnel (...) un processus dans lequel la victime est soutenue dans sa recherche de preuve (...) »[336]. Plus récemment, le Défenseur des droits a rendu une décision-cadre n° 2022-139 du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile. Cette décision-cadre insiste sur la nécessaire distinction entre le difficile accès aux éléments de preuve qui persiste du point de vue du salarié et le partage de la charge de la preuve issu de l'article L. 1134-1 du Code du travail[337].

**230.** Cette apparente complémentarité relevée par la doctrine témoigne d'une distinction subtile, mais fondamentale, entre le droit à la preuve et la charge de la preuve, confirmée par une jurisprudence abondante relative au droit à la preuve. D'abord, il convient de formuler l'hypothèse suivante : les deux notions ne se confondent pas et portent des distinctions intrinsèques. Ensuite, si les deux notions se distinguent en tout point, alors il convient de s'interroger sur l'existence d'un lien entre la charge de la preuve et le droit à la preuve. En effet, si l'on considère que le droit à la preuve est tributaire de l'existence d'une charge de la preuve, ceci constitue un élément de compréhension supplémentaire dans l'identification du droit à la preuve (**Section 1**). Cette première interrogation en suscite une deuxième, celle de la nature de ce lien, qui se traduit par une interaction entre les deux notions. Il convient alors d'interroger cette interaction à la lumière de la charge de la preuve en droit du travail doté « d'aménagements »[338]. Il convient donc d'évaluer la nature du lien entre la charge de la preuve en droit du travail et le droit à la preuve au regard des dispositions législatives et jurisprudentielles (**Section 2**).

---

[336] M.-T. LANQUETIN, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve,* note n° 2 du Conseil d'Orientation du GELD, Paris, octobre 2000, p. 30 (consultation en ligne).

[337] DDD, décision-cadre n° 2022-139 du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, v. note N. MOIZARD, « L'accès à la preuve de la discrimination en matière civile : la position du Défenseur des droits », *RDT* 2022, p. 584.

[338] A. DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RDH* 2016, n°9, mis en ligne le 04 mars 2016.

## Section 1. Le lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve

**231.** Afin de déterminer la façon dont la charge de la preuve se relie au droit à la preuve, un travail de définition est nécessaire (**§I**). La notion de droit à la preuve étant affirmée dans cette étude[339], la définition de la charge de la preuve apparait nécessaire afin de déterminer les contours de l'interaction. Ensuite, à la lecture des arrêts de la Cour de cassation, il convient de caractériser l'existence d'un lien entre les deux notions (**§II**).

### I. Définition de la notion de charge de la preuve

**232.** D'importantes études ont été consacrées à la charge de la preuve en droit du travail et hors du champ d'application du droit du travail[340]. Aussi n'est-il pas question de reprendre l'étude de cette notion à nouveaux frais en toute généralité, mais seulement dans la mesure où elle vient nourrir la réflexion sur le droit à la preuve. Afin d'établir une définition de la charge de la preuve, il convient d'étudier la notion (**A**) afin d'aboutir à une double délimitation de la charge de la preuve au regard du droit à la preuve (**B**).

#### A) La notion de charge de la preuve

**233.** La notion de charge de la preuve est essentielle en droit de la preuve. En outre, elle est identifiable dans certaines constructions législatives (**1**) et a fait l'objet de nombreuses théories doctrinales (**2**).

---

[339] V. supra, p. 85 et s.

[340] J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil approfondi : la charge de la preuve*, Cours de droit, Paris, 1958-1959 ; J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse Toulouse, 1980 ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 153 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, pp. 736-754 ; F. FAVENNEC-HERY, « La preuve en droit prud'homal. La charge de la preuve », *CSBP* 1991, n° 35, pp. 261-266.

### *1. Constructions législatives*

**234.** Il s'agit d'identifier les dispositions principales ayant trait à la charge de la preuve dans le Code civil et dans le Code de procédure civile (**a**) et d'évoquer les dispositions du Code du travail (**b**).

#### a) Le Code civil et le Code de procédure civile

**235.** L'article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, prévoit que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Inversement, l'alinéa 2 de cet article précise que « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Cette règle, d'application générale en droit privé français, implique que la charge de la preuve incombe, de manière systématique, au demandeur à l'instance[341]. Il est généralement admis que cette règle relative à la charge de la preuve des obligations, bien qu'elle revêt un caractère général, soit une « règle d'opportunité », « de bons sens » ou encore « de pratique »[342]. Selon Françoise Favennec-Héry, la justification de la règle de l'article 1353 du Code civil reposant sur la préservation des situations acquises ne saurait s'appliquer parfaitement en droit du travail car « l'ordre établi, la situation acquise ont été renversés non par le salarié, mais antérieurement par l'employeur »[343].

**236.** Bien que l'article 1353 du Code civil ne répond pas parfaitement aux particularités du droit du travail et notamment vis-à-vis de l'aptitude à la preuve[344] dans la recherche d'un équilibre probatoire entre les parties, la chambre sociale de la Cour de cassation ne l'exclut pas systématiquement en tant que fondement à une décision dès lors qu'il s'agit d'obligations. En effet,

---

[341] J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil approfondi : la charge de la preuve*, Paris, Cours de droit, 1958-1959, p. 185.

[342] F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, thèse Univ. Paris X Nanterre, U.E.R de sciences juridiques, 1983, p. 32.

[343] *Ibid.*, p. 39.

[344] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 280.

la preuve de l'existence d'un contrat de travail doit être apportée par celui qui s'en prévaut[345]. De même, en matière de rémunération et notamment du paiement de la part variable, l'application des dispositions de l'article 1353 du Code civil implique que l'employeur apporte la preuve du caractère réaliste des objectifs incombant au salarié[346].

**237.** Depuis la consécration du droit à la preuve dans l'arrêt du 5 avril 2012, suivi de l'arrêt rendu par la chambre sociale du 9 novembre 2016, l'article 1353 du Code civil n'a jamais été visé dans les arrêts de cassation mettant en œuvre le droit à la preuve. En cette matière, seuls les arrêts relatifs à la production des documents de l'entreprise par le salarié ont pu être rendus au visa de l'ancien article 1315, actuellement 1353 du Code civil[347]. Si cela peut s'expliquer par la nature des contentieux suscités par le droit social, tels que le licenciement, la discrimination ou encore l'inégalité de traitement qui font l'objet de dispositions spéciales en matière de charge de la preuve, cela s'avère insuffisant. En effet, les arrêts de la chambre sociale relatifs au droit à la preuve démontrent une tendance nette à viser davantage l'article 9 du Code de procédure civile que l'article 1353 du Code civil.

**238.** L'article 9 du Code de procédure civile dispose « [qu']il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Certains auteurs considèrent cette disposition comme une charge de la preuve alternative[348] ; « l'un soulève un fait (ou des faits) qu'il doit prouver, l'autre, qui tente de le contrer, invoque un autre fait qu'il doit également prouver »[349]. L'article 9 du Code de procédure civile consacre un devoir de prouver réciproque et alternatif sur les plaideurs, car il revient à chacun d'entre eux, dès lors qu'ils allèguent des faits, d'apporter des éléments de preuve afin de rendre plus probable le succès de leurs

[345] Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° 06-44.517, inédit.

[346] Cass. Soc., 15 décembre 2021, n° 19-20.978, publié au bulletin.

[347] Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402 ; pour des développements plus détaillés sur la production des documents de l'entreprise, infra, p. 192 et s.

[348] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in DOCKÈS E. (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 277.

[349] *Ibid*., p. 278.

prétentions devant un tribunal. Ainsi, chaque plaideur supporte une charge de la preuve qui comporte en elle-même une charge de l'allégation[350] ; chaque partie supporte une charge de la preuve propre aux faits allégués[351]. Par conséquent, la charge de la preuve suit la charge de l'allégation, qu'elle incombe au demandeur ou défendeur au procès[352]. En outre, les dispositions de l'article 9 du Code de procédure civile sont édictées de manière suffisamment large pour que son champ d'application soit le plus étendu. De plus, cette disposition est davantage mobilisée par la chambre sociale de la Cour de cassation dès lors qu'est en jeu la réalisation ou non du droit à la preuve dans le contentieux du travail[353].

**239.** Au-delà des dispositions qui consacrent explicitement une charge de la preuve, d'autres articles font une référence implicite à une telle charge, à l'image de l'article 146 du Code de procédure civile qui dispose « [qu'une] mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver » et d'ajouter, dans un deuxième alinéa, « [qu'en] aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Dans cette disposition, il est fait référence à l'administration de la preuve, et plus précisément, à l'étape de la constitution du dossier probatoire[354]. Le juge peut donc ordonner une mesure d'instruction si les éléments sont insuffisants à fonder sa conviction lorsque le plaideur rencontre des difficultés probatoires. Toutefois, il ne peut se substituer à ce dernier dans l'accomplissement de la charge de la preuve qui pèse sur lui. En effet, l'article 146 du Code de procédure civile fait référence à l'expression « d'éléments insuffisants » qui renvoie à un manque d'éléments de preuve. Le juge ne peut donc

---

[350] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1948, réédition 2002, p. 88 : l'auteur distingue l'allégation de la charge de la preuve, car l'allégation correspond à « toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit ».

[351] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, p. 209 : « En alléguant des moyens de fait, une partie définit elle-même l'étendue de la charge de la preuve qui lui incombe ».

[352] *Ibid*., p. 211.

[353] v. Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin ; Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203 ; Cass. Soc., 16 novembre 2020, n° 19-17.637.

[354] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.* n° 266.

suppléer la carence du plaideur dans la recherche et la production des éléments de preuve qui s'entend d'une « carence fautive »[355] du plaideur et qui ne confond pas avec les difficultés probatoires. L'article 146 du Code de procédure civile fixe une limite à l'immixtion du juge dans la recherche des éléments de preuve. En effet, l'autorité judiciaire ne doit pas se substituer au plaideur dans la recherche des éléments de preuve et, *in fine*, dans l'accomplissement de la charge de la preuve qui lui revient. À ce titre, il faut écarter l'idée selon laquelle il incomberait au juge une charge probatoire particulière du fait de son rôle actif dans le procès.

**240.** Ainsi, la charge de la preuve est consacrée par des règles qui sont qualifiées de concurrentes[356] en droit commun. Cette concurrence n'apparait guère dans l'articulation entre la charge de la preuve et le droit à la preuve, l'application de l'article 9 du Code de procédure civile étant favorisée par la chambre sociale de la Cour de cassation[357].

### b) Les dispositions du Code du travail

**241.** Le Code du travail a progressivement aménagé la charge de la preuve dans des domaines où des difficultés probatoires se rencontrent fréquemment. Sous l'impulsion du droit communautaire, la charge de la preuve en matière de discrimination, d'inégalité de traitement et de harcèlement a été substantiellement modifiée. La directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe a permis son aménagement au regard des difficultés probatoires des salariés[358]. Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a appliqué le dispositif d'aménagement avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations[359].

---

[355] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 248, p. 407.

[356] *Ibid*., p. 209.

[357] V. p. 131.

[358] M.-T. LANQUETIN, « Discrimination à raison du sexe, commentaire de la Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p. 688.

[359] Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258, *Bull. civ.* V, n° 126, p. 95 : « Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, d'une part, si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination

**242.** Des dispositions analogues ont été adoptées en matière d'inégalité de traitement. En effet, la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prévoyait un aménagement de la charge de la preuve, en son article 10, repris ensuite par la directive 2006//54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (article 19).

**243.** En matière de preuve du harcèlement moral et sexuel, l'influence du droit communautaire a été toute aussi importante. Dans un temps rapproché de loi de transposition du 16 novembre 2001, la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a consacré une définition du harcèlement moral et sexuel et a aménagé les règles relatives à la charge de la preuve. L'article L. 1154-1 du Code du travail est ainsi modifié dans la mesure où le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Le terme « présenter » est remplacé par « établir » par une loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, puis un retour à la version initiale de 2002 a été fait par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Ainsi, les articles L. 1134-1, L. 1144-1 et L. 1154-1 du Code du travail prévoient un mécanisme similaire de la répartition de la charge de la preuve entre l'employeur et le salarié. Le salarié doit « présenter des éléments de fait » laissant supposer l'existence d'un harcèlement, d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement auxquels l'employeur doit répondre par des « éléments objectifs et étrangers »[360].

**244.** Concernant la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, l'article L. 1235-1 du Code du travail prévoit « [qu'à] défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (...) Si un doute subsiste, il profite au salarié ». Issue de la loi n°73-680 du 13 juillet 1973, combinée à la loi n°89-589 du 2 aout 1989 qui a fait peser le risque probatoire sur l'employeur, cette disposition a permis un partage de la charge de la preuve de la

syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée, et alors, d'autre part, que la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) ».

[360] Sur ce point, voir infra p. 171 et s.

cause réelle et sérieuse du licenciement entre le salarié et l'employeur, la charge n'incombant plus spécialement à l'une ou l'autre des parties au procès[361].

**245.** Enfin, le contentieux des heures travaillées, qui constitue l'un des contentieux les plus importants devant les juridictions d'un point de vue quantitatif[362], fait l'objet d'un aménagement de la charge de la preuve. En effet, l'article L. 3171-4 du Code du travail prévoit que « l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié », « au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

**246.** Les dispositifs législatifs qui régissent la charge de la preuve sont nombreux. Parfois concurrents, parfois spéciaux sans possibilité d'y déroger[363], ils permettent d'apporter les premiers jalons de compréhension. Les conceptions doctrinales de la charge de la preuve complètent les textes législatifs en apportant des compréhensions diversifiées.

### *2. Constructions doctrinales*

**247.** D'importants travaux ont été consacrés à la charge de la preuve qui aboutit à une conceptualisation fine de la notion. La charge de la preuve cesse ainsi d'être perçue de manière unitaire, pour faire ressortir une théorie du risque de la preuve (**a**), une théorie de la charge positive de la preuve (**b**), des théories sur la charge processuelle (**c**) ou encore, sur la charge probatoire (**d**).

---

[361] L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal » in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, pp. 29-50.

[362] P. CAO, « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », *Dr. ouv.* 2014, n° 788, p. 205.

[363] Les contrats [le nouvel article 1356 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016 emploie la formule « contrat sur la preuve »] sur la preuve ne peuvent déroger aux règles d'ordre public absolu, notamment en matière d'aménagement légal de la charge de la preuve, v. sur ce point R. SCABORO, *Les conventions relatives à la preuve*, th. Univ. Toulouse, soutenue le 6 décembre 2013 ; J.-J. DAIGRE, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, PUF, Paris, 1979, pp. 256-257.

a) La théorie du risque de la preuve

**248.** Dès les années 1950, Raymond Legeais a proposé de distinguer la charge de la preuve et le risque de la preuve[364]. Dans une « conception progressiste du droit civil »[365], l'auteur affirme que la notion de charge de la preuve répond à la question de savoir qui doit prouver alors que le risque de la preuve, appelé principe général d'imputation du risque de la preuve, répond à la question suivante : « à qui le juge devra-t-il donner satisfaction, lorsque la lumière ne sera pas faite ? »[366]. Ce principe général d'imputation du risque trouve sa source dans l'article 1315 du Code civil[367]. Ainsi, la notion de risque de la preuve est « une règle de fond » et la charge de la preuve « est à rattacher au droit judiciaire »[368].

**249.** Antérieurement, cette manière d'analyser le risque et la charge de la preuve a été celle de Jean Demogue qui considérait ainsi que l'article 1315 du Code civil donnait une réponse à la question de l'imputabilité du risque plutôt que celle relative à la charge de la preuve[369]. Un certain nombre d'auteurs ont repris cette distinction[370]. À ce titre, Monsieur Thierry le Bars a précisé que « [l'on] persiste à parler de charge de la preuve, alors que l'on sait, depuis au moins trente ans,

[364] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, p. 194 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et Transformations*, LGDJ, Paris, 1955, p. 178 : « en réalité, c'est à la fin de l'instance que se pose véritablement un problème, et il s'agit moins alors pour le juge de savoir qui devait fournir la preuve que de pouvoir déterminer qui va supporter le risque de la preuve dans les cas où la lumière suffisante n'aura pas été faite ».

[365] R. LEGEAIS, *ibid*., p. 23.

[366] R. LEGEAIS, *ibid.*, p. 101.

[367] Actuel art. 1353 du Code civil.

[368] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, p. 194.

[369] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, A. Rousseau, Paris, 1911, p. 559 : « Ils [les adages latins dont *onus probandi incumbit actori*] donnent une solution au juge en cas d'absence de preuve, mais ils ne déterminent pas comment la preuve devra se faire. Ce sont là deux choses différentes ».

[370] X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, Paris, 1994, coll. « Bibliothèque de droit privé », p. 203 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ*. 1966, p. 736 ; M. MEKKI, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », *RDC* 2008, p. 681 ; « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC* 2009, p. 453.

qu'il vaudrait mieux parler de risque de la preuve ». Ainsi, le concept de charge de la preuve semble « dépassé »[371].

**250.** En droit du travail, la notion de risque de la preuve trouvait un écho lorsqu'était en jeu la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, avant que la loi du 2 aout 1989 ne précise que « si un doute subsiste, il profite au salarié ». D'une part, le juge devait dire « en définitive non pas à qui incombe la charge de la preuve mais qui doit en supporter le risque (...) »[372]. D'autre part, il était admis que le risque de la preuve pesait sur le salarié dès lors que le motif invoqué par l'employeur semblait réel et sérieux[373].

**251.** Selon nous, la charge de la preuve et le risque de la preuve sont liées mais demeurent distincts. D'abord, la charge de la preuve ne nous semble pas subsumée par le risque de la preuve. La charge de la preuve peut être vue comme constituant la règle et le risque de la preuve comme la sanction[374]. En droit du travail, le risque de la preuve peut être attribué en amont du procès, lorsque le législateur prévoit qu'en cas de doute persistant, celui-ci profite au salarié. La sanction est attribuée préalablement à l'employeur car elle est liée à une répartition uniforme de la charge de la preuve. En outre, si la charge de la preuve pesait sur le seul salarié, particulièrement matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, il s'agirait d'une *probatio diabolica*, la probabilité que le risque de la preuve se réalise est plus importante. Cette « présomption postulat »[375] du risque de la preuve permet donc d'aménager la sanction en cas d'échec dans la formation de la conviction du juge.

---

[371] T. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in Mél. G. GOUBEAUX, *Liber Amicorum*, LGDJ/Dalloz, Paris, 2009, p. 321.

[372] N. DE PUYBUSQUE, « Le risque de la preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.* 1979, p. 287.

[373] L. DE NAUROIS, « Le risque de la preuve du motif réel et sérieux en matière de licenciement » *JCP E* 1988, n° 31, 15257.

[374] O. LECLERC, E. VERGÈS, G. VIAL, *Droit de la preuve*, *op. cit.* n° 281, p. 195.

[375] A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Th. Limoges, 2010.

### b) La théorie de la charge positive de la preuve

**252.** En 1980, Jean Devèze exposait dans ses travaux de recherche une analyse de la charge de la preuve plus détaillée[376]. Il proposait de diviser le concept de charge de la preuve en deux éléments constitutifs : la charge positive de la preuve et le risque de la preuve, ce dernier conçu comme une charge passive, une règle de fond. La charge positive de la preuve fait référence à la charge de l'administration et à la charge de la conviction. Deux aspects du problème sont ainsi abordés : quel plaideur doit administrer la preuve et lequel doit convaincre le juge[377] ?

**253.** La charge de l'administration de la preuve fait référence aux règles relatives à la recherche, la réunion et la production des éléments de preuve et concerne tant les plaideurs que le juge, car celui-ci intervient dans la recherche des éléments de preuve. La charge de la conviction est, selon cette thèse, autonome et obéit à des règles différentes de la charge de l'administration, qui « tend à rendre vraisemblable aux yeux du juge un ensemble de faits susceptibles de correspondre à un élément générateur du droit réclamé »[378].

### c) La théorie de la charge et de l'obligation

**254.** Dans sa thèse, Monsieur Nicolas Hoffschir part du postulat que les notions de risque et de charge, telles que présentées par les auteurs qui l'ont précédé, ont multiplié les charges processuelles, participant à une dénaturation du concept. Selon l'auteur, ceci rend difficile la distinction entre « les devoirs qui incombent aux parties d'agir spontanément afin de défendre leurs intérêts et (...) ceux qui pèsent sur les tiers parties et les tiers et qui leur imposent, si besoin de manière forcée, de fournir un effort probatoire afin de satisfaire un intérêt distinct du leur »[379]. L'auteur formule ainsi une critique de la conception moderne de la charge de la preuve, notamment

---

[376] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th. Univ. Toulouse, 1980, p. 18.

[377] *Ibid*., p. 224.

[378] J. DEVEZE, *ibid*., p. 452.

[379] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », vol. 153, p. 74, v. aussi p. 111 et s.

celle relative au risque de la preuve, car « la charge de la preuve et le risque de la preuve constituent (...) deux notions complémentaires, les deux faces d'une même pièce »[380].

**255.** De manière renouvelée, l'auteur propose de distinguer la charge processuelle de l'obligation procédurale. La charge processuelle renvoie « au devoir qui incombe à une personne de fournir spontanément un effort probatoire afin de convaincre le juge du bien-fondé de ses prétentions »[381]. Dans le cadre de la charge, le devoir ne se confond pas avec l'obligation car « à défaut d'accomplissement, ni l'adversaire ni le juge ni [la partie ne] contraindront à y procéder »[382].

**256.** Quant à l'obligation procédurale, celle-ci est assimilée à la contrainte, dans le but de satisfaire l'intérêt d'autrui par la production d'éléments de preuve[383]. L'identification de l'obligation procédurale renvoie ainsi aux mécanismes de production forcée des pièces et aux mesures d'instruction, fondés sur la collaboration des parties et des tiers dans la manifestation de la vérité prévue par l'article 10 du Code civil.

#### d) La théorie de la charge probatoire

**257.** Selon Monsieur Mustapha Mekki, les notions de charge et de risque de la preuve sont des « techniques juridiques ». « La charge de la preuve est mal nommée » tandis que « le risque de la preuve est mal connu »[384]. La charge de la preuve doit avant tout être définie comme une charge de la vraisemblance[385], qui décrit un processus entre deux séries d'acteurs, les juges et les parties,

---

[380] *Ibid*., p. 515.

[381] *Ibid*., p. 120.

[382] *Ibid*., p. 125.

[383] *Ibid*., p. 118 : « Lorsque leur exécution est réalisée dans le seul intérêt de leur auteur, il s'agit de charges ; lorsqu'ils sont accomplis aux fins de satisfaire l'intérêt d'autrui, ils doivent être qualifiés d'obligations procédurales ».

[384] M. MEKKI, « Regard substantiel sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 7-26.

[385] *Ibid*., p. 9.

répartissant ainsi les rôles probatoires propres à chacun d'eux. La charge de la vraisemblance couplée au risque du doute constitue la charge probatoire.

**258.** La substance de la charge probatoire est divisée en deux types de rationalité : la rationalité formelle et la rationalité matérielle. La rationalité formelle de la charge probatoire englobe la gestion du doute omniprésent dans le processus judiciaire et la répartition de la charge de la vraisemblance entre les acteurs du procès. Cette charge de la vraisemblance est, quant à elle, composée de la charge de l'allégation vraisemblable, constitué elle-même de l'allégation des faits déclenchant des effets, autrement dit, le déclenchement d'une ou de plusieurs règle(s) de droit et de l'allégation de faits vraisemblables, qui se traduit par un commencement de preuve, car « les éléments allégués ne sont pas des éléments quelconques. Ils doivent être concrets, suffisants, réels et sérieux »[386]. La rationalité dite matérielle « renvoie aux objectifs que peut servir l'attribution de la charge probatoire »[387]. La charge probatoire est donc conçue comme un outil, un instrument au service d'une politique juridique substantielle, qui peut permettre la promotion de certaines valeurs, comme l'égalité, la sécurité ou encore la dignité, dans sa dimension axiologique ou bien qui peut inciter ou dissuader l'adoption de certains comportements, dans sa dimension normative[388]. Au niveau de la politique juridique processuelle, la charge probatoire peut servir les finalités du procès telles que la recherche de la vérité ou du juste ainsi que la régulation, voire l'incitation de l'accès au juge par des mécanismes légaux[389].

**259.** Ces théories doctrinales mettent en lumière la complexité de la charge de la preuve. Sa définition et son contenu sont mis en débat. De ces nombreuses conceptions de la charge de la preuve, il ressort des éléments essentiels à la délimitation de la notion au prisme du droit à la preuve.

---

[386] *Ibid*., p. 15.

[387] *Ibid*., p. 20.

[388] *Ibid*., p. 21 et s.

[389] *Ibid*., p. 24 : l'auteur évoque le coût financier d'une procédure, les résolutions légales du risque de la preuve en amont, les conditions de l'article 145 du Code de procédure civile, etc.

B) La délimitation de la notion de charge de la preuve au prisme du droit à la preuve

**260.** Les développements qui précèdent permettent d'envisager quelles charges probatoires pèsent sur les acteurs du procès et comment celles-ci sont mobilisées à la lumière du droit à la preuve. À la lecture des arrêts rendus par la Cour de cassation et des travaux doctrinaux, deux éléments de délimitation peuvent être soulevés. D'abord, il convient de s'interroger sur la délimitation formelle de la charge de la preuve qui se matérialise par l'attribution légale de prouver (**1**). Ensuite, une deuxième interrogation porte sur la délimitation matérielle de la charge de la preuve sous l'angle du critère de la vraisemblance (**2**).

*1. La délimitation formelle : l'attribution légale de prouver*

**261.** La notion de charge de la preuve doit s'entendre ici comme *une règle d'attribution de faire la preuve prévue par le législateur*. Cette répartition préalable permet d'attribuer la charge de la preuve, soit à l'un des plaideurs, soit de manière générale aux deux plaideurs, car celle-ci est « est un moyen de politique juridique dépendant du droit substantiel en cause »[390]. La charge de la preuve entendue comme une attribution légale permet d'écarter à la fois l'expression de fardeau de la preuve, mais aussi l'obligation de faire la preuve.

**262.** L'expression fardeau de la preuve a été utilisée dans la théorie classique de la charge de la preuve lié à l'adage *actori incumbit probatio*[391]. La lecture de l'article 1353 du Code civil invitait à analyser la charge comme un fardeau systématique reposant sur le demandeur à l'instance. Notre position invite à écarter la formule pour deux raisons principales. D'une part, la multiplicité des aménagements de la charge de la preuve en droit du travail repose sur une analyse réelle de la situation des plaideurs, lié à la prise en compte du critère de l'aptitude à la preuve[392]. Cette

[390] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th. Univ. Toulouse, 1980, cité par D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », préc., n° 354, p. 283.

[391] Adage latin qui se traduit par la formule suivante : « la preuve incombe au demandeur », v. L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 3ème éd., 1992, p. 17.

[392] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », *op. cit.* n° 264.

répartition dénommée[393] de la charge de la preuve entre les plaideurs constitue, en droit du travail, un « progrès important en faveur du salarié »[394], tendant à faire reculer les risques qui incombent au salarié lorsque celui-ci est systématiquement demandeur à l'instance. D'autre part, l'expression fardeau de la preuve reposait essentiellement sur le caractère général de l'application des dispositions de l'article 1353 du Code civil. L'idée selon laquelle la charge de la preuve repose sur le demandeur de manière systématique est aussi à écarter. Comme énoncé précédemment, l'application de l'article 1353 du Code civil ne trouve que très peu de justification en droit du travail puisque « l'ordre établi, la situation acquise ont été renversé non par le salarié, mais antérieurement par l'employeur »[395] et que celui-ci bénéficie « du privilège du préalable »[396]. De plus, les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de droit à la preuve ne font nullement mention de l'article 1353 du Code civil[397], ce qui laisse penser que cette disposition conserve, dans le cadre de notre délimitation formelle de l'attribution légale de prouver au prisme du droit à la preuve, une portée relative.

**263.** Ensuite, l'attribution légale de prouver ne doit pas être confondue avec l'obligation de prouver. En effet, la distinction opérée par Nicolas Hoffschir entre charge et obligation[398] impose que l'on analyse la charge de la preuve comme une attribution. Si les plaideurs ne remplissent pas

[393] La dénomination implique que la place du plaideur dans l'acte de prouver lui soit attribuée dans l'énoncé de la répartition de la charge de la preuve, v. par exemple les dispositions en matière de preuve des discriminations, du harcèlement moral et sexuel, de l'inégalité de traitement : « le candidat à un emploi ou le salarié doit présenter des éléments de faits » (article L. 1134-1 ; article L. 1144-1 ; article L. 1154-1 du Code du travail) ou encore par l'expression « l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier » (article L. 3171-4 du Code du travail ; L. 1133-1 du Code du travail relative à la justification de la sanction disciplinaire).

[394] B. CHAUVET, « La charge de la preuve en droit du travail : une constante évolution en faveur du salarié », *Gaz. Pal.* 1994, 1er sem., p. 792.

[395] F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, *op. cit.* n° 259, p. 39.

[396] *Ibid*., p. 104.

[397] À l'exception du mécanisme de production des documents de l'entreprise par le salarié dans un contentieux prud'homal l'opposant à son employeur, v. infra, p. 189 et s.

[398] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, *op. cit*. n° 293.

l'attribution légale de prouver, ce manquement n'est sanctionné juridiquement que par la perte du procès.

**264.** Ainsi, l'attribution légale de prouver permet de délimiter l'étude aux diverses dispositions relatives à la répartition de charge de la preuve incluses dans le Code du travail, dans le Code de procédure civile à l'article 9 et dans le Code civil à l'article 1353 dans une moindre mesure. Il n'en demeure pas moins que l'expression utilisée est proche de la notion de charge de la preuve. Cependant, il semble que le terme d'attribution soit davantage en adéquation avec le processus de spécialisation de la charge en droit du travail sans qu'elle soit dénaturée. En outre, l'attribution légale de prouver permet de délimiter le champ d'analyse qui se limiteront ici aux dispositions légales en conformité avec les arrêts relatifs au droit à la preuve.

**265.** Après l'identification d'une délimitation formelle de la charge de la preuve, il convient d'établir une délimitation du contenu de l'attribution par le critère de la vraisemblance.

*2. La délimitation matérielle : la charge de la vraisemblance*

**266.** Les théories doctrinales qui viennent d'être énoncées s'attachent à donner une définition de la charge de la preuve en prenant en compte tous les aspects de celle-ci à la lumière des objectifs poursuivis par le droit de la preuve, qu'ils soient fondés sur la recherche de conviction du juge, sur l'acceptation sociale de la décision par la collectivité[399], sur la recherche d'un équilibre entre les parties ou encore la recherche de la manifestation de la vérité. L'analyse conceptuelle de la charge probatoire[400] proposée par Monsieur Mustapha Mekki lié au critère de vraisemblance et la notion de charge de la conviction[401] proposée par Jean Devèze nous semblent les plus à même de répondre aux problématiques de l'attribution de prouver sous l'angle du droit à la preuve bien que la notion

[399] H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, éd. Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1963.

[400] M. MEKKI, « Regard substantiel sur « le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », *op. cit.* n° 298.

[401] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, op. cit.* n° 261.

de la vraisemblance a été mobilisé dans des travaux antérieurs à ceux que nous choisissons de mobiliser[402].

**267.** Le critère de la vraisemblance est lié à la recherche de conviction du juge par les parties en présence, car « (...) prouver n'est pas en priorité dire la vérité, mais avant tout convaincre »[403]. Faire la preuve de ses allégations au soutien d'une ou de plusieurs prétentions reviendrait alors à chercher à convaincre le juge d'une apparence de réalité, de ce qui est, du point de vue du plaideur, une vérité[404]. Ainsi, la solution retenue par le juge, à l'issue du procès, serait dotée d'une vérité relative[405]. En outre, l'article 9 du Code de procédure civile renvoie à l'idée « d'une charge de la conviction » qui serait « raisonnée »[406]. Il apparait en effet que le procès constitue un terrain de reconstruction du passé, par le versement au débat, d'éléments de preuve et des argumentations qui les accompagnent, désignée ainsi comme la fonction recognitive du procès[407] qui aboutit à la création d'une vérité judiciaire, constituant ainsi le construit probatoire[408].

---

[402] C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, Marchal et Billard, 5ème éd., 1922, t. XII, §749 ; P. KINSCH, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in Mél. G. Wiederkehr, *De code en code*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 455-470 ; H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, éd. Librairie Marcel Rivière et Cie, 1963, Paris, p. 22 ; H. BATIFFOL, « Observation sur la preuve des faits », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 305 : « Le plus souvent les juges recherchent dans une affaire complexe quelle est la thèse la plus probable, la plus vraisemblable. Ce en quoi ils s'appuient sur l'idée que leur mission n'est pas d'établir le vrai en soi, ce qui excède (trop) souvent les possibilités humaines, mais de « départager » les parties (...) ».

[403] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Droit et économie », pp. 195-216.

[404] En ce sens, René Demogue affirmait que « celui qui prouve n'a pas à établir toutes les conditions nécessaires pour l'existence de son droit. Il a seulement à prouver des conditions telle que son droit soit vraisemblable », v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du Droit, Paris, 2001, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, p. 550.

[405] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, *op. cit.* n° 407, p. 195 ; M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, Journées Pays-Bas/Belgique, p. 816 : « La vérité juridique est une vérité relative car elle est subjective. Elle est une croyance en la vérité. »

[406] L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », *op. cit.* n° 367, p. 33.

[407] M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », *op. cit.* n° 411, p. 817.

[408] *Ibid.*

**268.** Par ailleurs, le critère de vraisemblance comme substance de l'attribution légale de prouver est présent de certaines dispositions légales. L'article L. 1134-1 du Code du travail qui prévoit la répartition de l'attribution de prouver entre le salarié et « la partie défenderesse » en matière de preuve des discriminations en constitue une illustration. En effet, le salarié doit présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination. Lors de cette étape, le salarié doit donc, non seulement alléguer des faits, mais des faits qui soient vraisemblables[409], car la simple allégation est insuffisante à elle seule. Le caractère vraisemblable de l'allégation des faits doit déclencher, chez le juge, une première opération de conviction, qui n'est pas pleinement affirmée, mais qui est mesurée. Lorsque le texte dispose que les éléments de faits supposent l'existence d'une discrimination, deux objectifs sont soulignés. D'une part, ceci fixe le degré de charge que le salarié doit atteindre pour remplir son attribution légale de prouver[410]. D'autre part, cette disposition indique quel niveau de conviction le juge doit atteindre pour décider que le fait est prouvé, car celle-ci doit reposer sur le caractère vraisemblable des éléments apportés par le salarié. Par ces premiers éléments, le juge doit admettre comme hypothèse que la discrimination est probablement existante, sans que sa conviction soit déterminée de manière définitive, sans quoi, il ferait reposer la charge de la preuve de la discrimination uniquement sur le salarié[411]. Lorsque « la partie défenderesse » apporte des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination dans le cadre de son opération de justification, le juge doit, cette fois-ci et au regard de l'ensemble des éléments, rechercher une conviction affirmée.

**269.** Pour conclure, la charge de la preuve est délimitée par deux critères. D'une part, elle doit être conçue comme une *attribution légale de prouver*, nécessaire à l'invocation d'un éventuel droit à la preuve. D'autre part, elle doit être entendue comme une *charge de la vraisemblance*, car la certitude absolue du juge doit être écartée, fondée sur une reconstitution du passé dans le cadre d'un procès, encadré par diverses règles. Ces deux critères constituent à la fois la forme et le fond de la charge de la preuve. Il convient à présent de s'intéresser aux liens entre l'attribution légale de

[409] M. MEKKI, « Regard substantiel sur « le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », préc., n° 314.

[410] V. infra, p. 158 et s.

[411] Cass. Soc., 24 octobre 2001, n° 99-45.011, inédit.

prouver et le droit à la preuve sous l'effet de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

## II. L'expression du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve

**270.** Avant la consécration jurisprudentielle du droit à la preuve, un arrêt du 7 mars 2006 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation avait reconnu l'existence d'un lien entre attribution légale de prouver et la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile relatif au référé probatoire (**A**). Ce lien a ensuite été explicitement confirmé par l'arrêt du 22 septembre 2021, ouvrant ainsi sur une analyse plus approfondie dans le but de déterminer si le lien entre les deux notions est ou non constant (**B**).

### A) La consécration isolée d'un lien entre l'attribution légale de prouver et les mesures d'instruction *in futurum*

**271.** La consécration d'un lien entre l'attribution légale de prouver et les mesures d'instruction *in futurum* a été réalisé discrètement par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 mars 2006[412], qui d'ailleurs semble-t-il, n'a pas fait l'objet de commentaires ou d'observations de la part de la doctrine.

**272.** En l'espèce, un salarié a été engagé en tant que régleur chef d'équipe par la société Galalitum à compter du 22 aout 1988 et a été licencié pour faute grave par son employeur le 15 mai 2003. Le salarié a saisi la formation des référés du conseil de prud'hommes afin de demander, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la production de documents apportant la preuve des faits qui lui étaient reprochés dans la lettre de licenciement. L'ordonnance rendue par la formation de référé déboute le salarié de sa demande. Le salarié a ensuite fait appel de l'ordonnance devant la Cour d'appel de Limoges. Dans une décision du 13 septembre 2004[413], celle-ci le déboute également de ses demandes aux motifs que la preuve du licenciement prononcé

[412] Cass. Soc., 7 mars 2006, n° 04-47.076, *Bull. civ.* V, n° 84, p. 87.

[413] CA Limoges, 13 septembre 2004, RG n° S03/1444, aff. *F. Bonnefois c./ S.A. GALALITUM*.

pour faute grave incombe à l'employeur et non au salarié et qu'il n'existe aucun motif légitime à sa demande, du fait « que le salarié qui a été licencié n'est pas en droit d'exiger de son employeur la production d'éléments de preuve quelconques pour justifier des motifs de son licenciement tant qu'aucune instance judiciaire ayant pour objet de remettre en cause le bien-fondé du licenciement n'a été introduite ». Le salarié forme un pourvoi devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans le même sens que la Cour d'appel de Limoges, elle rejette le pourvoi en affirmant que les juges du fond avaient bien caractérisé « l'absence d'obligation probatoire » de l'employeur et que « sa demande ne reposait pas sur un motif légitime ». Deux éléments d'analyse sont à souligner.

**273.** D'une part, la décision mobilise simultanément une attribution légale de prouver et le référé probatoire prévu à l'article 145 du Code de procédure civile. La chambre sociale rappelle, de manière indirecte, que l'employeur doit apporter la preuve de la faute grave dès lors qu'il procède au licenciement d'un salarié pour ce motif[414]. En dehors du système de répartition de la charge de la preuve prévu par l'article L. 1235-1 du Code du travail relatif à la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, le salarié n'a pas à rapporter d'éléments de preuve de l'absence de faute grave. Il est à remarquer que s'il en était autrement, le salarié ne pourrait rapporter cette preuve, qui s'apparente ainsi à la preuve d'un fait négatif[415]. C'est pourquoi la référence à l'expression d'obligation probatoire renvoie directement à l'attribution légale de prouver.

**274.** D'autre part, la solution rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation met en lumière le rapport entre l'attribution légale de prouver et le motif légitime d'une mesure d'instruction *in futurum*. L'analyse de la réalité du motif légitime repose, en partie, sur la prise en considération de l'existence ou non d'une attribution de prouver. Ainsi, l'attribution de prouver est un préalable à la demande de preuve fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile. Le critère de pertinence, englobé plus largement par celui d'utilité, permet ainsi d'évaluer la mise en œuvre

[414] V. Cass. Soc., 9 octobre 2001, n° 99-42.204, *Bull. civ.* V, n° 306, p. 245 : « Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que l'employeur devant prouver la faute grave, le salarié n'avait rien à démontrer, alors, d'autre part, que d'autres faits, non visés dans la lettre de licenciement, ne pouvaient être retenus, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé la faute grave, a violé les textes susvisés (...) » ; pour un arrêt récent, v. Cass. Soc., 13 novembre 2019, n° 18-13.723, inédit.

[415] J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, pp. 1-48.

du référé probatoire. Les critères sont d'abord utilisés pour analyser l'utilité générale de la mesure *in futurum* au regard de l'existence d'une attribution légale de prouver. L'identification d'une attribution légale de prouver devient un critère préalable dans l'évaluation de la pertinence d'une demande de preuve formulée par un plaideur. Ensuite, si les juges concluent à l'existence d'une attribution légale de prouver, les critères permettent d'évaluer l'adéquation de la mesure et l'attribution, au regard de la nature du contentieux et de ce qui est demandé dans le cadre de l'accomplissement de cette attribution.

**275.** Par cette première décision, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte non seulement des précisions quant à l'existence d'un lien entre la demande de preuve et l'attribution légale de prouver, mais aussi sur la substance de la demande appréciée à la lumière de l'existence d'une attribution légale de prouver. En outre, cet arrêt intéresse la notion de droit à la preuve, car il invite à s'interroger sur l'actualisation de ce lien et fait apparaitre les premières manifestations du droit à la preuve fondées sur l'existence d'une attribution légale de prouver. Ces premières manifestations ont été prolongées par un arrêt du 22 septembre 2021 par lequel la chambre sociale explicite l'articulation entre les deux notions.

### B) Une consécration affirmée d'un lien entre l'attribution légale de prouver et la mise en œuvre du droit à la preuve

**276.** Dès la consécration du droit à la preuve par plusieurs chambres de la Cour de cassation, les textes légaux relatifs à l'attribution de prouver, de droit commun ou spéciaux, ont été visés explicitement par la chambre sociale. Le lien entre les deux notions n'a pas, à ce jour, été remis en cause par la Haute juridiction (**1**). En outre, l'arrêt du 7 mars 2006 a trouvé un prolongement explicite dans celui rendu par la chambre sociale le 22 septembre 2021 (**2**).

#### *1. L'absence de contestation du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve*

**277.** À l'analyse des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation, le lien qui a pu être consacré par l'arrêt précédemment évoqué n'a pas été mis en débat par la Haute juridiction.

En l'absence d'arrêts en sens contraire, la position de la Cour de cassation reste à considérer. En outre, les arrêts invitent à penser que l'existence du lien se déduit, lorsque la Cour de cassation vise[416] soit l'article 9 du Code de procédure civile (**a**), soit, en fonction de la nature du contentieux, les aménagements de l'attribution légale de prouver prévus par le Code du travail (**b**).

a) L'examen du lien au prisme de l'article 9 du Code de procédure civile

**278.** De manière non exhaustive, trois arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation illustrent cette hypothèse.

**279.** Le premier est celui du 9 novembre 2016[417]. Cet arrêt de cassation était rendu au visa de « l'article L. 3171-2 du code du travail, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ». Il convient de rappeler que, dans cette affaire, un syndicat avait saisi le juge des référés afin de faire reconnaitre la violation du respect du repos dominical dans une entreprise, *in fine* pour faire cesser le trouble manifestement illicite, en produisant des documents consultables par les représentants du personnel et ayant trait à la vie personnelle des salariés concernés. L'attribution de prouver, selon l'analyse de cet arrêt, reposait alors sur la partie qui avait saisi le juge des référés afin de faire cesser le trouble manifestement illicite. Les allégations du syndicat devaient être corroborées par l'apport des divers documents, obtenus par l'intermédiaire des délégués du personnel, dans le cadre de leur mission de consultation. Ainsi, en visant de manière explicite l'article 9 du Code de procédure civile, la Chambre sociale semblait faire le lien entre les allégations du syndicat, entendue comme la charge de l'allégation, qui doit apporter des éléments de preuve au soutien de sa prétention, afin de remplir la charge de la vraisemblance, par l'intermédiaire de documents portant atteinte à la vie personnelle des salariés. Le droit à la preuve intervient ainsi dans sa fonction de légitimation des éléments de preuve à la lumière de la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité et au regard de l'attribution de prouver qui reposait, en l'espèce, sur le syndicat.

[416] Il faut concevoir ici le terme « viser » comme la référence (arrêt de cassation) ou l'utilisation (arrêt de rejet) de dispositifs légaux relatifs à la charge de la preuve dans le cadre d'une décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation.

[417] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, pour plus de détails, v. p. 38.

**280.** Dans son arrêt de rejet rendu le 30 septembre 2020[418], la Chambre sociale, au soutien de sa décision, mentionnait « les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile » suivi par l'énoncé des conditions de proportionnalité à mettre en œuvre afin de concilier le droit à la preuve et l'atteinte à la vie privée. Pour rappel, une salariée a été licenciée pour faute grave du fait de la publication, sur son compte Facebook privé, de photographies d'une collection de vêtements avant sa sortie officielle. La salariée avait saisi le conseil de prud'hommes pour contester son licenciement. L'employeur avait alors produit des captures d'écran, obtenues par l'intermédiaire d'une autre salariée, afin de justifier le licenciement pour faute grave. Dans l'arrêt, la Haute juridiction a tranché la recevabilité ou non des éléments de preuve sous l'angle du conflit de droits entre le droit à la preuve de l'employeur et l'atteinte à la vie privée de la salariée. La garantie du droit à la preuve de l'employeur est débattue, car il reposait sur lui l'attribution de prouver la faute grave du licenciement bien que la salariée soit en position de demandeur devant le conseil de prud'hommes. Cet arrêt démontre, une nouvelle fois, la pertinence de la mobilisation de l'article 9 du Code de procédure civile dans le cadre du droit à la preuve, car l'attribution légale de prouver ne repose pas systématiquement sur le demandeur.

**281.** Enfin, l'arrêt du 16 décembre 2020[419] offre une illustration particulière de l'hypothèse considérée. Une demande de mesure d'instruction *in futurum* a été formulée par plusieurs salariés, afin d'établir un panel de comparaison dans le cadre de la reconnaissance d'une discrimination supposée en raison de l'exercice d'activités syndicales. La cour d'appel a débouté les salariés de leur demande au motif que celle-ci s'analysait en une mesure générale d'investigation. La Chambre sociale, dans son attendu, visait l'article 145 du Code de procédure civile, les articles 6 et 8 de la Convention ainsi que les articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile. L'énoncé des articles pourrait surprendre. Cependant, au stade des mesures d'instruction *in futurum*, il n'y avait pas lieu de viser l'article L. 1134-5 du Code du travail qui concernait le litige futur portant sur l'existence ou non des discriminations.

[418] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, v. p. 50.

[419] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, v. p. 91.

b) L'examen du lien au prisme des notions de discrimination et d'inégalité de traitement

**282.** Dans le prolongement de nos développements, l'hypothèse est la suivante : l'invocation du droit à la preuve est en corrélation avec une attribution légale de prouver, qui, même si elle n'est pas explicitement visée, est conçue au prisme du contentieux envisagé. Cela signifie que la demande de preuve litigieuse est effectuée par le plaideur auquel il incombe une attribution légale de prouver dans un litige potentiel futur. Autrement dit, sans attribution légale de prouver envisagée dans un futur par l'intermédiaire de l'article 145 du Code de procédure civile, il ne peut y avoir de droit à la preuve pour un plaideur. Cette hypothèse s'illustre particulièrement dans deux domaines, la discrimination et l'inégalité de traitement, pour lesquels existent des aménagements de l'attribution légale de prouver entre le candidat à un emploi ou le salarié et l'employeur.

**283.** D'abord, dans le domaine de la discrimination, deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation peuvent être cités, celui du 19 décembre 2012[420] et celui du 16 mars 2021[421]. Dans l'arrêt « Radio France » du 19 décembre 2012, deux salariées avaient saisi la juridiction prud'homale en référé sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, afin de voir ordonner la production de documents relatifs à d'autres salariés par l'employeur, dans le but d'établir l'existence supposée d'une discrimination. Dans l'arrêt du 16 mars 2021, le processus est similaire. En l'espèce, une salariée a saisi sur le fondement du référé probatoire la juridiction prud'homale afin de faire ordonner la production, par l'employeur, de documents relatifs à dix autres salariés, afin d'apporter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison du sexe. Par ailleurs, dans cette affaire, la salariée avait saisi la juridiction prud'homale au fond pour faire constater l'existence de cette discrimination supposée. De plus, cet arrêt apporte un élément de précision essentiel pour notre hypothèse. En effet, en cassant l'arrêt rendu par la cour d'appel, la Chambre sociale précise « [qu'en] se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi (...) »

[420] Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2013, p. 1026 ; note MAZARDO, RIANDEY*, Dr. ouv*. 2013, p. 287; obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2013, p. 2802, note C. HAMONIAUX*, JCP G* 2013, p. 51.

[421] Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645, v. n° 124.

(nous soulignons). Par l'utilisation de la préposition « de », la Chambre sociale de la Cour de cassation établit un lien direct entre le droit à la preuve et la charge de l'allégation de faits vraisemblables[422] qui pèse sur le salarié dans le contentieux des discriminations.

**284.** Ensuite, le droit à la preuve a été mis en œuvre par la Cour de cassation dans des affaires mettant en cause l'égalité de traitement. Dans l'arrêt du 16 novembre 2016[423], un voyageur représentant placier avait demandé, par l'intermédiaire de l'article 145 du Code de procédure civile, la production de divers documents relatifs à la rémunération des autres salariés exerçant des fonctions similaires. Cette demande de preuve était faite dans la perspective de l'introduction éventuelle d'une action en justice au fond visant à faire constater une inégalité de traitement entre les salariés. Par ailleurs, dans l'arrêt du 11 décembre 2019, un salarié avait demandé la production de documents par l'employeur afin d'obtenir des éléments de comparaison concernant le montant de la part variable de la rémunération des salariés, afin d'inclure ces éléments dans une instance au fond pour contester l'inégalité de traitement supposée.

**285.** De ces illustrations jurisprudentielles ressortent deux éléments de conclusion. D'une part, il apparait que, même dans les domaines où le droit du travail aménage l'attribution légale de prouver, il incombe au salarié une charge de la vraisemblance allégée[424]. En matière de discrimination et d'inégalité de traitement, il serait donc erroné d'affirmer qu'il n'est attribué aucune charge de la preuve au salarié.

**286.** D'autre part, il apparait donc que le droit à la preuve semble toujours lié à l'existence d'une attribution légale de prouver indépendamment de l'exigence probatoire que doit remplir le plaideur. L'arrêt du 22 septembre 2021 vient conforter cette position.

---

[422] M. MEKKI, « « Regard substantiel sur « le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », préc., n° 415.

[423] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

[424] V. infra, p. 140 et s.

*2. La formulation du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve*

**287.** L'arrêt du 22 septembre 2021[425] rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte une pierre essentielle à l'édifice du droit à la preuve en construction. En l'espèce, un salarié, investi de plusieurs mandats syndicaux et représentatifs depuis plusieurs années, a saisi la juridiction prud'homale en référé, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, afin de voir ordonner la production par l'employeur de documents concernant d'autres salariés de l'entreprise, parmi lesquels un extrait du registre unique du personnel et un tableau récapitulatif des informations demandées, afin d'élaborer un panel de comparaison en vue d'une action au fond relative à une discrimination. La juridiction prud'homale ainsi que la Cour d'appel de Versailles ont débouté le salarié de sa demande en prenant appui sur deux arguments. D'une part, le salarié possédait les informations suffisantes communiquées par l'employeur pour se comparer utilement avec d'autres salariés. D'autre part, que le mécanisme probatoire spécifique prévu par l'article L. 1134-1 du Code du travail, qui prévoit un allégement de la charge de la preuve pour le salarié, rend la production des éléments de preuve par le salarié « inutile ». Après un pourvoi formé par le salarié à l'encontre de cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond en procédant à un raisonnement en deux temps.

**288.** D'abord, la Chambre sociale estime, au visa de l'article 145 du Code de procédure civile, que l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique, tiré de l'article L. 1134-1 du Code du travail ne peut permettre d'écarter une demande de preuve formulée par le salarié. Ensuite, par un visa constant qui rassemble les textes européens et nationaux, la Chambre sociale énonce les conditions de réalisation du droit à la preuve par la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité et rappelle aux juges la possibilité d'exercer leur pouvoir de modulation du périmètre de la demande de preuve. Cette solution confirme et précise à la fois, des éléments antérieurs relatifs à l'articulation entre la charge de la preuve entendue comme une attribution légale de prouver et le droit à la preuve.

[425] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *à paraitre au bulletin*, note H. BARBIER, *RDT* 2022, p. 95 ; obs. C.-A. DONZEL, M. DELANDRE, *JSL* n° 528, 22 octobre 2021 ; obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *JCP G* n° 41, 1054-1055 ; note C. BLANQUART, *JCP S* n° 45, 1279.

**289.** D'une part, la Chambre sociale confirme une position largement affirmée, depuis les arrêts fondateurs du droit à la preuve. Par un attendu précis, elle rappelle qu'en cas de demande de preuve litigieuse, le droit à la preuve doit être mis en balance avec le droit auquel il est porté une atteinte, qui en l'espèce, était le droit à la vie privée des salariés. La lecture de l'attendu 10 de l'arrêt[426] confirme l'hypothèse selon laquelle les mesures d'instruction *in futurum* constituent à la fois l'un des fondements juridiques et l'instrument du droit à la preuve. Dans cette perspective - qui se prête cependant à une autre analyse, comme on le verra[427] -, l'existence du motif légitime comme condition à la mise en œuvre d'une mesure d'instruction *in futurum* est déduite de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. La Chambre sociale rappelle également que les juges du fond possèdent un pouvoir de modulation du périmètre de la demande de preuve, lorsque sa mise en œuvre prend l'apparence d'une mesure générale d'investigation. Elle confirme ainsi le renforcement du rôle actif du juge judiciaire dans l'administration de la preuve, plus particulièrement, lorsqu'il doit apprécier en amont les éléments de preuve visés par la demande de preuve dite litigieuse.

**290.** D'autre part, la Chambre sociale apporte des précisions explicites quant à l'articulation entre la charge de la preuve et le droit à la preuve. Pour la première fois, la Chambre sociale consacre un lien entre la charge de la preuve, entendue comme une attribution légale de prouver et le droit à la preuve, par l'intermédiaire d'une mesure d'instruction *in futurum*. Si, au regard des propos précédents, cette consécration n'est pas surprenante, il reste qu'elle s'illustre dans un contentieux du travail particulier, le contentieux des discriminations. En effet, la portée principale de l'arrêt réside dans l'affirmation suivante : le mécanisme probatoire particulier de l'article L. 1134-1 du Code du travail ne permet pas d'écarter une demande de preuve, quand bien même le salarié bénéficierait au préalable d'un avantage juridique qui se traduit par un allègement de la charge de la preuve en matière de preuve des discriminations. Ainsi, le droit à la preuve est clairement distingué de la charge de la preuve, l'existence de l'une n'écartant pas l'invocation de

[426] « 10. Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (...) ».

[427] Sur ce point, v. infra, p. 274 et s.

l'autre. Les analyses doctrinales relèvent d'ailleurs, à ce sujet, qu'il existe une « absence d'incompatibilité »[428] entre les deux notions, au regard de l'objet et de la fonction de chacune des notions.

**291.** De surcroît, il a été affirmé que l'arrêt de la Chambre sociale laissait apparaitre la possibilité d'invoquer le droit à la preuve en l'absence de charge de la preuve, car « faire de la charge de la preuve la condition de naissance du droit à la preuve, c'est revenir à une conception individualiste et segmentée du procès (...) »[429]. À l'inverse, l'arrêt n'évoque pas l'absence de charge de la preuve pesant sur le salarié, mais se réfère directement à la notion de « mécanisme probatoire particulier » qui constitue un allègement de la charge de la preuve dans le cadre d'une répartition déséquilibrée de celle-ci entre les plaideurs. L'allègement de la charge de la preuve ne signifie pas l'absence de tout charge de la preuve sur le plaideur salarié ; celle-ci doit donc être nuancée en droit du travail. Si l'on considère que l'existence d'une charge de la preuve constitue la condition préalable de l'invocation du droit à la preuve, cela permet d'affirmer que l'existence du droit à la preuve est justifiée par les difficultés que créent une situation imposée par le législateur. Il convient de rappeler que le droit à la preuve trouve son essence même dans la notion de difficulté probatoire, qu'elle soit analysée sous l'angle de l'accès à la preuve ou sous l'angle de la recevabilité de l'offre ou de la demande de preuve. Cette difficulté probatoire est appréciée à la lumière de ce que le plaideur doit apporter comme élément de preuve, afin de répondre aux exigences de la charge de la preuve. C'est pourquoi cette difficulté probatoire doit résulter d'une attribution légale de prouver, qu'elle soit alternative, notamment lorsque la charge de la preuve suit la charge de l'allégation ou qu'elle soit dissociée par le législateur, au regard du critère de l'aptitude à la preuve de chacune des parties. Dans ce schéma, la charge de la preuve doit donc être considérée comme le point de départ du bénéfice du droit à la preuve d'un plaideur, renvoyant davantage à la logique du régime juridique en construction du droit à la preuve présente dans les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

[428] C.-A. DONZEL, M. DELANDRE, obs. de l'arrêt, *JSL* n° 528, 22 octobre 2021.

[429] H. BARBIER, note de l'arrêt, *RDT* 2022, p. 95.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**292.** La charge de la preuve, à la lumière du droit à la preuve, doit être délimitée à deux niveaux. D'une part, dans sa dimension formelle, elle correspond à une attribution légale de prouver dans la mesure où une disposition légale doit prévoir la répartition de la charge entre les plaideurs, soit en fonction de l'aptitude à la preuve, à l'image des aménagements du droit du travail, soit en fonction de la charge de la preuve qui suit la charge de l'allégation, entendue comme une charge alternative de la preuve, issue de l'interprétation de l'article 9 du Code de procédure civile. D'autre part, dans sa dimension matérielle, la charge de la preuve s'apparente à une charge de la vraisemblance, dès lors que la production d'éléments de preuve accompagnée d'une démonstration tend à reconstruire le passé lors d'un procès. Le critère de la vraisemblance permet d'analyser la charge comme une notion au service de la conviction des juges, toute recherche de la vérité absolue étant à écarter dans le procès.

**293.** Cette définition de la charge de la preuve a été mise à l'épreuve dans le champ d'application du droit à la preuve. En effet, antérieurement à la reconnaissance d'un lien entre les deux notions, les arrêts laissaient apparaitre cette possibilité, sans remettre en cause les différentes répartitions de l'attribution légale de prouver en droit du travail. L'arrêt du 22 septembre 2021 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme cette hypothèse et présuppose une extension de la portée de l'arrêt aux différents aménagements de la charge de la preuve en droit du travail.

**294.** En conclusion, l'invocation du droit à la preuve est tributaire de l'existence de la charge de la preuve. Cela renvoie à une deuxième interrogation relevant de la nature du lien entre la charge de la preuve et le droit à la preuve, en partie résolue par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

## Section 2. La nature du lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve

**295.** La notion de charge de la preuve a fait l'objet d'un certain nombre d'aménagements spécifiques dans le Code du travail. Le développement « d'un droit de classe »[430] probatoire expliquerait cette multiplicité des règles de preuve en droit du travail car « la difficulté rencontrée par une catégorie de personnes pour réunir des éléments de preuve engendre une réaction de l'ordre juridique, lequel va instituer une « aide » permettant de la surmonter »[431]. Ces règles de preuve permettraient ainsi une meilleure considération des difficultés probatoires de certains plaideurs par l'intermédiaire du critère de l'aptitude à la preuve[432]. Le critère de l'aptitude à la preuve renvoie à « celui qui est le plus apte, le plus enclin à l'établir l'existence d'un fait »[433]. Certes, il ne peut être considéré comme un standard, critiqué pour son manque de stabilité et de certitude, mais il doit être conçu comme un critère important dans la compréhension des charges de preuve qui coexistent en droit du travail.

**296.** Par ailleurs, le droit français a pu trouver certaines inspirations au-delà de ses frontières. La loi du 13 avril 2019 portant création du Code civil en droit belge, introduit un livre 8 dédié à la preuve. Cette loi introduit non seulement la possibilité pour le juge de renverser la charge de la preuve dès lors que des circonstances exceptionnelles le justifient[434], mais a aussi consacré, à la section 5, articles 8.5 et 8.6 des « degrés de preuve », constitué par la preuve certaine et par la

---

[430] L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, pp. 1-4. L'auteur définit le droit de classe comme « (...) la conception d'une législation de classe, plus précisément d'un droit professionnel qui se subdivise naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions que chacun de nous peut occuper dans la société (...) ».

[431] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », vol. 153, p. 383.

[432] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (*dir.*), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Droit et économie », p. 205.

[433] *Ibid.*

[434] Livre VIII, section 4, article 8.4, alinéa 5 du Code civil belge : « le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de la preuve lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

preuve par vraisemblance[435]. En droit espagnol, l'article 217 de la loi de procédure civile espagnole (LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) prévoit la possibilité pour le juge, au point 7, d'assouplir la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur qui allèguent certains faits à sa demande et au défendeur, pour les faits qui viennent au soutien de sa défense. En effet, le juge peut, dans le cadre de la distribution de la charge de la preuve, prendre en considération « la proximité et la facilité probatoires »[436] des plaideurs.

**297.** L'idée d'une pluralité de charges de la preuve en droit du travail invite à en étudier la teneur, pour pouvoir déterminer la nature du lien entretenu avec le droit à la preuve, autrement dit, afin d'identifier s'il existe ou non une autonomie entre ces notions. La réponse à cette question a été en partie apportée par l'arrêt du 22 septembre 2021. Cependant, il convient d'en étendre la portée aux autres aménagements de la charge de la preuve en droit du travail, dans la mesure où le salarié bénéficie d'allègements importants en certains domaines. Ainsi, une présentation des degrés de la charge de la preuve en droit du travail apparait nécessaire (**§I**). Celles-ci n'influencent guère l'invocation du droit à la preuve. La nature du lien doit donc être abordée sous deux aspects : l'autonomie matérielle et la complémentarité fonctionnelle (**§II**).

## I. Les degrés de la charge de la preuve en droit du travail

**298.** Les travaux de la doctrine ont démontré que les aménagements de la charge de la preuve en droit du travail bénéficiaient aux salariés plaideurs résultant d'une inaptitude probatoire constatée au moyen d'un accès généralement limité aux éléments de preuve détenus par

[435] Livre VIII, section 5 intitulée « degré de preuve », article 8.5 « règle générale - preuve certaine » et article 8.6 « preuve par vraisemblance » : « sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'en établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ».

[436] F. INCHAUSTI GASCÓN, « Le droit de la preuve en Espagne : au carrefour entre *civil law* et *Common law* ? » in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 225-245.

l'employeur[437]. Ainsi, « les charges procédurales en matière de preuve sont réparties différemment selon les facultés contributives de chaque partie »[438]. La notion de charge de la preuve entretient ainsi une relation étroite avec le critère de l'aptitude à la preuve. Par ailleurs, la justification des aménagements en droit du travail résulterait de l'absence de spécificités des dispositions du Code civil « qui n'intègrent pas l'aptitude à la preuve »[439]. Ce critère n'est pas le seul fondement à pouvoir être évoqué. En effet, selon Françoise Favennec-Héry, « le droit de la preuve suggère ou accompagne une évolution du droit substantiel »[440]. Combinés, ces fondements marquent une orientation définie, celle de permettre de *faire la preuve*, entendue comme la possibilité d'amener des éléments de preuve suffisants, à la hauteur de l'aptitude à la preuve de chacun des plaideurs au regard de leur qualité respective.

**299.** La notion de degrés de la charge de la preuve s'appuie principalement sur l'intégration de la qualité du plaideur dans les règles relatives à l'attribution légale de prouver (**A**). Cette forme de personnalisation de la répartition de la charge de la preuve implique qu'il existe différents degrés de la notion en droit du travail, d'une intensité variable en fonction du plaideur concerné par l'application d'une certaine partie de la règle. Les différents degrés prévus par le Code du travail sont à déterminer par l'analyse de plusieurs dispositions légales (**B**).

---

[437] D. BOULMIER, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié » *Dr. ouv.* 2014, p. 105 et s. ; F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, Th. Univ. Paris Nanterre, 1983, p. 677 ; D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in DOCKÈS E. (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Paris, 2007 coll. « Thèmes et commentaires », p. 280 ; B. CHAUVET, « La charge de la preuve en droit du travail : une constante évolution en faveur du salarié », *Gaz. Pal.* 1994, p. 792 ; E. SUIRE, « La preuve devant le juge prud'homal. Qui supporte la charge de la preuve ? » *RPDS* n° 827, 2014, p. 83 ; R. MOULOUNGUI MAGANGA, *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, th. Univ. Limoges, 2012 ; F. TERROUX-SFAR, *Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail*, th. Univ. Paris Nanterre, 2012.

[438] S. MEKKI-AMRANI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in CADIET L., MEKKI M., GRIMALDI C., *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 115.

[439] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », *op. cit.* n° 437.

[440] F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, *op. cit.* n° 437, p. 679.

A) L'intégration de la qualité du plaideur dans les règles de preuve

**300.** Les dispositions du Code civil et du Code de procédure civile attribuent la charge de la preuve en fonction des allégations des plaideurs. En droit du travail, la référence à la qualité du plaideur est établie au regard des catégories juridiques connues qui renvoient elles-mêmes à des positions adoptées dans le monde professionnel. Lorsque les dispositions législatives concernant la charge de la preuve utilisent les notions de « salarié » et « d'employeur », elles se réfèrent explicitement à ces catégories reconnues par le droit du travail (**1**). Il en est de même lorsque le législateur attribue le risque de la preuve sur l'employeur dans certains domaines (**2**).

*1. L'intégration de la qualité du plaideur dans la répartition de la charge de la preuve*

**301.** En matière de preuve des discriminations et du harcèlement, moral ou sexuel, prévus respectivement à l'article L. 1134-1 et L. 1154-1 du Code du travail, il est précisé que le « salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence » d'une discrimination, directe ou indirecte, ou d'un harcèlement. Concernant la preuve des heures travaillées, l'article L. 3171-4 du Code du travail prévoit que « l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ». S'agissant de la justification d'une sanction disciplinaire, « l'employeur fournit au conseil des prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction ». Il en est de même en matière de protection de la grossesse et de la maternité. L'article L. 1225-1 du Code du travail dispose l'interdiction, pour l'employeur, de prendre en considération l'état de grossesse d'une candidate à un recrutement ou dans le cadre d'une rupture du contrat de travail. Ainsi, en cas de litige, « l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision »[441]. À l'inverse, en matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, le législateur n'a pas entendu attribuer une répartition en fonction de la qualité du plaideur, car « la charge de la preuve n'incombe pas spécialement à l'une ou l'autre des parties »[442]. Le salarié et l'employeur partagent ainsi la charge de la preuve. Nous verrons cependant que la

[441] Article L. 1225-3 du Code du travail.

[442] Cass. Soc., 11 décembre 1997, n° 96-42.045, *Bull. civ.* V, n° 436, p. 312.

notion de partage ne doit pas être entendue dans le sens d'une répartition égalitaire de la charge de la preuve entre l'employeur et le salarié.

**302.** Par référence à la situation juridique des plaideurs, le législateur prédétermine le rôle probatoire qui incombe à chacun d'eux. Cette dénomination, marquée par la réalité de l'aptitude à la preuve. Cela signifie qu'il incombe au salarié de rapporter des éléments, qui n'obéissent pas à l'exigence de prouver directement un fait, mais qui assurent au juge la possibilité d'adhérer aux allégations vraisemblables du salarié. Il n'existe donc pas, en ces domaines, un renversement de la charge de la preuve. Par ailleurs, cette répartition spécifique prescrit au juge d'éviter d'asseoir sa conviction à partir des éléments rapportés uniquement par le salarié ou par l'employeur. Ces dispositions impliquent alors des limites dans la répartition de la charge de la preuve. Si le salarié doit rapporter des éléments de faits en matière de preuve du harcèlement ou de la discrimination, le juge ne peut lui demander davantage et le débouter de sa demande au motif que ces éléments sont insuffisants, revenant ainsi à faire peser la charge de la preuve sur le salarié demandeur à l'instance[443]. L'utilisation des situations juridiques, en faveur principalement du salarié, intervient également en matière d'attribution du risque de la preuve.

### *2. L'intégration de la qualité du plaideur dans la résolution du risque de la preuve*

**303.** En matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement, de la preuve d'un fait justifiant une sanction disciplinaire ou encore d'un litige portant sur la prise en considération par l'employeur de l'état de grossesse d'une candidate à un emploi ou une salariée dont le contrat de travail est rompu, ces trois dispositions législatives comportent la formule suivante « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

**304.** Cette règle d'imputation du risque de la preuve à l'employeur, bien qu'édictée en faveur du salarié, possède un caractère subsidiaire dans son application[444]. En effet, « l'attribution du

[443] Cass. Soc., 9 décembre 2020, n° 19-13.470, publié au bulletin.

[444] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Droit et économie », p. 198.

risque de la preuve consiste à désigner celui qui doit succomber au procès »[445] et constitue, par conséquent, une règle distincte de celle consistant à désigner celui sur qui pèse l'attribution légale de prouver[446]. Préalablement à la mise en œuvre de la règle d'imputabilité du risque de la preuve, le doute doit être réduit en amont par le juge. Les dispositions des articles L. 1235-1 et L. 1333-1 du Code du travail précisent que celui-ci « peut ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Le juge est alors mis en capacité de réduire l'existence du doute qu'il peut avoir par la mise en œuvre de ses prérogatives en vertu de l'article 143 du Code de procédure civile[447]. Cet énoncé, qui rappelle brièvement les possibilités qui s'offrent au juge en matière de recherche des éléments de preuve, l'incite à mettre en œuvre des mesures d'instruction. Laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'opportunité d'ordonner des mesures d'instruction, le législateur précise qu'elles doivent être considérées, du point de vue des juges du fond, comme « utiles ». Cela renvoie ainsi à la notion de pertinence des éléments de preuve, comportant un lien avec le fait à prouver. Le renvoi aux mesures d'instruction s'analyse alors comme un instrument essentiel dans la recherche des éléments de preuve et, par conséquent, dans la recherche « d'une conviction raisonnée »[448].

**305.** Ainsi, ce n'est qu'à la suite d'investigations et recherches déployées pendant l'instance que le juge peut utiliser la règle d'imputabilité du risque de la preuve, s'il est encore imprégné du « doute du sceptique »[449] et non par celui qui pouvait le conduire à l'affirmation d'une vérité judiciaire. Le juge doit donc, en amont, mettre en œuvre ses prérogatives afin de découvrir la vérité judiciaire [450].

---

[445] *Ibid*., p. 195.

[446] V. préc., n° 288.

[447] « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

[448] L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », *op. cit.* n° 320.

[449] J.-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Droits* 1996, n°23, pp. 21-29.

[450] R. PAUTRAT, « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement », *D.* 1994, pp. 337-340.

**306.** L'imputabilité du risque de la preuve à l'employeur semble se justifier à plusieurs égards. D'abord, la fonction instrumentale du risque de la preuve poursuit plusieurs objectifs, notamment celle d'une politique juridique en faveur du salarié, perçu « en situation d'infériorité »[451]. En l'absence de ce dispositif, il pèserait systématiquement sur le salarié le risque de la preuve, par manque d'aptitude à rapporter des éléments de preuve au soutien de ses allégations et prétentions. Ainsi, la recherche de l'équilibre probatoire commande l'attribution du risque de la preuve en amont par le législateur. Ensuite, l'imputabilité du risque de la preuve est étroitement liée aux spécificités du droit du travail. En effet, l'employeur déploie son pouvoir[452] et les prérogatives qui en découlent en matière de licenciement, de sanction disciplinaire ou de prise de décision en matière d'embauche. Dans cette perspective, le mécanisme d'imputabilité du risque peut s'entendre également comme un mécanisme de sanction en cas d'échec de la justification. Le pouvoir de direction et de sanction reconnu et conféré à l'employeur exige qu'il justifie de ses décisions dès lors que celles-ci sont contestées devant l'autorité judiciaire. Ainsi, la variation des degrés de la charge de la preuve implique que la partie qui exerce une autorité, un pouvoir sur autrui, soit en mesure de démontrer son caractère légitime devant l'autorité judiciaire.

**307.** La référence à la qualité de salarié ou d'employeur des plaideurs dans les dispositions relatives à la répartition de la charge de la preuve permet d'attribuer un rôle probatoire à chacun. Cette analyse soulève ainsi l'existence de différentes charges de la preuve qu'il convient de mettre en lumière dans le cadre du droit à la preuve.

### B) L'identification des degrés de charge de la preuve en droit du travail

**308.** « La dilution de la charge de la preuve »[453] en droit du travail implique une étude plus approfondie de celle-ci afin de déterminer les liens avec le droit à la preuve. L'hypothèse qui

[451] M. MEKKI, *op. cit.* n° 357, p. 214.

[452] P. LOKIEC, Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé dans les rapports contractuels, LGDJ, Paris, 2004, coll. « Bibliothèque de droit privé » ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit social », tome 53.

[453] T. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », Mél. G. GOUBEAUX *Liber Amicorum*, LGDJ/Dalloz, Paris, 2009, p. 322.

consistait à vérifier si le droit à la preuve était tributaire de la charge de la preuve a été vérifié. Une autre hypothèse, accessoire à la première, doit permettre de déterminer qu'il existe toujours une charge probatoire au salarié, quelle que soit la formulation que le législateur ou la doctrine[454], utilisent pour la nommer. La vérification de cette hypothèse conduit à étudier la notion de degré de la charge de la preuve. L'analyse du degré de la charge de la preuve nous conduit à distinguer deux niveaux, un minimum et un maximum probatoire que le plaideur doit atteindre au regard de ses capacités à rapporter des éléments de preuve, afin d'aboutir au succès de ses prétentions et, *a fortiori*, à convaincre le juge[455]. Le minimum de la charge de la preuve implique que le plaideur répond à une exigence probatoire qui ne soit pas une simple allégation. Le maximum de la charge de la preuve signifie que le juge n'exige pas non plus davantage du plaideur que ce qui est imposé par les dispositions législatives. Le minimum et le maximum constituent des degrés de la charge de la preuve. Ces degrés de charges de la preuve délimitent le rôle probatoire des plaideurs ainsi que l'office du juge face à l'administration de la preuve[456].

**309.** Deux différents degrés de charge de la preuve doivent être analysés. D'abord, *une charge de la vraisemblance allégée* pèse sur le salarié (**1**), qui s'oppose à une charge de la preuve fondée sur la justification, qui pèse sur l'employeur, que l'on qualifiera de *charge de la vraisemblance renforcée* (**2**). Concernant la charge de la preuve en matière de cause réelle et sérieuse du licenciement, il convient de nuancer quelque peu la notion de « partage », qui doit davantage être conçu comme une répartition égalitaire d'ordre formel entre les plaideurs (**3**).

---

[454] F. FAVENNEC-HÉRY, « La preuve en droit prud'homal. La charge de la preuve », *CSBP* 1991, n° 35, pp. 261-262.

[455] La notion de degré de la charge de la preuve implique d'évoquer l'intensité de la charge de la preuve indépendamment de l'appréciation des éléments de preuve par le juge dans le but de forger sa conviction. Ici, le degré de conviction est lié à la charge de la preuve et non aux standards de preuve, tels qu'utilisés dans les systèmes juridiques de Common law, v. not. B. DEFFAINS, D. DEMOUGIN, C. FLUET, « Économie des procédures judiciaires », revue *Économique*, Sciences Po, vol. 58, 2007, pp. 1265-1290 ; A. LEVASSEUR, H.-W. FONTENOT, « Le droit de la preuve aux États-Unis », in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 183-203.

[456] L. GAMET, « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal », op. cit. n° 320. L'auteur affirme que « être convaincu par des preuves, c'est les tenir pour « vraisemblables ». Tout est ensuite une question de degré ».

### *1. La charge de la vraisemblance allégée*

**310.** Les articles L. 1134-1, L. 1444-1 et L. 1154 du Code du travail prévoient que le salarié, dans le cadre d'un contentieux relatif à une discrimination, un harcèlement sexuel, moral ou en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, « doit présenter des éléments de fait laissant supposer » l'existence de l'une des catégories juridiques citées (**a**). Dans le cadre de la preuve des heures travaillées, prévue à l'article L. 3171-4 du Code du travail, la jurisprudence a évolué, passant de la notion d'étaiement à celle d'éléments factuels précis que doit rapporter le salarié (**b**).

#### a) La notion d'éléments de faits

**311.** La notion d'éléments de faits, au sens des textes qui viennent d'être mentionnés, suppose que le salarié doit apporter des éléments qui permettent au juge de considérer comme probable l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, d'un harcèlement ou d'une violation de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

**312.** La notion d'élément de fait doit être distinguée de l'allégation des faits. La charge de l'allégation des faits présuppose la charge de la vraisemblance. Le salarié doit alléguer des faits, mais ne peut s'en tenir à cette étape, car « si le salarié allègue une discrimination, il ne peut se contenter d'une simple allégation. Il doit nécessairement produire un certain nombre d'éléments de fait (...) »[457]. À ce titre, dans une décision du 12 janvier 2002, le Conseil constitutionnel a établi la distinction entre l'allégation et la notion d'élément de fait en précisant que la partie demanderesse « n'est pas dispensée (...) d'établir la matérialité de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de son allégation »[458]. Ainsi, le salarié demandeur à l'instance peut apporter, à l'appui de ses allégations, des documents médicaux et témoignages[459], des SMS[460] qui, au-delà de

[457] M.-T. LANQUETIN, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 589.

[458] Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, consid. 89.

[459] Cass. Soc., 3 mars 2021, n° 19-24.232, inédit.

[460] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85.

leur recevabilité en justice, laissent supposer l'existence d'un harcèlement. À l'inverse, la chambre sociale a considéré qu'en l'absence de référence à des faits précis, accompagnés d'attestations qui ne relevaient pas de faits concernant la salariée ou qui reprenaient des propos que la salariée demanderesse avait tenu, la matérialité de faits précis et concordants n'était pas établie[461]. En matière de discrimination, la méthode par comparaison, notamment la « méthode Clerc », sont également des moyens de preuve qui démontrent l'absence d'évolution de la carrière professionnelle ou son ralentissement, suffisant ainsi à supposer l'existence d'une discrimination en raison d'activités syndicales[462] ou de mandats électifs.

**313.** L'allègement de la charge de la preuve[463] se situe ainsi à un stade intermédiaire entre l'allégation des faits et l'élément de preuve ; il réside donc dans l'établissement de « la matérialité de faits précis et concordants »[464]. L'allégation de faits ne peut suffire, mais la preuve de la discrimination ou du harcèlement n'est pas exigée du salarié. L'apport d'éléments matériels et vérifiables par le juge s'inscrit dans une démonstration logique, eu égard aux allégations. Dans le cadre de la preuve des heures travaillées, la logique probatoire tend à se rapprocher de ce mécanisme d'allègement de la charge de la preuve en faveur du salarié.

b) La notion d'éléments factuels précis

**314.** L'article L. 3171-4 du Code du travail indique que « l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié », pour préciser ensuite « [qu'au] vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Cette disposition énonce un partage de la charge de la preuve en matière de preuve des heures travaillées, car la « charge de la preuve n'incombe spécialement à aucune des

[461] Cass. Soc., 9 octobre 2013, n° 12-22.288, *Bull. civ.* V, n° 227, obs. J. ICARD, *Les Cahiers sociaux*, n° 257, 2013.

[462] Cass. Soc., 25 septembre 2019, n° 18-16.782, inédit.

[463] C. MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S* 2012, n° 46, p. 1481.

[464] Cass. Soc., 8 juin 2016, n° 14-13.418, publié au bulletin ; Cass. Soc., 9 décembre 2020, n° 19-13.470, publié au bulletin.

parties »[465]. Cependant, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation témoigne d'une évolution constante, détachée de l'immobilité du texte, en accord avec la recherche d'un équilibre probatoire entre les plaideurs.

**315.** D'abord, par plusieurs décisions, la Cour a précisé le partage de la charge de la preuve. En effet, le salarié ne pouvait se contenter d'alléguer des faits quant aux manquements de l'employeur relatifs au paiement des heures ou à la durée réelle de travail, mais il devait « fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande »[466]. La notion d'étaiement devait être comprise, selon la chambre sociale, comme des éléments suffisamment précis permettant à l'employeur d'y répondre[467], en apportant des éléments positifs justifiant des horaires effectivement réalisés par le salarié. Ainsi, « la charge de l'étaiement »[468] inclut, pour le salarié, la possibilité d'apporter des décomptes d'horaires établis au crayon[469] ou dans un tableau informatisé[470].

**316.** Par la suite, un autre arrêt du 18 mars 2020[471] marque une nouvelle orientation, en abandonnant explicitement la notion d'étaiement. Dans cette décision, la chambre sociale énonce « qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le

---

[465] Cass. Soc., 25 février 2004, n° 01-45.441, *Bull. civ.* V, n° 62, obs. C. RADÉ, *Dr. soc.* 2001, p. 768.

[466] Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-19.472, *Bull. civ.* V, n° 15.

[467] G. PIGNARRE, « Sur la répartition de la charge de la preuve dans l'article L. 3171-4 du Code du travail : vers un retour aux principes directeurs du procès ? », *RDT* 2012, p. 503 ; v. Cass. Soc., 24 novembre 2010, n° 09-40.928, *Bull. civ.* V, n° 266.

[468] N. LÉGER, « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc.* 2022, p. 27.

[469] Cass. Soc., 24 novembre 2010, *loc. cit.* n° 474.

[470] Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 10-28.198, inédit.

[471] Cass. Soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919, publié au bulletin, obs. S. VERNAC, Y. FERKANE, *D.* 2021, p. 1136 ; obs. M. VÉRICEL, *RDT* 2020, p. 552 ; v. CJUE, 14 mai 2019, Aff. C-55/18, *Federacion de Servicios de Comisiones Obreras c/ Deutsche Bank SAE*.

contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ». Le passage de la notion d'étaiement à la notion de présentation indique un allègement de la charge qui incombe au salarié. En effet, le terme « présenter » implique que la charge de la preuve pesant sur le salarié est atténuée et qu'elle ne peut peser entièrement sur lui. Ainsi, l'utilisation du terme « présenter » tend à donner une direction au juge dans la recherche de sa conviction. Les exigences probatoires qui pèsent sur le salarié sont allégées, donc le juge ne peut véritablement fonder sa conviction sur ce qui est apporté par le salarié, mais doit analyser les éléments de faits et les éléments de preuve dans leur ensemble. Au regard du statut du salarié, il ne peut exiger davantage que ce qui est exigé par la chambre sociale selon l'interprétation qu'elle retient de l'article L. 3171-4 du Code du travail. Toutefois, cet allègement ne peut être assimilé à une simple charge de l'allégation, car le salarié doit apporter des éléments suffisamment précis. De manière constante, les éléments apportés par le salarié doivent permettre à l'employeur d'y répondre. Ainsi, le caractère suffisamment précis détermine aussi leur recevabilité[472].

**317.** Dans la note explicative de l'arrêt[473], la chambre sociale précise notamment la notion d'éléments suffisamment précis. En effet, « par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée ». Ainsi, le mécanisme de partage de la charge de la preuve en matière de preuve des heures travaillées se rapproche davantage des mécanismes d'allègement de la charge de la preuve qui existent en matière de discrimination et de harcèlement, à la lumière de l'interprétation du dispositif par la Cour de cassation.

**318.** L'analyse des mécanismes dans lesquels la charge de la preuve est allégée pour le salarié confirme l'existence d'une charge qui correspond à une adaptation de celle-ci par la mise en place d'un système de degrés fondé sur l'aptitude à la preuve. Ainsi, une attribution légale de prouver

[472] N. LÉGER, « la preuve du temps effectivement travaillé », préc., n° 379.

[473] Note explicative de l'arrêt n° 373 du 18 mars 2020 (en ligne).

incombe au salarié, mais « l'atténuation de l'intensité de l'exigence probatoire »[474] en module son contenu et, *in fine*, les exigences probatoires demandées par la nature du contentieux. La modulation du contenu de la charge de la preuve au regard du statut du plaideur invite à analyser la nature de l'attribution légale de prouver qui pèse sur l'employeur.

### *2. La charge de la vraisemblance renforcée*

**319.** Certaines dispositions du Code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve imposent à l'employeur de « justifier » ses décisions. Avant d'analyser les manifestations de la charge de la justification de l'employeur dans certains contentieux, il convient d'étudier d'abord sa définition, à la lumière des travaux de recherche de Monsieur Frédéric Guiomard. En effet, dans sa thèse[475], l'auteur s'applique à définir la justification, comme « l'obligation de soumettre les raisons d'agir à l'appréciation d'un for externe, c'est-à-dire l'obligation d'argumenter en faveur de la légitimité d'un choix »[476]. Le for externe est, ici, l'autorité judiciaire. En d'autres termes, l'employeur, dans certains contentieux, doit apporter des éléments de preuve de l'exercice légitime des prérogatives inhérentes à sa qualité. La charge de conviction[477], bien que partagée avec le salarié, est d'une intensité plus importante, car elle suppose que l'employeur parvienne à expliquer les raisons objectives[478] de l'une de ses décisions et de convaincre le juge de ce bien-fondé. L'exercice légitime des prérogatives inhérentes à l'employeur est donc soumis au contrôle du juge lors du débat probatoire. En cas de « carences justificatives »[479], l'employeur perd le procès. La définition de la justification implique que la charge de la preuve qui repose sur l'employeur, soit une véritable « charge de la justification » lorsque, en fonction de la nature du contentieux, celui-

[474] O. LECLERC, La preuve dans les contentieux du travail, *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, n° 48.

[475] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Univ. Paris Nanterre, 2000.

[476] *Ibid*., p. 21.

[477] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, op. cit.* n° 321.

[478] M.-T. LANQUETIN, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435.

[479] S. SERENO, « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 2020, p. 336.

ci est considéré comme la partie la plus apte à rapporter la justification de ses décisions devant le juge, dès lors que celles-ci sont contestées par le salarié.

**320.** La charge de la justification se manifeste dans trois types de contentieux, ceux de la discrimination et du harcèlement (**a**), de la sanction disciplinaire (**b**) et des heures effectivement travaillées par le salarié (**c**).

a) La notion de justification en matière de discrimination et harcèlement

**321.** Les articles L. 1134-1, L. 1144-1 et L. 1154-1 du Code du travail énoncent que « le salarié présente des éléments de faits laissant supposer l'existence (...) » d'une discrimination directe ou indirecte ou d'un harcèlement et que « la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs et étrangers » à tout discrimination ou à tout harcèlement.

**322.** À la lumière des éléments rapportés par le salarié, la partie défenderesse doit apporter des éléments de preuve qui légitiment l'exercice du pouvoir, en se fondant principalement sur la rationalité objective[480]. En effet, la production d'éléments objectifs et étrangers par l'employeur exige qu'il fasse la preuve de l'exercice légitime de son pouvoir, en démontrant la logique qui en découle par rapport aux faits. La décision contestée a été prise en raison de faits objectifs et non inhérents à la personne du salarié. La justification rejoint ici le domaine du droit de la preuve dans la mesure où l'employeur doit « étayer devant le juge les raisons de son choix »[481]. Par ailleurs, cette charge de la justification constitue un seuil minimum. En effet, l'employeur doit rapporter des éléments de conviction de nature à légitimer l'exercice de ses prérogatives inhérentes à son statut. S'il ne parvient pas à ce résultat, l'employeur supporte le risque de la preuve.

[480] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur,* préc., n° 482, p. 107.

[481] *Ibid*., p. 276.

**323.** Plusieurs illustrations jurisprudentielles permettent d'appréhender la charge de la justification. Dans un arrêt du 8 juin 2016[482], la chambre sociale rappelle que même si la salariée apporte des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral, l'employeur peut démontrer, dans le cadre de la charge de la justification, que le harcèlement présumé n'existe pas. En l'espèce, à la suite des multiples modifications apportées à son secteur et par une dégradation de son état de santé, une salariée a été licenciée. Elle invoquait ainsi un harcèlement moral de la part de son employeur. Il a été relevé, par les juges du fond, que le harcèlement moral présumé était lié à des difficultés relationnelles avec les supérieurs hiérarchiques de la salariée et que les modifications apportées à son secteur étaient possibles, dans la mesure où celui-ci n'était pas indiqué comme « exclusif » dans le contrat de travail. De même, les certificats médicaux attestant de la dégradation de l'état de santé de la salariée ne se fondaient pas sur des faits caractérisant un harcèlement moral. De plus, certaines allégations énoncées par la salariée n'étaient pas corroborées par des éléments de fait.

**324.** La jurisprudence de la Chambre sociale a apporté des éléments essentiels quant à la justification de l'employeur. La différence de traitement peut être légitime si, par exemple, elle repose sur l'ancienneté du salarié[483] ou encore sur son expérience professionnelle[484]. Toutefois, les éléments de preuve apportés par l'employeur ne peuvent reposer sur des faits anciens, avec un faible impact, pour justifier l'exercice légitime de ses prérogatives[485].

**325.** La charge de la justification semble ainsi reposer sur l'insuffisance des éléments de faits apportés par le salarié. En effet, si l'ensemble des éléments de fait ne permet pas d'établir la conviction supposée du juge sur l'existence d'une discrimination ou d'un harcèlement, le salarié peut être débouté de ses demandes. Cela signifie qu'il incombe au salarié une charge de la vraisemblance de la discrimination ou du harcèlement, qui, s'il est défaillant, permet de résoudre

[482] Cass. Soc., 8 juin 2016, n° 14-13.418, publié au bulletin ; v. aussi Cass. Soc., 17 novembre 2011, n° 10-13.435, inédit.

[483] Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° 06-44.795, inédit.

[484] Cass. Soc., 15 novembre 2006, n° 04-47.156, *Bull. civ.* V, n° 340, p. 330.

[485] Cass. Soc., 5 mai 2011, n° 09-43.175, inédit.

la charge de la justification de l'employeur. Il est possible de considérer que cette étape constitue *la résolution passive de la charge de la justification*. D'autre part, l'employeur doit apporter d'autres éléments afin de légitimer, devant le juge, sa décision. De manière active, il doit démontrer que non seulement les éléments de faits sont insuffisants, mais qu'il peut apporter la preuve de l'objectivité de ses décisions. Les critères, tels que l'ancienneté, l'expérience professionnelle ou encore l'organisation de l'entreprise, répondent à ces exigences. Il ne peut donc se contenter de contester les éléments apportés par le salarié ; il doit mettre à l'épreuve l'insuffisance des éléments de fait. En outre, ceci constitue *la résolution active de la charge de la justification*. Cette description de la charge de la justification en matière de discrimination et de harcèlement au droit à la preuve de l'employeur lors de l'étape de la résolution active de la charge de la preuve. En cas de résolution passive de la charge de la justification, l'employeur ne pourrait invoquer son droit à la preuve dans la mesure où le salarié est défaillant dans l'accomplissement de la charge de la vraisemblance allégée.

### b) La notion de justification en matière de sanction disciplinaire

**326.** Lorsqu'un litige est porté devant le juge en matière de sanction disciplinaire, l'article L. 1333-1 du Code du travail prévoit que « le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur fournit (...) les éléments retenus pour prendre la sanction ». L'article poursuit en précisant que le juge forme sa conviction sur les éléments fournis par l'employeur et sur « ceux fournis par le salarié à l'appui de ses allégations ». La disposition légale prévoit un partage de l'attribution légale de prouver, entre le salarié et l'employeur. La charge de la justification, dans le domaine de la sanction disciplinaire, ne repose pas sur la dualité passive et active de la légitimité de la décision de l'employeur. Elle repose sur une binarité différente, qui est constituée, d'abord, par l'existence de faits considérés comme fautifs par l'employeur, contrôlés et approuvés par le juge et ensuite, par le respect du critère de proportionnalité, issu de l'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, entre la sanction et les faits fautifs, objet de la sanction.

**327.** Ainsi, le contrôle du juge sur la charge de la justification repose sur ces deux éléments. L'arrêt du 8 décembre 2021[486] rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation traite du contrôle sur les faits considérés comme fautifs par l'employeur, commis par le salarié. En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave à la suite d'une enquête diligentée par le comité d'hygiène, de santé et sécurité et des conditions de travail qui rapportait que le salarié avait tenu des propos insultants et dégradants envers d'autres salariés. L'employeur a également communiqué des attestations des autres salariés de l'association. Ainsi, l'exercice du pouvoir disciplinaire a été jugé légitime par les juges du fond, approuvés par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui a considéré que les propos tenus par le salarié rendaient « à eux seuls impossible son maintien dans l'entreprise ».

**328.** L'arrêt du 17 février 2021[487] met en cause, quant à lui, la proportionnalité entre la sanction prise par l'employeur et les faits fautifs. Dans cette décision, la Haute juridiction rappelle le respect du principe de proportionnalité dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, applicable même lorsque la sanction est jugée insuffisante au regard des faits commis par le salarié. En l'espèce, une salariée a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail devant la juridiction prud'homale, victime de harcèlement sexuel et moral pendant une certaine période, par son supérieur hiérarchique. Ce dernier a été sanctionné pénalement mais l'employeur a sanctionné le salarié par un avertissement. La chambre sociale a estimé que la sanction était insuffisante au regard des faits commis par le salarié et a condamné l'employeur pour manquement à son obligation de santé et de sécurité au travail, justifiant la résiliation judiciaire. Ainsi, la règle de proportionnalité doit être respectée par l'employeur dans son pouvoir de sanction. La sanction doit être suffisante, en adéquation avec la gravité des faits commis. Incluse dans la charge de la justification, elle permet au juge d'apprécier ce deuxième critère, en corrélation avec le précédent. De manière similaire à la charge de la justification en matière de discrimination et de harcèlement, l'exercice légitime du pouvoir disciplinaire suppose une rationalité objective, qui implique que la décision de sanctionner, ne se fonde pas sur des motifs discriminatoires ou lié à un comportement non fautif du salarié.

[486] Cass. Soc., 8 décembre 2021, n° 20-15.798, inédit.

[487] Cass. Soc., 17 février 2021, n° 19-18.149, inédit.

c) La notion de justification en matière de preuve des heures travaillées

**329.** Dans le cadre des pouvoirs de direction et de contrôle, l'employeur a « l'obligation de contrôle du temps de travail »[488]. Depuis une loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, l'article L. 3171-4 du Code du travail prévoit un aménagement de l'attribution légale de prouver entre l'employeur et le salarié. En outre, l'employeur « fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié », mais ce dernier doit aussi fournir des éléments à l'appui de sa demande. À la lecture du texte, la charge de la preuve semble partagée entre les deux plaideurs. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence démontre un allègement de l'attribution légale de prouver en faveur du salarié[489]. Si le juge doit effectivement apprécier l'ensemble des éléments rapportés par les plaideurs, pèse sur chacun d'eux une charge différente. Il a été affirmé que le salarié doit rapporter des « éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments »[490]. Ainsi, si le salarié apporte des éléments factuels précis, l'employeur doit justifier des horaires effectués, en raison non seulement de son pouvoir de contrôle, mais aussi des obligations légales qui en découlent, notamment sur la tenue et la conservation des documents, comportant une finalité probatoire[491]. Si l'employeur est défaillant dans l'accomplissement de la charge de la justification, les juges du fond peuvent décider de faire droit aux demandes du salarié[492].

**330.** Par conséquent, les éléments factuels précis permettent de déclencher la charge de la justification de l'employeur. La défaillance de l'employeur dans l'accomplissement de sa charge permettra de faire droit aux demandes du salarié, si celui-ci a apporté des éléments suffisamment

[488] N. LÉGER, « La preuve du temps effectivement travaillé », *op. cit.* n° 378.

[489] V. supra, p. 168.

[490] Cass. Soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919, v. n° 385.

[491] Cass. Soc., 13 octobre 1998, n° 96-42.375, inédit ; v. sur la notion de « logique de l'archive », C. WOLMARK, « La preuve en droit du travail. Essai de synthèse », *Dr. ouv.* 2014, p. 276.

[492] Cass. Soc., 8 février 2017, n° 15-29.425, inédit.

précis. Le mécanisme probatoire en matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement invite également à s'interroger sur sa nature.

### *3. La notion de charge partagée de la cause réelle et sérieuse du licenciement*

**331.** La montée en puissance de l'exigence de « l'exercice rationnel du pouvoir »[493] a permis progressivement de contrôler la légitimité de l'acte de licencier. La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 relative au droit du licenciement « prescrit à l'employeur d'agir de manière rationnelle, et elle introduit un contrôle judiciaire de cette rationalité »[494]. Le juge contrôle ainsi les fondements de la décision de l'employeur par l'intermédiaire de la notion de cause réelle et sérieuse. À de multiples reprises, la Chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que « la charge de la preuve n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre de parties »[495] et que le juge doit apprécier les éléments de preuve apportés par le salarié et par l'employeur[496].

**332.** Préalablement à ce mécanisme probatoire, la recherche de justification de l'employeur « se cristallise » [497] dès le début de la procédure de licenciement par l'énoncé du motif dans la lettre de licenciement ainsi que les étapes nécessaires exigées par le Code du travail[498]. La

---

[493] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, préc.,* n° 394.

[494] *Ibid*., p. 119.

[495] Cass. Soc., 11 décembre 1997, n° 96-42.045, *Bull. civ.* V, n° 436, p. 372.

[496] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 14-30.063, publié au bulletin.

[497] Sur la notion de « cristallisation de l'objet du contentieux », v. B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Paris, 2013, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses » ; sur l'idée également de « figer le motif » en matière de motifs de recours du CDD, v. N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », vol. 153, p. 391. ; v. également F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, préc.,* n° 408.

[498] A. SUPIOT, « Administration de la preuve. L'équitable dans la preuve », *SSL* 24 mai 1988, suppl. n° 410, pp. 63-74.

« procéduralisation »[499] du droit du licenciement implique que l'employeur respecte chaque obligation de procédure, qui peut avoir, par la suite, une finalité probatoire. La charge de la justification réside, là encore, dans la proportionnalité de la mesure vis-à-vis des faits commis par le salarié.

**333.** Cette répartition, qui se caractérise par la « neutralisation de la charge de la preuve »[500], se veut peu égalitaire entre les deux parties. En considération du critère de proximité dans l'accès aux éléments de preuve, l'employeur est le plus apte à rapporter les éléments de preuve susceptibles de justifier sa décision de licencier. Ceci explique ainsi qu'en vertu de certains caractères qui accompagnent la cause réelle et sérieuse, il incombe à l'employeur une charge de la preuve plus importante. En effet, en matière de trouble objectif caractérisé, la chambre sociale a estimé que « si la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou à l'autre partie, il appartient cependant à l'employeur, lorsqu'il allègue un trouble objectif causé à l'entreprise par un fait de la vie privée du salarié, d'établir la réalité de ce trouble »[501]. De même, en matière de licenciement pour faute grave ou pour faute lourde, la charge de la preuve incombe à l'employeur. Par exemple, lorsqu'un employeur ne peut rapporter la preuve de ses allégations d'avoir accepté ou refusé la prise de congés de l'un de ses salariés pour justifier la faute grave du licenciement, l'acte de licenciement doit être considéré comme injustifié[502].

**334.** En conclusion, la présentation des degrés de la charge de la preuve, par l'analyse de quelques dispositifs, fait ressortir deux éléments principaux d'analyse. L'intégration du statut du plaideur dans les dispositifs relatifs à la charge de la preuve permet d'attribuer à chacun un rôle probatoire dans le contentieux du travail. Selon la nature du contentieux, la charge de la preuve varie. L'attribution d'un rôle probatoire au salarié et à l'employeur permet donc, par conséquent, l'attribution d'une charge de la preuve. À la mesure de l'aptitude à la preuve, les degrés de charge

---

[499] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Paris, 2013, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 123, p. 337 et s.

[500] A. SUPIOT, « Administration de la preuve. L'équitable dans la preuve », *SSL* 24 mai 1988, suppl. n° 410, pp. 63-74.

[501] Cass. Soc., 28 avril 2011, n° 09-67.037, inédit.

[502] Cass. Soc., 13 novembre 2019, n° 18-13.723, inédit.

de la preuve fixent différents niveaux et introduisent des limites minimum et maximum que chaque plaideur, identifié par sa situation juridique, doit atteindre. Les éléments apportés par les plaideurs doivent donc répondre aux exigences prévues par le Code du travail, mais aussi, à l'objectif de recherche de conviction du juge à des degrés différents.

**335.** Ceci démontre qu'il pèse sur le salarié une attribution légale de prouver. Il n'existe donc pas d'inversion de la charge de la preuve[503]. Son existence est constante, mais sa teneur est dotée d'une certaine flexibilité afin de s'adapter à une politique juridique, fondée sur la recherche d'un équilibre probatoire entre les plaideurs.

**336.** Par conséquent, s'il incombe une attribution légale de prouver au salarié, cela signifierait que le droit à la preuve et la charge de la preuve sont des notions étroitement liées, car le droit à la preuve ne peut être invoquée sans l'existence préalable d'une charge de la preuve. En outre, ce qui vient d'être analysé précédemment confirme l'hypothèse. L'existence d'une charge de la preuve permet au droit à la preuve d'être invoqué en justice. Cependant, les degrés de charge de la preuve façonnent, en quelques endroits, la manière dont le droit à la preuve se matérialise. Dans les mécanismes de répartition de l'attribution légale de prouver, l'employeur peut être démuni de tout droit à la preuve lorsque le salarié est défaillant dans la réalisation de sa propre charge de la vraisemblance allégée. Si le droit à la preuve est tributaire de l'existence d'une charge de la preuve, il apparait que les interactions entre les deux notions sont cependant limitées.

## II. Des interactions limitées entre la charge de la preuve et le droit à la preuve

**337.** L'existence des degrés de la charge de la preuve retenue en droit du travail témoigne d'une adaptation des règles relatives à l'attribution légale de prouver en fonction de la qualité du plaideur. Si la variabilité des règles relatives à la charge de la preuve conditionne l'existence d'un droit à la preuve, il n'apparait pas pour autant que le droit à la preuve suit cette variabilité dans sa mise en œuvre. L'existence d'une quasi-autonomie entre la charge de la preuve et le droit à la preuve apparait (**A**). En outre, par leur objet et fonction différentes, le droit à la preuve et la charge de la

[503] R. CHISS, « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S* n° 36, 2010, 1339.

preuve constituent des notions juridiquement distinctes, mais qui présentent néanmoins une potentielle complémentarité (**B**).

A) Une quasi-autonomie entre la charge de la preuve et le droit à la preuve

**338.** Le constat d'une quasi-autonomie entre la charge de la preuve et le droit à la preuve découle d'une analyse en trois temps. D'abord, il convient de préciser que les aménagements relatifs à la charge de la preuve reposent sur le même fondement juridique que celui du droit à la preuve (**1**). Cette première réflexion conduit à nuancer avec précaution le rôle du droit à la preuve dans les aménagements de la charge de la preuve. Ensuite, deux éléments d'analyse laissent apparaitre l'idée d'une quasi-autonomie. L'existence d'une attribution légale de prouver est une condition préalable à l'invocation et à la mise en œuvre du droit à la preuve (**2**). Cependant, le droit à la preuve n'est pas conditionné par la teneur variable de l'attribution légale de prouver, mais est seulement lié à son existence dans un litige (**3**).

*1. Un fondement juridique commun : la préservation de l'aptitude à la preuve du plaideur*

**339.** Il a pu être affirmé que « la protection du droit à la preuve [du salarié] a conduit à une modification de la charge de la preuve »[504]. Cette affirmation conduit à s'interroger : la protection du droit à la preuve a-t-elle influencé la modification de la charge de la preuve ou, à l'inverse, la modification de la charge de la preuve a-t-elle permis, en conséquence, de protéger le droit à la preuve ?

**340.** L'adoption des règles relatives à la charge de la preuve en droit du travail a principalement été motivée par le constat de situations de difficultés probatoires des salariés dans les contentieux relatifs aux discriminations, aux harcèlements sexuel et/ou moral, aux inégalités de traitement ainsi qu'aux heures de travail effectuées. Ces situations de difficultés naissent, d'abord, d'un accès

[504] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, préc.,* n° 394, p. 264.

limité, voire impossible, aux éléments de preuve détenus par la partie adverse, l'employeur. Il est donc permis de penser que l'accès aux éléments de preuve constitue un facteur essentiel dans la répartition des règles relatives à la charge de la preuve. Cependant, la prise en compte de ces difficultés d'accès à la preuve est insuffisante.

**341.** Il ne peut être considéré que l'accès aux éléments de preuve est garanti seulement par la modification de la charge de la preuve. En effet, la notion d'accès aux éléments de preuve revêt deux aspects. Dans son premier aspect, l'accès matériel aux éléments de preuve renvoie à la possibilité de collecter des éléments immédiatement disponibles, qu'ils soient présents dans l'entreprise ou en dehors, entre les mains d'un tiers. Dans son deuxième aspect, l'accès juridique aux éléments de preuve se traduit par la possibilité d'apporter les éléments de preuve collectés préalablement qui répondent aux conditions de validité juridiquement énoncées. Dans le cas d'une situation de difficultés probatoires, le plaideur devra formuler une demande de preuve qui, si elle est considérée comme légitime ou non disproportionnée, sera mise en œuvre par le juge. Il résulte de cela que les règles de répartition de la charge de la preuve n'ont pas vocation à régir l'accès aux éléments de preuve, ; elles permettent plus exactement d'adapter l'attribution légale de prouver en fonction de la qualité du plaideur : elles désignent le plaideur qui doit prouver et dans quelle mesure le degré de la charge de la preuve est atteint.

**342.** Toutefois, la modification des règles relatives à la charge de la preuve en droit du travail repose sur la prise en considération des difficultés probatoires du plaideur, notamment en faveur du salarié plaideur. Il s'agit donc ici, non pas de la préservation du droit à la preuve du plaideur mais de l'évaluation de son aptitude à la preuve. En effet, l'analyse des difficultés probatoires invite à considérer que le critère de l'aptitude à la preuve est mobilisé dans la modification des règles relatives à la charge de la preuve, afin d'adapter les exigences probatoires à la situation de chaque plaideur. La présentation des degrés de charge de la preuve en droit du travail permet d'affirmer cette cohérence. Par la mise en place de minimums et de maximums[505], le salarié ou l'employeur plaideur doivent atteindre un certain degré pour que soit rempli sa charge probatoire. Cette variabilité s'explique par le critère de l'aptitude à la preuve. Ce critère ne doit pas être confondu avec le droit à la preuve, puisque ce droit subjectif processuel repose également, comme on le verra,

[505] Sur ce point, v. supra, p. 165.

sur l'aptitude à la preuve[506]. Cela implique que les notions de charge de la preuve et le droit à la preuve ont un dénominateur commun qui repose sur un même fondement juridique.

**343.** Cette première réflexion invite à considérer que le droit à la preuve et la charge de la preuve sont des notions autonomes, bien que le critère de l'aptitude à la preuve joue un rôle essentiel pour chacune d'elles. Cependant, cette autonomie doit être considérée davantage comme une quasi-autonomie, car le droit à la preuve dépend en partie de l'existence d'une attribution légale de prouver.

### 2. *L'existence d'une attribution légale de prouver : condition préalable à la mise en œuvre du droit à la preuve*

**344.** La mise en œuvre du droit à la preuve trouve son fondement dans l'évaluation de l'aptitude à la preuve et doit être mis à l'épreuve lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par le juge. Cependant, la mise en œuvre légitime du droit à la preuve dépend, au préalable, de l'existence d'une attribution légale de prouver. L'arrêt du 22 septembre 2021 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation l'énonce par une formulation négative : « la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail »[507].

**345.** La construction juridique qui résulte de cette articulation semble cohérente. La charge de la preuve et le droit à la preuve ont des fonctions différentes. Les règles de répartition de la charge de la preuve permettent l'organisation du procès par la désignation du plaideur auquel il incombe une attribution de prouver tandis que le droit à la preuve légitime un élément de preuve litigieux qui, en l'absence de garantie de ce droit subjectif processuel, ne sera pas recevable. Les deux notions sont alors encadrées par des régimes juridiques différents, contenant des règles spécifiques à chacune. La cohérence de l'articulation entre le droit à la preuve et la charge de la preuve se situe alors au niveau des fonctions. L'attribution légale de prouver suppose que le plaideur, pour remplir

[506] V. infra, p. 187.

[507] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *op. cit.* n° 341.

cette charge, doit collecter et obtenir des éléments de preuve. C'est dans le cadre de l'accomplissement de la charge de la preuve que le plaideur peut se retrouver en situation de difficultés probatoires, dès lors qu'une insuffisance d'éléments de preuve est constatée. Si un élément de preuve est litigieux, le droit à la preuve permet d'atteindre avec plus de vigueur l'accomplissement de la charge de la preuve.

**346.** Cela signifie que le droit à la preuve participe non seulement, à atteindre le degré de charge de la preuve exigé par le législateur, mais aussi est conditionné par l'existence d'une attribution légale de prouver. Il apparait donc que la teneur de la charge de la preuve n'influe pas sur la mise en œuvre du droit à la preuve.

### *3. L'absence d'influence des degrés de charge de la preuve dans la mise en œuvre du droit à la preuve*

**347.** Le droit à la preuve est invoqué dès lors qu'une difficulté probatoire apparait, dans le cadre de l'accomplissement d'une charge de la preuve. Cela signifie que le salarié ou l'employeur, dans n'importe quel type de contentieux, peut invoquer le droit à la preuve dès lors que les conditions de mise en œuvre de ce droit sont réunies, distinctes des règles relatives à la charge de la preuve. La mise en œuvre du droit à la preuve est alors conditionnée par l'existence d'une charge de la preuve et non par sa teneur. Si l'on retenait l'hypothèse inverse, le droit à la preuve de l'employeur devrait influencer la charge de la preuve qui peut peser sur lui, notamment en matière de licenciement pour faute grave[508]. Lorsqu'il incombe à l'employeur une charge de la preuve comportant un haut degré d'exigence, le droit à la preuve devrait être renforcé. Or cette logique n'est pas celle retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Là encore, l'arrêt du 22 septembre 2021 est explicite[509]. Ainsi, on peut conclure que le droit à la preuve est mis en œuvre dans le cadre d'une attribution légale de prouver, qui doit être identifiée mais que ses conditions de mise en œuvre sont indépendantes des degrés de la charge de la preuve qui incombe au plaideur. Le champ d'application du droit à la preuve n'influence donc pas la répartition de la charge de la

[508] V. notamment Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *op. cit.* n° 334.

[509] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *op. cit.* n° 341.

preuve entre le salarié et l'employeur, car il peut s'appliquer aussi bien en présence d'une charge de la vraisemblance allégée qu'en présence d'une charge de la vraisemblance renforcée.

**348.** Si le droit à la preuve et la charge de la preuve ne sont pas des notions antagonistes ou similaires, la quasi-autonomie qui prédomine entre les deux notions fait apparaitre un caractère complémentaire.

B) Une complémentarité entre la charge de la preuve et le droit à la preuve

**349.** L'idée d'une complémentarité entre le droit à la preuve et la charge de la preuve a été défendue par une partie de la doctrine. Sous la plume de François Boulanger, en 1966, on lit que « le problème de la charge de la preuve doit tenir compte à la fois de la production des moyens de preuve qui, plus ou moins déterminants, prépareront la répartition de la charge de la preuve opérée postérieurement par le juge (...) »[510]. De même, Raymond Legeais affirmait, en 1955, « [qu'] attribuer un droit et refuser au titulaire la possibilité d'en rapporter la preuve serait une contradiction inique : le droit n'est rien sans preuve (...) il convient d'en affirmer la généralité : le droit à la preuve semble le premier grand principe du droit de la preuve »[511]. Récemment, un auteur affirmait encore que « entre le droit à la preuve et la charge de la preuve, les rapports ne sont (...) pas caractérisés par l'antagonisme, mais, plutôt, par la complémentarité »[512].

**350.** Le droit à la preuve est bien lié à l'existence d'une charge probatoire quelle que soit sa teneur. Cela signifie que le droit à la preuve se déploie lors de l'accomplissement d'une charge de la preuve. Les éléments de preuve couverts par le droit à la preuve d'un plaideur sont donc conditionnés en fonction des règles relatives à la charge de la preuve prévues par le législateur. C'est dans cette perspective que se dessine le caractère complémentaire entre la charge de la preuve et le droit à la preuve. Le droit à la preuve vient en renfort dans la gestion des difficultés probatoires, car la charge de la preuve a un champ d'action limitée par son objet. En effet, un mécanisme

[510] F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *op. cit.* n° 282, p. 741.

[511] R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et transformations*, LGDJ, Paris, 1955, p. 4.

[512] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », vol. 153, p. 130.

d’allègement de la charge de la preuve au profit du salarié ne permet, ni de garantir un accès aux éléments de preuve, ni d’assurer leur recevabilité en justice. L’atténuation ou le renforcement de la charge de la preuve entraine une adaptation probatoire aux situations juridiques qui relèvent du droit du travail. Ainsi, le plaideur peut demander ou proposer des éléments de preuve litigieux qui, en l’absence du droit à la preuve, ne lui permettraient pas d’accomplir l’attribution légale de prouver qui lui incombe.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**351.** L'étude du lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve conduit à deux éléments conclusifs principaux.

**352.** D'une part, il a été nécessaire d'analyser les mécanismes probatoires spécifiques en droit du travail afin de mettre en lumière un élément essentiel. Dans les aménagements de la charge de la preuve prévus par le législateur, il pèse une charge probatoire sur le salarié. Bien que le droit du travail prenne en considération la qualité de salarié ou d'employeur, le salarié doit apporter des éléments de preuve qui dépassent la charge de l'allégation. Dans sa teneur, en revanche, la charge de la preuve est susceptible de variations. Elle permet une atténuation ou un renforcement des exigences probatoires en fonction de la qualité de salarié ou d'employeur. Le salarié bénéficie donc d'un allègement de la charge de la vraisemblance ; l'employeur supporte le renforcement de la charge de la vraisemblance, par la recherche de justification de ses décisions, sous le contrôle du juge. La mesure de l'aptitude à la preuve permet ainsi l'introduction de degrés de la charge de la preuve en droit du travail.

**353.** D'autre part, il apparait que la charge de la preuve et le droit à la preuve sont liés, mais d'une telle manière que l'on est fondé à parler d'une quasi-autonomie. Bien que le droit à la preuve et la charge de la preuve reposent sur un fondement juridique commun, le premier est uniquement tributaire de la seconde. Le droit à la preuve se déploie ainsi dans le champ d'application de l'attribution légale de prouver. Cependant, il n'est pas lié à la variation de la charge de la preuve, seule l'existence de celle-ci fait dépendre l'invocation du droit à la preuve. En tout point, le droit à la preuve et la charge de la preuve se distinguent en raison des fonctions propres qui leurs sont attribuées. La charge de la preuve désigne le plaideur qui doit prouver la vraisemblance des faits selon différents degrés établis par la loi tandis que le droit à la preuve garantit la légitimation d'un élément de preuve litigieux en agissant sur sa recevabilité en justice. A cet égard, les notions sont complémentaires.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**354.** L'analyse de l'interaction entre le droit à la preuve et la charge de la preuve conduit à plusieurs résultats. D'une part, la recherche d'un lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve suppose au préalable une définition de la charge de la preuve. Celle-ci doit s'entendre comme une attribution légale de prouver. La désignation d'un plaideur ou des plaideurs, lorsqu'il existe une répartition de la charge de la preuve en droit du travail, contribue à façonner ce lien. Ensuite, la charge de la preuve se matérialise par l'existence d'une charge de la vraisemblance. Liée à l'idée de vérité relative dans le procès, elle s'analyse comme un outil de conviction du juge. La chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais remis en cause l'idée d'une coexistence de ces notions. Les arrêts relatifs au droit à la preuve se sont ainsi inscrits dans le cadre d'une charge de la preuve, soit dans une instance au fond, soit dans un litige futur, par le biais de l'article 145 du Code de procédure civile. L'arrêt du 22 septembre 2021 confirme cette situation de manière explicite.

**355.** D'autre part, dès lors que le droit à la preuve se déploie dans l'accomplissement d'une charge de la preuve, il devient nécessaire de s'interroger sur la charge de la preuve qui incombe au salarié dans les mécanismes de partage et d'allègement de la charge de la preuve propres au droit du travail. Dans ces domaines, l'existence d'une charge de la preuve pesant sur le salarié ne peut être remise en cause car seule la teneur de celle-ci varie en fonction de la qualité du plaideur. La substance, synonyme de degré, implique, soit une atténuation des exigences probatoires, soit un renforcement de celles-ci. Les limites de la charge de la preuve sont alors tributaires de la prise en considération de l'aptitude à la preuve du plaideur. Dans cette perspective, le droit à la preuve entretient une interaction limitée avec la charge de la preuve. Bien qu'il soit dépendant de son existence, la teneur variable de la charge de la preuve n'influence guère sa réalisation. À l'inverse, la protection du droit à la preuve ne participe pas de la modification, voire de l'aménagement, de la charge de la preuve qui existe en faveur du salarié dans certains domaines. Ces deux notions obéissent à des règles juridiques propres : le droit à la preuve agit sur l'accès et la recevabilité des éléments de preuve tandis que la charge de la preuve permet d'atténuer ou de renforcer les exigences probatoires. Cela implique que le salarié, qui bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve, puisse invoquer son droit à la preuve, dans le but d'accomplir les exigences probatoires qui pèsent sur lui.

**356.** Ainsi, le point de convergence entre la charge de la preuve et le droit à la preuve en droit du travail réside principalement dans le critère de l'aptitude à la preuve.

# CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE ET L'APTITUDE À LA PREUVE

**357.** Rares sont les analyses doctrinales consacrées à la notion d'aptitude à la preuve dans le cadre du droit à la preuve[513]. La principale explication réside dans le fait que la notion d'aptitude à la preuve est davantage mise en débat dans le cadre de travaux doctrinaux relative à la charge de la preuve[514]. À ce titre, Jérémy Bentham précisait que « l'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais »[515]. Cependant, on soutiendra ici que cet angle d'analyse, qui privilégie les liens entre la charge de la preuve et l'aptitude à la preuve et l'interrogation sur la nature juridique de l'aptitude à la preuve, n'est pas, pour notre propos, le plus pertinent. En effet, on s'efforcera de démontrer ici le caractère déterminant de l'appréciation de l'aptitude à la preuve d'un plaideur dans l'identification de son droit à la preuve. S'il est pertinent de lier la charge de la preuve et l'aptitude à la preuve, la mesure de la capacité probatoire d'un plaideur l'est tout autant pendant la recherche des éléments de preuve du fait d'une inégalité soulignée entre l'employeur et le salarié[516].

---

[513] V. comm. P.-E. BERTHIER, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11 ss CA Paris, 14 avril 2021, n° 14/13849.

[514] V. supra, chapitre précédent ; E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, 2022, *loc. cit.* n° 291 ; F. TERROUX-SFAR, *Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail*, thèse Univ. Paris Nanterre La Défense, 2012, p. 45 ; O. DUPONT, *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, th. Univ. Lille, 2004, p. 328 ; M.-P. COUPILLAUD, *La preuve en droit du travail*, th. Univ. Bordeaux, 2005 ; C. BLANQUART, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », *JCP S* 2019, n° 36, 1244 ; D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Paris, 2007, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 277-286.

[515] J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. II, Ét. Dumont, Bossange, 2ème éd., 1823, p. 372.

[516] D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Paris, 2002, coll. « Bibliothèque de droit social », tome 37, p. 76 : « la préoccupation de se constituer un dossier de preuves concerne les deux parties à une instance, mais l'inégalité apparait alors entre les deux parties pour la constitution de ce dossier en défaveur du salarié ».

**358.** Le droit à la preuve, aspect du droit général d'accéder à des éléments probatoires[517], est mis en œuvre par le juge au regard de la notion d'aptitude à la preuve. En effet, lorsqu'un plaideur est confronté à des difficultés probatoires[518], l'aptitude à la preuve constitue un instrument de mesure de ces difficultés. Cette première équation fonde ainsi le droit à la preuve. Parallèlement, l'appréciation des difficultés probatoires d'un plaideur impulse la création de certains avantages juridiques par l'intermédiaire de leur recevabilité en justice. Ainsi, l'état de nécessité probatoire, la cause, et le mécanisme de recevabilité des éléments de preuve, le moyen de traiter la nécessité probatoire, forment un ensemble indissociable. Ainsi, cette partie de l'étude va permettre de situer le droit à la preuve en contentieux. Le droit à la preuve en contentieux régit la recevabilité des éléments de preuve illicites tandis que les mécanismes qui vont être abordés ici régissent la recevabilité des éléments de preuve licites. Pourtant, un point de convergence rapproche ces deux catégories du droit d'accès général aux éléments de preuve dans la mesure où la jurisprudence s'est fondée sur l'état de nécessité probatoire afin de faire évoluer sa position quant à certains mécanismes probatoires.

**359.** Pour démontrer le lien que nous entendons mettre en lumière entre aptitude à la preuve et droit à la preuve, on procédera en deux temps. D'abord, avant la consécration jurisprudentielle du droit à la preuve, l'hypothèse selon laquelle l'état de nécessité probatoire et l'ouverture de l'accès à la preuve sont indissociables se manifestaient sous l'angle de la situation des salariés plaideurs (**Section 1**). Le critère déterminant de l'aptitude à la preuve était alors la qualité du plaideur, reposant sur l'évaluation des difficultés matérielles que rencontrent les salariés dans l'accès aux éléments de preuve. Ensuite, le lien entre les difficultés matérielles et l'accès à la preuve dans son acception la plus large s'est distendu. En effet, l'élargissement du champ d'application du droit à la preuve a permis de s'émanciper de l'interprétation initiale du critère de l'aptitude à la preuve et, *in fine*, de la prise en considération d'une inégalité structurelle. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité pour apprécier le droit à la preuve a conduit à ce que des avantages probatoires

[517] Sur ce point, voir supra, p. 33 et s. ; v. également C. BLANQUART, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », supra n° 520 ; P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes » *RDT* 2018, p. 120.

[518] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 273.

puissent être dorénavant accordés en dehors de l'appréciation des difficultés matérielles que peut rencontrer un plaideur (**Section 2**).

### Section 1. Le lien entre les difficultés matérielles du salarié et la recevabilité de la preuve

**360.** Avant la consécration du droit à la preuve, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation s'est essentiellement développée en matière probatoire, en faveur des plaideurs ayant la qualité de salarié, cela dans le but de rétablir une certaine égalité « qui ne peut s'entendre d'une égalité parfaite des droits des parties au procès »[519]. Ce mouvement favorable au salarié plaideur semblait fondé sur l'idée d'une *inaptitude probatoire*[520] *subjective*, qui consiste en une évaluation individualisée des incapacités probatoires propres à chaque plaideur, selon leur situation et leurs prérogatives, à pouvoir accéder à des éléments de preuve et à les présenter devant un tribunal. Elle permet l'analyse d'un manque de moyens probatoires, conduisant ainsi à penser l'égalité des armes comme la recherche « d'une égalité de moyens »[521].

**361.** S'appuyant sur le concept d'inaptitude probatoire subjective, la Cour de cassation a attribué au salarié certains avantages probatoires lors d'un procès contre son employeur[522]. Cette perspective a conduit à identifier deux techniques, fondées sur la reconnaissance de difficultés probatoires du point de vue des salariés, s'intégrant dans le champ d'application du droit général à l'accès aux éléments de preuve[523]. La première technique consiste à créer un accès à la preuve qui, sans l'intervention de la Cour de cassation, n'existerait pas. La production des documents de l'entreprise par le salarié plaideur en est la principale illustration (**§I**). La deuxième technique

[519] O. DUSSART, *L'égalité des armes*, th. Univ. Nice Sophia-Antipolis, 2009, p. 204 et s.

[520] L'expression « inaptitude probatoire » a été utilisée dans la doctrine, v. not. H. BARBIER, « La présomption de l'existence mais aussi de l'étendue du préjudice de la victime d'acte de parasitisme », *RTD civ.* 2020, p. 391 ; dans le même sens, P.-E. BERTHIER, note ss CA Paris, 14 avril 2021, RG n° 14/13849, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11 ; du même auteur, « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », *Lexbase social* 2023, n° 945.

[521] *Ibid*.

[522] R. MOULOUNGUI MAGANGA, *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, th. Limoges, 2012.

[523] C. BLANQUART, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », *op. cit*. n° 429.

utilisée par les juges consiste en une amélioration de l'accès aux éléments de preuve pour le salarié plaideur (**§II**).

## I. La création d'un accès aux éléments de preuve : la production des documents de l'entreprise par le salarié

**362.** La production par le salarié des documents appartenant à l'entreprise est un mécanisme issu de la jurisprudence de la Cour de cassation, fruit d'un long processus en raison d'une divergence de solutions maintenue pendant un temps entre la chambre sociale et la chambre criminelle de la Cour de cassation (**A**). La création en droit pénal d'un fait justificatif dans le domaine probatoire, exclusif au salarié, trouvait alors sa source dans l'état de nécessité probatoire. Or, la justification du dispositif a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux sur lesquels il convient de revenir, l'aptitude à la preuve étant au cœur du fait justificatif (**B**). Enfin, le salarié peut produire des documents appartenant à l'entreprise si les conditions d'application sont respectées, permettant de considérer que l'élément de preuve est licite (**C**).

### A) Le rapprochement des positions des chambres de la Cour de cassation

**363.** Dès 1979, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet que le salarié qui produit des documents appartenant à l'employeur et sans autorisation de celui-ci, peut être poursuivi pour vol. En effet, dans l'arrêt du 8 janvier 1979[524] dit *Logabax*, la Chambre criminelle casse l'arrêt rendu par les juges du fond, qui considéraient qu'un ingénieur commercial, licencié en décembre 1975, pouvait produire deux photocopies de documents appartenant à l'entreprise, dans un litige contre son ancien employeur devant le conseil de prud'hommes pour deux raisons. D'une part, il n'existait aucune intention frauduleuse du salarié qui permettait de caractériser l'élément moral de la qualification de vol. D'autre part, il n'était pas établi que les photocopies utilisées par le salarié étaient réalisées uniquement pour et par la société. La Chambre criminelle, dans son arrêt de cassation, retient la qualification de vol en précisant que les photocopies étaient utilisées à des fins

[524] Cass. Crim., 8 janvier 1979, n° 77-93.038, *Bull. crim.* n° 13, p. 32.

personnelles, « à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents » constituant une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

**364.** Les juridictions pénales ont continué à ne pas reconnaître l'intention frauduleuse et à écarter la qualification de vol dès lors qu'un salarié était poursuivi par son employeur pour avoir produit des documents appartenant à l'entreprise[525]. « Après une période de refus, puis d'hésitations »[526], la chambre sociale de la Cour de cassation a admis la validité de la production des documents de l'entreprise par le salarié en tant que moyen de preuve dans un arrêt du 2 décembre 1998[527], dit arrêt *Fdida*. Au visa de l'ancien article 1315 [1353] du Code civil, elle a précisé, dans un attendu de principe, « que le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». Dans le procès civil, un salarié plaideur pouvait verser aux débats des documents de l'entreprise en respectant deux conditions. D'une part, ces documents sont utilisés à des fins probatoires dès lors qu'ils permettent de soutenir l'argumentation du salarié dans un procès prud'homal car l'attendu fait référence au « procès qui l'oppose à son employeur ». D'autre part, ces documents sont admis dès lors que le salarié en a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Malgré la position nouvellement adoptée par la chambre sociale, la chambre criminelle a maintenu sa position[528].

---

[525] M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise : le vol de documents pour se défendre en justice », *Dr. ouv.* 2010, n° 748, p. 582, v. notes 18 et 19, CA Paris, 12 février 1996, 13ème chambre, *Droit pénal,* juin 1996, n° 128 ; CA Versailles, décisions des 29 avril 1994 et 13 novembre 1997 ; CA Douai, 23 octobre 1996 ; CA Grenoble, 3 juin 1998.

[526] M. POIRIER, *ibid.*, p. 584 ; v. notamment Cass, Soc., 19 juin 1991, n° 86-45.504, *Bull. civ.* V, n° 311, p. 190 : dans cet arrêt, la chambre sociale fait une inflexion à son refus de reconnaitre comme valide la production de documents appartenant à l'employeur en considérant qu'un salarié qui produit des « documents qu'il avait lui-même établis ou qu'il avait eus à sa disposition dans le cadre de ses fonctions » ne peut avoir commis de faute grave ; v. Cass. Soc., 16 juillet 1997, n° 94-45.443, inédit : dans cet arrêt, la chambre sociale dispose qu'un salarié qui a pris des photocopies de disques contrôlographes pendant 15 jours, au cours desquels il devait les conserver, n'a pas usé de moyen déloyal et « a agi dans un but légitime ».

[527] Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402, note H. GABA KOBINA, *D.* 1999, J., p. 431 ; obs. R. MARIÉ, *Dr. ouv.* 2000, p. 13 ; note S. BOURETZ, *JCP G* 1999, p. 1731 ; obs. S. FROSSARD, *D.* 2000, p. 87.

[528] Cass. Crim., 16 mars 1999, n° 97-85.054, inédit.

**365.** Trois arrêts rendus en 2004 ont mis fin aux divergences entre les deux chambres. D'abord, dans deux arrêts du 11 mai 2004, la chambre criminelle procède à un revirement de jurisprudence afin d'aligner sa position sur celle de la chambre sociale[529]. Dans l'arrêt *Société Paumier*, la chambre criminelle dispose que la prévenue pouvait agir de manière licite en produisant les documents de l'entreprise dans un procès contre son employeur, dans la mesure où « la chambre sociale reconnaît le droit pour un salarié de produire en justice, en vue d'assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur devant le juge prud'homal, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'exercice de ses fonctions ». Puis, dans l'arrêt *Société Pierson Diffusion*, la Chambre criminelle précise davantage les conditions de production des documents appartenant à l'entreprise. En effet, elle considère que la prévenue devait avoir eu connaissance de ces documents à l'occasion de ses fonctions et que l'appréhension de ceux-ci sans l'autorisation de l'employeur « étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier ». Par cet arrêt, la chambre criminelle ajoute la condition de nécessité à celles posées par la Chambre sociale. Cela permet de délimiter le périmètre d'obtention et de production des documents appartenant à l'entreprise et de légitimer le procédé de preuve par la création d'un fait justificatif fondé sur l'état de nécessité.

**366.** Afin d'aboutir à une solution commune, la chambre sociale a rendu un arrêt le 30 juin 2004[530], rejoignant la position de la chambre criminelle. En l'espèce, une salariée licenciée avait conservé et versé aux débats des documents qui, non seulement, appartenaient à l'entreprise, mais aussi couverts par le secret professionnel. Après un premier arrêt de rejet, la chambre sociale rejette, une nouvelle fois, les pourvois principal et incident formés respectivement par la salariée et par l'employeur. À propos des documents de l'entreprise, elle reprend la formulation adoptée par la chambre criminelle, sous la forme d'un attendu de principe : « mais attendu qu'un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses

[529] Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* 2004, n° 117, p. 453, arrêt *Société Pierson Diffusion* ; 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* 2004, n° 113, p. 437, arrêt *Société Paumier* ; note R. MARIÉ, *Dr. ouv.* 2004, p. 558 ; note H. KOBINA GABA, *D.* 2004, p. 2326 ; note C. GIRAULT, *JCP E* 2004, p. 1449.

[530] Cass. Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720 ; n° 02-41.771, *Bull. civ.* V, n° 187, p. 176, note R. MARIÉ, *Dr. ouv.* 2004, p. 558 ; obs. J. MOULY, *Dr. soc.* 2004, p. 1042.

fonctions ». Cette évolution historique de la jurisprudence permet de saisir la place centrale de l'état de nécessité probatoire qui fonde ainsi les solutions retenues.

B) L'état de nécessité : la source du fait justificatif en débat

**367.** La notion d'état de nécessité trouve sa source en droit pénal. L'étude a pour objectif de démontrer la portée ainsi que la pertinence de l'application de l'état de nécessité comme critère de l'aptitude à la preuve. Plus précisément, il s'agit de savoir si cette notion est propre à justifier l'existence du mécanisme de production des documents de l'entreprise en faveur du plaideur ayant la qualité de salarié. Une telle analyse, si elle se révèle fondée, constituerait une première étape dans la démonstration du lien entre l'accès à la preuve et la mesure de la capacité probatoire du plaideur salarié.

**368.** Les formulations adoptées dans les arrêts de 2004, semblent, *a priori*, claires sur la justification de la production des documents de l'entreprise : s'ils sont « nécessaires à l'exercice des droits de la défense », leur production est recevable, sous réserve du respect des autres conditions[531]. Pourtant, le fait justificatif a été largement controversé dans la doctrine. Il convient de revenir sur la mise en débat de l'état de nécessité en tant que fait justificatif (**1**) avant d'argumenter en faveur de cette notion dans le cadre de la préservation des droits de la défense (**2**).

*1. Présentation de l'état des discussions dans la doctrine*

**369.** Depuis la consécration du mécanisme de recevabilité des documents de l'entreprise, la doctrine s'accorde sur l'idée que l'inégalité des parties dans la relation de travail produit une inégalité dans la recherche et l'obtention des éléments de preuve[532]. En effet, « ce n'est qu'en donnant au salarié un droit d'accès direct aux éléments de conviction au sein de l'entreprise qu'un

[531] Sur ce point, voir infra, p. 203 et s.

[532] V. not. A. SUPIOT, « Administration de la preuve. L'équitable dans la preuve », *SSL* 24 mai 1988, suppl. n° 410, pp. 63-74 ; C. BLANQUART, « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », *JCP S* 2019, n° 36, 1244. ; P. BAILLY, « Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail », *RJS* 3/22, p. 191, *spéc.* p. 195.

pas vers une égalité en matière probatoire pouvait être franchi »[533]. Ainsi, l'inégalité existante entre les parties au contrat de travail justifierait que le salarié, qui produit des documents de l'entreprise en raison d'un état de nécessité probatoire, ne soit poursuivi pour avoir commis une infraction de vol. Cependant, si la doctrine s'accorde sur cette idée, il n'en est pas de même sur le fondement qu'elle donne au mécanisme de production des documents de l'entreprise. Deux temps doivent être abordés, celui de la critique, puis celui des positions adoptées par la doctrine.

**370.** La consécration du dispositif par la jurisprudence n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. Selon Madame Mireille Poirier, les conditions d'application sont difficiles à mettre en œuvre car restrictives, notamment celle exigeant que les documents produits en justice aient été connus pendant l'exercice ou à l'occasion des fonctions du salarié[534]. La difficulté reposerait principalement sur la création d'un inégal accès aux éléments de preuve entre les salariés bénéficiaires du mécanisme juridique[535]. Cette inégalité dans l'accès à la preuve, contraire à l'objectif du dispositif, pourrait engendrer « des discriminations » [536] entre les salariés d'une même entreprise, occupants des emplois différents. Cette difficulté dans la réalisation des conditions priverait le dispositif de sa double logique, à la fois, de faciliter l'accès à des éléments de preuve que le plaideur salarié, originellement, ne détient pas et de légitimer judiciairement cette production par l'intermédiaire de la recevabilité des documents en tant qu'élément de preuve.

**371.** Dans cette perspective, certains auteurs ont recherché la justification du dispositif dans d'autres mécanismes, ceux résultants de l'autorisation de la loi et de la légitime défense. D'abord, l'article 122-4 du Code pénal dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Selon Mireille Poirier, « le recours à ce fait justificatif [respecterait], donc, parfaitement la rigueur

[533] P.-H. D'ORNANO, « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP S* 2008, n° 38, 1476.

[534] M. POIRIER, *op. cit.* n° 440.

[535] D. BOULMIER, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », *Dr. ouv.* 2014, pp. 263-275.

[536] R. A. MOULOUNGUI MAGANGA, *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, *op. cit.* n° 437.

juridique », car « il faut considérer que les salariés sont (...) autorisés à porter atteinte au droit de propriété des employeurs en raison de leur droit fondamental de se défendre et, plus encore, de leur droit à un procès équitable »[537]. Concernant l'autorisation de la loi en tant que fait justificatif, deux critiques peuvent être émises. D'abord, les droits de la défense ne sont pas inscrits explicitement dans un texte, bien que certaines dispositions du Code de procédure civile[538] et du Code de procédure pénale[539] s'y rapportent. En effet, le Conseil constitutionnel a reconnu, aux droits de la défense, dans une décision du 2 décembre 1976, le caractère de « principe fondamental reconnu par les lois de la République »[540]. Ensuite, le Conseil constitutionnel a rattaché les droits de la défense à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen afin de rappeler le respect du principe du contradictoire dans les cas de licenciements pour motif disciplinaire[541]. Par ailleurs, la Cour de cassation a visé, dans un arrêt du 30 juin 1995[542], « le principe du respect des droits de la défense » et a énoncé que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ». Ainsi, il a été reconnu aux droits de la défense une valeur constitutionnelle. Dans le cadre de l'accès à la preuve judiciaire, l'invocation des droits de la défense est indéniable. S'agissant de la production des documents appartenant à l'entreprise, l'autorisation de la loi en tant que fait justificatif ne suffit pas à fonder le mécanisme jurisprudentiel. En effet, l'atteinte portée au droit de propriété de l'employeur justifiée par la protection des droits

---

[537] M. POIRIER, *op. cit.* n° 440, p. 589.

[538] Article 16 du Code de procédure civile : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

[539] Article préliminaire du Code de procédure pénale qui rappelle notamment le respect du principe du contradictoire, le caractère équitable de la procédure pénale ainsi que l'application de la présomption d'innocence du prévenu. Ces éléments procéduraux permettent l'application plus générale des droits de la défense.

[540] Cons. constit., DC n° 76-70 du 2 décembre 1976, consid. 2.

[541] Cons. constit., DC n° 2006-535, 30 mars 2006, consid. 24.

[542] Cass. AP., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull.* AP n° 4, p. 7.

de la défense ne résulte pas d'une disposition législative ou réglementaire[543] ; elle résulte d'une construction jurisprudentielle, influencée par l'émergence progressive du contrôle de proportionnalité dans les décisions de justice relative à la conciliation des droits et libertés.

**372.** Ensuite, la légitime défense a été évoqué par Frédéric Stasiak comme possible justification, aux côtés de l'état de nécessité[544]. En effet, l'article 122-5 du Code pénal prévoit que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». Il semble que cette idée, dans le cadre de notre étude, ne peut être retenue. Si la production des documents de l'entreprise est réservée au plaideur salarié, elle ne s'inscrit pas nécessairement dans une démarche de contestation d'une atteinte injustifiée, commise par l'employeur. De plus, l'utilisation de l'expression « dans le même temps » implique que la légitime défense soit commise dans un temps rapproché à celui de l'atteinte injustifiée. Dans le cadre de la production des documents de l'entreprise par le salarié, la Chambre criminelle a reconnu la possibilité pour le salarié, « avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail », de transférer des documents de l'entreprise de sa messagerie professionnelle à sa messagerie personnelle, dès lors que les conditions de nécessité et de production dans une procédure prud'homale sont respectées[545]. La légitime défense ne peut donc être retenue comme fait justificatif de la production des documents de l'entreprise par le salarié. Par conséquent, l'état de nécessité, dans le cadre de la préservation des droits de la défense, semble le cas d'irresponsabilité pénale le plus adapté à ce mécanisme jurisprudentiel.

[543] V. note S. DETRAZ, ss Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134, *JCP S* 2011, n° 41, 1450.

[544] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *JCP S* 2021, 1048.

[545] Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134, note S. DETRAZ, *JCP S* n° 41, 11 octobre 2011, 1450.

### 2. *Fonder l'aptitude à la preuve sur l'état de nécessité*

**373.** Appréciée sous l'angle de la protection des droits de la défense, l'hypothèse que nous souhaitons défendre consiste à énoncer que l'état de nécessité peut être introduit dans le domaine probatoire et qu'il possède, à ce titre, un double aspect. D'abord, la nécessité pour la garantie des droits de la défense doit être analysée comme le fait justificatif de la production des documents appartenant à l'entreprise par le salarié dans un procès prud'homal (**a**). Ensuite, la nécessité est également une condition de recevabilité des documents, agissant comme une délimitation du périmètre de la recherche probatoire (**b**).

#### a) L'état de nécessité pour la garantie des droits de la défense

**374.** L'article 122-7 du Code pénal dispose qu'une personne est irresponsable pénalement dès lors qu'elle accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de sa personne ou d'un bien[546] en réaction à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien et si les moyens employés ne sont pas disproportionnés au regard de la menace.

**375.** Trois éléments de cette définition doivent être analysés. D'abord, l'article 122-7 évoque « un danger actuel ou imminent ». Dans le cadre de la recherche de l'irresponsabilité pénale relative à la production des documents de l'entreprise par le salarié, le danger actuel ou imminent peut se traduire par le risque de l'inaccessibilité matérielle des éléments de preuve détenus par l'employeur et dans les locaux de l'entreprise pour le salarié. Cette inaccessibilité matérielle survient lorsque le salarié ne peut plus accéder aux locaux de l'entreprise, particulièrement en cas de suspension ou de rupture du contrat de travail[547]. Cette inaccessibilité matérielle aux éléments de preuve crée un risque probatoire pour le salarié, lorsque ce dernier engage une procédure prud'homale en contestation d'une décision rendue par l'employeur. En effet, sans certains documents, considérés comme des éléments de preuve pertinents et en lien avec le fait à prouver, le salarié ne pourrait consolider ses allégations invoquées au soutien de ses prétentions devant l'autorité judiciaire.

[546] La notion de bien est préférée à celle de personne car l'objet d'étude repose sur les documents de l'entreprise.

[547] Cass. Soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *Bull. civ.* V, n° 68 ; Cass. Soc., 21 décembre 2006, n° 05-41.180, inédit.

Enfin, ce danger actuel ou imminent doit menacer le salarié, autrui ou un bien. Ici, le danger de l'inaccessibilité matérielle concerne des documents appartenant à l'employeur.

**376.** L'état de nécessité peut constituer le fait justificatif dès lors qu'il est mis en lien avec la préservation des droits de la défense, ceux-ci constituant l'objectif du fait justificatif et non le fait justificatif lui-même. Cette dernière nuance est importante dans la mesure où il a pu être considéré que le fait justificatif du mécanisme résidait dans les droits de la défense[548]. Par leur valeur supra-législative et leur rattachement à l'article 6 de la Convention, les droits de la défense doivent être préservés. Sans disposition législative ou réglementaire, l'invocation des droits de la défense permet la mobilisation d'une règle de droit dans un contexte particulier. Ici, considérer l'état de nécessité comme le fait justificatif permet, non seulement de prendre en considération les droits de la défense, mais aussi de les intégrer dans un débat qui, initialement, ne relevait pas du domaine probatoire.

### b) L'état de nécessité pour l'application du mécanisme probatoire

**377.** Depuis la consécration du mécanisme de production en justice des documents appartenant à l'entreprise par le salarié, la chambre sociale ainsi que la chambre criminelle ont rappelé que ceux-ci devaient être « strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense »[549] du salarié. Si la condition de nécessité doit être analysée dans sa teneur, elle impose d'abord d'invoquer le cadre dans lequel elle s'inscrit. En effet, il existe, en ce domaine, « une cruelle nécessité de concilier des intérêts juridiquement protégés, et néanmoins contradictoires (...) qui doit pencher en faveur du droit à un procès équitable [impliquant] le respect des droits de la défense des salariés en passant par leur droit à la preuve »[550]. La production des documents de l'entreprise par le salarié implique

[548] V. note A. MARTINON, ss Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, *Bull. crim.* n° 149, *JCP S* n°42, 2011, 1475.

[549] Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, v. n° 445 ; Cass. Soc., 30 juin 2004, n°02-41.720, v. n° 444 ; Cass. Soc., 21 décembre 2006, n° 05-41.180, inédit ; Cass. Soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *Bull. civ.* V, n° 68 ; Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134.

[550] M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise : le vol de documents pour se défendre en justice », *Dr. ouv.* 2010, n° 748, p. 582 ; en ce sens, H. TOURNIQUET, « le droit de propriété : une justification discutable et inquiétante », *RDT* 2016, p. 74 ; D. BOULMIER, « Vol de documents, mais

donc une conciliation entre le droit de propriété de l'employeur sur les documents produits et le droit à la preuve du salarié, constitué d'un accès matériel à la preuve et de la possibilité de la produire en justice.

**378.** Cette idée amène à s'interroger sur l'existence d'un double conflit de droits. En effet, si la production de documents appartenant à l'entreprise porte atteinte au droit de propriété de l'employeur, elle peut également entrer en conflit avec le respect de la vie privée des salariés, particulièrement en cas de production des bulletins de salaire. Une distinction est établie par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 1er février 2011[551] entre les documents édités par et pour l'employeur, qui s'inscrit dans « une logique de l'archive »[552] et ceux remis aux salariés, dans le cadre de la relation de travail. Dans cet arrêt, un salarié licencié pour faute grave s'était approprié le bulletin de salaire de l'un des salariés de l'entreprise ainsi qu'un document comptable de l'entreprise afin de les présenter à l'inspection du travail. Dans sa solution, la Chambre sociale a rejeté le pourvoi formé par le salarié en estimant que le licenciement pour faute grave était justifié car celui-ci s'était « à l'insu de son collègue et pendant son absence, emparé de la fiche de paie de ce dernier », qui était celui remis au salarié et non celui conservé par l'employeur pour le transmettre à l'inspection du travail. Ainsi, sous la notion de « droit de propriété de l'employeur », seuls les documents édités et conservés par l'employeur peuvent être conciliés avec les droits de la défense du salarié.

**379.** Dans le cadre du conflit qui se manifeste entre le droit de propriété de l'employeur et les droits de la défense du salarié, la teneur de la production des documents de l'entreprise est de deux ordres. D'une part, l'expression « strictement nécessaire » suppose que cette production soit « l'unique moyen permettant au salarié de faire valoir ses droits »[553]. Ce critère permet de déterminer si les documents appréhendés par le salarié sont indispensables à l'exercice d'une action

hold-up sur les droits d'agir. À propos des arrêts consensuels de la chambre criminelle et de la chambre sociale de la Cour de cassation », *JSL* 2004, n° 157.

[551] Cass. Soc., 1er février 2011, n° 09-67.959, inédit.

[552] C. WOLMARK, « La preuve en droit du travail – essai de synthèse », *Dr. ouv.* 2014, n° 789, pp. 276-285.

[553] B. BOSSU « À la recherche d'un équilibre entre le droit de propriété et les droits de la défense » *RDT* 2016, p. 74.

en justice contre son employeur. À l'inverse, si la preuve des allégations du salarié est apportée par des documents que celui-ci détenait sans que cela porte atteinte au droit de propriété de l'employeur, les documents de l'entreprise produits par le salarié ne peuvent être considérés comme recevables, car peu utiles. Cette première explication s'illustre dans deux hypothèses. D'abord, lorsque le contrat de travail en cours d'exécution est modifié, le salarié cherche à contester cette modification en produisant des documents appartenant à l'entreprise et est licencié pour faute grave par la suite[554]. Ensuite, lorsque le salarié est avisé de la rupture du contrat de travail par son employeur et qu'il appréhende les documents de l'entreprise afin de justifier de ses prétentions devant la juridiction prud'homale[555]. D'autre part, l'adverbe « strictement » détermine l'appréciation par le juge du périmètre légitime d'appréhension des documents appartenant à l'entreprise. Le juge doit analyser la pertinence de l'élément de preuve produit par le salarié. Cet élément doit revêtir un caractère utile dans la résolution du litige et doit être en lien avec le fait à prouver. Ainsi, cette condition de stricte nécessité pour la protection des droits de la défense du salarié permet au juge de déclarer illicite la production de dossiers appartenant à l'entreprise au-delà de ce qui est nécessaire[556].

**380.** Cette condition de stricte nécessité a été l'objet de nombreuses critiques doctrinales. Selon Aurélie Bergeaud, « le document est doté d'une aptitude probatoire certaine dans le contentieux envisagé »[557], ce qui impliquerait une confusion entre l'existence de l'élément de preuve et sa légitimité, déduite de sa seule pertinence au regard de la nature du litige[558]. Dans le même sens, Monsieur Daniel Boulmier évoquait la difficulté, pour le salarié plaideur, d'acquérir « une analyse pertinente des documents à produire » en amont de l'appréciation du juge[559]. Ainsi, lors de la

[554] Cass. Soc., 8 décembre 2015, n° 14-17.759, inédit ; Cass. Soc., 5 juillet 2011, n° 09-42.959, inédit.

[555] Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *op. cit.* n° 461.

[556] Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, *Bull. crim.* 2011, n° 149, note A. MARTINON, *JCP S* n° 42, 2011, *doctr.* 1475.

[557] A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 434.

[558] *Ibid.*, p. 403.

[559] D. BOULMIER, « Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir. À propos des arrêts consensuels de la chambre criminelle et de la chambre sociale de la Cour de cassation », *JSL* 2004, n° 157.

production des documents de l'entreprise, le salarié plaideur doit élaborer, dans la constitution du dossier probatoire, une démonstration qui porte non seulement, sur le lien entre la prétention, les allégations et les éléments de faits et de preuve rapportés, mais aussi sur la légitimité et la teneur des éléments de preuve. Si la justification de la production est considérée comme valide, l'élément de preuve est considéré comme recevable car licite. Cette idée a amené Frédéric Stasiak à considérer que la charge de prouver la nécessité incombait au salarié plaideur[560]. Il ne nous semble pas, cependant, que la notion de charge de la preuve soit adaptée pour justifier la nécessité, et cela même si les deux notions présentent des proximités. En effet, si la jurisprudence relative à la production des documents appartenant à l'entreprise a élaboré certaines conditions, cela ne signifie pas qu'une réelle charge de la preuve pèse sur le salarié. Par ailleurs, cette charge de la preuve, si elle existait, ne pourrait se limiter à la preuve de l'état de nécessité dans lequel se trouve le salarié mais devrait porter sur l'ensemble des conditions du mécanisme, à savoir, qu'il a eu aussi connaissance des documents à l'occasion ou pendant l'exercice de ses fonctions. La recherche de justification du respect des conditions de la production des documents de l'entreprise doit s'entendre davantage comme un instrument de mesure de l'aptitude à la preuve du salarié. Bien que le fondement de la relation de travail soit l'inégalité des parties, le salarié doit apporter des éléments démontrant ses difficultés probatoires, appréciées *in concreto* par le juge. Si le salarié plaideur peut apporter la preuve par d'autres moyens en sa possession et que les documents appréhendés s'avèrent inutiles pour la résolution du litige, il ne peut y avoir de difficultés probatoires réelles. Ainsi, la justification du respect des conditions traduit une exigence probatoire de pouvoir démontrer la réalité de la situation probatoire.

**381.** Par conséquent, l'état de nécessité matérialise l'idée selon laquelle, il existe un lien étroit entre l'accès matériel à la preuve et l'appréciation de l'aptitude à prouver du salarié plaideur. Au-delà de la condition de nécessité, deux autres conditions de recevabilité de la production des documents de l'entreprise par le salarié doivent être étudiées.

[560] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *op. cit.* n° 457.

C) Les conditions supplémentaires de recevabilité des documents de l'entreprise

**382.** Outre la justification de l'état de nécessité probatoire, le salarié doit justifier que les documents appréhendés lui ont été connus à l'occasion ou pendant l'exercice de ses fonctions dans l'entreprise (**1**) et que cette production n'a qu'une seule finalité, la préservation de ses droits de la défense dans un procès prud'homal (**2**). Enfin, la Cour de cassation a admis, antérieurement à la reconnaissance du droit à la preuve, une conciliation entre les droits de la défense du salarié et le secret professionnel (**3**).

*1. La production de documents connus à l'occasion ou pendant l'exercice des fonctions*

**383.** Dès les arrêts du 11 mai et du 30 juin 2004, les juges se sont accordés sur l'expression « à l'occasion [des] fonctions [du salarié] »[561]. Cependant, certains arrêts rendus par les deux chambres ont utilisé l'expression « à l'occasion de l'exercice des fonctions » du salarié[562].

**384.** Certains auteurs ont soutenu que les deux expressions utilisées par la Cour de cassation renvoient à des significations différentes. D'abord, concernant « à l'occasion de l'exercice des fonctions » du salarié, Madame Mireille Poirier a relevé que cette formulation renvoyait aux documents ayant un « lien avec le travail »[563]. En complément, Frédéric Stasiak a précisé que cette formulation renvoyait à deux situations, « celle dans laquelle la connaissance du document relève de l'exercice même des fonctions du salarié et celle dans laquelle les fonctions exercées par ce dernier ont seulement permis ou facilité la connaissance des documents, qui demeurent extérieurs à son activité professionnelle »[564]. Ainsi, l'influence du poste occupé et des fonctions du salarié

[561] Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, *op. cit.* n° 444 ; Cass. Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.771, *op. cit.* n° 445.

[562] Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.* n° 134, note S. DETRAZ, *JCP S* 2011, 1450 ; utilisé par ailleurs par la chambre sociale, avant l'harmonisation des arrêts, v. not. Cass. Soc., 2 décembre 1998, n°96-44.258, op. cit. n° 442 ; plus récemment, v. Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit.

[563] M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise », *op. cit.* n° 557.

[564] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *op. cit.* n° 561.

semble un élément déterminant dans la recherche et l'obtention des documents de l'entreprise. Ensuite, la formulation « à l'occasion des fonctions » du salarié soulignerait plus précisément « un recentrage sur les fonctions assurées par le salarié dans l'entreprise »[565].

**385.** L'interprétation de cette condition s'avère complexe. Contrairement aux analyses proposées par Madame Mireille Poirier, la formulation « à l'occasion de l'exercice des fonctions » est plus restrictive que « à l'occasion des fonctions » du salarié[566]. L'exercice des fonctions renvoie à la situation selon laquelle le salarié met en œuvre, de manière positive, ses compétences et techniques au service d'un poste occupé dans l'entreprise. Cette idée peut renvoyer à la notion de temps de travail effectif consacrée par l'article L. 3121-1 du Code du travail[567]. L'accomplissement du travail permet ainsi, au salarié, d'appréhender des documents que ses fonctions lui ont permis de connaitre. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle, en date du 16 juin 2011[568] en est une illustration. En l'espèce, un salarié avait transféré des documents de l'entreprise de son ordinateur professionnel à sa messagerie personnelle afin de pouvoir contester la décision de licenciement et de démontrer qu'il n'avait pris part à la baisse des résultats de l'entreprise, justification de son licenciement. Dans cette affaire, il convient de souligner que les documents avaient été réceptionnés et ensuite détenus par le salarié dans le cadre de ses fonctions. Par conséquent, la chambre criminelle a, dans sa solution, confirmé la recevabilité des documents dont le salarié avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'arrêt rendu par la chambre sociale le 27 novembre 2019 conforte cette interprétation. Dans cet arrêt, elle confirme que, lorsqu'un salarié « [produit] en justice des courriers électroniques échangés entre des personnes tierces, lesquels ne lui avaient pas été remis volontairement et alors que [le salarié] ne faisait pas valoir

[565] M. POIRIER, *op. cit.* n° 564.

[566] V. pour des débats analogues lors de l'adoption de la loi du 21 mars 2022 sur la protection des lanceurs d'alerte, qui porte notamment modification de l'article 122-9 du Code pénal, O. LECLERC, « L'enquête consécutive à une alerte », *Dr. ouv.* 2022, n° 883, pp. 110-122, *spéc.* p. 120 colonne de gauche.

[567] « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

[568] Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *op. cit.* n° 475.

qu'[il] en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation (...), les documents, couverts par le secret des correspondances, devaient être écartés des débats »[569].

**386.** Ensuite, la formulation « à l'occasion des fonctions » du salarié amène à repenser cette condition. Dans ce cas, l'appréciation du juge porte davantage sur la nature du poste occupé par le salarié, qu'il exerce effectivement ou non les tâches qui lui sont attribuées, au moment de l'appréhension de documents appartenant à l'entreprise. Cela peut également être un document qui est porté à la connaissance du salarié, mais qui n'est pas nécessaire à l'exercice de ses fonctions[570].

**387.** Cette interprétation, partagée par certains auteurs[571], soulève des difficultés. En effet, si la nature du poste occupé prévaut dans l'interprétation des conditions d'accès aux éléments de preuve, des inégalités d'accès à la preuve peuvent apparaitre[572]. Cette critique doit néanmoins être relativisée. Il semble que la chambre criminelle et la Chambre sociale utilisent les deux formulations, de manière équivalente. En outre, cette condition, appréciée par les juges, revient à délimiter le périmètre de la recherche et de l'obtention des éléments de preuve par référence à la loyauté probatoire. Dans ce sens, une décision du 8 décembre 2015[573] témoigne de l'analyse par le juge du comportement déloyal ou non du salarié. En l'espèce, deux époux ont créé une société. L'époux a ensuite cédé une partie de ses parts sociales à son épouse et a signé un contrat de travail, dans cette même société, pour occuper le poste de directeur commercial. Il a été licencié pour faute grave, après avoir photocopié des bulletins de paie le concernant, mais appartenant à l'entreprise. La chambre sociale a confirmé la décision de la cour d'appel, en énonçant que « le salarié s'était emparé, pour en faire des copies, de bulletins de paie appartenant à l'entreprise et le concernant mais dont il n'avait plus les originaux », cela constituant une atteinte au droit de propriété de l'employeur, justifiant ainsi son licenciement. Bien que cette décision soit en marge de la

[569] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit.

[570] Note F. DESPREZ, ss Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim*., n° 134, *Gaz. Pal.* 2011, n° 151, p. 13.

[571] M. POIRIER, *op. cit.* n° 564 ; R. A. MOULOUNGUI MAGANGA, *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, *op. cit.* n° 542.

[572] M. POIRIER, *ibid.* ; R. A. MOULOUNGUI MAGANGA, *ibid.*

[573] Cass. Soc., 8 décembre 2015, n° 14-17.759, inédit.

jurisprudence relative à la production des documents de l'entreprise par le salarié, la solution semble cohérente sous l'angle du respect de la loyauté dans la recherche des éléments de preuve. Le salarié ne pouvait appréhender les bulletins de paie au regard des fonctions qu'il exerçait dans l'entreprise. Bien que l'interprétation donnée précédemment à la formulation « à l'occasion des fonctions » aurait pu s'appliquer dans ce cas d'espèce, la relation de nature privée entre la gérante de la société et le salarié a influencé la décision des juges du fond ainsi que celle de la chambre sociale. Ainsi, le salarié ne peut s'emparer de documents en fouillant « les bureaux de ses collègues ou de ses supérieurs hiérarchiques pour récupérer le document litigieux »[574]. L'appréhension des documents de l'entreprise doit donc être spontanée afin de caractériser « une attitude responsable et loyale » de la part du salarié[575]. Par ailleurs, la solution de la Cour de cassation est similaire dès lors qu'un salarié s'empare des bulletins de salaire d'un autre salarié « à l'insu de son collègue et pendant son absence »[576]. Ainsi, la création d'un mécanisme probatoire en faveur du salarié ne doit pas permettre toute investigation générale de sa part.

### *2. La production des documents dans un procès prud'homal*

**388.** La production des documents appartenant à l'entreprise par le salarié, justifié par la nécessité de préserver les droits de la défense et appréhendés à l'occasion de l'exercice des fonctions est exclusivement recevable en matière prud'homale. La chambre criminelle a rappelé cette dernière condition dans plusieurs arrêts. Le fait justificatif tiré des droits de la défense ne peut être invoqué pour légitimer la production des documents appartenant à l'entreprise dès lors qu'elle est utilisée lors d'une audition par la gendarmerie[577] ou lorsqu'ils sont apportés à l'inspection du travail[578]. Toutefois, il convient de s'interroger sur le délai entre l'obtention des documents de

[574] B. BOSSU, « À la recherche d'un équilibre entre le droit de propriété et les droits de la défense » *RDT* 2016, p. 74.

[575] C. TÉTARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S* n° 42, 2013, 1404.

[576] Cass. Soc., 1er février 2011, n° 09-67.959, inédit.

[577] Cass. Crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843, *Bull. crim.* n° 118.

[578] Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, *Bull. crim.* n° 149, note A. MARTINON, *JCP S* 2011, n° 42, 1475.

l'entreprise par le salarié et leur production dans un procès prud'homal. Au regard de la position adoptée par la chambre criminelle, dans un arrêt du 16 juin 2011[579], il semble que l'ouverture d'une procédure devant le conseil de prud'hommes ne soit pas une condition nécessaire pour bénéficier du fait justificatif relevant des documents appartenant à l'entreprise. En effet, la chambre criminelle relève que le salarié était « avisé du projet de son employeur de rompre le contrat de travail » et que les documents appréhendés par lui étaient utilisés « dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après (...) ». Ainsi, la production des documents de l'entreprise par le salarié dans un procès prud'homal permet de souligner deux éléments. Les documents appréhendés par le salarié ont une finalité exclusivement probatoire, en cohérence avec la préservation des droits de la défense du salarié plaideur. De plus, ces documents sont produits dans le cadre d'un procès prud'homal, opposant respectivement l'employeur et le salarié.

**389.** Ainsi, la délimitation du périmètre de la production des documents de l'entreprise par le salarié permet de démontrer que le critère de l'aptitude à la preuve est au cœur du mécanisme probatoire, car il permet de compenser l'inaptitude à la preuve du salarié par la mise en place d'un accès matériel à la preuve que le salarié ne pouvait obtenir, par l'appui d'un fait justificatif consacré par le Code pénal, source d'irresponsabilité pénale.

### *3. Le cas de la production des documents couverts par le secret professionnel*

**390.** Certains documents, produits par le salarié, peuvent être protégés par un secret, notamment le secret professionnel. En principe, ces documents ne peuvent faire l'objet d'une divulgation par la personne dépositaire. Dans le cadre du régime juridique relatif à la production des documents de l'entreprise par le salarié, l'arrêt du 5 juillet 2011 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation marque une inflexion[580]. En l'espèce, une salariée introduit une action en justice afin de contester son affectation dans un nouveau service à la suite d'une réorganisation interne tout en alléguant être victime d'un harcèlement moral de la part de l'association. Durant cette procédure,

[579] Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim*., n° 134, note S. DETRAZ, *JCP S* 2011, n° 41, 1450.

[580] Cass. Soc., 5 juillet 2011, n° 09-42.959, inédit.

la salariée a produit des documents couverts par le secret professionnel[581] conduisant à un licenciement pour faute grave. La chambre sociale casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis aux motifs que « la production en justice de documents couverts par le secret professionnel ne peut être justifiée que lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur ». Elle rappelle, par la suite, que la cour d'appel n'a pas mis en œuvre ce raisonnement juridique, en ne vérifiant pas la réalité de la condition de stricte nécessité de la production des documents. Sur ce point, la chambre sociale ajoute un élément d'interprétation. En effet, elle précise que les documents couverts par le secret professionnel doivent être considérés comme nécessaires à l'exercice des droits de la défense dès lors qu'ils sont « seuls de nature à justifier des fonctions exercées par celle-ci avant son changement d'affectation ». Les documents produits par le salarié doivent être considérés comme le seul moyen de préservation des droits de la défense. En outre, les documents couverts par le secret professionnel constituent un moyen de justifier de la condition relative aux fonctions exercées par le salarié. « Un contrôle de cohérence »[582] est donc opéré par le juge entre les caractéristiques des documents produits et les fonctions exercées par le salarié au moment de l'appropriation des éléments probatoires.

**391.** Dans le cadre de la production des documents appartenant à l'entreprise par le salarié, un autre conflit de droits se dessine, entre la protection des droits de la défense par la mise en œuvre du droit à la preuve et la protection du secret professionnel.

### *4. L'avenir de la production des documents de l'entreprise confronté au droit à la preuve*

**392.** La production des documents de l'entreprise par le salarié et le droit à la preuve, tel que consacrés par la jurisprudence, constituent des mécanismes probatoires similaires, tant dans les

[581] Les documents contenaient des informations de nature privée telles que les noms des patients, dates de naissances, les pathologies ainsi que les diagnostics médicaux.

[582] C. BLANQUART-TÉTARD, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S* 2013, n° 42, 1404.

conditions posées par la Cour de cassation que dans leur mise en œuvre. Cependant, le droit à la preuve tend à garantir la recevabilité d'un élément de preuve illicite tandis que la production des documents de l'entreprise doit être considéré comme un élément de preuve licite lorsque les conditions sont respectées. Face au droit à la preuve, l'avenir du mécanisme de production des documents de l'entreprise doit être interrogée, car la consécration d'un droit à la preuve pourrait influencer la viabilité du mécanisme probatoire reconnu en faveur du salarié. Certains auteurs soulignaient, avant l'émergence du droit à la preuve, que les outils juridiques prévues par le Code de procédure civile s'avéraient suffisants pour la recherche et l'obtention d'éléments de preuve[583] tandis que pour d'autres auteurs, les limites du dispositif de production des documents de l'entreprise par le salarié rendaient « plus que jamais nécessaire l'évolution du contexte probatoire »[584]. Dans les faits de l'arrêt du 27 novembre 2019[585] rendu par la chambre sociale, une salariée a saisi le conseil de prud'hommes afin de demander des dommages et intérêts pour harcèlement moral et discrimination syndicale dans le cadre de ses divers mandats de représentation. Elle produit, à l'appui de sa demande, des échanges de mails dont elle n'est ni la destinataire, ni la rédactrice. La Cour d'appel de Bordeaux a écarté des débats la production de ces éléments de preuve, obtenus en violation du secret des correspondances. Cette solution est confirmée par la chambre sociale qui admet le caractère déloyal du procédé, dès lors que la salariée était une personne tierce aux échanges, « lesquels ne lui avaient pas été remis volontairement » et que la salariée « ne faisait pas valoir qu'elle en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation ». Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a fait le choix de ne pas utiliser le contrôle de proportionnalité préférant l'application du régime juridique relatif à la production des documents de l'entreprise.

**393.** Cette solution laisse penser que la jurisprudence relative à la production des documents de l'entreprise n'est pas vouée à la disparition de manière immédiate. Il est permis de considérer qu'une juxtaposition de cette jurisprudence puisse apparaitre avec le droit à la preuve. En effet, la

[583] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *JCP S* 2021, 1048 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 469, p. 403.

[584] D. BOULMIER, « Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir. À propos des arrêts consensuels de la Chambre criminelle et de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *JSL* 2004, n° 157.

[585] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit.

production des documents de l'entreprise en dehors de l'exercice du mandat de représentation pourrait permettre au droit à la preuve de retrouver toute sa vigueur dès lors qu'une atteinte à un autre droit est constatée. Plus précisément, lorsqu'un plaideur ne justifie pas de la collecte des éléments de preuve pendant l'exercice du mandat de représentation, il pourrait invoquer son droit à la preuve. Dans l'arrêt du 27 novembre 2019, la requérante n'a pas invoqué son droit à la preuve, ce qui aurait pu pousser la chambre sociale à adopter une autre solution. L'élément de preuve produit serait alors illicite permettant au droit à la preuve du plaideur d'être mis en balance avec un autre droit comme, en l'espèce, la violation du secret des correspondances. Cependant, une autre hypothèse pourrait être formulée avec prudence. Au regard des similarités dans la mise en œuvre, le mécanisme probatoire pourrait être subsumé dans l'application du droit à la preuve, le contrôle de proportionnalité visant à concilier deux droits antagonistes au prisme de la nécessité. Il en va autrement des améliorations dans l'accès aux éléments de preuve par l'intermédiaire de mécanismes existants.

### II. L'amélioration de l'accès aux éléments de preuve par l'intermédiaire d'acteurs internes et externes à l'entreprise

**394.** D'autres mécanismes ont été reconnus en faveur du salarié, sans que ceux-ci leur soient réservés explicitement. Ces mécanismes probatoires peuvent être utilisés par l'employeur[586], mais les avantages juridiques s'avèrent considérables pour le salarié plaideur. Par ailleurs, la combinaison du système de liberté de la preuve[587] et le recul de l'adage civiliste « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même »[588] dans la preuve des faits juridiques a facilité la multiplication progressive des accès aux éléments de preuve. Ainsi, le soutien accordé au salarié plaideur dans l'accès à la preuve permet de démontrer l'importance de l'évaluation des difficultés probatoires,

[586] En matière d'attestations de salariés après un licenciement, rédigées en faveur de l'employeur et produites par lui, v. not. Cass. Soc., 31 mai 2006, n° 05-43.197, *Bull. civ.* V n° 199, p. 192 ; Cass. Soc., 23 octobre 2013, n° 12-22. 342, *Bull. civ.* V n° 245 ; ou encore en matière de témoignages anonymes, v. infra, p. 224 et s.

[587] Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.* V, n° 108, p. 84, note J. SAVATIER, *Dr. soc.* 2001, p. 679 ; cc. P. LYON-CAEN, *SSL* n° 1023, 9 avril 2001.

[588] Cass. Soc., 19 mars 2014, n° 12-28.411, *Bull. civ.* V, n° 80 ; v. dans ce sens F. GUIOMARD, « La recevabilité des preuves produites pour soi-même », *RDT* 2013, p. 781 ; M.-P. COUPILLAUD, *La preuve en droit du travail*, th. Univ. Bordeaux, 2005.

fondement de l'aptitude à la preuve. Plusieurs mécanismes favorisent l'accès aux éléments de preuve pour le salarié en raison du rôle des acteurs internes (**A**) et externes (**B**) à l'entreprise.

A) Le rôle des acteurs internes à l'entreprise

**395.** Les acteurs de l'entreprise occupent, dans l'accès aux éléments de preuve, un rôle essentiel. Les rôles attribués relèvent d'un côté, de la protection généralisée des témoins salariés de l'entreprise (**1**) et de l'autre, de l'extension des prérogatives des représentants du personnel au domaine probatoire (**2**).

*1. La protection des témoins salariés de l'entreprise*

**396.** Dans le domaine probatoire, la protection des salariés témoins ou attestant contre toute mesure de rétorsion prise par l'employeur s'est progressivement mise en place. De manière parcellaire, la protection des salariés qui attestent ou qui témoignent en faveur d'un salarié plaideur a été consacré dans certaines dispositions du Code du travail. En matière de discrimination[589], de harcèlement moral[590] et sexuel[591] ainsi qu'en matière de crimes et délits[592], la loi prévoit l'interdiction de la mise en œuvre d'une mesure de rétorsion par l'employeur contre un salarié qui aurait témoigné de bonne foi. À défaut, cette décision est sanctionnée par la nullité[593].

[589] Article L. 1132-3 du Code du travail : « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés ».

[590] Article L. 1152-2 du Code du travail : « aucune personne ayant subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou ayant, de bonne foi, relaté ou témoigné de tels agissements ne peut faire l'objet des mesures mentionnées à l'article L. 1121-2 ».

[591]Article L. 1153-3 du Code du travail : « aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés ».

[592] Article L. 1132-3-3 du Code du travail : « aucune personne ayant témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou ayant relaté de tels faits ne peut faire l'objet des mesures mentionnées à l'article L. 1121-2 ».

[593] Articles L. 1132-4 ; L. 1152-3 ; L. 1153-4 du Code du travail.

**397.** La portée de l'interdiction a été étendue par la Cour de cassation. Dans un premier temps, la chambre sociale a énoncé que le témoignage en justice d'un salarié ne pouvait constituer une faute, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement[594]. Cette énonciation, qui prend la forme d'une règle à caractère général, doit être entendue comme une limite à l'immixtion du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur les actes du salarié établis en justice. Dans le même sens, l'arrêt du 29 octobre 2013[595] a consacré « la liberté fondamentale de témoigner », au visa des articles 6 et 10 de la Convention européenne. Ceci implique que le champ d'application de la liberté fondamentale de témoigner en justice ne soit pas réservée aux seules dispositions textuelles du Code du travail qui prévoient des mesures de protection pour les salariés qui témoignent ou attestent en justice en faveur de d'autres salariés[596].

**398.** L'existence d'une liberté fondamentale de témoigner en justice doit, par ailleurs, être mise en perspective avec le droit à la preuve. La protection générale des témoins salariés, déduite de l'existence d'une liberté fondamentale de témoigner en justice, ne constitue pas, *stricto sensu*, un mécanisme probatoire, mais un verrou contre les éventuelles mesures de rétorsion de l'employeur, ce qui participe à sécuriser l'accès à la preuve pour un salarié plaideur, car « la crainte de subir des mesures de rétorsion de la part de son employeur peut (...) dissuader le salarié (...) de concourir à la réunion des preuves nécessaires au succès de l'action d'un autre salarié »[597]. Ensuite, la liberté fondamentale de témoigner en justice et le droit à la preuve participent à la réalisation du procès équitable en droit français. Par conséquent, sous l'égide de l'article 6 de la Convention, la protection garantie aux témoignages et attestations renforce l'application du droit à la preuve. Dans cette perspective, il convient de souligner que la recevabilité judiciaire d'un témoignage anonyme, reconnue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 2018[598], n'est pas à exclure, du point de vue du salarié plaideur.

---

[594] Cass. Soc., 6 juin 2007, n° 05-43.996, inédit.

[595] Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. civ.* V n° 252, obs. J. MOULY, *Dr. soc.* 2014, p. 81 ; note B. BOSSU, *JCP S* 2014, 1061 ; obs. J. ICARD, *CSBP* 2013, n° 258, p. 522.

[596] L. GRATTON, O. LECLERC, « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT* 2014, p. 321.

[597] *Ibid.*

[598] Cass. Soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, *Bull. civ.* V n° 136, *op. cit.* n° 500.

**399.** Si la liberté fondamentale de témoigner en justice agit comme un rempart protecteur de dans l'accès à la preuve pour le salarié, la reconnaissance d'un rôle probatoire accordé aux représentants du personnel de l'entreprise élargit le champ de l'accès aux éléments de preuve.

### *2. Le rôle probatoire des représentants du personnel dans l'entreprise*

**400.** La reconnaissance du rôle probatoire des salariés exerçant des fonctions de représentation apparait dans deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation. L'arrêt du 9 novembre 2016 relatif à la consécration du droit à la preuve en droit social a fait apparaitre cette possibilité[599]. L'interprétation extensive des dispositions de l'article L. 3171-2 du Code du travail par la chambre sociale de la Cour de cassation accorde une éventuelle finalité probatoire au droit de consultation des documents relatifs aux décomptes des durées de travail en matière d'horaires individualisées. Ainsi, le droit de consultation des représentants du personnel peut être également pensé comme un droit de collecte des éléments de preuve en faveur des salariés. Il ne semble pas inopportun de penser que ce droit de collecte dans le cadre des missions de représentation a acquis une portée plus générale. L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 27 novembre 2019[600], cité précédemment, témoigne des extensions du droit de la collecte des éléments de preuve. Dans le cadre d'un litige portant sur les allégations d'harcèlement moral et de discrimination syndicale, une salariée ayant exercé divers mandats de représentations a produit des échanges de mails dont elle n'était pas destinataire. Dans cette espèce, la collecte des éléments de preuve est donc considérée comme un procédé de preuve déloyal. Cet arrêt permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle le droit de collecter des éléments de preuve dans le cadre de fonctions de représentation n'est pas réservé aux seules dispositions de l'article L. 3171-2 du Code du travail dès lors qu'elle est licite. Le droit de collecter des éléments de preuve peut, par ailleurs, s'avérer utile, tant pour les salariés que pour les litiges impliquant directement et personnellement les représentants du personnel, car il peut contribuer à la défense des intérêts individuels et collectifs. En revanche, il semble que le droit de collecter des éléments de preuve soit conditionné par l'exercice effectif des fonctions de représentation lors de l'appréhension des dits éléments. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 27 novembre 2019, précise que la

[599] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, v. n° 83, not. p. 39 et s., partie 1.

[600] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit ; pour les faits de l'espèce, v. p. 192 et s.

salariée ne rapportait pas la preuve qu'elle en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation. D'une grande similarité avec le mécanisme de production des documents de l'entreprise par le salarié, l'exercice des fonctions de représentation permet donc bien de distinguer les conditions de la collecte de l'atteinte à un droit produit par cette collecte.

**401.** Ainsi, les salariés et les représentants des salariés agissent comme des intermédiaires dans l'accès à la preuve. À cet égard, l'amélioration des mécanismes probatoires est double. D'abord, une première logique de protection s'impose pour permettre un accès effectif aux éléments de preuve. Ensuite, une deuxième logique de protection apparait afin de prévenir toute irrecevabilité judiciaire, par la recherche de légitimité probatoire. Cette double amélioration probatoire apparait également du point de vue des acteurs externes à l'entreprise.

B) Le rôle des acteurs externes à l'entreprise

**402.** Dans la recherche des éléments de preuve, le rôle du Défenseur des droits apparait nécessaire dès lors qu'une discrimination est alléguée (**1**). De manière similaire, le rôle de l'inspection du travail permet, en outre, de faciliter la recherche et l'obtention des éléments de preuve (**2**).

*1. Le rôle du Défenseur des droits dans la réunion des éléments de preuve*

**403.** Dans une décision-cadre n° 2022-139[601], la Défenseure des droits rappelle que les difficultés subsistent dans l'accès aux éléments de preuve pour un salarié plaideur, dans le but d'apporter la preuve de la vraisemblance d'une discrimination. Ce constat n'est pas nouveau et a participé à la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (ci-après « HALDE ») par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004. Cette autorité administrative indépendante a été créée « pour connaitre de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi (...) »[602]. La HALDE pouvait être saisie par toute personne qui s'estime victime

[601] DDD., déc. n° 2022-139 du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile.

[602] Art. 1 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

d'une discrimination, directe ou indirecte ou pouvait se saisir d'office dès lors que la personne identifiée comme étant la victime supposée d'une discrimination en a été informé. Au niveau des prérogatives conférées à cette institution, la HALDE pouvait « recueillir toute information sur les faits portés à sa connaissance », « demander des explications à toute personne physique ou à toute personne morale de droit privé mise en cause devant elle »[603] et procéder à toute demande de documents utiles pour appuyer la constitution du dossier probatoire dans le cadre de la preuve des discriminations[604]. Le soutien dans la recherche des éléments de preuve en faveur d'un salarié qui allègue l'existence éventuelle d'une discrimination a pu faire l'objet de certaines critiques, notamment celle d'introduire, dans l'instance prud'homale, une inégalité de traitement entre les plaideurs. Les faits d'espèce présentés dans un arrêt du 2 juin 2010[605] rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation éclairent la place à accorder à cette institution, notamment en matière probatoire. En l'espèce, l'affaire concernait un licenciement discriminatoire en raison des activités syndicales, la HALDE assistant le salarié dans la constitution de son dossier. L'autorité avait été entendue pendant l'instance afin de présenter ses observations. L'employeur a formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel, aux motifs que le rôle de la HALDE pendant toute la durée de la procédure avait porté atteinte au principe de l'égalité des armes issu de l'article 6 de la Convention européenne et à la lumière de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination prévu à l'article L. 1134-1 du Code du travail. Sur le fondement du principe du contradictoire, la chambre sociale de la Cour de cassation dispose que les observations de la HALDE sont communiquées et débattues contradictoirement, de sorte qu'en les portant à la connaissance des parties, ceci ne peut constituer une atteinte au principe de l'égalité des armes et, plus largement, aux exigences du procès équitable. De plus, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que la HALDE n'a pas la qualité de partie[606].

[603] Art. 5 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

[604] Art. 7 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

[605] Cass. Soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *Bull. civ.* V n° 124.

[606] Réitérée not. pour le DDD, v. Cass, Soc., 28 septembre 2016, n° 14-26.387, inédit.

**404.** L'intervention de la HALDE dans une instance doit être entendue comme une assistance dans la constitution du dossier probatoire. Sans méconnaitre le principe de l'égalité des armes, son intervention est justifiée par la reconnaissance des difficultés probatoires que peuvent rencontrer les salariés plaideurs, particulièrement en matière de preuve des discriminations. À l'inverse, l'appréciation des difficultés probatoires en matière de discrimination du point de vue d'un employeur plaideur apparait peu pertinente. Cette justification permet ainsi de légitimer la saisie de l'autorité par les salariés plaideurs. Devenue le Défenseur des droits depuis une loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, cette autorité a conservé toutes ses prérogatives, et a même bénéficié de leur élargissement. L'article 20 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, modifié par la loi n° 2016-1690 du 9 décembre 2016, prévoit l'articulation des prérogatives du Défenseur des droits avec la notion de secret. En effet, le Défenseur des droits peut avoir connaissance de toute information nécessaire à la constitution du dossier « sans que son caractère secret ou confidentiel puisse lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure »[607]. Seul le secret médical ainsi que le secret professionnel liant l'avocat et son client doivent faire l'objet de l'autorisation de la personne concernée. En faveur du salarié, les personnes tenues au secret professionnel ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales pour la divulgation d'informations et ne peuvent également, de manière générale, faire l'objet de mesures de rétorsion ou de représailles pour avoir saisi le Défenseur des droits. Cette quasi-inopposabilité des secrets au Défenseur des droits facilite l'accès aux éléments de preuve des discriminations. En outre, l'interdiction explicite des mesures de rétorsion peut être rapprochée de la protection généralisée des témoins salariés, des salariés demandeurs à une action en justice ou encore du cas des lanceurs d'alerte.

*2. Le rôle de l'inspection du travail dans la recherche des éléments de preuve*

**405.** « Parmi les acteurs pouvant favoriser l'accès à la preuve de la discrimination, aux éléments de faits pertinents, figure l'inspection du travail »[608]. Les prérogatives confiées aux agents de contrôle de l'inspection du travail visent à leur permettre de « veiller à l'application des

[607] Art. 20 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, modifiée par la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

[608] Note M. MINÉ, ss Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Bull. civ.* V, n° 14, *RDT* 2014, p. 188.

dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail (...) »[609]. Les articles L. 8113-1 et suivants du Code du travail consacrent les prérogatives et les droits reconnus aux agents de contrôle de l'inspection du travail. Ces dispositions prévoient notamment plusieurs prérogatives, à l'image du droit d'entrer et de visiter les locaux de travail[610], le droit de vérification des identités[611], le droit de prélever des matières[612] ou encore le droit d'accès et de communication aux documents obligatoires de l'entreprise[613]. Il convient de souligner que le droit d'accès aux documents acquiert un champ d'application plus vaste dans certains domaines, notamment en matière de lutte contre les discriminations, en raison des dispositions de l'article L. 8113-5 du Code du travail[614]. Les agents de contrôle peuvent demander la communication de « tout document ou tout élément d'information », que la tenue de ceux-ci soit obligatoire ou non dans l'entreprise.

---

[609] Art. L. 8112-1 du Code du travail.

[610]Article L. 8113-1 du Code du travail : « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 ont un droit d'entrée dans tout établissement où sont applicables les règles énoncées au premier alinéa de l'article L. 8112-1 afin d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés.

Ils ont également un droit d'entrée dans les locaux où les travailleurs à domicile réalisent les travaux définis à l'article L. 7424-1.

Toutefois, lorsque les travaux sont exécutés dans des locaux habités, les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 ne peuvent y pénétrer qu'après avoir reçu l'autorisation des personnes qui les occupent ».

[611] Article L. 8113-2 du Code du travail : « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 sont habilités à demander aux employeurs et aux personnes employées dans les établissements soumis au présent code de justifier de leur identité et de leur adresse ».

[612] Article L. 8113-3 du Code du travail : « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 ont qualité, concurremment avec les officiers de police judiciaire et les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, pour procéder, aux fins d'analyse, à tous prélèvements portant sur les matières mises en œuvre et les produits distribués ou utilisés ».

[613] Article L. 8113-4 du Code du travail : « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 peuvent se faire présenter, au cours de leurs visites, l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le présent code ou par une disposition légale relative au régime du travail ».

[614] « Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application :

**406.** Il convient alors de se demander si la mise en œuvre des prérogatives des agents de contrôle de l'inspection du travail participe à la constitution du dossier probatoire du salarié lors d'un contentieux entre l'employeur et le salarié. Dans un arrêt du 15 janvier 2014[615], plusieurs salariés d'une entreprise invoquaient un retard de carrière discriminatoire en raison des activités syndicales. Saisis par ces salariés, l'inspecteur du travail avait rédigé un rapport reconnaissant la discrimination syndicale. Dans ce rapport, un panel de comparaison a été établi, avec « l'environnement professionnel direct » des salariés, selon l'évolution de la qualification professionnelle des salariés et la classification retenue au moment de l'enquête. La Cour d'appel de Colmar a admis la recevabilité du rapport d'enquête établi par l'inspecteur du travail et produit en justice par les salariés, parmi les éléments de faits apportés par les plaideurs, laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale. L'employeur a formé un pourvoi en cassation devant la chambre sociale. Parmi les divers moyens, le demandeur au pourvoi critiquait l'appréciation des juges du fond, portant exclusivement sur le rapport d'enquête afin de déterminer l'existence ou non d'une discrimination syndicale. La chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs « qu'il appartient au salarié (...) de présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; qu'au nombre de ces éléments peut figurer un rapport établi par un inspecteur ou un contrôleur du travail eu égard aux compétences reconnues au corps de l'inspection (...) peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées »[616].

---

1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations ;

2° Des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

3° Des dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à l'exercice du droit syndical.

4° Des dispositions des articles L. 1152-1 à L. 1152-6 et L. 1153-1 à L. 1153-6, relatives aux harcèlements moral et sexuel ;

5° Des dispositions de la quatrième partie, relatives à la santé et la sécurité au travail ».

[615] Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Bull. civ.* V, n° 14, note M. MINÉ, *RDT* 2014, p. 188 ; note T. KAPP, *Dr. ouv.* 2014, avril, n° 788, p. 289.

[616] *Ibid.*

**407.** La recevabilité du rapport de l'inspecteur du travail repose sur une double justification apportée dans la solution de la Cour de cassation. En rappelant qu'il pèse une charge sur le salarié plaideur qui s'estime victime d'une discrimination, entendue comme *une charge de la vraisemblance allégée* de la discrimination[617], la chambre sociale justifie la recevabilité du rapport dressé par l'inspecteur du travail sous l'angle de la mesure de son aptitude à rapporter des éléments de preuve. Le salarié plaideur doit rapporter des éléments de fait permettant de vérifier ses allégations. Sans accès facilité aux éléments de preuve, celui-ci ne peut que difficilement remplir la charge probatoire qui lui incombe. Par l'intermédiaire de l'inspection du travail, les salariés ont alors accès à des informations rassemblées et mises en cohérence dans un ensemble démonstratif, visant à prouver la vraisemblance de leurs allégations. L'analyse de la recevabilité repose ainsi d'abord sur l'appréciation de l'aptitude à prouver. Un second élément en ce sens tient à la garantie d'indépendance et aux prérogatives de l'inspection du travail. L'inspecteur du travail peut connaitre de tout document ou de toute information en certains domaines, sans que le caractère obligatoire de la tenue des documents soit imposé par les dispositions de l'article L. 8113-5 du Code du travail. Ainsi, la collecte de ces éléments peut conduire à leur intégration dans un dossier probatoire en faveur des salariés plaideurs.

**408.** Des rôles de « contrôle », de « conseil » et « d'alerte » de l'inspection du travail[618] découle aussi un rôle probatoire par l'intermédiaire « d'une contribution significative à l'élaboration d'un droit de l'accès à la preuve [en matière de discrimination] »[619]. À l'image du rôle probatoire du Défenseur des droits, la place accordée à l'inspection du travail dans le contentieux judiciaire apparait tout aussi essentielle dans l'amélioration de l'accès aux éléments de preuve en faveur des salariés plaideurs.

[617] Sur ce point, voir supra, p. 166 et s.

[618] G. LE CORRE, « Quelle contribution peut-on exiger de l'inspection du travail concernant le droit de la preuve ? », *Dr. ouv.* 2014, n° 788, p. 218.

[619] Note M. MINÉ ss Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Bull. civ.* V, n° 14, *RDT* 2014, p. 188.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**409.** L'étude du droit d'accéder à des éléments de preuve dans son ensemble permet d'affirmer que le droit à la preuve est fondé sur la mesure de l'aptitude ou de l'inaptitude à prouver d'un plaideur, elle-même fondée sur l'évaluation des difficultés probatoires. Ces difficultés probatoires sont d'abord d'ordre matériel ; elles témoignent d'un accès difficile aux éléments de preuve. Cette tendance a, pendant longtemps, été en faveur du salarié plaideur. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est attachée à améliorer l'accès à la preuve du salarié plaideur par l'émergence d'un double mécanisme. D'une part, un mécanisme probatoire a été créé en faveur du salarié. Sous l'impulsion de l'appréciation d'un état de nécessité probatoire, la production des documents de l'entreprise par le salarié plaideur est devenue recevable en justice, sous certaines conditions. D'autre part, des mécanismes probatoires ont fait l'objet d'une évolution, allant dans le sens d'une amélioration. La généralisation de la protection des témoins salariés ou encore la validité du rôle probatoire de certains acteurs internes et externes à l'entreprise témoignent d'un véritable accès à la preuve. Dans cette perspective, la qualité de salarié constitue un élément déterminant, duquel les juges déduisaient facilement l'existence d'un état de nécessité probatoire, conduisant ainsi à des modifications dans l'accès à la preuve en droit du travail.

**410.** Ainsi, le droit d'accéder aux éléments de preuve, y compris le droit à la preuve en contentieux, repose sur l'appréciation des difficultés probatoires réelles que rencontre un plaideur ainsi que la recevabilité judiciaire de l'avantage accordé par les juges, soit par la création d'un avantage, soit par l'amélioration d'un avantage probatoire. Concernant le salarié plaideur, notre hypothèse est confirmée, les deux critères constituant ainsi le fondement de la mesure de l'aptitude à la preuve dans le cadre du droit à la preuve. Cependant, la consécration et la mobilisation du droit à la preuve par la jurisprudence de la Cour de cassation témoigne d'un changement d'orientation. L'appréciation du droit à la preuve de l'employeur modifie non seulement les critères de l'aptitude à la preuve, mais ébranle aussi l'hypothèse selon laquelle ces critères seraient indissociables.

## Section 2. L'absence de lien entre les difficultés matérielles de l'employeur et la recevabilité de la preuve

**411.** Selon Monsieur Pierre-Emmanuel Berthier, le droit à la preuve, c'est « la compensation d'une inaptitude à prouver »[620]. Bien que cohérente et démontrée précédemment, cette affirmation révèle aussi toute la complexité du droit à la preuve, tel que consacré par la Cour de cassation. La vision subjective du droit d'accès aux éléments de preuve, majoritairement en faveur du salarié, permettait d'assurer l'effectivité des critères de l'aptitude à la preuve en tant que fondement de ce droit subjectif processuel[621]. Cette vision spécifique du droit d'accès à des éléments de preuve est devenue, par la consécration du droit à la preuve, quasi-subjective. Le critère de la qualité du plaideur n'est plus le seul élément déterminant dans la mise en œuvre du droit à la preuve, s'inscrivant dans une recherche d'équilibre entre les plaideurs. Cela conduit à penser le droit à la preuve comme le droit d'accéder aux éléments de preuve illicites[622] les plus pertinents ayant un lien le plus proche possible avec le fait à prouver, quelle que soit la qualité du plaideur.

**412.** Cette nouvelle orientation, adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation, est marquée par deux tendances en faveur de l'employeur plaideur : favoriser l'accès aux éléments de preuve et légitimer la production en justice des éléments de preuve illicites. Ainsi, la première tendance vise à accorder de nouveaux avantages probatoires à l'employeur (**§I**). La consécration du droit à la preuve de l'employeur a contribué à l'essor d'une appréciation renouvelée du critère de l'aptitude à la preuve (**§II**).

### I. Favoriser l'accès aux éléments de preuve pour l'employeur

**413.** Le champ d'application du droit d'accéder à des éléments de preuve a été élargi par l'attribution d'avantages probatoires à l'employeur, au moyen de la recevabilité judiciaire des éléments de preuve. Il ne saurait être question de traiter ici de l'ensemble des modes et moyens de

[620] P.-E. BERTHIER, note ss CA Paris, 14 avril 2021, RG n° 14/13849, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11.

[621] V. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, supra n° 497.

[622] G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *JCP S* 2023, n° 14, 1095.

preuve admis pour l'employeur plaideur. Il s'agira pour nous de démontrer que le fait d'accorder certains avantages probatoires à l'employeur plaideur manifeste une possible dissociation entre l'appréciation des difficultés probatoires d'un plaideur et la recevabilité d'une production probatoire. Deux éléments mettent en lumière cette hypothèse. Tout d'abord, bien que nuancée, la recevabilité judiciaire des attestations et témoignages anonymes doit être abordée (**A**). Plus récemment encore, la recevabilité judiciaire des enquêtes internes en matière de harcèlement produites par l'employeur témoigne de cet élargissement (**B**).

### A) La recevabilité judiciaire des témoignages anonymes des salariés

**414.** La recevabilité judiciaire des témoignages anonymes des salariés a été consacré par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans les limites des prescriptions des articles 200 et suivants du Code de procédure civile (**1**). Les attestations anonymes ont été admises en justice au bénéfice de l'employeur, constituant ainsi une première manifestation de l'élargissement à l'accès à la preuve. Cependant, leur force probante est atténuée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Les témoignages anonymes ne peuvent donc suffire à emporter seuls la conviction du juge et doivent être corroborés (**2**).

#### *1. La reconnaissance de la production des témoignages anonymes des salariés*

**415.** La recevabilité des attestations et témoignages anonymes en faveur de l'employeur a été consacrée explicitement par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juillet 2018[623]. Certains arrêts antérieurs avaient ouvert la voie à cette possibilité[624], dans le respect des dispositions du Code du procédure civile relative aux attestations et témoignages[625] et de l'appréciation souveraine des juges du fond quant aux garanties suffisantes que présentent une

[623] Cass. Soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, *Bull. civ.* V n° 136, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2018, p. 766 ; note F. DUQUESNE, *JCP S* 2018, n° 36, 1285.

[624] Cass. Soc., 23 septembre 2003, n° 01-43.595, inédit ; Cass. Soc., 13 janvier 2016, n° 14-21.887, inédit.

[625] Art. 200, 201, 202 et 203 du Code de procédure civile.

attestation non conforme à l'article 202 du Code de procédure civile[626]. Dans l'espèce jugée le 4 juillet 2018, un salarié a été licencié pour faute, après suspension et convocation devant un conseil de discipline. L'employeur, pour prendre sa décision, s'est fondé sur le rapport rédigé par le comité d'éthique interne à l'entreprise, faisant état de plusieurs témoignages anonymes des salariés. Le salarié licencié introduit alors une action en justice aux fins de contestation de son licenciement, en estimant que la décision de l'employeur, fondée principalement sur les témoignages anonymes des salariés, ne lui permettait pas d'y répondre, faisant obstacle à l'application du principe du contradictoire ainsi que plus généralement, au respect du droit à un procès équitable. Les juges du fond n'ont pas fait droit à cette demande et ont admis la justification du licenciement. Le salarié forme alors un pourvoi en cassation. La chambre sociale de la Cour de cassation estime, au visa de l'article 6 de la Convention, que « le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ». Ainsi, la chambre sociale casse l'arrêt au motif que les juges du fond ont déterminé leur conviction sur la base du rapport et par conséquent, sur les témoignages anonymes des salariés.

**416.** En termes de recevabilité judiciaire, la pertinence de la production des témoignages anonymes des salariés en faveur de l'employeur interroge. En effet, la logique tenant à l'anonymat des salariés témoins est une logique de protection du salarié, afin d'éviter la survenance d'une mesure de rétorsion, soit contre un salarié exerçant une action en justice, soit contre un salarié témoin ou attestant dans une procédure judiciaire en faveur d'un autre salarié de l'entreprise[627]. La préservation de l'identité d'un témoin salarié permet donc de limiter la survenance du risque d'une mesure de rétorsion. Cependant, dans les circonstances de l'arrêt du 4 juillet 2018, la logique de protection des salariés témoins doit être plus nuancée. En effet, l'employeur produit le rapport rédigé par la direction de l'éthique de l'entreprise, lui-même fondé exclusivement sur les

[626] Art. 202 du Code de procédure civile : « L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés. Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature » ; v. également Cass. Civ 2ème, 20 mars 2003, n° 01-11.083, *Bull. civ.* II n° 70, p. 61.

[627] L. GRATTON, O. LECLERC, « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT* 2014, p. 321.

témoignages anonymes des salariés. Le risque d'une mesure de rétorsion par un autre salarié de l'entreprise n'apparait pas nul, il semble moins probable que les mesures de rétorsion susceptibles d'être prises par l'employeur. Par ailleurs, il convient de souligner que l'accès à la preuve par l'employeur n'est pas analysé au regard d'une appréciation des difficultés probatoires. Il n'y aurait donc pas de droit à la preuve alors que les juges consacrent, sous la forme plus générale d'un principe[628], la recevabilité des témoignages anonymes des salariés en faveur de l'employeur. Dans cette perspective, la possibilité d'un conflit de droits entre le droit à la preuve de l'employeur et le respect du principe du contradictoire, dans le cadre de la protection des droits de la défense du salarié plaideur, n'est pas à écarter. Le deuxième apport de cet arrêt vise à atténuer la recevabilité de ces éléments de preuve en déterminant l'appréciation du juge dans la recherche de sa conviction.

### 2. *La force probante des témoignages anonymes : une atténuation à la dissociabilité*

**417.** La chambre sociale de la Cour de cassation précise « que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ». Cet attendu de principe implique deux exigences dans la recherche de conviction des juges du fond.

**418.** D'abord, le juge ne doit pas prendre sa décision en tenant compte seulement des témoignages anonymes des salariés, à l'exclusion de tout autre élément de preuve produit par le plaideur. Autrement dit, le juge ne peut limiter son appréciation des éléments de preuve aux seuls témoignages anonymes. Ensuite, les témoignages anonymes des salariés doivent être considérés par le juge comme des éléments de preuve parmi d'autres qui s'incarnent dans une démonstration probatoire cohérente. Cela signifie, pour le plaideur, que la démonstration fondée sur les éléments produits ne doit pas être déterminée par les témoignages anonymes. En termes de force probante

[628] La rédaction de l'attendu, dans l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, fait écho à une application générale. Au visa des articles 6§1 et 3 de la Convention, la chambre sociale énonce « que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ». La notion de principe répond ainsi à « un haut degré de généralité » et à « une grande proximité des valeurs réputées dominer le système juridique », v. A. JEAMMAUD, « L'inexistence, en droit français du travail, d'un principe *pro operario* », in CRUZ VILLALÓN J., GÓMEZ MUÑOZ M., RODRÌGUEZ-RAMOS P., *Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 83.

d'un élément de preuve, cela renvoie à l'idée de « demi-preuve »[629]. La notion de demi-preuve, héritée du droit médiéval[630], consiste à accorder, à certains modes de preuve, une force probante « diminuée »[631], qui ne peut permettre de fonder la conviction du juge à elle seule. Bien que « le juge conserve son pouvoir d'apprécier souverainement leur force probante »[632], la Chambre sociale indique que cette demi-preuve est insuffisante, à elle seule, à fonder, puis motiver une décision rendue par les juges du fond[633].

**419.** Un arrêt du 19 avril 2023[634] permet d'appuyer cette hypothèse. Dans cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation précise les conditions d'un témoignage anonyme produit par l'employeur. Au visa des article 6§1 et 3 de la Convention et du principe de liberté de la preuve en matière prud'homale, elle précise que le juge peut prendre en considération des témoignages anonymes dès lors que « ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence ». Elle casse ainsi la décision des juges du fond qui n'avaient pas apprécié la valeur et la portée des témoignages anonymisées de deux salariés produits par l'employeur parmi d'autres éléments de preuve dans un litige l'opposant à un autre salarié. Ainsi, la force probante accordée aux témoignages anonymes atténue les conséquences de leur recevabilité judiciaire en faveur de l'employeur en l'absence de toute appréciation judiciaire de l'existence ou non des difficultés probatoires. La recevabilité d'une enquête interne en matière de harcèlement par l'employeur semble répondre à des mécanismes juridiques similaires.

[629] E. VERGES, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, p. 425 et s., *op. cit.* n° 171.

[630] *Ibid.*

[631] *Ibid.*

[632] *Ibid*, p. 426.

[633] La chambre sociale suit la position de la chambre criminelle et celle du Conseil d'État, v. E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, p. 618, n° 593.

[634] Cass. Soc., 19 avril 2023, n° 21-20.308, à paraître au bulletin.

B) La recevabilité judiciaire des enquêtes internes en matière de harcèlement

**420.** En l'absence de définition légale, l'enquête a pu être définie comme « une procédure, une suite d'actes initiée par l'employeur à la suite de faits ou d'agissements portés à sa connaissance qui sont soupçonnés de constituer une violation de la loi ou d'une obligation professionnelle, afin d'en vérifier la réalité et de collecter des preuves de leur matérialité »[635]. La production d'une enquête à l'initiative de l'employeur a été jugé recevable depuis un certain nombre d'arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation. La consécration de la recevabilité d'une enquête interne par l'employeur témoigne, là aussi, d'un élargissement de son accès à la preuve. Il convient donc de déterminer la justification de la mise en œuvre d'une enquête interne, qui semble reposer essentiellement sur l'obligation de sécurité de l'employeur en matière de harcèlement (**1**). À la lumière de récents arrêts, les conditions à la recevabilité sont à analyser sous l'angle de l'aptitude à la preuve (**2**).

*1. L'obligation de sécurité : la justification tenant à la mise en œuvre d'une enquête interne*

**421.** Selon l'article L. 4121-1 du Code du travail, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Cette obligation générale de prévention inclut la prévention et la sanction du harcèlement moral et sexuel dans l'entreprise. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a exprimé sa position à ce sujet par la cassation d'un arrêt des juges du fond qui retenaient la distinction entre l'obligation de prévention des risques professionnels et la prohibition des agissements de harcèlement moral[636].À ce titre, l'employeur ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité dès lors qu'il n'a pas commis de

[635] S. MRAOUAHI, « Sur le régime des enquêtes internes en droit du travail : essai de synthèse », *Dr. ouv.* 2022, n° 883, pp. 89-99.

[636] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-10.551, publié au bulletin.

faute[637], l'obligation de prévention du harcèlement moral et sexuel constituant une obligation de moyen renforcée[638].

**422.** L'obligation de sécurité permet de fonder ainsi le déclenchement d'une enquête interne dans l'entreprise dès lors que des faits, notamment de harcèlement sexuel et/ou moral, sont signalés par les salariés[639]. Les arrêts de la chambre sociale font apparaitre l'idée selon laquelle, de l'obligation de sécurité découle un véritable devoir d'enquête incombant à l'employeur. Un premier arrêt, en date du 29 juin 2011[640], puis un autre du 7 avril 2016[641] font état du devoir d'enquête qui pèse sur l'employeur en matière de harcèlement moral et sexuel. L'employeur doit ainsi collecter et traiter des informations dans l'entreprise permettant de conclure ou non à l'existence d'un harcèlement moral ou sexuel d'un ou de plusieurs salariés. Ce devoir d'enquête s'inscrit dans la logique des droits et obligations inhérents à l'employeur.

---

[637] Cass. Soc., 19 octobre 2011, n° 09-68.272, *Bull. civ.* V n° 235 : « Attendu que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité ; qu'il doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés (...) ».

[638] Cass. Soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, publié au bulletin, note B. GÉNIAUT, *RDT* 2016, p. 709.

[639]H. MASSE-DESSEN, B. BRUGUÉS-REIX, « Le pouvoir de l'employeur de faire mener des enquêtes à l'insu du salarié, quelles limites ? », *RDT* 2021, pp. 357-363.

[640] Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902, *Bull. civ.* V n° 172 : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'employeur avait eu connaissance de l'existence éventuelle de faits de harcèlement moral et sexuel reprochés au salarié dès sa convocation le 18 juin 2004 devant le bureau de conciliation et qu'il s'était borné à en dénier la réalité dans le cadre de l'instance prud'homale, en omettant d'effectuer les enquête et investigations qui lui auraient permis d'avoir, sans attendre l'issue de la procédure prud'homale l'opposant à la victime, la connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés à M. X... et de prendre les mesures appropriées ; qu'en l'état de ces motifs caractérisant l'abstention fautive de l'employeur et en l'absence de faits fautifs nouveaux, la cour d'appel a exactement décidé que la procédure de licenciement avait été engagée tardivement (...) ».

[641] Cass. Soc., 7 avril 2016, n° 14-23.705, inédit : « Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties ni à s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, a constaté que l'employeur n'avait pris aucune mesure telle que la décision d'ordonner une enquête interne à la suite des correspondances adressées par le salarié les 23 septembre et 14 octobre 2011 évoquant des agissements inadaptés de la part d'un collègue avec lequel deux incidents étaient intervenus ; qu'elle a pu en déduire l'existence d'un manquement de la part de l'employeur à son obligation de résultat en matière de santé et de sécurité des salariés (...) ».

### *2. Les conditions à la recevabilité de l'enquête interne produite par l'employeur*

**423.** La reconnaissance de la recevabilité des enquêtes internes produites par l'employeur n'est pas surprenante, au regard des éléments contenus dans le rapport conclusif de l'enquête interne. En effet, les comptes-rendus, les attestations ainsi que les témoignages sont autant de moyens de preuve recevables qu'ils soient produits par l'employeur ou par le salarié plaideur. Les récents arrêts rendus par la chambre sociale invitent à analyser la production de l'enquête par l'employeur au prisme de deux notions, afin de démontrer que l'appréciation de l'aptitude à la preuve, dans cette situation, est déformée par l'existence des droits et obligations inhérents à l'employeur. D'abord, considérée comme un procédé de preuve licite, l'enquête interne doit être confrontée à la notion de loyauté dans la recherche de la preuve (**a**) et au droit au respect de la vie privée du salarié (**b**).

#### a) La recevabilité de l'enquête interne face à la loyauté dans la recherche des éléments de preuve

**424.** L'affirmation selon laquelle « la preuve doit être loyale » signifiant ainsi que « (...) la preuve ne doit pas pouvoir être obtenue par stratagème, ou de manière attentatoire aux libertés. Elle doit pouvoir être discutée utilement »[642] est établie en doctrine. Cependant, son application dans les arrêts de la Cour de cassation connait une certaine variabilité. L'arrêt du 17 mars 2021 témoigne de cette hypothèse en matière de recevabilité d'une enquête interne produite par l'employeur[643]. En l'espèce, une entreprise a demandé un audit par une entreprise extérieure spécialisée en risques psycho-sociaux afin de mettre en évidence les propos et insultes discriminatoires prononcé par l'un des salariés de l'entreprise, causant des perturbations graves et justifiant ainsi le licenciement prononcé pour faute grave. Le salarié introduit une action en justice afin de contester son licenciement. L'employeur produit alors le rapport de l'audit établi par l'entreprise extérieure tierce. La Cour d'appel de Paris fait droit aux demandes du salarié, prononce

[642] H. MASSE-DESSEN, « Rien ne sert d'avoir des droits si on ne peut les prouver », *RDT* 2021, p. 358.

[643] Cass. Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, publié au bulletin, note D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP S* 2021, 376 ; comm. F. ALAMBRET, C. TERRET, *JCP E* 2021, n° 28, 1365 ; obs. A.-L. MAZEAUD, *RDT* 2021, p. 454.

le licenciement sans cause réelle et sérieuse en écartant des débats le rapport de l'enquête interne, jugé comme un mode de preuve illicite. Soulevé par le salarié, le caractère illicite du mode de preuve provient d'une absence d'information et d'une absence d'audition du salarié pendant l'enquête. L'employeur forme alors un pourvoi devant la Chambre sociale de la Cour de cassation.

**425.** Au visa de l'article L. 1222-4 du Code du travail et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la chambre sociale apporte une réponse en deux temps. D'abord, en cohérence avec les dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail, elle rappelle « [qu'aucune] information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». À ce titre, il est également rappelé que l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin pour surveiller l'activité des salariés, car cela constitue un mode de preuve déloyale. Dans cette perspective, le caractère déloyal issu de la clandestinité d'un moyen de preuve se traduit par l'absence d'information des salariés concernés par le dispositif mis en place par l'employeur[644]. Ensuite, par assimilation, la Cour estime que l'enquête interne ne fait pas partie du champ d'application des dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail. Par conséquent, « l'enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation des faits de harcèlement moral (...) ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié (...) ».

**426.** Si la solution est à saluer dans le cadre de la preuve des agissements constitutifs de harcèlement moral[645], celle-ci doit être précisée par référence à la loyauté probatoire. Il convient de souligner que la Cour de cassation est tenue par les moyens de cassation avancés par le requérant. Dans l'un des moyens, l'employeur soutenait qu'une enquête interne effectuée par un cabinet d'audit extérieur ne peut être assimilé à un dispositif de surveillance de l'activité des salariés, qui requiert l'information préalable des salariés, selon les dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail. La Cour de cassation répond favorablement à ce moyen, en estimant que

[644] Cass. Soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ.* V n°164, p. 119 : « Mais attendu que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés (...) ».

[645] Note A.-L. MAZEAUD, ss Cass. Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, publié au bulletin, *RDT* 2021, p. 458.

l'enquête interne effectuée par une entreprise extérieure dans le cadre d'un harcèlement moral dans l'entreprise n'est pas un dispositif de surveillance de l'activité des salariés, intervenant *a posteriori* des faits et dans le cadre seulement du harcèlement moral dénoncé par certains des salariés. Ainsi, l'obligation d'information préalable ne s'applique pas aux mesures d'enquêtes internes effectuées ou demandées par l'employeur. En ce sens, l'arrêt du 17 mars 2021 constitue une inflexion dans la jurisprudence. Dans un arrêt du 9 février 2012[646], elle a pu considérer que l'enquête menée par un employeur « sans discrétion, à charge et sans permettre au mis en cause de faire entendre ses témoins » justifie l'allocation de dommages et intérêts pour le salarié pour licenciement non justifié. Dans un autre arrêt du 26 janvier 2016[647], auquel fait directement référence la chambre sociale dans la décision du 17 mars 2021, elle a décidé que l'absence d'information préalable d'un salarié concerné par un audit dans l'entreprise ne constituait pas un mode de preuve illicite dès lors que le salarié n'était pas tenu à l'écart de l'audit.

**427.** L'arrêt du 17 mars 2021 semble s'émanciper de la garantie offerte au salarié d'être entendu tout au long du déroulement de l'enquête interne dans l'entreprise. Dans les faits de l'espèce, le salarié n'a été ni informé, ni entendu pendant le déroulement de l'enquête interne. Cette absence peut être considérée comme une mise à l'écart du salarié et non comme un simple manque d'information. Cela apparait logique dès lors que l'on constate « [qu'aucune] règle n'impose à l'employeur de respecter les droits de la défense ou le principe du contradictoire avant de prendre une décision, même disciplinaire, à l'encontre d'un salarié »[648]. En outre, la portée de cet arrêt doit être relativisée à l'aune du principe de loyauté dans la recherche de la preuve. Elle n'exclut pas l'appréciation du caractère déloyal ou non de l'enquête interne ; elle l'exclut uniquement au regard des exigences relatives à un dispositif de surveillance de l'activité des salariés. L'absence d'information et d'audition du salarié concerné n'exclut donc pas la reconnaissance du caractère illicite de l'enquête interne en cas de violation du droit au respect de la vie privée du dit salarié.

[646] Cass. Soc., 9 février 2012, n° 10-26.123, inédit.

[647] Cass. Soc., 26 janvier 2016, n° 14-19.002, *Bull. civ.* V n° 13.

[648] Note A.-L. MAZEAUD, ss Cass. Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, publié au bulletin, *RDT* 2021, p. 456.

b) La recevabilité de l'enquête interne face au respect de la vie privée du salarié

**428.** Si l'employeur a le devoir de mener une enquête dans son entreprise en cas de signalement de faits de harcèlement moral ou sexuel, au regard de son obligation générale de prévention des risques psycho-sociaux, il ne peut le faire sans respecter la vie privée du salarié. En effet, la collecte et le traitement des informations ne doit servir qu'à prouver la réalité des agissements de harcèlement moral et/ou sexuel commis par le salarié. Dans l'arrêt du 17 mars 2021, l'entreprise a demandé l'intervention d'un cabinet d'audit spécialisé dans les risques psycho-sociaux. Dans un tel cadre, « il n'est pas inenvisageable que l'employeur demande au cabinet extérieur d'établir d'autres preuves du comportement du salarié, à travers la récupération de mails dans son ordinateur, de ses fichiers, de son téléphone portable »[649].

**429.** Dans cette perspective, les premières manifestations d'un droit à la preuve apparaissent. D'abord, dans le cadre d'une collecte d'informations et données à caractère personnelle, l'employeur doit informer préalablement le salarié[650]. L'absence d'information préalable du salarié à la collecte de ses données personnelles apparait comme un motif d'illicéité du droit à la preuve. Ainsi, il serait permis de considérer que les informations collectées au moyen d'une enquête en l'absence d'information du salarié et produites en justice pourraient permettre à l'employeur d'invoquer son droit à la preuve. Ensuite, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité est envisageable dès lors qu'une atteinte à la vie privée est relevée. Dans une décision du 2 mars 2020[651], le Conseil d'État précise que lorsque « l'employeur diligente une enquête interne visant un salarié à propos de faits, venus à sa connaissance, mettant en cause ce salarié, les investigations menées dans ce cadre doivent être justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et ne sauraient porter d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée ». Le régime juridique de l'enquête interne pourrait évoluer en faveur du droit à la preuve de l'employeur ; le droit à la preuve renforcerait ainsi le pouvoir

[649] *Ibid.*

[650] *Ibid.*

[651] CE, 2 mars 2020, req. n° 418640, note Y. PAGNERRE, *JCP S* 2020, n° 24, 2051.

d'enquêter de l'employeur[652]. Ainsi, le régime juridique de la recevabilité d'une enquête interne produite par l'employeur demeure incertain renforcé par la manière de traiter le droit à la preuve de l'employeur, qui renvoie particulièrement à la recherche de légitimité de la production litigieuse en dehors de toute difficultés matérielles dans l'accès aux éléments de preuve.

### II. Légitimer la production litigieuse en justice pour l'employeur

**430.** La qualité du plaideur n'est plus le seul critère déterminant de l'élargissement de l'accès à la preuve, comme en témoigne l'évolution du droit à la preuve dans la jurisprudence. La reconnaissance du droit à la preuve de l'employeur dans l'arrêt « Manfrini » rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 25 novembre 2020 constitue la première pierre d'une nouvelle évolution dans le régime juridique du droit à la preuve. À ce titre, certains auteurs considèrent que « les deux parties sont sur un même pied d'égalité »[653], le bénéfice étant accordé tant à l'employeur qu'au salarié dans le cadre de la préservation des droits de la défense dans une procédure juridictionnelle[654]. La reconnaissance généralisée du droit à la preuve « n'ouvre pas un accès inconditionnel à tout élément de preuve *a priori* inaccessible »[655] dès lors que l'élément de preuve résout la situation de difficultés probatoires à laquelle est confronté le plaideur, employeur ou salarié[656]. Pourtant, les arrêts récents rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation démontre un certain éloignement de l'appréciation de l'aptitude à la preuve du plaideur entendue comme l'évaluation de ses difficultés matérielles. Le passage de la recevabilité d'une preuve nécessaire pour résoudre les difficultés probatoires d'un plaideur à la recevabilité « d'une preuve légitime »[657] entendue comme la plus pertinente, la plus utile et en lien direct avec le fait à prouver

[652] P.-E. BERTHIER, « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », *Lexbase social* 2023, n° 945.

[653] P. VAN DETH, T. VACCARO, « Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle majeure », *JSL* 2022, n° 534.

[654] F. STASIAK, « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *JCP S* 2021, 1048.

[655] P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *RDT* 2018, p. 120.

[656] Il convient de rappeler que l'élément de preuve doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

[657] P. VAN DETH, T. VACCARO, « Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle majeure », *JSL* n° 534, 24 janvier 2022.

se dessine dans la jurisprudence. Dans l'idée selon laquelle l'élément de preuve litigieux est le plus pertinent et doit donc être recevable, il semble que la réalisation du droit à la preuve ne dépend plus uniquement de l'appréciation des difficultés matérielles que peut rencontrer un plaideur. D'abord, la jurisprudence s'émancipe de l'appréciation des difficultés matérielles d'un plaideur en faveur d'une revalorisation de la pertinence de l'élément de preuve produit (**A**). En outre, l'encadrement de l'appréciation des difficultés probatoires se renouvelle par l'intermédiaire des conditions du contrôle de proportionnalité (**B**).

A) L'émancipation de l'appréciation des difficultés matérielles

**431.** En principe, l'appréciation des difficultés probatoires est fondée sur une évaluation de l'accès matériel à la preuve. L'interrogation porte alors sur la possibilité ou non, pour un plaideur, de rapporter un élément de preuve pertinent en vue du succès de ses prétentions en justice. Ce critère justifie et légitime la reconnaissance du droit à la preuve d'un plaideur. La consécration, puis la mobilisation du droit à la preuve de l'employeur semble se détourner de l'appréciation des difficultés probatoires au profit d'un autre critère. Sans se vouloir exhaustive, il apparait que le droit à la preuve de l'employeur s'appuie systématiquement sur une offre de preuve litigieuse (**1**). Le moyen de preuve litigieux est déclaré recevable en raison de sa pertinence, et cela sans tenir compte des difficultés probatoires réelles du plaideur. Le moyen de preuve recevable, sous l'angle du droit à la preuve de l'employeur, semble avoir le degré de pertinence le plus élevé. La légitimité de l'élément de preuve litigieux est ainsi revalorisé (**2**).

*1. L'offre de preuve litigieuse de l'employeur*

**432.** Dans les arrêts relatifs au droit à la preuve de l'employeur, l'élément de preuve litigieux est un élément disponible et non seulement un élément existant. Le moyen de preuve disponible doit être entendu comme l'élément de preuve collecté en dehors de toute procédure judiciaire et en l'absence d'intervention du juge. L'élément de preuve est existant dans sa matérialité et le plaideur possède un accès direct ou indirect à cet élément.

**433.** L'accès direct à la preuve disponible s'entend de l'accès par l'employeur à des informations qui apportent la preuve des faits recherchés ou reprochés par lui, en l'absence

d'intervention d'un tiers. L'arrêt du 10 novembre 2021[658] de la chambre sociale de la Cour de cassation illustre cette définition. En l'espèce, une salariée a été licenciée pour faute grave après que l'employeur ai visionné les caméras de vidéosurveillance installées dans l'entreprise, sans que la procédure d'information soit régulière. Cependant, celles-ci révélaient notamment que la salariée, occupant le poste de caissière dans une pharmacie, manquait à ses obligations contractuelles, dès lors qu'elle permettait aux clients de ne pas payer certains produits ou qu'elle entrait manuellement un prix inférieur pour un produit en lieu et place du scan des codes-barres. Ces informations, collectées par les enregistrements de vidéosurveillance, ont permis à l'employeur de prendre connaissance des faits, mais aussi de produire les enregistrements en tant que moyen de preuve disponible par accès direct.

**434.** L'accès indirect à la preuve disponible désigne l'accès par l'employeur à des informations qui apportent la preuve des faits recherchés ou reprochés par lui grâce à l'intervention d'un tiers. Le moyen de preuve est disponible car il est signifié dans son existence ou apporté par le tiers à l'employeur. Le signalement par le tiers d'un acte ou d'un fait répréhensible par l'employeur permet également l'accès à la preuve disponible. La décision de la Cour d'appel de Paris du 14 avril 2021 déclare recevable des captures d'écran d'un compte privé Facebook d'un salarié par l'employeur, dès lors qu'il était prouvé que le salarié journaliste, tenu à une obligation de neutralité, avait tenu des propos virulents sur le conflit israélo-palestinien et apposant des « likes » sur des publications associant le régime nazi à Israël. Dans cette affaire, « l'employeur a été informé des publications du salarié et qu'un utilisateur Facebook « a fait part de son étonnement » (...) »[659]. L'accès indirect à la preuve disponible peut également être rapporté par un salarié de l'entreprise qui a connaissance de l'acte fautif commis par un autre salarié, débouchant ainsi sur le déclenchement d'une procédure de licenciement pour faute grave. Les faits de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt Petit Bateau du 30 septembre 2020[660] se rapportent à cette idée. Une salariée avait

[658] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

[659] Note P.-E. BERTHIER, ss CA Paris, 14 avril 2021, RG n° 14/13849, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11.

[660] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

publié, sur son compte Facebook, une collection de vêtements de la marque Petit Bateau, avant sa sortie officielle. Cette publication a été envoyé par une autre salariée de l'entreprise qui était « amie » avec la salariée sur le réseau social, avait transmis directement à l'employeur une photographie de la publication. Cette photographie, qui fondait le licenciement pour faute grave, a été produite par l'employeur dans le litige l'opposant à la salariée qui contestait le bien-fondé de son licenciement. D'autres arrêts peuvent être cités. Ainsi, les données collectées au moyen d'un système de géolocalisation[661] ou rapprochées d'un système de badgeage[662] afin de contrôler le temps de travail d'un salarié ont été produites dans le cadre du droit à la preuve de l'employeur.

**435.** Sous l'angle de la recevabilité du moyen de preuve disponible, que l'accès soit direct ou indirect, « la question de l'accès à la preuve apparait d'une haute importance » [663], car « de la réponse [du juge] dépend le pouvoir d'investigation, potentiellement très intrusif, que le droit tolère d'une personne sur une autre »[664]. Ces éléments appuient l'idée que les difficultés matérielles qui résident dans l'accès aux éléments de preuve ne constituent pas des obstacles à la reconnaissance du droit à la preuve d'un plaideur. L'état de nécessité probatoire n'est donc pas apprécié à la lumière des difficultés matérielles mais par référence à la légitimité de l'élément de preuve litigieux sous l'angle des conditions du contrôle de proportionnalité. Ainsi, la Cour fait « prévaloir l'utilité de la preuve sur les conditions de son obtention »[665].

### *2. La légitimité de l'offre de preuve litigieuse*

**436.** Les éléments de preuve présentés devant une juridiction s'intègrent dans un récit proposé par une partie[666]. Face aux récits concurrents, « c'est (...) le récit le plus cohérent qui emportera la

[661] Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

[662] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

[663] Note P.-E. BERTHIER, ss CA Paris, 14 avril 2021, RG n° 14/13849, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11.

[664] *Ibid.*

[665] G. LOISEAU, « La recevabilité de la preuve illicite », *D.* 2021, p. 117.

[666] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2ème éd., 2022, coll. « Thémis droit », p. 139 ; V. aussi M. VORMS, D. LAGNADO, « Le raisonnement probatoire et la « mise en récit » des preuves : présentation critique du *story-model* », *Droit & Société* 2022, n° 110.

conviction du juge et le conduira à décider qu'un fait est prouvé »[667]. Les éléments de preuve produits par le plaideur doivent être pertinents pour convaincre le juge de la réalité des faits allégués. La vigueur de la pertinence de la preuve est amplifiée dans le cadre du droit à la preuve de l'employeur car cette vigueur n'est pas rattachée à des difficultés matérielles, mais à la légitimité de l'élément de preuve litigieux produit. L'élément de preuve litigieux sera d'autant plus légitime s'il est doté d'un haut degré de pertinence. Le haut degré de pertinence d'un élément de preuve permet d'accroître ainsi les succès de sa recevabilité par le juge. Dans le cadre de l'évolution du droit à la preuve, l'influence des arrêts de la CEDH doit être soulignée. L'arrêt *Barbulescu c. Roumanie*[668] témoigne de l'importance accordée au critère de la pertinence de l'élément de preuve qui lui confère sa légitimité. Dans cette affaire, l'employeur avait mis en place des outils afin de surveiller les communications des salariés. Par la suite, un salarié avait été licencié pour faute au motif de l'utilisation à des fins personnelles d'outils numériques mis à disposition par l'employeur et réservé à un usage professionnel. Il était alors nécessaire de mettre en balance le secret des correspondances et le droit à la preuve de l'employeur. La CEDH a énoncé sept critères afin de permettre la conciliation des droits en présence, concernant spécifiquement la production d'éléments de surveillance et le respect de la vie privée[669]. Au-delà de ces critères, la Cour énonce « [qu'il] faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectées et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question »[670].

**437.** La notion de légitimité est renforcée par le haut degré de pertinence des éléments de preuve. La recherche de légitimation des éléments de preuve illicite constitue la fonction du droit à la preuve. Ainsi, sa revalorisation dans le contentieux au détriment de l'appréciation originelle des difficultés probatoires d'un plaideur ne surprend guère. Elle apparait dans plusieurs arrêts relatifs au droit à la preuve, particulièrement lorsque le droit à la preuve de l'employeur est mis en jeu dans le cadre de la production de données extraites d'un dispositif de vidéosurveillance. La Cour de

[667] *Ibid.*

[668] CEDH, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08, v. également CEDH, *Lopez Ribalda c. Espagne*, req. n° 1874/13 et n° 8567/13, §151.

[669] CEDH, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08, § 121.

[670] *Ibid*., point 14 ; spéc. CEDH, 18 octobre 2016, *Bojić c. Suisse*, req. n° 61838/10, §§ 94-95.

cassation a précisé, dans ce cadre, la méthodologie du contrôle de proportionnalité. Dans un arrêt du 8 mars 2023[671], elle indique notamment que le juge « doit s'interroger sur la légitimité du contrôle opérée par l'employeur (...) » dans la mise en place de dispositifs de surveillance dans l'entreprise. Il ressort que l'appréciation de la légitimité de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur influence la fonction du droit à la preuve, relevant de la recherche de légitimation d'un élément de preuve litigieux. Dans cette perspective, la notion de légitimité est double. La légitimité des actes, qui permet de contrôler « les raisons d'agir de l'employeur »[672] contribue à renforcer la légitimité probatoire de l'offre de preuve litigieuse.

**438.** Ainsi, l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur ne sont pas liées à des difficultés matérielles dans l'accès à la preuve. Le droit à la preuve de l'employeur est apprécié par référence à la légitimité de la production litigieuse. Cette recherche de légitimité probatoire contribue à un renouvellement de l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur sous l'angle du contrôle de proportionnalité.

### B) Le renouvellement de l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur

**439.** Le renouvellement de l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur se manifeste dans l'appréciation que font les juges du fond de l'élément de preuve indispensable à l'exercice du droit à la preuve. Cette hypothèse est soulevée par l'arrêt du 8 mars 2023[673] rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation. En l'espèce, l'employeur a licencié une salariée après avoir utilisé les extraits d'une vidéosurveillance qui démontrait que celle-ci avait commis plusieurs vols dans l'entreprise. Dans le cadre du litige, la lettre de licenciement de la salariée est produite par l'employeur afin de justifier du caractère indispensable de la production des extraits de vidéosurveillance dans le cadre de son droit à la preuve. Cependant, la lettre de licenciement mentionnait le déroulement d'un audit, dont les résultats avaient permis de confirmer les soupçons de l'employeur à l'encontre de la salariée concernée. Les juges du fond ont estimé que les éléments de preuve étaient irrecevables dès lors que « l'employeur disposait d'un autre moyen de preuve

[671] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin.

[672] V. infra, p. 253 et s.

[673] Supra, n° 577.

qu'il n'a pas versé aux débats ». La Chambre sociale confirme cette position par la reprise de la solution des juges du fond, en précisant lors de l'énoncé de la méthodologie du contrôle de proportionnalité, qu'il faut rechercher « si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié ».

**440.** La délimitation du périmètre du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux permet de déceler la mesure nouvelle de l'aptitude à la preuve de l'employeur. Afin de mesurer les difficultés probatoires de l'employeur, les juges du fond sont incités à vérifier l'existence ou non d'autres éléments de preuve licites disponibles. Si l'employeur pouvait justifier de la faute grave du licenciement par un autre élément de preuve tout aussi pertinent et licite, il ne pourrait y avoir de droit à la preuve. Si cet élément de preuve existe et est disponible, les juges du fond écartent le droit à la preuve. Dans l'hypothèse de production d'un élément de preuve licite, le droit à la preuve ne peut être invoqué

**441.** Ainsi, l'absence de production des éléments de preuve disponibles et licites révèle l'absence de difficultés probatoires de l'employeur. L'interprétation du caractère indispensable par la Cour de cassation caractérise un renouvellement progressif de l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur. Il serait permis de considérer que l'évolution vers une précision méthodologique du contrôle de proportionnalité constituerait un rempart au déploiement du droit à la preuve de l'employeur. De manière ambivalente, deux mouvements sont à l'œuvre. La manière d'interpréter le caractère indispensable incite à apprécier, au cas par cas, les difficultés réelles de l'employeur à faire la preuve de ses allégations et prétentions. Ce mouvement d'encadrement de la recevabilité des éléments de preuve illicites est accompagné d'un mouvement d'extension. En effet, si le droit à la preuve de l'employeur a été plus tardivement consacré dans la jurisprudence que le droit à la preuve du salarié, sa portée est largement déployée par les juges du droit, transposable à une pluralité de situations.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**442.** L'émergence d'une jurisprudence relative à l'élargissement de l'accès à la preuve en faveur de l'employeur n'est plus à démontrer. La malléabilité du mécanisme de recevabilité judiciaire a permis deux importants élargissements en faveur de l'employeur.

**443.** Un premier élargissement a consisté à rendre recevables certains éléments de preuve en l'absence de mise en œuvre explicite du droit à la preuve. L'appréciation de l'élément de preuve est parfois en adéquation avec les droits et obligations de l'employeur, tel que le démontre la recevabilité des enquêtes internes en matière de harcèlement moral et sexuel dans l'entreprise. Parfois, la recevabilité d'un élément de preuve est plus difficile à comprendre. La recevabilité du témoignage anonyme d'un salarié, qualifié de demi-preuve, a moins de pertinence car la fonction de l'anonymat est de préserver les salariés contre les mesures de rétorsion prises par l'employeur.

**444.** Un second élargissement a consisté à reconnaitre un droit à la preuve à l'employeur. De manière formelle, la reconnaissance d'un droit à la preuve apparait cohérente, dès lors que tout plaideur peut invoquer ce droit subjectif processuel. Cependant, les manifestations du droit à la preuve de l'employeur semblent s'éloigner de l'interprétation que l'on a pu faire du critère de l'aptitude à la preuve. D'abord, la reconnaissance du droit à la preuve de l'employeur a entrainé une émancipation de l'appréciation originelle des difficultés probatoires. La recherche de légitimation d'un élément de preuve, fonction principale du droit à la preuve, repose sur la recherche d'une double légitimité. L'élément de preuve litigieux doit être en lien direct avec le fait à prouver et doté d'un haut degré de pertinence. L'appréciation du degré de pertinence conduit les juges à caractériser davantage *l'utilité de la preuve* plutôt que *la nécessité de la preuve*. L'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur est encadrée par l'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux. En effet, l'employeur ne peut invoquer son droit à la preuve dès lors que d'autres éléments de preuve disponibles et licites auraient pu être produits en justice. Le déploiement du droit à la preuve de l'employeur témoigne ainsi d'un balancement entre la volonté d'encadrer les prérogatives de l'employeur et l'affirmation institutionnelle du droit à la preuve.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**445.** Le droit à la preuve est fondé sur l'évaluation de l'aptitude à la preuve d'un plaideur qui est composé de plusieurs éléments. Du point de vue du salarié, ces éléments apparaissent indissociables. L'accès à la preuve est entendu comme un accès matériel aux éléments de preuve. Du constat des difficultés probatoires dans l'accès à la preuve découle la mise en œuvre d'avantages probatoires, par l'intermédiaire du mécanisme de recevabilité des éléments de preuve en justice. Cette définition, mise à l'épreuve lors de l'étude de l'accès à la preuve par le salarié, est vérifiée. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu, en faveur du salarié plaideur, certains avantages probatoires. D'abord, la création d'un mécanisme probatoire a facilité l'obtention et la production d'éléments de preuve, tel que le démontre la jurisprudence relative à la production des documents de l'entreprise dans un contentieux prud'homal. Ensuite, les acteurs internes et externes à l'entreprise peuvent être mis à contribution dans la réunion des preuves. En effet, la reconnaissance d'un rôle probatoire aux représentants du personnel ainsi que la protection généralisée des témoins salariés contre les mesures de rétorsion de l'employeur ont pu faciliter l'accès à la preuve du salarié. De même, l'intervention d'autorités telles que le Défenseur des droits ou encore l'inspection du travail facilite l'accès aux éléments de preuve par la mise en œuvre de prérogatives inhérentes à la fonction.

**446.** Pourtant, la manière de concevoir le droit à la preuve implique un renouvellement du critère de l'aptitude à la preuve. Un éloignement des difficultés matérielles est à l'œuvre. D'abord, la production des témoignages anonymes des salariés par l'employeur a été reconnu comme des moyens de preuve recevables. Pourtant, l'anonymat préserve d'abord les salariés contre toute mesure de rétorsion prises par l'employeur. Ensuite, la recevabilité des enquêtes internes en matière de harcèlement témoigne à l'inverse d'un prolongement probatoire des droits et obligations de l'employeur. Cependant, la délimitation du régime juridique de l'enquête interne doit être précisée afin d'éviter des atteintes au droit au respect de la vie privée et personnelle du salarié. Enfin, la reconnaissance d'un droit à la preuve en faveur de l'employeur a modifié en profondeur l'appréciation de l'aptitude à la preuve. Les nombreuses demandes de preuve formulées par des salariés dans le cadre de leur droit à la preuve témoignent de la substance originelle de l'aptitude à la preuve. L'aptitude à la preuve des salariés est fondé sur *une inaccessibilité des éléments de preuve*. À l'inverse, le droit à la preuve de l'employeur n'est pas lié à difficultés à accéder aux

éléments de preuve. L'employeur plaideur est confronté aux *difficultés à pouvoir produire les éléments de preuve illicites* qu'il a préalablement en sa possession. Son droit à la preuve est alors fondé sur le caractère légitime des éléments de preuve produits. La preuve doit être la plus légitime possible. L'outil de mesure de cette légitimité réside dans l'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve. Bien que le contrôle de proportionnalité encadre l'aptitude à la preuve de l'employeur, cela ne fait pas obstacle à ce que le champ d'application de son droit à la preuve se déploie de manière exponentielle. L'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve illicite constitue ainsi un outil de mesure de l'exercice légitime du pouvoir de l'employeur.

**447.** Le critère de l'aptitude à la preuve reste le fondement du droit à la preuve. Cependant, l'évolution du droit à la preuve a mis en exergue différentes appréciations que l'on peut retenir à propos des difficultés probatoires. Les difficultés probatoires ne sont pas seulement des difficultés matérielles, elles peuvent être pensées autrement dès lors que les particularités tenant à la qualité des plaideurs l'exigent. On peut alors affirmer que l'appréciation des difficultés probatoires adaptée à la situation de chaque plaideur est cohérente, car elle génère finalement un équilibre entre eux lors du procès. Cependant, ce serait oublier la nature des particularités de la qualité d'employeur et de salarié. Le droit à la preuve n'est donc pas « au service de l'égalité des armes »[674], mais au service du « contentieux de l'accès à l'élément de preuve le plus utile et le plus pertinent » dans une quête de recherche de légitimité probatoire qui ne peut être confondu avec la nécessité probatoire. À cet égard, le droit à la preuve est fondé, non pas sur une unique interprétation de l'aptitude à la preuve, mais sur *différentes formes* que revêt le critère de l'aptitude à la preuve. Il existerait alors *des aptitudes à la preuve*.

[674] P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *RDT* 2018, p. 120.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**448.** Le droit à la preuve doit être distingué de deux notions du droit de la preuve. D'abord, le droit à la preuve ne doit pas être confondu avec la charge de la preuve. Complexe, la notion de charge de la preuve au prisme du droit à la preuve doit être entendue comme une *attribution légale de prouver*. Elle correspond à l'accomplissement d'une *charge de la vraisemblance*. L'attribution légale renvoie aux charges de la preuve prévues dans les énoncés légaux. La reconstitution des faits dans le cadre d'un litige implique que le plaideur auquel il incombe une charge de la preuve n'apporte des éléments qui permettent de forger la conviction des juges du fond ; cette charge ne s'apparente donc pas à une charge de démontrer la vérité. Ces propositions permettent ainsi d'analyser le traitement de la charge de la preuve en droit du travail. Il apparait alors des degrés de charge de la preuve, que l'on peut qualifier selon les cas de *charge de la vraisemblance allégée* ou de la *charge de la vraisemblance renforcée* dès lors que la qualité du plaideur est inscrite dans les énoncés juridiques du Code du travail. Ainsi, il faut s'interroger sur l'influence des degrés de charge de la preuve en droit du travail sur l'invocation du droit à la preuve. D'abord de manière implicite, puis explicitement dans un arrêt du 22 septembre 2021, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que les degrés de la charge de la preuve n'ont pas d'influence sur la possibilité d'invoquer le droit à la preuve. Cependant, l'existence d'une charge de la preuve est une condition *sine qua non* de l'invocation du droit à la preuve. En effet, le droit à la preuve se déploie dans le cadre d'une attribution légale de prouver. En cela, le droit à la preuve et la charge de la preuve sont des notions *quasi-autonomes*. Elles opèrent dans des domaines probatoires différents car elles obéissent à des règles juridiques différentes. Le droit à la preuve permet de chercher la recevabilité d'un élément de preuve illicite tandis que la charge de la preuve désigne le plaideur qui doit prouver. En ce sens, les deux notions sont complémentaires.

**449.** Le droit à la preuve ne doit pas non plus être confondu avec la notion d'aptitude à la preuve, point de convergence avec la charge de la preuve. En effet, l'aptitude à la preuve est le critère déterminant de la réalisation du droit à la preuve. Ce critère tend à se déployer au moyen de deux éléments, une mesure des difficultés probatoires et des avantages judiciaires liés au mécanismes de recevabilité des éléments de preuve. Ce caractère apparemment indissociable se manifeste lorsque l'on étudie l'aptitude à la preuve du salarié. En effet, un certain nombre de mécanismes juridiques ont été créés ou améliorés afin de permettre une meilleure considération de l'aptitude à la preuve

du salarié. L'illustration principale d'un mécanisme crée au profit du salarié en fonction de son aptitude à la preuve est la production des documents de l'entreprise dès lors que ceux-ci sont strictement nécessaires à sa défense en justice. Les mécanismes qui permettent de réduire les difficultés probatoires du salarié en tenant compte de son aptitude à la preuve sont nombreux. La contribution apportée par les acteurs internes et les acteurs externes de l'entreprise en est le principal exemple. La protection des témoins salariés progressivement généralisée ainsi que le rôle probatoire des représentants du personnel dans l'entreprise témoignent d'un meilleur accès aux éléments de preuve dans l'entreprise. De surcroît, les acteurs externes ont un rôle essentiel dans l'accès aux éléments de preuve, particulièrement le Défenseur des droits dans la réunion des éléments de preuve ainsi que l'inspection du travail dans la recherche et la collecte des éléments probatoires.

**450.** Parallèlement à ce mouvement, l'amélioration de l'accès à la preuve a été mise en œuvre pour l'employeur plaideur. Certains mécanismes ont été consacrés de manière explicite, à l'image de la recevabilité des témoignages anonymes ainsi que les enquêtes internes. Si la recevabilité des témoignages anonymes tend à relâcher le lien avec la mesure des difficultés probatoires, la consécration du droit à la preuve de l'employeur depuis un arrêt du 10 novembre 2020 accentue encore cette tendance. En effet, la reconnaissance du droit à la preuve au bénéfice de l'employeur a fait naître une ambivalence dans la recherche de l'équilibre entre la mesure de la pertinence des éléments de preuve et la mesure des difficultés probatoires de l'employeur. La mesure de la pertinence des éléments de preuve semble dorénavant primer sur la mesure des difficultés matérielles dans l'appréciation du droit à la preuve de l'employeur. La Chambre sociale de la Cour de cassation a réduit la réalisation du droit à la preuve de l'employeur par l'interprétation de son caractère indispensable. L'appréciation du caractère indispensable des éléments de preuve tend à mesurer la réalité des difficultés à produire un élément de preuve illicite en justice. En exigeant que l'employeur ne puisse justifier d'autres éléments de preuve disponible, la Chambre sociale de la Cour de cassation tente d'encadrer la production légitime des preuves illicites ainsi que l'exercice des prérogatives de l'employeur.

# CONCLUSION DE LA PARTIE 1

**451.** L'identification de la notion juridique de droit à la preuve, entendu comme un droit d'accès aux éléments de preuve, a exigé de procéder en deux temps d'analyse, l'un chronologique, l'autre notionnel.

**452.** L'identification chronologique du droit à la preuve a permis de démontrer que la consécration du droit à la preuve provient d'une émergence latente, marquée par l'évolution d'un environnement favorable à sa reconnaissance. Différents outils juridiques ont été mobilisés. Des sources européennes, à l'image des notions de procès équitable et de l'égalité des armes issues de l'interprétation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également des sources nationales, notamment l'article 145 du Code de procédure civile dont la portée a été renouvelée à la lumière du droit à la preuve. Après les arrêts du 5 avril 2012, puis celui rendu par la Chambre sociale le 9 novembre 2016, le droit à la preuve a bénéficié d'une large diffusion dans les arrêts de la Cour de cassation. De ces arrêts, il ressort deux critères constitutifs du droit à la preuve mis en débat lors d'un contentieux. Un critère matériel suppose que le droit à la preuve renferme un élément de preuve litigieux, initialement source d'irrecevabilité judiciaire. Un critère fonctionnel met en lumière la fonction du droit à la preuve qui réside dans la recherche de légitimation de l'élément de preuve litigieux, indépendamment des finalités attribuées au droit à la preuve. Ce droit à la preuve en contentieux implique un mouvement de généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* en tant que clef de voûte de la résolution des conflits de droits. Cette harmonisation conduit à repenser l'office du juge face à la préservation du droit à la preuve. Les exigences de la Cour de cassation laissent apparaitre de nouvelles prérogatives octroyées ou renouvelées à l'égard des juges du fond ainsi que le renforcement d'une motivation des décisions de justice relatives au droit à la preuve.

**453.** Sur un plan notionnel, le travail d'identification impose de situer le droit à la preuve au sein du droit de la preuve, en particulier à l'égard de deux notions. Le droit à la preuve n'est pas une charge de la preuve. La charge de la preuve implique de désigner lequel des plaideurs doit apporter des éléments de preuve. À l'inverse, le droit à la preuve garantit la recherche de légitimation judiciaire d'un élément de preuve litigieux, en élargissant l'accès aux éléments de

preuve pour un plaideur. Le droit à la preuve et la charge de la preuve apparaissent finalement comme des notions quasi-autonomes. En effet, la charge de la preuve existe indépendamment du droit à la preuve ; en revanche, le droit à la preuve se déploie dès lors qu'il existe une attribution légale de prouver sur un plaideur. Au regard des spécificités des aménagements de la charge de la preuve en droit du travail, il est apparu que l'invocation du droit à la preuve n'est pas écartée quel que soit le degré de charge de la preuve exigé par les dispositions législatives. Par conséquent, la teneur du droit à la preuve n'est pas non plus modifiée par les degrés de la charge de la preuve qui peuvent apparaitre, notamment en matière de discrimination, de harcèlement ou encore en matière de preuve des heures de travail effectivement réalisées par le salarié. L'étude du droit à la preuve et de la charge de la preuve a révélé ainsi un fondement juridique commun aux deux notions : l'aptitude à la preuve. Le droit à la preuve ne se confond pas non plus avec l'aptitude à la preuve mais repose sur ses principaux éléments. L'appréciation de l'aptitude à la preuve réside dans l'existence de difficultés probatoires, révélant un état de nécessité probatoire pour un plaideur. De cette appréciation de difficultés matérielles découle le bénéfice d'avantages juridiques octroyés par le juge. Sous l'angle du droit à la preuve du salarié, ces deux critères de l'aptitude à la preuve semblaient indissociables. Cependant, l'évolution du champ d'application du droit à la preuve a ébranlé cette conception. La reconnaissance du droit à la preuve de l'employeur par la Chambre sociale de la Cour de cassation laisse entrevoir une conception renouvelée, presque éloignée du critère de l'aptitude à la preuve en tant que fondement du droit à la preuve. Le critère de pertinence de l'élément de preuve litigieux en lien direct avec le fait à prouver est privilégié. Une tension apparait alors entre la mesure de la pertinence et la mesure des difficultés probatoires de l'employeur. Revalorisant le critère de la pertinence, la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation évolue en faveur d'une nouvelle appréciation des difficultés probatoires que peut rencontrer l'employeur. L'absence de difficultés matérielles n'exclut pas l'existence des difficultés à produire des éléments de preuve illicites en justice ; en ce sens, le droit à la preuve est fondé sur différentes aptitudes à la preuve. Dans ce contexte, le contrôle de proportionnalité est l'instrument essentiel à la mise en œuvre du droit à la preuve et contribue fortement à sa modélisation dans la jurisprudence.

# PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À LA PREUVE

**454.** L'étude de la mise en œuvre du droit à la preuve doit désormais mettre en lumière les règles qui commandent son action. Plus précisément, cette partie a pour objectif d'analyser la portée du droit à la preuve en droit du travail. D'après la jurisprudence, la règle de mise en œuvre du droit à la preuve est le contrôle de proportionnalité. Lorsque le droit à la preuve est invoqué par un justiciable afin d'appuyer la possible recevabilité d'un élément de preuve litigieux qu'il demande au juge ou produit de manière spontanée, les juges du fond sont tenus de mobiliser la règle de proportionnalité à partir du moment où le droit à la preuve porte atteinte à un droit. Le droit à la preuve est donc tributaire du raisonnement de proportionnalité.

**455.** Le déploiement du droit à la preuve, s'il dépend des conditions du contrôle de proportionnalité, n'est pas sans limite. Pourtant, la mobilisation systématique de la règle de proportionnalité témoigne de certaines incertitudes quant à l'encadrement de la portée du droit à la preuve. Certaines notions juridiques, qui n'ont pas encore été conciliées avec le droit à la preuve dans la jurisprudence, pourraient constituer de solides remparts à l'expansion de ce droit.

**456.** Ainsi, l'étude de la mise en œuvre du droit à la preuve impose d'envisager aussi bien le contrôle de proportionnalité confié aux juges (**Titre 1**) que les limites que rencontre le droit à la preuve (**Titre 2**).

# TITRE 1. L'APPRÉCIATION DU DROIT À LA PREUVE

**457.** Pierre angulaire des conflits de droits, la voie de la proportionnalité permet de mesurer la recevabilité d'un élément de preuve litigieux, quelle que soit la source litigieuse en cause.

**458.** Notion issue du système juridique allemand[675], la proportionnalité a été reprise en droit public français[676]. En droit privé, spécialement en Droit du travail, la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage a introduit, dans le Code du travail, l'article L. 1121-1[677] qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché ».Dans sa mise en œuvre, le principe de proportionnalité[678] s'est illustré en tant qu'outil doté d'une certaine ambivalence en droit du travail. Conçu comme un outil de protection des droits et libertés du salarié, il peut également être perçu comme outil de légitimation du pouvoir de l'employeur[679]. Cette ambivalence tient au fait que la proportionnalité constitue un instrument de mesure de l'équilibre entre deux éléments juridiques distincts. C'est ainsi que la notion de proportionnalité doit être entendue comme la mise en œuvre d'un « rapport de mesures »[680] entre deux données,

[675] T. HOCHMANN, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA* 2021, p. 808.

[676] CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, Recueil Lebon, p. 541.

[677] Ancien article L. 120-2 du Code du travail.

[678] B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, vol. 86, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ».

[679] I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52, p. 130.

[680] *Ibid*., p. 26.

voire de la « juste mesure »[681]. La conception juridique de la proportionnalité que l'on doit retenir ne renvoie pas à un rapport d'égalité tel qu'il est conçu dans la vision aristotélicienne, mais à la recherche d'un équilibre[682] entre deux éléments consacrés en droit positif.

**459.** Pourtant, l'équilibre entre les droits est fragilisé. L'étude générale relative aux conditions du contrôle de proportionnalité permet de mettre en lumière l'existence d'éléments communs mais aussi une pluralité de contrôle de proportionnalité (**Chapitre 1**). L'utilisation des contrôles de proportionnalités en tant que techniques de raisonnement a pour principale conséquence le recul des règles d'exclusion des éléments de preuve, qui s'illustre particulièrement dans le contentieux du droit à la preuve et du droit au respect de la vie privée et de la vie personnelle du salarié (**Chapitre 2**).

[681] F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, Paris, 1914, tome 1, n° 16, p. 50 cité par I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52, p. 10.

[682] F. TERRÉ, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, p. 31 ; A. MAZEAUD, « La proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64.

# CHAPITRE 1. LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

**460.** Dans cette partie de l'étude, il s'agit d'analyser dans une perspective générale la méthodologie du contrôle de proportionnalité au prisme des conditions de la réalisation du droit à la preuve dans les contentieux du travail.

**461.** Le contrôle de proportionnalité repose sur le principe de proportionnalité énoncé à l'article L. 1121-1 du Code du travail[683]. À ce titre, la chambre sociale de la Cour de cassation a mobilisé l'article L. 1121-1 du Code du travail dans le cadre d'un conflit entre la recevabilité d'une preuve illicite et l'atteinte à la vie privée d'un salarié[684]. Sous l'influence de la CEDH[685], le contrôle de proportionnalité s'est progressivement imposé comme la principale technique de raisonnement en matière de résolution des conflits de droits, bien qu'aucune norme ne soit visée par la Cour de cassation quant à la justification de sa mise en œuvre dans les conflits de droits[686]. Pour cette étude, l'expression technique de raisonnement renvoie à l'ensemble des critères d'identification et de réalisation de la proportionnalité mis en œuvre par le juge dès lors qu'un litige lui est présenté. Cette technique de raisonnement « innommée »[687] constitue la pierre angulaire de la mise en œuvre du droit à la preuve par les juges. La mise en œuvre de la fonction conciliatrice[688] du contrôle de proportionnalité amène à en étudier les deux critères pour mettre en lumière une « réalité plus

[683] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 138.

[684] Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, F-D.

[685] CEDH, 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08 ; CEDH, 18 octobre 2016, *Bojić c. Suisse*, req. n° 61838/10, §§ 94-95.

[686] Note B. GÉNIAUT, ss. Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *RDT* 2017, p. 134.

[687] Car « relève [davantage] de la pratique de la conciliation par la Cour européenne des Droits de l'Homme » plutôt que par une disposition express prévue dans le Code du travail, v. A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 133.

[688] I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52, p. 303 et s.

complexe »[689]. D'abord, l'élément de preuve litigieux doit être nécessaire ou indispensable au droit à la preuve (**Section 1**). Ensuite, l'élément de preuve litigieux doit porter une atteinte proportionnée au but recherché (**Section 2**).

## Section 1. L'élément de preuve indispensable ou nécessaire au droit à la preuve

**462.** Pour être recevable, l'élément de preuve litigieux doit être « indispensable » ou nécessaire » au droit à la preuve. Selon un dictionnaire usuel, L'expression de ce qui est nécessaire renvoie à l'idée de ce qui est *très utile* ou *obligatoire*, voire *ce qui est indispensable*[690]. L'expression de ce qui est indispensable renvoie à ce qui est aussi *obligatoire*, *dont on ne peut se passer*[691]. Sur ce point lexical, les deux termes ne semblent pas renvoyer à des sens différents. Pourtant, lors de l'énoncé des conditions du contrôle de proportionnalité, la chambre sociale de la Cour de cassation a parfois exigé que l'élément de preuve soit indispensable, parfois qu'il soit nécessaire au droit à la preuve. Deux hypothèses peuvent être formulées à partir de ces choix terminologiques. D'abord, il peut apparaitre que l'utilisation de ces deux termes impliquent, pour l'un et pour l'autre, un contrôle spécifique de chambre sociale de la Cour de cassation en matière de droit à la preuve. Il convient alors de déterminer la teneur du contrôle (**§I**). Une autre hypothèse consisterait à affirmer que les termes « indispensable » et « nécessaire » renvoient à la méthodologie intrinsèque du contrôle de proportionnalité, qui imposerait de retenir deux interprétations, celle relevant du seul élément de preuve litigieux disponible et celle relevant de l'élément de preuve litigieux le plus pertinent et acceptable parmi d'autres éléments disponibles (**§II**).

[689] P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant tout », *D.* 2017, p. 1778.

[690] Le Larousse, en ligne.

[691] *Ibid.*

## I. La teneur du contrôle de la Cour de cassation

**463.** L'étude des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au droit à la preuve fait apparaitre les contours du contrôle qu'exerce la Cour. Lorsqu'un pourvoi est formé contre une décision des juges du fond en matière de droit à la preuve, la chambre sociale procède d'abord à un contrôle de qualification des faits relevés par les juges du fond (**A**). Du contrôle de qualification des faits découle l'exercice d'un contrôle normatif (**B**). Enfin, l'intensité du contrôle exercé par la chambre sociale de la Cour de cassation doit être analysée (**C**).

### A) Un contrôle de qualification juridique des faits

**464.** La Cour de cassation est chargée de veiller à l'harmonisation des règles de droit sur le territoire français et, à ce titre, elle « (...) ne peut point connaitre du fond des affaires »[692]. Cependant, le fond d'une décision et les faits relevés par cette même décision ne se confondent pas[693], dès lors que le contrôle des faits relevés par les juges du fond participent à l'application uniforme des règles de droit dans les litiges. Ainsi, « le rapport du juge de cassation « aux faits » est plus complexe »[694]. La qualification juridique des faits renvoie à « l'opération intellectuelle consistant dans l'analyse juridique d'un fait ou d'un acte qui constitue une question de droit »[695]. L'opération de qualification juridique des faits permet ainsi de faire entrer, dans une ou plusieurs catégories juridiques, les faits et les pièces[696] soumis par les plaideurs aux juges du fond afin d'appliquer les règles de droit adéquates.

---

[692] J. LENOBLE, « Le contrôle de la qualification des faits par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique », *RIEJ* 1980/2, pp. 139-160.

[693] F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, p. 31.

[694] J. LENOBLE, « Le contrôle de la qualification des faits par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique », *op. cit.* n° 606.

[695] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 12ème éd., 2018, coll. « Quadrige », p. 827.

[696] C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p. 263.

**465.** Dans le cadre du droit à la preuve, la chambre sociale de la Cour de cassation effectue un contrôle de la qualification juridique des faits. En l'absence de définition prétorienne explicite du droit à la preuve[697], ce contrôle permet à la Cour de cassation d'en tracer les contours. D'une certaine manière, la qualification du droit à la preuve par l'intermédiaire du contrôle se substitue à l'acte de définition[698]. Plusieurs exemples jurisprudentiels témoignent de cette superposition et particulièrement l'arrêt fondateur du 9 novembre 2016[699]. Dans cet arrêt, le syndicat avait produit des documents consultés, copiés et photographiés par un délégué du personnel dans l'exercice de ses fonctions afin d'apporter la preuve du non-respect du repos dominical. Les juges du fond avaient conclu à l'irrecevabilité de tels documents dès lors qu'ils contenaient des données personnelles et que ces éléments de preuve étaient illicites. La chambre sociale a cassé la décision des juges du fond en reconnaissant l'existence d'un « droit à la preuve » qui permettait, pour la première fois, de ne pas rejeter systématiquement un élément de preuve qui portait atteinte à la vie personnelle des salariés. Les circonstances de la collecte des éléments de preuve ont conduit les juges du fond à estimer que ces preuves étaient illicites, les dispositions de l'article L. 3171-2 du Code du travail ne prévoyant que la consultation des documents et non leur reproduction, même à des fins probatoires. Les données factuelles relevées par les juges sont appréciées par la chambre sociale de la Cour de cassation afin d'identifier ou non l'existence du droit à la preuve. Il en est de même dans un arrêt du 10 novembre 2021 concernant la production d'un élément de preuve illicite par l'employeur[700]. Un enregistrement de vidéosurveillance, qui n'avait pourtant fait l'objet que d'une information partielle des salariés concernés et des institutions représentatives du personnel, peut être recevable en justice dès lors qu'est identifié un droit à la preuve conciliable avec le droit

[697] En dehors des concepts doctrinaux, v. G. GOUBEAUX, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 149 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, *op. cit.* n° 147.

[698] C. WOLMARK, *La définition prétorienne. Essai en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2007, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ».

[699] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER *JCP G* n° 48, 2016, 1281 ; note G. LARDEUX, *D.* 2017, n° 1, p. 37 ; note J. MOULY *Dr. soc.* 2017, p. 89 ; obs. V. ORIF *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 ; obs. M. ROUSSEL, *Dalloz act.* 25 novembre 2016 ; note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134 ; note J. HAUSER, *RTD civ.* 2017, p. 96.

[700] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, à paraitre au bulletin, comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81 ; C. COUËDEL, *D.* 2021, 29 novembre 2021 ; obs. Y. STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4.

au respect de la vie personnelle des salariés. Depuis l'arrêt du 25 novembre 2020[701], la preuve illicite n'est plus systématiquement rejetée des débats dès lors que le droit à la preuve doit être identifié dans ces circonstances.

**466.** Ainsi, la chambre sociale n'expose pas ce qu'est le droit à la preuve, mais précise le champ d'application de ce droit. Cette manière de procéder se retrouve dans tous les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation. À partir des faits, elle exige des juges du fond qu'ils procèdent non seulement à l'identification d'un droit à la preuve, mais aussi, qu'ils mettent en œuvre le contrôle de proportionnalité *in concreto*. L'identification d'un droit à la preuve par la chambre sociale de la Cour de cassation, au gré des circonstances des arrêts qu'elle tranche, fait émerger des éléments de définition. Cependant, cette inversion du raisonnement juridique – la définition suit la mise en œuvre au lieu de la précéder – suscite certaines difficultés. D'abord, la définition d'une notion juridique doit être distinguée de l'opération de qualification. En effet, les travaux de Monsieur Serge Frossard soulignent que la définition d'une notion juridique constitue un préalable à toute opération de qualification juridique, dès lors que l'opération de qualification est une mise en œuvre des éléments de la définition[702]. Or, pour le droit à la preuve, c'est sa mobilisation dans les arrêts qui lui donne une teneur cohérente, sans qu'une définition en soit donnée et sans que l'image qui s'en dégage rejoigne de manière identique les constructions conceptuelles proposées par la doctrine.

**467.** Cette absence de définition préalable du droit à la preuve rend plus difficile la délimitation de ses contours. Cette critique doit cependant être relativisée car la chambre sociale de la Cour de cassation procède à un contrôle normatif[703], permettant ainsi une mise en œuvre cohérente du droit à la preuve au regard des critères qui le constituent.

---

[701] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à paraître au bulletin, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, n° 5, 1032 ; note S. MRAOUAHI, *RDT* 2021, p. 199 ; Obs. C. CRICHTON, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 655 ; Note N. TRASSOUDAINE-VERGER, *Dr. soc.* 2021, p. 21 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; Comm. A. DEBET, *Revue communication/commerce électronique*, n°1, janvier 2021, comm. 7.

[702] S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2000, coll. « Bibliothèque de droit social », tome 33, p. 2 et s.

[703] Cour de cassation, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, étude annuelle, 2018.

B) Un contrôle normatif

**468.** La Cour de cassation procède à différents contrôles sur les décisions des juges du fond. Elle ce contrôle peut être disciplinaire ou normatif. Le « contrôle normatif ou contrôle de fond »[704] permet à la Cour de cassation de veiller au respect des règles de droit issues de dispositions textuelles ou de celles qu'elle a fait évoluer par la précision de ces dispositions ou la création de prolongements dans leurs applications. Pour le droit à la preuve, conformément à la technique de cassation[705], ce contrôle normatif s'exprime à deux niveaux, soit pour violation de la loi, qui peut s'analyser comme une sanction, soit pour défaut de base légale conduisant la Cour de cassation à s'exprimer de manière pédagogique.

**469.**S'agissant du contrôle pour violation de la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation exerce un contrôle normatif qui peut aboutir à un arrêt de cassation pour la violation de la loi par les juges du fond. Dans le cadre du droit à la preuve, la chambre sociale de la Cour de cassation casse sur le fondement de la violation de la loi dès lors que les juges du fond n'ont pas mis en œuvre le contrôle de proportionnalité ou n'ont pas identifié le droit à la preuve dans le contentieux. Parfois, la chambre sociale a exigé l'application du droit à la preuve par les juges du fond, en l'absence d'invocation par les parties dans le pourvoi. En ce sens, ce contrôle normatif peut être qualifié de contrôle « normatif de sanction » dans la mesure où la Cour de cassation infirme la décision des juges du fond quant à l'application de la loi ou à son absence d'application. La Chambre sociale de la Cour de cassation peut exercer un autre type de contrôle normatif, que l'on peut qualifier de contrôle normatif de motivation dès lors que la décision des juges du fond est cassée pour manque de base légale ou défaut de base légale.

**470.** Dans le cadre du contrôle pour défaut de base légale, il est reproché aux juges du fond « de n'avoir pas caractérisé tous les éléments permettant à la Cour de cassation d'exercer son contrôle

[704] J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation en matière civile », *Bull. inf.* de la Cour de cassation, 15 mai 2009, n° 702.

[705] J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 2023/2024, 6ème éd., coll. « Dalloz action » ; X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 2018, 9ème éd., coll. « Méthodes du droit ».

normatif »[706]. Ce contrôle « pédagogique »[707] révèle l'insuffisance de motivation des faits lors les juges du fond n'ont pas exposé tous les faits ou qu'ils en restituent un exposé parcellaire. Deux arrêts de cassation ont été rendus pour défaut de base légale. Dans l'arrêt du 16 décembre 2020, la Chambre sociale reproche aux juges du fond d'avoir débouté un salarié de sa demande de production de documents sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile au motif que celle-ci constituerait une mesure d'investigation générale, alors qu'ils retenaient par ailleurs l'existence d'un motif légitime à la demande. Dans l'arrêt du 16 mars 2021, la Chambre sociale a cassé la décision des juges du fond, aux motifs que la décision rendue pouvait s'analyser comme un contournement des conditions du droit à la preuve. En effet, les juges du fond avaient débouté la salariée de sa demande de preuve dès lors que l'employeur, enjoint de produire certains documents, avait demandé l'accord des salariés concernés par cette production, parmi lesquels cinq avaient exprimé un refus. La critique adressée aux juges du fond réside dans l'absence de vérification des règles relatives à l'identification du droit à la preuve. Le consentement des salariés concernés par la production des documents contenant une partie de leurs données personnelles n'est pas, en effet, une condition d'application du droit à la preuve.

**471.** Le fait que le contrôle normatif du droit à la preuve relève parfois de la « sanction », parfois de la « motivation » ne surprendra pas, et n'est du reste pas propre au droit à la preuve. L'analyse doit être affinée en prenant en compte l'intensité du contrôle normatif d'autres éléments d'analyse.

## II. L'intensité du contrôle normatif

**472.** Le contrôle normatif exercé par la Cour de cassation peut s'exprimer avec une intensité variable. Quatres niveaux sont habituellement distingués[708] : l'absence de contrôle, le contrôle restreint, le contrôle léger et le contrôle lourd. Pour s'en tenir aux situations dans lesquelles la Cour exerce bien un contrôle, on laissera de côté le cas du contrôle restreint car la Cour de cassation n'a jamais motivé ses arrêts en matière de droit à la preuve en renvoyant seulement à l'appréciation

[706] J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation en matière civile », *Bull. inf.* de la Cour de cassation, 15 mai 2009, n° 702.

[707] *Ibid.*

[708] J.-F. WEBER, v. supra, n° 706.

souveraine des juges du fond. Pour autant, l'emploi des termes « indispensable » et « nécessaire » à propos du droit à la preuve traduisent-ils l'existence d'un contrôle léger ou un contrôle lourd ? Le contrôle léger est « un contrôle de légalité » par lequel la Cour de cassation confirme la solution juridique retenue par les juges du fond, mais qui aurait pu être différente[709]. Le contrôle lourd renvoie à un contrôle d'une intensité plus importante. Dans ce cas, la Cour de cassation retient la solution juridique rendue par les juges du fond comme la seule solution qui doive être retenue, sous peine de cassation pour violation de la loi[710]. La mise en œuvre d'un contrôle lourd ou d'un contrôle léger apparait seulement dans les arrêts de rejet et non les arrêts de cassation[711] ; seuls ces derniers feront l'objet de cette analyse. De l'étude de ces arrêts, il ressort que la chambre sociale de la Cour de cassation effectue un contrôle léger sur le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond, malgré l'existence du terme « indispensable » (**A**). Néanmoins, un arrêt du 8 mars 2023 introduit un certain tempérament à cette hypothèse par la mise en œuvre d'un contrôle que l'on peut qualifier de renforcé (**B**).

A) Un contrôle léger

**473.** En résonnance avec la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, la chambre sociale effectue un contrôle léger sur la mise en œuvre des conditions du dit contrôle. Deux arrêts de rejet soutiennent cette affirmation.

**474.** Dans l'arrêt du 30 septembre 2020[712], la Cour a relevé les constatations des juges du fond quant à la recevabilité des captures d'écrans Facebook dans le cadre de la preuve de la faute grave du licenciement de la salariée. L'analyse du champ lexical est révélatrice. Dans l'arrêt, la chambre

[709] *Ibid.*

[710] *Ibid.*

[711] J. BETOULLE, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation, mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002, n° 41, 171.

[712] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

sociale se réfère, à plusieurs reprises, aux constatations de la cour d'appel et à ce qu'elle « a pu en déduire ». En procédant à un contrôle de légalité, elle vérifie la conformité de la décision au regard de la qualification des faits et de la politique juridique établie en matière de droit à la preuve. Critiqué dans sa motivation[713], l'arrêt apporte néanmoins un élément important. Dans le rappel des conditions du contrôle de proportionnalité, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'élément de preuve soit « indispensable » au droit à la preuve, ce qui ne l'empêche pas d'effectuer un contrôle léger sur la décision rendue au fond.

**475.** Cette manière de procéder se retrouve dans l'un des arrêts rendus le 8 mars 2023[714]. En l'espèce, une salariée s'estimait victime d'une inégalité salariale par rapport à certains de ses collègues masculins. Elle a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes afin de demander, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la production de bulletins de salaire de huit salariés et détenus par ses deux employeurs successifs. Les juges du fond ont fait droit aux demandes de la salariée en relevant l'existence d'un motif légitime à sa demande. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation. Dans sa décision, la chambre sociale énonce la règle de conciliation entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés en exigeant que la « production soit indispensable à l'exercice de ce droit [droit à la preuve] (...) ». Elle apprécie, ensuite, le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond en estimant que la cour d'appel « a relevé » l'existence d'un motif légitime et qu'en « l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a fait ressortir que cette communication d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés était indispensable à l'exercice du droit à la preuve (...) ».

**476.** Les termes employés par la chambre sociale lors de son contrôle caractérisent l'exercice d'un contrôle léger. Celui-ci permet aux juges du fond de conserver une marge de manœuvre dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dès lors que les circonstances du litige, révélant l'existence d'un élément de preuve litigieux, l'exigent. En outre, le contrôle léger semble cohérent à la lumière de la fonction unificatrice du droit dévolue à la Cour de cassation. Pourtant, un arrêt

[713] E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL* 2021, n° 1937.

[714] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *à paraitre au bulletin*.

du 8 mars 2023 de la chambre sociale de la Cour de cassation marque une inflexion et vient renforcer le contrôle.

B) Un contrôle renforcé

**477.** La réalisation d'un contrôle léger apparaît en cohérence avec l'exigence d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*. Dès lors, la mise en œuvre d'un contrôle lourd sur le contrôle de proportionnalité perturbe cette construction. Semblant se comporter comme un juge du fait[715], la Haute juridiction substitue son appréciation à celle des juges du fond[716]. Un arrêt du 8 mars 2023 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation fait apparaitre la coexistence entre un contrôle lourd et un contrôle léger. Cet arrêt concernait un conflit entre le droit à la preuve de l'employeur, matérialisé par la production d'enregistrements de vidéosurveillance illicites et le respect de la personnelle des salariés[717]. Dans l'énoncé des règles du droit positif, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'élément de preuve soit « indispensable à l'exercice du droit à la preuve ». Elle relève ensuite que « la cour d'appel a d'abord constaté » que les systèmes de vidéosurveillance constituaient des éléments de preuve illicites, au motif que les salariés n'avaient été informés ni de leur existence, ni de leurs finalités. À cet égard, elle précise que la cour d'appel « a exactement déduit que les enregistrements litigieux extraits de la vidéosurveillance constituaient un moyen de preuve illicite ». Concernant la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, la chambre sociale énonce que la cour d'appel « a relevé » des circonstances de fait tenant à l'argumentation de l'employeur afin d'évaluer le caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux. Prenant appui sur des constatations et énonciations de la cour d'appel, la chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur dès lors que l'élément de preuve litigieux n'était pas indispensable au droit à la preuve du requérant.

[715] P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant tout », *D.* 2017, p. 1778.

[716] E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *op. cit.* n° 629.

[717] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, *à paraitre au bulletin*.

**478.** Dans l'exposé de sa motivation, la Cour effectue pourtant un contrôle lourd sur un élément de la solution des juges du fond relatif à la qualification des enregistrements de vidéosurveillance en tant que moyen de preuve illicite. Elle confirme la qualification de moyen de preuve illicite en énonçant que la cour d'appel « a exactement déduit que les enregistrements litigieux extraits de la vidéosurveillance constituaient un moyen de preuve illicite ». Ce contrôle lourd, portant sur l'identification du moyen de preuve illicite, apparait cohérent. Dès lors que l'opportunité d'un pourvoi se présente, l'appréciation du caractère illicite d'un élément de preuve ne saurait être écarté du contrôle de la Cour en raison de la politique jurisprudentielle du droit à la preuve en cours de construction.

**479.** L'exercice du contrôle lourd doit être nuancé quant à l'objet sur lequel il porte. Sur le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond, la Haute juridiction n'exerce qu'un contrôle léger car elle énonce les constatations émises par les juges du fond, relevant directement de l'appréciation des faits, puis elle reproduit la décision attaquée par le pourvoi et n'apporte aucune nouvelle précision sur le contrôle. Il peut être ainsi distingué le contrôle de l'identification d'un élément de preuve litigieux en raison de son illicéité et le contrôle relatif à la mise en œuvre des conditions de la proportionnalité. L'exercice d'un contrôle léger quant à la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité concilie la position normative de la Cour quant au droit à la preuve et l'appréciation souveraine des juges du fond.

**480.** L'étude du contrôle de la Cour de cassation n'amène pas de réponse satisfaisante sur la portée qu'il convient de reconnaitre à l'emploi des termes « indispensable » et « nécessaire ». Cependant, la décomposition du contrôle exercée par la Cour de cassation dans le cadre du droit à la preuve permet d'en analyser la teneur. La Cour de cassation exerce, d'abord, un contrôle de qualification juridique des faits, car la conception du droit à la preuve implique un contrôle sur les faits relevés par les juges du fond. Ce contrôle de qualification juridique des faits est accompagné d'un contrôle normatif, soit de motivation, soit de sanction, selon les cas d'ouverture à cassation invoqués dans les moyens des requérants. Cependant, l'intensité du contrôle normatif ne varie pas en fonction de l'emploi du terme « indispensable » ou du terme « nécessaire » dès lors l'adoption d'un contrôle léger est perceptible dans les arrêts de rejet. Plutôt que dans l'intensité du contrôle, c'est dans la teneur des notions qu'il convient rechercher la signification des termes.

III. La teneur des notions

**481.** La chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'élément de preuve litigieux soit « indispensable à l'exercice du droit à la preuve » ou bien « nécessaire à l'exercice du droit à la preuve ». L'utilisation alternative de ces termes ne se trouve pas dans les arrêts rendus par les autres chambres de la Cour de cassation. En effet, la deuxième chambre civile utilise le terme « nécessaire »[718] alors que la première chambre civile exige, de manière constante, que la production probatoire soit « indispensable »[719] à l'exercice du droit à la preuve. La chambre commerciale a estimé, dans un arrêt isolé, que la production « soit nécessaire à la protection des droits, notamment probatoires, du requérant »[720]. Cependant, lors de la recherche de conciliation entre le droit à la preuve et d'autres droits, la chambre commerciale exige que l'élément de preuve soit « indispensable » au droit à la preuve pour que celui-ci soit recevable en justice[721]. Les exigences du contrôle de proportionnalité ne se manifestent pas de manière uniforme entre les chambres de la Cour de cassation.

**482.** Il existerait ainsi des définitions distinctes des termes indispensable et nécessaire. En effet, le terme « indispensable » renverrait à l'obligation pour la partie de démontrer que l'élément de preuve litigieux est le seul moyen de preuve disponible afin de prouver le fait allégué au soutien de ses prétentions[722]. De manière plus souple, le terme « nécessaire » reviendrait « à exiger (...) que

[718] Cass. Civ. 2ème, 25 mars 2021, n° 20-14.309, publié au bulletin ; Cass. Civ 2ème, 10 juin 2021, n° 20-11.987, publié au bulletin ; Cass. Civ. 2ème, 10 juin 2021, n° 20-10.570, inédit.

[719] Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. V*, I, n° 85, obs. G. LARDEUX, *D.* 2012, p. 1596 ; obs. J. MARROCHELLA, *D. act.,* 23 avril 2012 ; obs. J.-D. BRETZNER, *D*. 2013, p. 269 ; obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2012, p. 506 ; Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, BICC 2016 n° 845, I, n° 977 ; Cass. Civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-22.183, publié au bulletin.

[720] Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, inédit.

[721] Cass. Com., 24 mai 2018, n° 17-27.969, inédit ; Cass. Com., 4 juillet 2018, n° 17-10.158, inédit ; Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, publié au bulletin.

[722] B. ALLIX, « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549 ; de la même manière, v. comm. C. BLANQUART, ss Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, publié au bulletin, *JCP S* 2021, n° 45 1279 ; comm. B. BOSSU ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, publié au bulletin (à paraître), *JCP S* 2021, n° 16-17, 1111 ; G. LOISEAU, « Le droit à la preuve face aux

la pièce produite aux débats permette d'apporter la preuve du fait contesté »[723]. Cette distinction fait écho à celle développée par Monsieur Benoit Géniaut dans sa thèse de doctorat. En effet, l'auteur distingue « l'ajustement raisonnable » de « l'ajustement rationnel »[724], le premier consistant à « présenter le moyen comme relevant d'une gamme de choix tous acceptables » tandis que le concept d'ajustement rationnel recouvre « le seul moyen acceptable » ou encore « le moyen nécessaire »[725].

**483.** À la lumière des définitions proposées, les notions de l'élément de preuve litigieux indispensable ou nécessaire doivent être mises à l'épreuve dans les arrêts de la chambre sociale. L'enjeu est d'identifier la pertinence d'une telle distinction au regard des circonstances des affaires présentées en pourvoi. Cette mise à l'épreuve doit ainsi s'opérer au regard de la dualité du droit à la preuve, d'abord dans le cas d'une offre de preuve litigieuse (**A**), ensuite dans le cas d'une demande de preuve litigieuse (**B**).

A) Le cas d'une offre de preuve litigieuse

**484.** La lecture des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation qui traite de la production d'un élément de preuve litigieux révèle une évolution dans l'interprétation de la première condition du contrôle de proportionnalité. Il apparait que, même en présence d'une mobilisation des deux termes dans des arrêts différents, la chambre sociale exige que l'appréciation de la recevabilité d'un élément de preuve litigieux soit effectuée dès lors qu'il existe un lien direct avec le fait à prouver (**1**). Dans le cas d'une offre de preuve litigieuse en lien direct avec le fait à prouver, la chambre sociale de la Cour de cassation tranche en faveur de l'exigence d'un élément de preuve indispensable, dont il ressort une méthodologie particulière quant au droit à la preuve de l'employeur (**2**).

---

secrets », *RJS* février 2017, pp. 83-89 ; note G. LARDEUX, ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *D.* 2017, n° 1, p. 37.

[723] B. ALLIX, *ibid*.

[724] B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, vol. 86, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 330 et s.

[725] B. GÉNIAUT, *ibid*.

*1. La recevabilité d'un élément de preuve litigieux nécessaire ou indispensable en lien direct avec le fait à prouver*

**485.** Le droit à la preuve, lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, doit garantir la recevabilité d'un élément de preuve litigieux en lien direct avec le fait à prouver. Si cet élément d'appréciation demeure inchangé dans sa teneur, l'élément de preuve litigieux est apprécié de manière différente, selon s'il constitue le seul élément de preuve disponible en lien direct avec le fait à prouver (**a**) ou s'il est apprécié en tant qu'élément de preuve disponible parmi d'autres en lien direct avec le fait à prouver (**b**).

a) L'élément de preuve indispensable : le seul élément de preuve disponible en lien direct avec le fait à prouver

**486.** Trois arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation mettent en lumière cette hypothèse. Dans l'arrêt du 30 septembre 2020[726], la Cour exige dans son attendu de principe que l'élément de preuve litigieux soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve. L'employeur a licencié pour faute grave une salariée en raison de la violation de la clause de confidentialité incluse dans son contrat de travail en publiant, sur le réseau social Facebook, des photographies d'une collection de vêtements avant sa sortie officielle. Les éléments de preuve produits par l'employeur sont les captures d'écran, effectuées par une salariée de l'entreprise ainsi qu'un constat d'huissier, qui permettait de vérifier l'identité de la personne propriétaire du compte Facebook sur lequel étaient constatés les faits litigieux. Ici, la production des captures d'écran constituait le seul élément de preuve disponible du point de vue de l'employeur. En effet, le constat d'huissier permettait d'appuyer les captures d'écran relatives aux publications litigieuses en apportant la vérification d'identité de la personne propriétaire du compte. Cet élément de preuve, en dehors des captures d'écran, n'aurait pu constituer un élément de preuve à lui seul afin de prouver la faute grave commise par la salariée. Ainsi, le constat d'huissier n'est qu'un élément accessoire à l'élément de preuve principal, en lui octroyant une force probante plus importante. L'élément de preuve litigieux

[726] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

a, par ailleurs, un lien direct avec le fait à prouver dès lors que la violation de la clause de confidentialité résulte d'une publication litigieuse, capturée par la suite par une autre salariée de l'entreprise et transmise à l'employeur. La recevabilité d'un tel élément de preuve réside alors dans l'appréciation de son haut degré de pertinence. Le haut degré de pertinence d'un élément de preuve implique que cet élément soit pertinent ; il doit alors être utile à la solution du litige[727]. Le haut degré d'utilité de l'élément de preuve désigne quant à lui l'aptitude d'un élément de preuve à apporter la preuve du fait allégué par un plaideur, constituée par une proximité importante entre l'élément de preuve et le fait à prouver.

**487.** Un arrêt du 25 novembre 2020[728] suit un processus identique. En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave au motif d'une usurpation de données informatiques. Afin d'apporter la preuve de la faute grave, l'employeur a produit le rapport établi par un expert informatique sous contrôle d'huissier qui démontrait que les messages frauduleux étaient émis de l'ordinateur du salarié en cause. La lecture approfondie des faits de l'affaire permet d'identifier un autre élément de preuve produit par l'employeur. En effet, un mail du directeur général de l'une des entreprises clientes de l'employeur l'a alerté de cinq fausses demandes de renseignements. Dans cette hypothèse, le mail, en tant qu'élément de preuve, apparait insuffisant à apporter la preuve des faits allégués et particulièrement de la faute grave reprochée au salarié. Cette insuffisance de l'élément de preuve apparait déterminante dans l'appréciation de l'élément de preuve litigieux indispensable ou non à l'exercice du droit à la preuve. Il en est de même dans l'arrêt du 10 novembre 2021[729]. Dans cette affaire, un employeur a produit, pour prouver les fautes commises par l'une de ses salariés, des enregistrements de vidéosurveillance illicites. Par ailleurs, il est mentionné que l'employeur a produit d'autres pièces afin d'apporter la preuve des écarts de stock, démontrant une

[727] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2ème éd., 2022, coll. « Thémis droit », p. 167 et s. ; J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, chronique IX, pp. 37-40 ; v. partie 1, p. 68 et s.

[728] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à paraître au bulletin, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, n° 5, 1032 ; note S. MRAOUAHI, *RDT* 2021, p. 199 ; Obs. C. CRICHTON, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 655 ; Note N. TRASSOUDAINE-VERGER, *Dr. soc.* 2021, p. 21 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; Comm. A. DEBET, *Revue communication/commerce électronique*, n°1, janvier 2021, comm. 7.

[729] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

perte économique pour l'entreprise. L'enregistrement de vidéosurveillance a permis de mettre en évidence les agissements de la salariée qui en était la cause. Dans une telle hypothèse, on pourrait penser que l'élément de preuve litigieux n'était pas indispensable au droit à la preuve de l'employeur car il avait produit plusieurs pièces apportant la preuve des écarts de stocks lors des contrôles d'inventaire. La solution apparait cependant cohérente dès lors que l'on conçoit cet élément de preuve comme accessoire à l'élément de preuve litigieux en raison d'une divergence d'objets. Les contrôles d'inventaire permettaient d'apporter la preuve des écarts de stocks tandis que les enregistrements prouvent la faute commise par le salarié.

**488.** Dans un dernier arrêt du 8 mars 2023[730], un salarié a été licencié pour faute grave pour avoir commis plusieurs fraudes liées au temps de travail. Afin de prouver la faute grave, l'employeur produit les données recueillies par le système de badgeage installé dans l'entreprise. Ce moyen de preuve est reconnu comme illicite dès lors qu'il a été utilisé dans le cadre d'une finalité distincte de celle initialement déclarée. La chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'élément de preuve soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur. L'arrêt du 16 juin 2021 rendu par la Cour d'appel de Paris[731], objet du pourvoi formé par l'employeur, précise que deux attestations ont été produites par l'employeur, l'une établie par le responsable du système d'information des ressources humaines, l'autre rédigée par le responsable sécurité informatique. Après avoir écarté les données recueillies par le système de badgeage, la Cour d'appel de Paris a apprécié la force probante des attestations pour les écarter en relevant une absence de pertinence au regard des faits.

**489.** Deux éléments permettent d'établir le caractère indispensable d'un élément de preuve litigieux. Un élément de preuve litigieux peut être considéré comme indispensable à l'exercice du droit à la preuve dès lors qu'il est le seul élément produit par le plaideur, en l'absence de tout autre élément de preuve apte à le corroborer. Un élément de preuve litigieux peut aussi être considéré comme indispensable à l'exercice du droit à la preuve dès lors que les autres éléments probatoires sont accessoires à cet élément de preuve litigieux ou qu'ils sont insuffisants à prouver le fait allégué

[730] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.797, n° 21-20.798, *à paraitre au bulletin*.

[731] CA Paris, Pôle 6, Chambre 6, 16 juin 2021, n° RG 19/03043.

au soutien des prétentions d'un plaideur[732]. Le caractère accessoire ou insuffisant de l'élément de preuve est fondé sur un objet de preuve différent de celui de l'élément de preuve litigieux. L'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux réside ainsi dans son caractère principal, car il est doté d'un haut degré de pertinence du fait d'un lien direct avec le fait à prouver.

b) L'élément de preuve nécessaire : un élément de preuve disponible parmi d'autres en lien direct avec le fait à prouver

**490.** Il en va autrement s'agissant du caractère « nécessaire » de l'élément de preuve litigieux. Dans le cas d'une offre de preuve litigieuse, l'arrêt fondateur du 9 novembre 2016[733] constitue la principale illustration. Dans son attendu de principe, la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteint 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 l'espèce, un syndicat produit en justice 220 photographies de décomptes d'horaires de travail de plusieurs salariés afin de prouver la violation de l'obligation du repos dominical par l'employeur. Par ailleurs, d'autres éléments de preuve ont été produits par le syndicat, notamment l'attestation d'une salariée déclarant avoir travaillé dans un des établissements les dimanches pendant deux ans, un constat d'huissier, des documents de l'inspection du travail ainsi que les procès-verbaux des comités d'établissement.

**491.** En raison de l'idée de « lien direct avec le fait à prouver », l'appréciation du caractère nécessaire constitue un critère déterminant dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. En l'espèce, les documents litigieux ont un caractère nécessaire dès lors qu'ils apportent la preuve directe de la violation du respect du repos dominical par l'employeur. Les photographies produites par le syndicat portaient directement sur le décompte du temps de travail notamment les contrats de travail à temps partiel qui mentionnaient explicitement les horaires du travail le dimanche, les bulletins de salaires de certains salariés qui démontraient la rémunération des heures travaillées le dimanche. Ces photographies avaient un lien direct avec le fait à prouver. Dans cet arrêt, une

[732] Dans le même sens, G. LOISEAU, « Le droit à la preuve face aux secrets », *RJS* 2017, pp. 83-89.

[733] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *op. cit.* n° 708.

sélection des éléments de preuve les plus pertinents est opérée parmi ceux produits par le syndicat. Ainsi, les autres éléments de preuve produits par le syndicat ne sont pas insuffisants, ils peuvent établir les faits allégués par le syndicat plaideur. Les documents litigieux possèdent un haut degré de pertinence car ils ont un lien direct le fait à prouver en raison de l'objet sur lequel ils portent. Cet ajustement sélectif des éléments probatoires repose non seulement sur l'objet de la preuve, mais aussi sur la nature du contentieux qui, dans l'espèce, était la défense de l'intérêt collectif des salariés.

**492.** De ces analyses, il existe deux interprétations des termes « indispensable » et « nécessaire ». S'agissant du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux, la Cour de cassation a exigé qu'il soit le seul moyen de preuve disponible et produit par le plaideur, ou bien le seul moyen de preuve disponible parmi d'autres éléments de preuve jugés insuffisants ou accessoires. S'agissant du caractère « nécessaire » de l'élément de preuve disputé, la Chambre sociale y a vu un élément probatoire parmi d'autres, tout en relevant son haut degré de pertinence, qui justifie son ajustement dans l'appréciation de sa recevabilité au moyen du contrôle de proportionnalité.

**493.** Depuis plusieurs arrêts du 8 mars 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation s'oriente davantage vers la reconnaissance générale d'un élément de preuve litigieux qui doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

*2. Une évolution vers l'exigence d'un élément de preuve litigieux indispensable*

**494.** La notion d'élément de preuve indispensable et litigieux a été définie comme le seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence, en lien direct avec le fait à prouver. Cette interprétation a été conforté par deux arrêts du 8 mars 2023[734] relatifs au droit à la preuve de l'employeur conformément à la position de la CEDH. Dans l'arrêt *Lopez Ribalda et autres contre Espagne* du 17 octobre 2019[735], la CEDH invitait les juges à se demander s'il était

[734] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, FS-D ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, FS-B, note L. MALFETTES, *D.* 2023, 16 mars 2023.

[735] CEDH, 17 octobre 2019, *López Ribalda et autres c./ Espagne*, n° 1874/13 ; n° 8567/13, b), i.

possible de mettre en place un système de surveillance « reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs ». Dans ce cas, la Cour précise « [qu'il] convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce si le but légitime poursuivi par l'employeur pouvait être atteint en portant une atteinte moindre à la vie privée du salarié »[736]. Dans les arrêts du 8 mars 2023, la chambre sociale précise que les juges du fond doivent « rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié ». À cet égard, les faits des espèces soumises à la Cour[737] témoignent de la présence de deux critères quant au périmètre d'appréciation des juges du fond. En l'espèce, une salariée est licenciée pour faute grave. Le salarié conteste son licenciement et saisit la juridiction prud'homale. Dans le cadre du litige, l'employeur produit des extraits d'un dispositif de surveillance qui afin d'apporter la preuve de la faute grave, prononcée en raison des vols commis par la salariée. Dans la lettre de licenciement, l'employeur s'était référé à un audit qu'il avait mis en place dans l'entreprise afin de mettre en évidence les irrégularités d'enregistrement et d'encaissement en espèces des prestations effectuées par la salariée. La Cour rejette le pourvoi formé par l'employeur aux motifs que « celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve qu'il n'avait pas versé aux débats ». Ainsi, le caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux n'a pu être reconnu à l'employeur qui invoquait son droit à la preuve.

**495.** L'élément de preuve litigieux est donc indispensable dès lors qu'il respecte un critère quantitatif et un critère qualitatif. Le critère quantitatif renvoie au périmètre d'appréciation des éléments de preuve disponibles. En effet, les juges du fond ne peuvent, pour qualifier un élément de preuve litigieux comme indispensable, prendre en considération seulement les éléments de preuve produits par un plaideur. Le périmètre d'appréciation s'étend à tous les éléments de preuve versés aux débats mais également à ceux qui sont disponibles en dehors du litige. Il apparait que la lettre de licenciement constitue un moyen d'extension du périmètre d'appréciation des éléments de preuve disponibles. Il se dessine alors une certaine exigence de concordance des éléments de preuve, entre les moyens produits par l'employeur et l'ensemble des moyens de preuve disponibles. Le critère qualitatif correspond à la nature des éléments de preuve disponibles. En effet, les juges

[736] *Ibid.*

[737] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin.

du fond doivent rechercher si « l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié ». L'existence de moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié invite à s'interroger sur la portée de cette condition. En effet, l'identification d'un moyen plus respectueux de la vie personnelle du salarié peut être interprétée de deux manières. D'abord, il est possible de concevoir le moyen de preuve plus respectueux de la vie personnelle du salarié comme un élément de preuve non litigieux. Cet élément de preuve qui ne porterait pas atteinte au respect de la vie personnelle du salarié serait alors hors du champ d'application du droit à la preuve. Ensuite, le moyen de preuve plus respectueux de la vie personnelle du salarié pourrait supposer l'existence d'un élément de preuve litigieux. Cet élément de preuve porterait atteinte au respect de la vie personnelle du salarié mais dans une moindre mesure, ce qui signifie que le degré d'atteinte au droit au respect de la vie personnelle serait moins important. La lecture des arrêts du 8 mars 2023[738] rendus par la chambre sociale valide la première hypothèse. Dans l'un des arrêts, la Cour a confirmé la position de la Cour d'appel quant à l'existence d'un audit qui révélait les irrégularités issues des vols commis par la salariée dans l'entreprise. L'existence des résultats de l'enquête, qui aurait pu constituer un élément de preuve licite et non attentatoire au droit à la vie personnelle des salariés, a permis d'écarter le caractère indispensable des extraits de vidéosurveillance produits par l'employeur. Cependant, il est permis de ne pas exclure la seconde hypothèse concernant les moyens de preuve illicites au regard du degré d'atteinte à la vie privée et personnelle des salariés dès lors qu'il a pu être envisagé l'établissement « de certaines règles en fonction du degré d'illicéité de l'obtention de la preuve »[739].

**496.** Certaines interrogations subsistent quant à cette nouvelle compréhension de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité et à son application générale dès lors que le droit à la preuve est en tension avec un autre droit. Il convient de se demander si cette méthodologie sera uniformisée au droit à la preuve de tout plaideur ou si celle-ci constitue une réduction volontaire du champ d'application du pouvoir de l'employeur en matière probatoire. On peut considérer que cette précision méthodologique intervient afin de limiter la production des éléments de preuve litigieux

[738] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, FS-D ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, FS-B, note L. MALFETTES, *D.* 2023, 16 mars 2023.

[739] J.-G. HUGLO, « La tension entre l'exigence d'une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL* n° 2004, 13 juin 2022.

par l'employeur à ce qui est légitime. Cette réduction de l'exercice légitime du pouvoir doit s'apprécier à la lumière des « raisons d'agir de l'employeur »[740]. En s'inspirant de la position de la CEDH en matière de la recevabilité des éléments de preuve issus d'un dispositif de surveillance[741], la Cour a précisé, dans les mêmes arrêts[742], la méthodologie du contrôle de proportionnalité en énonçant que le juge doit « s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur ». Il doit également vérifier « s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci » (nous soulignons). Ces deux notions ne se confondent pas. D'abord, l'appréciation des « raisons concrètes » renvoie à la mise en place du dispositif de surveillance. L'analyse des « raisons concrètes » de l'employeur suppose qu'il existe une cause à l'existence d'un dispositif de surveillance, qui soit matériellement vérifiable par les juges du fond. Ensuite, l'appréciation de « la légitimité du contrôle » renvoie davantage à l'appréciation de l'exercice des prérogatives de l'employeur, ultérieurement à la mise en place du dispositif de surveillance. La recherche du bien-fondé des opération de contrôle effectuées par l'employeur s'analyse davantage comme une mesure de l'exercice du pouvoir de l'employeur. Le champ lexical relevé conduit à penser que les juges du fond sont incités à apprécier l'exercice légitime du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur. Cette interprétation fait écho à la notion de « justification » de l'employeur. Développée par Monsieur Frédéric Guiomard dans ses travaux de recherche, la justification y est définie comme « l'obligation faite à l'employeur par des règles de source légale ou jurisprudentielle, d'énoncer les raisons pour lesquelles il a accompli un acte, dans le but d'un contrôle de son caractère légitime par un tiers »[743]. Dans ce cas, l'employeur doit exposer « les raisons d'agir » à un for externe afin de les soumettre à une analyse de leur caractère légitime. L'appréciation de la légitimité du contrôle ainsi que les raisons concrètes relèvent ainsi

[740] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Univ. Paris Nanterre, 2000, p. 21 et s. ; C. MATHIEU, « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité », *RDT* 2020, p. 652 : l'auteur présente le contrôle de proportionnalité comme un « contrôle des raisons d'agir ».

[741] CEDH, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie,* n° 61496/08 ; 17 octobre 2019, *López Ribalda et autres c./ Espagne*, n° 1874/13 ; n° 8567/13, b), i.

[742] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, FS-D ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, FS-B, note L. MALFETTES, *D.* 2023, 16 mars 2023.

[743] F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Univ. Paris Nanterre, 2000, p. 21 et s.

des justifications extérieures à la volonté de l'employeur lors de la mise en place de caméras de vidéosurveillance dans l'entreprise.

**497.** Ainsi, la légitimité de l'élément de preuve litigieux repose sur le bien-fondé de son existence et de son utilisation dans l'entreprise. À cette étape du raisonnement, les juges du fond n'apprécient pas encore le caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux, car cette appréciation doit intervenir *a posteriori* du contrôle des raisons d'agir de l'employeur. Cependant, l'appréciation des raisons d'agir de l'employeur contribue à vérifier, en partie, la matérialité du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux. L'élément de preuve indispensable au droit à la preuve de l'employeur doit être justifié dans l'exercice légitime de son pouvoir et doit être le seul élément de preuve disponible parmi ceux qui ont été produits ou qui auraient pu être produits par l'employeur.

**498.** Plus généralement, le contrôle des raisons d'agir de l'employeur s'inscrit dans une logique du droit du travail. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité conduit à apprécier l'atteinte portée au respect de la vie personnelle des salariés sur le lieu du travail par la mise en place d'un dispositif de surveillance issue de l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur. L'illicéité de l'élément de preuve, dans cette hypothèse, a deux conséquences, celle de porter une atteinte excessive à la vie personnelle des salariés sur le lieu de travail et celle de délimiter la portée de l'exercice des prérogatives reconnues à l'employeur dans le cadre de son entreprise. Si la première conséquence est abordée au moyen du contrôle de proportionnalité, la deuxième conséquence n'était guère perceptible dans les arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, l'introduction dans le contrôle de proportionnalité des raisons d'agir de l'employeur permet de réduire la recevabilité des éléments attentatoires à la vie personnelle des salariés à ce qui peut être justifié et donc, légitime.

**499.** Cette interprétation du caractère indispensable d'un élément de preuve litigieux, de laquelle découle une méthodologie particulière au droit à la preuve de l'employeur, diffère cependant de celle mise en œuvre pour un élément de preuve litigieux demandé par un plaideur.

B) Le cas d'une demande de preuve litigieuse

**500.** Dans le cas d'une demande de preuve litigieuse, l'analyse du caractère indispensable ou nécessaire de l'élément de preuve est spécifique à son objet. Cependant, la condition de l'article 145 du Code de procédure civile qui prévoit l'existence d'un motif légitime à toute demande de preuve ne doit pas être appréciée sous le caractère indispensable ou nécessaire de l'élément de preuve litigieux. En effet, l'existence d'un motif légitime est une condition autonome à toute demande de preuve, que celle-ci soit litigieuse ou non. Sur ce terrain, deux mouvements jurisprudentiels sont à l'œuvre. La chambre sociale distingue bien l'existence d'un motif légitime et la première condition du contrôle de proportionnalité (**1**). Cette distinction amène à penser la mesure d'instruction *in futurum* comme un outil juridique du droit à la preuve. La mesure d'instruction *in futurum* matérialise l'existence du droit à la preuve et ne se confond pas avec lui. Cependant, un deuxième mouvement apparait dans plusieurs arrêts récents qui pourrait nécessiter de mettre en œuvre un double contrôle de proportionnalité (**2**).

*1. La dissociation entre motif légitime et caractère nécessaire ou indispensable de l'élément de preuve litigieux*

**501.** Lorsqu'un plaideur effectue une demande de preuve au juge, il doit démontrer l'existence d'un motif légitime. Il convient de souligner que seules les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile sont mobilisées dans le cadre du droit à la preuve ; ainsi, seules ces dispositions font l'objet de cette analyse. Cependant, il ne doit pas être écartée l'hypothèse d'une demande de preuve formulée dans le cadre d'un litige en cours et qui aurait un caractère litigieux[744]. Dans cette hypothèse, les juges du fond devraient alors mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité en relevant potentiellement d'office le moyen tiré du droit à la preuve de l'employeur ou du salarié[745].

[744] Article 138 du Code de procédure civile : « si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. » ; article 144 du Code de procédure civile : « les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ».

[745] Cass. Soc., 5 avril 2023, n° 21-20.254, inédit.

**502.** Selon l'interprétation de l'article 145 du Code de procédure civile, l'existence d'un motif légitime à une demande de preuve découle de son caractère pertinent, qui renvoie à l'idée d'utilité[746] de l'élément de preuve dans un contentieux donné. L'élément de preuve, objet de la demande de preuve, doit être utile à la solution du litige, tant pour le plaideur qui en effectue la demande que pour le juge qui doit donner une issue à la demande qui lui est soumise.

**503.** La reconnaissance du caractère litigieux d'une demande de preuve intervient en aval de l'appréciation de l'existence d'un motif légitime. C'est dans cette deuxième étape que la demande de preuve litigieuse doit être conciliée avec le droit atteint lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Sur ce point, la chambre sociale a rendu plusieurs arrêts qui distinguent bien les deux étapes du raisonnement juridique. L'arrêt du 16 décembre 2020 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation en constitue la première illustration[747]. D'abord, la chambre sociale de la Cour de cassation reprend les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile. Ensuite, elle précise « [qu'il] résulte par ailleurs (...), que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ».

**504.** L'utilisation de la locution adverbiale « par ailleurs » par la Cour témoigne de la distinction entre les conditions de l'article 145 du Code de procédure civile (notamment la condition de l'existence d'un motif légitime) et entre la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés. L'ordre d'énonciation des règles de droit invite à considérer que la mesure d'instruction *in futurum* matérialise le droit à la preuve d'un plaideur mais ne se confond pas avec lui. Dans le cadre d'une demande de preuve litigieuse, les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation témoignent, *a priori*, de la stabilité de l'articulation des règles du Code de procédure civile avec celles relatives au droit à la preuve[748].

---

[746] V. not. G. PORRE, *Le fait pertinent*, Th. Univ. Aix-Marseille, 1937, p. 78, cité par A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, p. 315, note n° 130 ; J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, Chronique IX, pp. 37-40 ; v. sur ce point, supra, p. 86 et s.

[747] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036.

[748] Cet ordre d'énonciation des règles de droit est repris dans plusieurs arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation dès lors qu'une demande de preuve litigieuse constitue l'objet du débat, v. Cass. Soc., 22 septembre 2021,

**505.** Il ressort deux éléments du raisonnement juridique dans le cas d'une demande de preuve litigieuse. D'abord, il convient d'apprécier l'existence d'un motif légitime à la demande de preuve. Ensuite, si le caractère litigieux est établi, il convient de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité dans lequel la demande de preuve doit être apprécié au regard de son caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve. Cependant, les arrêts récents démontrent que la chambre sociale de la Cour de cassation assimile le motif légitime au caractère nécessaire de l'élément de preuve litigieux dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

### 2. *L'assimilation du motif légitime au caractère nécessaire de l'élément de preuve litigieux*

**506.** Les arrêts du 22 septembre 2021[749], du 15 février 2023[750] du 8 mars 2023[751] ainsi que celui du 1er juin 2023[752] témoignent de ce mouvement d'assimilation du motif légitime au caractère nécessaire de l'élément de preuve litigieux. Dans ces arrêts, la Chambre sociale a interprété explicitement l'articulation entre l'article 145 du Code de procédure civile et la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité en cas de demande de preuve litigieuse.

**507.** La Cour procède en plusieurs étapes. D'abord, elle précise qu'il appartient « au juge (...) de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée[753] et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de

---

n° 19-26.144, *à paraitre au bulletin*, note H. BARBIER, *RDT* 2022, p. 95 ; obs. C.-A. DONZEL, M. DELANDRE, *JSL* n° 528, 22 octobre 2021 ; obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *JCP G* n° 41, 1054-1055 ; note C. BLANQUART, *JCP S* 2021, n° 45, 1279 ; Cass. Soc., 15 février 2023, n° 21-15.033, inédit. Dans l'arrêt du 16 mars 2021, la distinction entre appréciation du motif légitime et mise en œuvre du contrôle de proportionnalité apparait dans la structure de la solution rendue par la Chambre sociale, v. Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, *à paraitre au bulletin*, note B. BOSSU, *JCP S* avril 2021, doctr. 1111 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

[749] *Ibid* (pour la référence de l'arrêt).

[750] Supra n° 655.

[751] Supra n° 655.

[752] Cass. Soc., 1 juin 2023, n° 22-13.238, à paraitre au bulletin.

[753] Ou « à l'exercice du droit à la preuve de l'inégalité de traitement alléguée », v. Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *à paraitre au bulletin.*

conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige » (nous soulignons). Ensuite, « si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés », le juge doit « vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées ». Il résulte de cet énoncé que deux étapes sont nécessaires au raisonnement juridique en matière de demande de preuve litigieuse. D'abord, il semble que l'existence d'un motif légitime découle de la mise en œuvre d'un premier contrôle de proportionnalité. En effet, l'adverbe « ainsi » témoigne d'un lien entre le résultat attendu, constitué par l'existence d'un motif légitime et le moyen pour y parvenir, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. La chambre sociale précise ainsi que, pour établir l'existence d'un motif légitime, les juges du fond doivent rechercher si la communication est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi. Ensuite, si les juges du fond concluent à l'existence d'un motif légitime à la demande de preuve, il convient de rechercher si la demande de preuve a un caractère litigieux, matérialisé par l'atteinte à un autre droit. Dans cette perspective, un deuxième contrôle de proportionnalité serait à mettre en œuvre par les juges du fond entre le droit à la preuve du plaideur et le droit au respect de la vie personnelle des salariés.

**508.** Le découpage opéré entre ces deux étapes suscite plusieurs critiques. L'appréciation du motif légitime d'une demande de preuve ne peut être conditionnée à l'application du contrôle de proportionnalité. En effet, l'existence d'un motif légitime dépend de l'appréciation du caractère utile de l'élément de preuve à la solution du litige. La reconnaissance d'un motif légitime permet, à lui seul[754], de fonder une demande de preuve formulée par un plaideur. Autrement dit, l'existence d'un motif légitime fonde toute demande de preuve indépendamment du caractère litigieux pourrait être reconnu à la demande. La première étape du raisonnement déployé par la Chambre sociale de la Cour de cassation laisse, au contraire, penser que l'existence d'un motif légitime doit découler de la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. Le motif légitime ne serait donc plus apprécié « de manière autonome »[755] car il doit être « nécessaire à l'exercice du droit à la preuve » (nous soulignons). Or, la notion de droit à la preuve est délimitée par l'existence d'un élément de

[754] Outre les conditions posées par l'article 145 du Code de procédure civile, notamment celle relative à la saisie des juges du fond.

[755] A. FABRE, « On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve », *SSL* 2023, n° 2058, p. 5.

preuve litigieux en ce sens qu'il porte atteinte à un autre droit ou qu'il est considéré comme un élément de preuve illicite. Cette application du contrôle de proportionnalité, au stade de l'appréciation d'un motif légitime à une demande de preuve, entrainerait une reconnaissance systématique du droit à la preuve, indépendamment du caractère litigieux ou non d'une telle mesure probatoire. En outre, la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité n'a de pertinence que s'il permet la recherche de conciliation entre deux droits ou entre un droit et une mesure attentatoire aux droits et libertés. Au stade de l'appréciation du motif légitime de la demande de preuve, il n'existe pas, *a priori*, de conflits de droits ou de conflits entre un droit et une mesure probatoire.

**509.** La seconde partie du raisonnement, qui s'attache à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie personnelle des salariés, est plus classique. Après identification des droits en présence, il incombe aux juges du fond de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité en vérifiant « quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées ». Dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, les juges du fond peuvent user de leur pouvoir de modulation[756] du périmètre de production afin de garantir que l'atteinte portée au respect de la vie personnelle des salariés soit proportionnée. Dans cette étape, le droit à la preuve est identifié par l'existence d'un élément de preuve litigieux au moyen d'une atteinte au respect de la vie personnelle des salariés. Cette mise en œuvre s'inscrit alors dans la ligne dessinée par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis 2016.

**510.** Ainsi, les conditions du contrôle de proportionnalité en matière de demande de preuve litigieuse font apparaitre certaines ambiguïtés. Alors que la deuxième étape du raisonnement constitue une reproduction cohérente de la mise en œuvre générale du contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, l'analyse de la première étape du raisonnement soulève certaines interrogations sur la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Ces dernières sont renforcées par le fait que la Cour utilise le terme « nécessaire » dans la première étape du raisonnement et le terme « indispensable » dans la deuxième étape.

[756] V. partie 1, titre 1, chapitre 2, p. 85 et s.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**511.** Les significations à accorder au caractère indispensable et au caractère nécessaire de l'élément de preuve à l'exercice du droit à la preuve ne sont pas identiques.

**512.** D'abord, la variation de l'utilisation des termes aurait pu montrer une variation du contrôle exercé par la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond. Au fil de l'analyse, il apparait que la chambre sociale de la Cour de cassation effectue un contrôle sur la qualification juridique des faits dans l'objectif de garantir l'identification et *in fine*, la protection du droit à la preuve dans le droit positif. Ensuite, la chambre sociale de la Cour de cassation exerce un contrôle normatif « de sanction » pour violation de la loi ou un contrôle normatif « de motivation » pour défaut de base légale. La variation du contrôle normatif apparait faible dès lors que l'analyse démontre l'utilisation d'un contrôle léger sur le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond, en dehors du contrôle de la qualification d'un élément de preuve illicite.

**513.** Ainsi, cette première perspective de recherche ne suffit pas à faire apparaitre clairement la signification des termes « indispensable » et « nécessaire ». Il convient donc de chercher celle-ci dans leur teneur intrinsèque. En matière d'offre de preuve litigieuse, l'élément de preuve indispensable doit être considéré comme le seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver. Le seul élément de preuve disponible signifie que le moyen de preuve litigieux est le seul apte à prouver les faits allégués par le plaideur, indépendamment des éléments de preuve accessoires ou insuffisants produits par lui. À l'inverse, la notion d'élément de preuve nécessaire renvoie à un élément de preuve doté d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver parmi d'autres éléments de preuve produits qui ont, ensemble, une certaine aptitude à prouver le fait allégué. Cette analyse est confortée par plusieurs du 8 mars 2023 de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux doit être considéré comme le seul élément de preuve disponible, parmi ceux qui sont produits en justice et ceux qui ne le sont pas par l'employeur. Le périmètre d'appréciation est alors élargi à tous les éléments de preuve disponibles. L'appréciation des raisons d'agir de l'employeur contribue à dessiner les contours du caractère indispensable de

l'élément de preuve litigieux. La méthodologie doit permettre aux juges du fond de rechercher minutieusement la légitimité de la production litigieuse. La justification est double : elle doit être recherchée lors de la mise en place d'un dispositif de surveillance, puis appréciée lors de l'utilisation de ce même dispositif à des fins probatoires.

**514.** La situation est moins nette en matière de demande de preuve litigieuse, où l'analyse des arrêts révèle la persistance de certaines ambiguïtés. Si l'interprétation du caractère indispensable semble nette car il renvoie aux seuls éléments de preuve disponibles, détenus entre les mains d'un tiers ou de l'adversaire au procès, dotés d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver, l'appréciation du motif légitime sous l'angle du caractère nécessaire l'est moins. Le raisonnement en deux étapes déployé par la chambre sociale de la Cour de cassation dans le cadre de demandes de preuve formulées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile laisse penser que deux contrôles de proportionnalité seraient nécessaires. Cependant, il apparait tautologique de considérer qu'un double contrôle de proportionnalité pourrait conditionner l'existence d'un motif légitime fondant toute demande de preuve et l'existence du droit à la preuve en droit positif.

**515.** La production d'un élément de preuve litigieux, considéré comme le seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver, doit porter une atteinte proportionnée à un autre droit au regard au but poursuivi ou recherché par le plaideur.

## Section 2. Une atteinte proportionnée à un autre droit au regard du but poursuivi

**516.** La seconde condition du contrôle de proportionnalité concerne la proportionnalité de l'atteinte au regard du but poursuivi. Cette condition de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité *stricto sensu* a connu, dans les arrêts relatifs au droit à la preuve, une certaine variation. Par deux arrêts, la chambre sociale a exigé des juges du fond qu'ils vérifient que l'atteinte ne soit pas « disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés ». Il convient d'aborder la seconde condition du contrôle de proportionnalité en identifiant l'exigence de proportionnalité *stricto sensu* ou une exigence de contrôle de la disproportion de l'atteinte à un autre droit (**§I**). L'atteinte à un autre droit doit être proportionnée au but poursuivi. La définition du but poursuivi conduit ainsi un travail de classification des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation (**§II**).

### I. La proportionnalité *stricto sensu* ou la disproportion

**517.** La distinction entre la mise en œuvre du critère de la proportionnalité stricto sensu et le critère de la disproportion constitue un préalable à toute analyse de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (**A**). Ensuite, le passage d'un contrôle de la disproportion de l'atteinte à un contrôle de proportionnalité stricto sensu de l'atteinte à un autre droit doit être mis en exergue (**B**). Dans le cadre du droit à la preuve de l'employeur, la Cour a précisé que l'atteinte doit être *strictement* proportionnée au but poursuivi (**C**).

#### A) La nécessaire distinction entre la proportionnalité *stricto sensu* et la disproportion

**518.** La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité *stricto sensu* est identifiable quand la Cour exige que « l'atteinte [par le droit à la preuve] soit proportionnée au but poursuivi ». L'analyse de la proportionnalité implique « une juste mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la

solution »[757]. La proportionnalité interroge le rapport de mesure entre deux valeurs[758], qui se traduit par la recherche d'un équilibre.

**519.** D'après ces définitions, deux critères de la proportionnalité *stricto sensu* peuvent être identifiés. D'abord, la proportionnalité au sens strict doit revêtir un critère qualitatif. En effet, l'analyse de la proportionnalité d'une mesure sur un droit ou d'un droit par rapport à un autre implique d'établir « la correspondance entre deux éléments, l'adéquation entre la fin et les moyens »[759]. Ainsi la « justesse des moyens » doit correspondre à « la légitimité des fins »[760]. Cette adéquation du moyen à la fin ne peut s'établir que si le moyen est légitimé par la définition du but poursuivi. Ensuite, dans le cadre du droit à la preuve, la recherche d'équilibre par la mise en œuvre d'une balance des intérêts en présence implique l'application d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*. De l'analyse des faits et circonstances découle la mise en œuvre de la proportionnalité stricto sensu, car « la vraie proportionnalité suppose d'examiner le détail des faits »[761]. La mise en œuvre de la proportionnalité suppose d'examiner l'ensemble des faits et des circonstances soumises aux juges du fond. Le contrôle de la proportionnalité du moyen au but doit être considéré comme un contrôle général de l'équilibre, qui suppose de vérifier l'adéquation entre le moyen produit et le but recherché par le plaideur au regard de l'ensemble des circonstances.

---

[757] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 12ème éd., 2018, coll. « Quadrige », p. 811.

[758] I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », tome 52, p. 7 ; A. MARTINEL, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *Justice actualités*, ENM, n° 24, décembre 2020, pp. 60-68 ; L. HENNEBEL, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, Aix-en-Provence, 2018, pp. 53-61.

[759] M. BOUCHET, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017, n°3, pp. 495-506.

[760] B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, vol. 86, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 260 et s.

[761] E. JEULAND, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *op. cit.* n° 722.

**520.** Bien qu'il soit logique d'affirmer que « la disproportion est le contraire de ce qui est bien proportionné »[762], il apparait pourtant que le contrôle de la disproportion n'est pas identique au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. En effet, le contrôle de la disproportion de l'atteinte à un droit est plus restreint[763] que celui exigé en matière de proportionnalité stricte. Il constitue ainsi « le contrôle de ce qui est clairement déséquilibré »[764]. Dans cette perspective, le juge devrait vérifier que le droit à la preuve ne crée pas un déséquilibre trop important par l'impulsion d'une atteinte démesurée produite par le moyen de preuve. Le contrôle de la disproportion serait alors limité à ce qui peut être considéré comme déséquilibré et non à l'ensemble des éléments soumis aux juges qui, pris dans leur ensemble, amènent à la conclusion d'une proportionnalité mesurée car justifiée. Le contrôle de la disproportion s'apparente ainsi au contrôle du caractère excessif.

**521.** La distinction entre le contrôle de l'équilibre et le contrôle du caractère excessif est marquée par une certaine ambivalence dans les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

B) D'un contrôle de la disproportion à un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte

**522.** Dans l'arrêt du 9 novembre 2016, la chambre sociale a érigé la formule suivante « 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 »[765] en règle de droit. Pourtant, dans la mise en œuvre de cette règle de droit, la chambre sociale considère que la production de photographies effectuées par un représentant du personnel dans l'exercice de ses fonctions pour prouver la violation par l'employeur de la règle relative au repos dominical ne constituait pas « une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but

[762] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 136.

[763] *Ibid*., p. 136.

[764] *Ibid*., p. 136.

[765] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *op. cit.* n° 708.

poursuivi (...) »[766]. La chambre sociale adopte une double posture : elle dit le droit tout en mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité *in concreto*. Cependant, le contrôle de la disproportion apparait partiel. En effet, « on peine à voir quel lien unit ce constat et l'absence de disproportion relevée »[767]. Dans cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation constate l'absence de déséquilibre de l'atteinte au regard du but poursuivi par le syndicat plaideur dès lors que les documents produits ont été collectés dans le cadre de l'exercice des fonctions de représentations du délégué du personnel et pour apporter la preuve de la violation du repos dominical par l'employeur. Par ailleurs, la disproportion n'est pas mise en perspective avec la première condition, qui requiert que l'élément de preuve litigieux soit « nécessaire à l'exercice du droit à la preuve ».

**523.** Ensuite, dans son arrêt du 16 novembre 2016, la Chambre sociale a énoncé, en cassant la décision des juges du fond, qu'il leur appartenait de vérifier « 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 (...) »[768]. Par cette solution, la chambre sociale exigeait des juges du fond une appréciation du caractère excessif de l'atteinte portée par la mesure probatoire. La Cour procède encore de manière similaire dans un arrêt du 11 décembre 2019[769].

**524.** L'interprétation donnée par la Cour de cassation va cependant être très rapidement abandonner pour laisser place à la proportionnalité *stricto sensu*. Depuis l'arrêt du 16 décembre 2020[770], la chambre sociale exige, et ce, de manière constante, que les juges du fond vérifient que l'atteinte portée par le droit à la preuve est proportionnée au but poursuivi. L'appréciation de la proportionnalité *stricto sensu* implique ainsi de vérifier que l'élément de preuve litigieux, dans ses critères qualitatif et quantitatif, porte une atteinte équilibrée à la conciliation des droits en présence.

---

[766] *Ibid.*

[767] Note B. GÉNIAUT, ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *RDT* 2017, p. 134.

[768] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

[769] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

[770] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036.

Cet équilibre conduit à modifier l'appréciation de l'atteinte en raison du droit à la preuve de l'employeur. Dans ce cas, la Cour de cassation a exigé que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

C) L'exigence d'une atteinte strictement proportionnée au but poursuivi

**525.** Depuis l'arrêt du 25 novembre 2020 qui consacre le droit à la preuve de l'employeur au moyen d'un élément de preuve illicite produit par lui, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'atteinte portée par le droit à la preuve soit « strictement proportionnée au but poursuivi »[771]. La proportionnalité *stricto sensu* doit être appréciée strictement au regard du but poursuivi par le plaideur qui convoque son droit à la preuve. Il convient de préciser que cette précision par l'adverbe « strictement » n'est énoncée par la Cour que dans le cadre d'un débat judiciaire relatif à la recevabilité d'un élément de preuve illicite, les autres arrêts relatifs au droit à la preuve n'exigeant qu'une atteinte proportionnée au but poursuivi. Ainsi, la présence de l'adverbe « strictement » semble souligner un renforcement de l'exigence de proportion de l'atteinte portée par le droit à la preuve. Ce renforcement peut être mis en lumière par deux éléments de manière alternative. Si l'atteinte doit être strictement proportionnée au but poursuivi, cela peut signifier que le but doit être identifié préalablement par les juges du fond. Dans les arrêts relatifs à la recevabilité d'un élément de preuve illicite[772], le but poursuivi n'est pas défini de manière explicite, ni implicite par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les éléments de preuve illicites sont produits par l'employeur afin d'apporter la preuve de la réalité de la faute grave ; le but poursuivi serait alors considéré comme l'exercice légitime du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Cependant, un deuxième élément semble doté d'une plus grande pertinence. Lorsqu'un élément de preuve illicite est produit par l'employeur, la Chambre sociale de la Cour précise que les juges du fond « doivent

[771] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à paraître au bulletin, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, n° 5, 1032 ; note S. MRAOUAHI, *RDT* 2021, p. 199 ; Obs. C. CRICHTON, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 655 ; Note N. TRASSOUDAINE-VERGER, *Dr. soc.* 2021, p. 21 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; Comm. A. DEBET, *Revue communication/commerce électronique*, n°1, janvier 2021, comm. 7 ; Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81 ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, FS-D ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, FS-B, note L. MALFETTES, *D.* 2023, 16 mars 2023 ; Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, F-D.

[772] *Ibid* (pour les références des arrêts).

apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie privée du salarié et le droit à la preuve (...) »[773].

**526.** La mobilisation de la procédure équitable renvoie à la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention européenne. Si « le droit à la preuve ne constitue qu'un aspect du droit à un procès équitable »[774], il s'illustre, en matière de recevabilité d'un élément de preuve illicite, comme un outil de garantie d'une procédure équitable. Ainsi, dans la mise en balance entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée du salarié, le droit à un procès équitable est intégré en tant que finalité du contrôle de proportionnalité. Cette « figure du compromis »[775] implique que la production d'un élément de preuve illicite ne dépasse pas outre mesure les canons du procès équitable et soit mis en œuvre dans le cadre de sa réalisation. Ainsi, la conciliation qui est recherchée entre la recevabilité d'un élément de preuve illicite et le respect de la vie privée et personnelle implique de restreindre le champ d'application de la proportionnalité *stricto sensu*. La mobilisation de la notion de procès équitable en tant que finalité du contrôle de proportionnalité agit alors comme une limite externe au droit à la preuve, en dehors des conditions du contrôle de proportionnalité.

**527.** Selon les formules de la Cour de cassation, l'atteinte produite par la recevabilité d'un élément de preuve litigieux doit donc être proportionnée ou strictement proportionnée. Ces deux interprétations du contrôle de proportionnalité renvoient à des exigences plus ou moins assouplies en fonction des paramètres du litige. Cependant, l'atteinte doit être proportionnée ou strictement proportionnée à un but poursuivi.

---

[773] *Ibid.*

[774] Note N. HOFFSCHIR, ss Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *Gaz. Pal.* 2016, n° 18, p. 50.

[775] B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, vol. 86, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 354.

## II. La définition du but poursuivi

**528.** La proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte portée par une mesure probatoire doit être appréciée au regard du but poursuivi. Ainsi, le droit à la preuve doit être mis en œuvre en considération de certaines finalités. L'interrogation sur ces finalités fait écho à la notion de « légitimité des fins » développée par Benoit Géniaut dans ses travaux de recherche. Cette dernière « tend à une valorisation du moyen par la fin, c'est-à-dire à un transfert de valeur d'un élément de la succession causale – la fin – à un autre – le moyen. Il présuppose donc que la fin soit dotée d'une certaine valeur, propre à faire l'objet d'un tel transfert »[776]. Appliqué au droit à la preuve, ce raisonnement conduit à affirmer que la légitimité du moyen probatoire produit ou demandé par le plaideur dépend de la définition de la légitimité du but poursuivi par le moyen probatoire, dans un contexte déterminé[777]. Le but poursuivi influence donc la légitimité de l'élément de preuve litigieux. L'analyse des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation invite à diviser le propos en deux catégories. D'abord, il semble que la Chambre sociale détermine explicitement le but poursuivi par la mobilisation de la notion d'intérêt légitime (**A**). Ensuite, dès lors que le but n'est pas formulé explicitement par la Cour, il peut apparaitre de manière implicite. En effet, certains arrêts laissent apparaitre des liens entre le droit à la preuve et l'objet de l'action en justice, renforçant ainsi la légitimité du but poursuivi (**B**).

### A) La définition explicite du but : la défense d'un intérêt légitime

**529.** Dans les arrêts, le but explicite se manifeste par l'expression de « la défense de l'intérêt légitime » d'un plaideur[778]. D'abord, la notion d'intérêt légitime doit être définie (**1**) pour ensuite en relever la teneur d'après les décisions rendues par la Cour (**2**).

---

[776] B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, vol. 86, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 268 et s.

[777] *Ibid*., p. 270.

[778] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *à paraître au bulletin*, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733 ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *à paraitre au bulletin*.

### *1. La définition de l'intérêt légitime*

**530.** L'expression d'intérêt légitime poursuivi par la mise en œuvre du droit à la preuve renvoie elle-même à deux notions. D'abord, la notion de l'intérêt renvoie, au sens courant, à « ce qui importe »[779], qui peut être un avantage ou une cause invoqué par un plaideur. Pour faire l'objet d'une défense, l'intérêt doit posséder une réalité matérielle au moment de son invocation. Cette réalité doit, elle-même, pouvoir être saisie par le droit, autrement dit, par les règles du droit positif, soit parce qu'il est consacré par lui, soit parce qu'il est rattachable à une disposition textuelle plus générale. L'intérêt peut ainsi constituer l'objectif à un acte. Cependant, l'intérêt peut également être la cause de la survenance d'un acte, dès lors que la défense d'un intérêt peut fonder et déterminer la fin d'une action en justice.

**531.** Le terme « légitime » renvoie quant à lui à plusieurs éléments. En effet, un élément légitime est « digne d'être pris en considération (...), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social (...) »[780]. La légitimité d'un intérêt se traduit par sa cohérence avec les règles de droit ; l'intérêt doit être fondé en droit. De surcroit, la légitimité peut renvoyer à d'autres éléments tendant vers une approche moraliste. Ce deuxième aspect de la définition excède les limites de la présente recherche dès lors que cette dernière s'attache à la recherche d'un intérêt légitime de nature juridique.

**532.** L'intérêt légitime peut donc être défini comme *l'existence d'un avantage personnel fondé en droit reconnu à un plaideur et qui constitue la justification, soit en étant la cause, soit en étant la fin, de l'invocation du droit à la preuve dans un litige*.

### *2. La teneur de l'intérêt légitime*

**533.** Dans l'arrêt du 30 septembre 2020, la chambre sociale a confirmé le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond en précisant que « la production d'éléments

[779] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 12ème éd., 2018, coll. « Quadrige », p. 564.

[780] *Ibid*., p 604.

portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires »[781]. Dans l'arrêt du 8 mars 2023, il est considéré que la « communication d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de la salariée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail »[782].

**534.** De ces arrêts, il est possible d'identifier deux figures de l'intérêt légitime en tant que définition du but poursuivi par l'atteinte portée par le droit à la preuve. D'abord, l'intérêt légitime peut être constitué par la protection d'un autre droit. En effet, la référence à la confidentialité des affaires de l'employeur laisse apparaitre la protection du secret des affaires. Cette prise en considération intervient dans un contexte législatif évolutif en matière de secret des affaires[783]. En effet, la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret des affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites a permis l'encadrement de la notion. Le secret des affaires recouvre des informations qui font l'objet par le détenteur « de mesures raisonnables pour les garder secrètes, et si elles ont une valeur économique propre, actuelle ou potentielle, à l'exclusion de celles qui peuvent être facilement et directement accessibles par le public »[784]. En France, la directive a été transposé par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires et codifiée aux articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce. Dans l'arrêt du 30 septembre 2020, la protection du secret des affaires de l'employeur est identifiable. En effet, la publication par la salariée d'une collection de vêtements avant sa sortie officielle sur son compte Facebook constituait à l'évidence un risque économique pour l'employeur dans la mesure où la préservation de la collection lui permettait de maintenir sa position concurrentielle dans le secteur d'activité concerné. La protection du secret des affaires, en étant défini comme le

[781] Cass. Soc., 30 septembre 2020, *op. cit.* n° 680.

[782] Cass. Soc., 8 mars 2023, *op. cit.* n° 680.

[783] Sur les relations entre le secret des affaires et le droit à la preuve, voir infra, p. 428 et s.

[784] J. COURTIAL, « Preuve et protection du secret des affaires *», Just. & Cass.* 2017, pp. 35-42.

but poursuivi, fondait ainsi la recevabilité de l'élément de preuve litigieux. La préservation d'un droit peut ainsi constituer un élément du contrôle de proportionnalité en ce qu'il permet la définition du but poursuivi.

**535.** Ensuite, l'intérêt légitime peut être défini, de manière explicite, par l'objet de l'action en justice. L'arrêt du 8 mars 2023 constitue la principale illustration de cette situation. La Chambre sociale évoque « la défense de l'intérêt légitime de la salariée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ». En l'espèce, une salariée a saisi la juridiction prud'homale en référé afin de voir ordonner, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la production par l'employeur de documents concernant les collègues masculins de salariée afin de remplir la *charge de la vraisemblance allégée*[785] qui incombe à tout salarié dans le cadre d'une action en justice en reconnaissance d'une inégalité de traitement sur le fondement de l'article L. 1144-1 du Code du travail[786]. La définition du but poursuivi est, dans ce cas, l'objet de l'action en justice de la salariée. L'intérêt légitime est constitué à la fois par la cause de l'action en justice, qui est la différence de traitement illicite dont s'estime victime la salariée, et par la finalité de l'action en justice qui tient à la reconnaissance judiciaire de l'existence d'une inégalité de traitement.

**536.** La définition du but poursuivi par l'objet de l'action en justice interroge quant à la portée qu'il convient de lui conférer. Il est permis de s'interroger sur la délimitation de cette portée dès lors que l'objet même de l'action en justice porte sur demande de preuve litigieuse en matière d'inégalité de traitement. Dans cette perspective, l'analyse du but implicite par le rattachement du droit à la preuve à l'objet de l'action en justice livre une clef de compréhension.

---

[785] V. p. 141 et s.

[786] « Lorsque survient un litige relatif à l'application des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

B) La définition implicite du but : le rattachement du droit à la preuve à l'objet de l'action en justice

**537.** S'agissant d'un but que l'on qualifiera d'implicite, la chambre sociale n'énonce logiquement aucune précision particulière quant à sa définition. Néanmoins, certains arrêts relatifs à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité laissent apparaitre le rattachement du droit à la preuve d'un plaideur à l'objet de l'action en justice.

**538.** Dans l'arrêt du 9 novembre 2016[787], la Chambre sociale a précisé que la production des documents litigieux collectés dans l'exercice des fonctions de représentation du délégué du personnel, « afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical » « (...) ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi ». Cet énoncé laisse apparaitre un lien entre la notion de but poursuivi par l'exercice du droit à la preuve et l'objet de l'action en justice du syndicat, constituée par la reconnaissance de la violation du repos hebdomadaire par l'employeur.

**539.** D'autres manifestations de la définition implicite du but poursuivi se donnent à voir dans les arrêts de la Chambre sociale. Dans trois décisions rendues les 16 mars 2021[788], 22 septembre 2021[789] et 15 février 2023[790], la Cour énonce, dans un attendu de principe, qu'il appartient aux juges du fond de rechercher si la communication des éléments de preuve litigieux n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi.

---

[787] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER *JCP G* n° 48, 2016, 1281 ; note G. LARDEUX, *D.* 2017, n° 1, p. 37 ; note J. MOULY *Dr. soc.* 2017, p. 89 ; obs. V. ORIF *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 ; obs. M. ROUSSEL, *Dalloz act.* 25 novembre 2016 ; note B. GENIAUT, *RDT* 2017, p. 134.

[788] Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, *à paraitre au bulletin*, note B. BOSSU, *JCP S* avril 2021, 1111 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

[789] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *à paraitre au bulletin*, note H. BARBIER, *RDT* 2022, p. 95 ; obs. C.-A. DONZEL, M. DELANDRE, *JSL* n° 528, 22 octobre 2021 ; obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *JCP G* 2021, n° 41, 1054-1055 ; note C. BLANQUART, *JCP S* 2021, n° 45, 1279.

[790] Cass. Soc., 15 février 2023, n° 21-15.033, inédit.

**540.** Dans ces arrêts, le droit à la preuve est rattaché à l'objet de l'action en justice au sein de la première condition, celle de nécessité de l'élément de preuve litigieux. A l'analyse, ce rattachement du droit à la preuve à la discrimination semble double. D'abord, la nécessité de l'élément de preuve litigieux peut être appréciée par les juges du fond au regard de l'objet de l'action en justice. Ensuite, la proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte peut aussi être analysée au regard du but poursuivi, constitué également par l'objet de l'action en justice, le contentieux de la discrimination. De surcroît, l'expression de « droit à la preuve de la discrimination alléguée » présente une certaine ambivalence. La formulation du droit à la preuve dans le contentieux de la discrimination peut en effet s'analyser comme une simple réitération des difficultés d'accès à la preuve en la matière. Cette expression relèverait davantage d'une politique jurisprudentielle formelle. À l'inverse, il peut aussi être admis que le rattachement du droit à la preuve au contentieux dans lequel il est invoqué présuppose que l'objet de l'action en justice est un élément de la méthodologie du contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges du fond. Cette expression relève alors d'une politique jurisprudentielle de fond, qui invite les juges du fond à prendre en considération l'objet de l'action en justice.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**541.** Dans le cadre de la seconde condition du contrôle de proportionnalité tenant à l'atteinte proportionnée au but poursuivi, une analyse en plusieurs temps a été nécessaire. D'abord, l'exigence d'une atteinte proportionnée à un autre droit doit relever de la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Ce contrôle de l'équilibre doit être mis en œuvre dans son ensemble et ne peut s'arrêter à l'appréciation de ce qui est seulement déséquilibré, ce contrôle restreint constituant un contrôle de l'excès. Les juges du fond doivent alors prendre en considération toutes les données factuelles qui leurs sont soumises et mesurer l'adéquation de l'atteinte portée à un autre droit par le droit à la preuve. Cette appréciation doit porter sur l'intensité de l'atteinte ainsi que sur le périmètre. Sur cet élément, les juges du fond peuvent, par ailleurs, moduler le périmètre de production des éléments de preuve afin de respecter la condition de proportionnalité *stricto sensu*. Ensuite, l'atteinte doit être proportionnée au but poursuivi. Deux moyens de définitions permettent de comprendre la notion de but poursuivi. D'abord, la chambre sociale de la Cour de cassation définit parfois explicitement le but de l'atteinte par le droit à la preuve. Ce but, considéré comme un intérêt légitime, est *un avantage personnel fondé en droit reconnu à un plaideur et qui constitue la justification, soit en étant la cause, soit en étant la fin, de l'invocation du droit à la preuve dans un litige.* L'intérêt légitime est identifiable à deux niveaux. Il peut consister en la protection par le droit à la preuve d'un autre droit ; il peut également consister à la préservation de l'objet de l'action en justice, à l'image de l'inégalité de traitement.

**542.** Ensuite, le but poursuivi, qui s'apparente également à un intérêt légitime, peut ne pas être défini par la Cour de cassation. Cependant, le caractère implicite du but n'empêche pas de tenter son identification, dès lors que le droit à la preuve est rattaché explicitement à l'objet de l'action en justice, comme l'illustre le contentieux en matière de discrimination. Dans cette dernière hypothèse, l'objet de l'action en justice est un élément du contrôle de proportionnalité qui peut intervenir à l'étape de l'appréciation de la nécessité de l'élément de preuve litigieux ou à l'étape de la proportionnalité *stricto sensu*.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**543.** Le contrôle de proportionnalité en tant que technique de raisonnement de la résolution des conflits de droits comporte deux conditions. D'abord, l'élément de preuve litigieux doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve. Pendant un temps, la Chambre sociale a exigé que l'élément de preuve soit nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du salarié. Deux angles de réflexion ont été mobilisés pour tenter de comprendre la signification des termes « indispensable » et « nécessaire ». Il a été envisagé que le contrôle qu'exerçait la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité pouvait être un critère déterminant dans l'identification d'un élément de preuve nécessaire ou indispensable. Il est apparu que la Cour de cassation exerce d'abord un contrôle de qualification juridique des faits relevés par les juges du fond et ensuite, exerce un contrôle normatif, soit de sanction, soit de motivation. Le caractère variable du contrôle normatif qui a été relevé s'est avérée indépendante de l'utilisation des termes indispensable et nécessaire. Le deuxième angle de réflexion s'intéressait à la signification des termes par leur teneur. Après une lecture approfondie des arrêts, il est apparu que la notion d'élément de preuve litigieux indispensable renvoyait à l'exigence du seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver. La notion de « seul élément » doit être analysée au regard de la production d'autres éléments de preuve, qui se sont révélés accessoires à l'élément de preuve litigieux ou insuffisants. La notion d'élément de preuve litigieux nécessaire renvoie quant à elle à un élément de preuve litigieux parmi d'autres produits, tout autant aptes à prouver le fait allégué, doté d'un haut degré de pertinence et en lien direct avec le fait à prouver. De la construction prétorienne du droit à la preuve, il ressort que la Cour de cassation a fait le choix d'exiger la recevabilité d'un élément de preuve litigieux qui soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve. La signification des termes par la teneur des notions a permis de procéder à cet exercice de définition dans le cas d'une offre de preuve litigieuse. Cependant, en matière de demande de preuve litigieuse, principalement fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, apparaissent certaines difficultés qui empêchent d'appréhender la cohérence dans l'application des règles de droit. En effet, le motif légitime, condition de toute demande de preuve, semble conditionné, voire assimilé à la première condition du contrôle de proportionnalité.

**544.** Ensuite, l'atteinte portée par la production de l'élément de preuve litigieux doit être proportionnée au but poursuivi. Si l'interrogation se porte sur l'éventualité d'un contrôle de la disproportion ou de la proportion, la chambre sociale de la Cour de cassation exige un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, entendu comme le contrôle de l'équilibre. Ce contrôle de l'équilibre doit être mis en œuvre au regard du but poursuivi. À cet égard, le but poursuivi est défini de deux manières. Il peut bénéficier d'une définition explicite, illustrée par la notion « d'intérêt légitime ». Cet intérêt légitime constitue *un avantage personnel fondé en droit reconnu à un plaideur et qui constitue la justification, soit en étant la cause, soit en étant la fin, de l'invocation du droit à la preuve en contentieux.* L'intérêt légitime peut être constitué par la protection d'un autre droit ou par un rattachement du droit à la preuve à l'objet de l'action en justice. Ce dernier aspect de l'intérêt légitime est perceptible lorsque le but n'est pas défini explicitement par la Cour ; dans ce cas, elle opère un rattachement implicite du droit à la preuve à l'objet de l'action en justice.

**545.** Enfin, l'étude du contrôle de proportionnalité a démontré que plusieurs contrôles de proportionnalités[791] co-existent dans le cadre du droit à la preuve. L'analyse du contrôle de proportionnalité en cas de recevabilité d'un élément de preuve illicite a permis de démontrer l'existence de certaines particularités liées à la nature de l'élément de preuve litigieux. D'abord, la Cour de cassation a précisé la méthodologie à suivre. Pour la première fois, les juges du fond sont invités à contrôler les raisons d'agir de l'employeur afin d'en apprécier la légitimité. La notion de raisons d'agir recouvre ainsi deux éléments, celui consistant à chercher la cause de la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance et celui visant à contrôler la légitimité de l'exercice du pouvoir de l'employeur. L'introduction par la Cour du contrôle de la justification de l'employeur comme élément du contrôle de proportionnalité démontre la volonté de la Haute juridiction de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ensuite, il apparait qu'un renforcement des conditions du contrôle de proportionnalité est à l'œuvre. La Cour exige que l'élément de preuve litigieux soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur. En précisant la signification du terme indispensable, elle a permis d'élargir le périmètre d'appréciation du juge à l'ensemble des éléments de preuve disponibles. De surcroît, elle exige que

[791] A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, pp. 133-148 ; dans le même ouvrage, v. F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », pp. 75-80.

l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. En l'absence de définition du but poursuivi, l'utilisation de l'adverbe strictement peut être interprété de deux manières compatibles entre elles. La restriction de l'exigence de proportionnalité peut constituer une limite à l'exercice du pouvoir de l'employeur ; elle peut également constituer une garantie du procès équitable, source du droit à la preuve.

**546.** Si l'analyse du contrôle de proportionnalité de manière générale a permis de mettre en perspective les particularités de cette technique de raisonnement, il convient de s'attacher dès à présent à l'étude approfondie d'un contentieux spécifique, le contentieux du droit à la preuve et du respect de la vie privée et personnelle du salarié.

# CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE ET L'APPRÉCIATION DU RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE DU SALARIÉ

**547.** Dans les contentieux du travail, le droit à la preuve doit être concilié principalement avec le droit au respect de la vie privée ou le droit au respect de la vie personnelle du salarié. Si l'articulation entre le respect de la vie personnelle et une demande de preuve fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile n'est pas nouvelle[792], la construction du droit à la preuve face à la règle d'exclusion des preuves que constitue le droit au respect de la vie personnelle et de la vie privée témoigne d'une nouvelle « géométrie »[793] juridique. Cette géométrie juridique implique d'analyser comment le droit à la preuve s'articule avec le droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle du salarié. Il est important de préciser que la position adoptée dans cette partie de l'étude n'implique pas de démontrer l'existence d'une hiérarchie[794] entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie personnelle ou de la vie privée du salarié, ni même que le droit à la preuve soit une exception[795] au droit au respect de la vie personnelle. En toute rigueur, le droit à la preuve ne nous semble pas toujours « supérieur » au droit au respect de la vie personnelle ou de la vie privée du salarié dès lors que le résultat du contrôle de proportionnalité est tributaire d'une appréciation des circonstances particulières de chaque affaire soumise aux juges du fond. De surcroît, considérer le droit à la preuve comme une exception au droit au respect de la vie personnelle ou privée du salarié ne permettrait pas de comprendre les délimitations du champ d'application de ce droit.

---

[792] Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2013, p. 1026 ; note MAZARDO, RIANDEY*, Dr. ouv*. 2013, p. 287; obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2013, p. 2802, note C. HAMONIAUX*, JCP G* 2013, p. 51 ; v. sur ce point supra, p. 46 et s.

[793] Note P. ADAM, ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, publié au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

[794] B. BEIGNIER., S. YAHIA, « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *D.* 2017, p. 490 : « « Face à des droits fondamentaux antinomiques, on pèse et on soupèse la valeur des droits, pour fixer entre eux une hiérarchie. Le principe de proportionnalité n'est pas qu'une simple mise en balance des intérêts. Il aide, également, à structurer cette hiérarchie. Il autorise la violation d'un droit pour protéger un autre droit, jugé supérieur ».

[795] G. LARDEUX, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *D.* 2012, p. 1596.

**548.** Ainsi, l'analyse du contentieux du droit à la preuve face au respect de la vie personnelle et privée du salarié suppose d'étudier la façon dont la chambre sociale de la Cour de cassation les met en balance, cela afin de faire ressortir le « déplacement du point d'équilibre »[796] qu'elle opère entre les droits à l'occasion de la mobilisation du droit à la preuve. La recherche de la cohérence à l'œuvre dans cette jurisprudence permettra de délimiter le champ d'application du droit à la preuve face au respect de la vie personnelle et privée du salarié et d'en déterminer les enjeux. Il ne saurait être question de traiter ici la distinction entre la vie privée et la vie personnelle en toute généralité. C'est bien en ce qu'elle se rapporte à la mise en œuvre du droit à la preuve que la distinction doit être opérée. Ainsi, les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation montrent que la notion de droit au respect de la vie personnelle est mobilisée aussi bien que celle de la vie privée du salarié. La mobilisation de ces deux notions impose d'envisager au préalable ce qui les distingue dans le cadre du droit à la preuve (**Section 1**). Cette clarification permettra d'envisager la façon dont le respect de la vie personnelle ou privée du salarié s'articule avec le droit à la preuve (**Section 2**).

## Section 1. La mobilisation des notions de vie privée et vie personnelle dans le cadre du droit à la preuve

**549.** Les notions de vie personnelle et de vie privée sont connues en droit du travail et ont fait l'objet d'un nombre important de travaux doctrinaux[797]. Progressivement, la notion de vie personnelle a acquis un champ d'application plus large que celui de la vie privée du salarié[798]. La chambre sociale mobilise les deux notions dans ses arrêts. Ainsi, les notions de vie personnelle et

[796] Note P. ADAM, ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, publié au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

[797] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, n°64, p. 289 ; du même auteur, « La vie personnelle du salarié » in Mél. J.-M. VERDIER, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI*ème *siècle*, pp. 515-524 ; « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23 ; « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14 ; C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, th. Univ. Lyon, 2004 ; C. JACQUELET, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, PUAM, 2008, coll. Du Centre de droit social ; T. MORGENROTH, *La vie privée en droit du travail*, th. Univ. Lille, 2016 ; M. VERDUSSEN, « Le droit à la vie privée dans les relations de travail : propos introductifs », in VERDUSSEN M., JOASSART P., *La vie privée au travail*, Anthémis, Belgique, 2011, pp. 7-15.

[798] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *ibid. ;* B. ALLIX, « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549.

de vie privée du salarié doivent d'abord être définies (**§I**). Ces définitions doivent être analyser au prisme des arrêts relatifs au droit à la preuve afin de vérifier si les notions conservent les contours qui leurs ont été attribués (**§II**).

## I. Les définitions de vie privée et vie personnelle du salarié dans le cadre du droit à la preuve

**550.** Afin d'aborder ces notions dans le cadre du droit à la preuve, il convient d'énoncer la définition ainsi que le contenu du droit au respect de la vie privée (**A**) ainsi que le droit au respect de la vie personnelle du salarié (**B**).

### A) La vie privée du salarié

**551.** Depuis la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, le droit au respect de la vie privée d'un individu est consacré par l'article 9 du Code civil[799]. Antérieurement à cette loi, le droit au respect de la vie privée a été proclamé dans plusieurs textes européens et internationaux. D'abord, depuis 1948, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme prévoit que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation ». Ensuite, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit plusieurs éléments qui se rattachent à la protection de la vie privée et familiale, dont le respect du domicile et des correspondances d'un individu. Cependant, des ingérences dans la sphère privée sont envisagées par l'article 8 dès lors qu'elles sont exercées par les autorités publiques, lorsqu'elles constituent « une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique (...) ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

**552.** La lecture des deux articles tirés des conventions internationales indique de manière plus précise que l'article 9 du Code civil, les éléments de la vie privée d'un individu. Le respect du domicile ainsi que le respect des correspondances, énoncés à côté de la vie privée, font partie

[799] Article 9 alinéa 1er du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

intégrante de la sphère privée. Au regard de ces articles, « la vie privée (...) concerne essentiellement l'intimité de la vie humaine »[800]. En droit du travail, la sphère privée constitue la sphère intime de la vie personnelle[801]. La protection de la vie privée du salarié en droit du travail a été enrichie par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Depuis l'arrêt dit « Nikon » du 2 octobre 2001[802], il est considéré que le respect de la vie privée du salarié constitue « le donjon de la vie professionnelle »[803] dès lors que le salarié a le droit au respect de sa vie privée « au temps et au lieu de travail », impliquant le respect du secret des correspondances[804].

**553.** Ces éléments de définition doivent être mobilisés dans l'analyse de l'articulation entre la vie personnelle ou privée du salarié et le droit à la preuve de l'employeur ou du salarié. En effet, le droit à la preuve a pour conséquence de bouleverser les frontières que l'on vient de tracer entre vie privée et vie personnelle. Il convient alors de mettre ces définitions à l'épreuve des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation.

---

[800] P. WAQUET, « Les libertés dans l'entreprise » *RJS* 2000, p. 340.

[801] J.-M. VERDIER, « Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1419 ; P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, p. 289 ; P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23.

[802] Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Bull. civ.* V, n° 291, p. 233 : « Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ; (...) ».

[803] P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23.

[804] La vie privée en droit du travail peut être divisée en deux catégories, le secret de la vie privée à l'image du secret des correspondances et la liberté dans la vie privée, v. T. MORGENROTH, *La vie privée en droit du travail*, th. Univ. Lille, 2016, p. 38 et s.

B) La vie personnelle du salarié

**554.** La terminologie de vie personnelle a été consacrée par la jurisprudence[805] sous l'impulsion du doyen Philippe Waquet[806]. Selon l'auteur, la notion de vie personnelle comporte deux composantes, les libertés civiles et les libertés publiques. Les libertés civiles renvoient à la vie privée et la vie familiale tandis que les libertés publiques recouvrent la liberté de pensée, la liberté religieuse ou encore la liberté d'expression[807]. Ainsi, la vie personnelle recouvre « des aspects non privés »[808] de l'activité professionnelle du salarié.

**555.** De cette terminologie naît une distinction entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. D'abord, lorsque le salarié est en dehors du temps et du lieu du travail, les droits et libertés « sont entiers », sauf « quelques incursions plus ou moins officielles de la vie professionnelle »[809] du salarié. Ensuite, la vie personnelle doit être conciliée avec la vie professionnelle dès lors que le salarié est sous l'autorité de l'employeur[810]. Ainsi, la vie personnelle constitue une sphère « d'indifférence (...) du salarié dans les relations de travail »[811] ou encore « le maintien d'une autonomie »[812] dans une logique de séparation avec la vie professionnelle. De surcroît, le respect de la vie personnelle du salarié tend à protéger les comportements, les

[805] Cass. Soc., 14 mai 1997, « Arnoux », n° 94-45.473, *Bull. civ.* V, n° 175, p. 126 : « Mais attendu que la cour d'appel a relevé que, au jour du dernier incident, M. X était en congé de maladie et que, lui-même locataire dans la résidence, il s'était pris de querelle avec une autre locataire pour un problème de voisinage ; qu'elle a décidé à bon droit que les agissements du salarié dans sa vie personnelle n'étaient pas constitutifs d'une cause de licenciement (...) ».

[806] P. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, n° 64, p. 289, spéc. n° 711.

[807] P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié » in Mél. J.-M. VERDIER, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI*ème *siècle*, pp. 515-524.

[808] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2ème éd., 2022, coll. « Thémis droit », p. 385.

[809] P. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14

[810] *Ibid.*

[811] C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, th. Univ. Lyon, 2004, p. 473.

[812] P. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *supra*, n° 832.

agissements du salarié dans et en dehors de la vie professionnelle ; il tend à *l'autonomisation des actions personnelles* du salarié qui relèvent de la protection de la sphère personnelle.

**556.** Cependant, il existe certaines exceptions à l'autonomie personnelle du salarié pendant son temps de travail et en dehors de celui-ci, qui constituent les points d'ancrages à l'articulation entre « le droit probatoire » et « les libertés individuelles »[813]. Dans le droit du licenciement ainsi qu'en matière disciplinaire, l'employeur peut exercer ses prérogatives de sanction dès lors qu'un salarié manque à son obligation de loyauté[814], constituant ainsi la violation d'une obligation contractuelle, dès lors qu'un fait de la vie personnelle peut être rattachée à la vie professionnelle du salarié[815] ou bien lorsqu'est caractérisé un trouble objectif dans l'entreprise[816]. Ces restrictions à la protection de la vie personnelle par l'intrusion du pouvoir de l'employeur permettent de restreindre la portée des règles d'exclusion des éléments de preuve. Le droit à la preuve doit être considéré comme un prolongement de cette évolution jurisprudentielle à l'aune de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié.

## II. La détermination des notions de vie personnelle et de vie privée dans le cadre du droit à la preuve

**557.** Dans le droit de la preuve, l'étendue du champ d'application de la vie personnelle du salarié « permet de délimiter les preuves recevables en justice »[817]. Dans le cadre d'une analyse de la mise en œuvre du droit à la preuve, la détermination du champ d'application de la vie personnelle ainsi que de la vie privée du salarié permet de délimiter, par ricochet, le champ d'application du droit à

[813] F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc*. 2004, p. 48 : « « C'est de tout temps en effet que le droit probatoire d'une part, les libertés individuelles d'autre part, ont constitué un couple difficile ».

[814] Cass. Soc., 20 février 2019, n° 17-18.912, publié au bulletin : « Mais attendu que pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur peut seulement, dans le cas d'une rupture pour faute grave, reprocher au salarié des manquements à l'obligation de loyauté ; (...) ».

[815] Cass. Soc., 16 janvier 2019, n° 17-15.002, inédit.

[816] Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-22.117, inédit.

[817] O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », *Répertoire Droit du travail*, Dalloz, n° 152 et s.

la preuve lui-même. Le champ d'application de la vie personnelle et privée du salarié permet ainsi d'entrevoir les possibilités d'action du droit à la preuve.

**558.** À la lecture des différents arrêts rendus par la chambre sociale en matière de droit à la preuve, trois mouvements issus de l'articulation entre les droits peuvent être relevés. Bien que la chambre sociale use majoritairement de la notion de vie personnelle, la notion de vie privée du salarié est parfois mise en balance avec le droit à la preuve. Dans cette hypothèse, on constate que l'articulation réalisée avec le droit à la preuve respecte bien les contours de la vie privée, tels qu'ils ont été délimités par le droit du travail (**A**). En revanche, il en est autrement lorsque le droit à la preuve est articulé avec le droit à la vie personnelle du salarié. En effet, les arrêts consacrés au droit à la preuve donnent à voir une assimilation de la vie privée du salarié à sa vie personnelle. Dit autrement, des éléments qui relèveraient de la sphère privée semblent intégrés dans la sphère personnelle (**B**). Enfin, l'avènement d'un droit à la protection des données personnelles implique l'analyse de son rattachement ou de son autonomie face à la vie personnelle du salarié, qui aurait alors pour conséquence d'étendre ou de réduire le champ d'application de la vie personnelle (**C**).

A) Le respect de la notion de vie privée du salarié

**559.** Dans les arrêts de la chambre sociale, le droit à la preuve est le plus souvent mis en tension avec le respect de la vie personnelle d'un ou de plusieurs salariés. Cependant, il peut également entrer en conflit avec le respect de la vie privée d'un salarié. Deux arrêts le montrent, à partir de différents prismes d'analyse.

**560.** L'arrêt du 30 septembre 2020[818], précédemment évoqué dans le cadre de l'analyse du contrôle de proportionnalité constitue la première illustration. Dans les faits de l'espèce, était en cause la production par l'employeur d'une photographie extraite du compte Facebook privé d'une salariée ainsi que de certains éléments d'identification concernant les amis « professionnels » de cette dernière. Au visa des articles 8 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi

[818] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *à paraître au bulletin*, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *Ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733 ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *à paraitre au bulletin*.

que les articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile, la chambre sociale de la Cour de cassation indique qu'une atteinte est portée à la vie privée de la salariée. Avant de vérifier la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juges du fond, elle caractérise l'atteinte à la vie privée de la salariée concernée, et non à sa vie personnelle. D'abord, l'employeur n'avait pas l'autorisation d'accéder au profil Facebook de la salariée ; le contenu du compte devait alors échapper au pouvoir de l'employeur dès lors qu'une « demande d'ami » aurait dû être effectuée et acceptée par la salariée en amont de la collecte de l'élément de preuve. Ensuite, le compte n'avait pas de caractère professionnel. Il est possible de rapprocher cette décision de celles concernant le réseau social LinkedIn, qui est, par nature, un réseau professionnel[819]. Enfin, l'employeur produisait également des captures d'écran permettant d'identifier certains amis de la salariée susceptibles de travailler pour des sociétés concurrentes à la sienne. Cette solution peut faire l'objet de deux principales critiques. D'abord, en l'espèce, la sphère privée n'était pas concernée dès lors que les relations litigieuses avaient un caractère professionnel et que le nombre d'amis était de 200[820]. Cette argumentation crée une confusion entre l'accès aux éléments de preuve et l'objet des éléments de preuve. Dans cette affaire, l'accès aux éléments de preuve requiert une autorisation de se lier dans le cadre d'un compte privé sur un réseau social, indépendamment des relations mises en cause qui, à l'évidence, avaient un caractère professionnel. Ensuite, on peut considérer que la notion de vie personnelle aurait pu être mobilisée face au droit à la preuve du fait que la publication sur un compte Facebook peut ne pas constituer un élément protégé par le secret des correspondances.

**561.** Dans ce premier exemple, le caractère privé des éléments réside ainsi dans l'impossibilité pour un tiers d'accéder au contenu numérique volontairement rendu privé par le titulaire d'un compte de réseau social. Ainsi, les publications d'un compte rendu volontairement privé

[819] Cass. Soc., 30 mars 2022, n° 20-21.665, inédit : en l'espèce, l'employeur produisait une pièce tiré du compte LinkedIn de l'une de ses anciennes salariés. Les juges du fond ainsi que la Chambre sociale ne se sont pas prononcés sur la recevabilité de l'élément de preuve collecté par l'employeur. L'absence de débat sur cette question laisse penser que la nature professionnelle d'un réseau social permet de limiter la vigueur du droit à la preuve aux éléments de la vie privée et/ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés.

[820] B. ALLIX, « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549.

constituent des éléments de la vie privée du salarié. Un arrêt du 12 novembre 2020 de la chambre sociale de la Cour de cassation[821] complète cette solution en estimant que la production d'un « message adressé [par la salariée] à une autre salariée de l'entreprise sur le réseau Facebook » constitue une atteinte à la vie privée de la salariée concernée.

**562.** La teneur de la vie privée du salarié face au droit à la preuve peut être aussi caractérisée par la surveillance de l'employeur en dehors du temps et du lieu de travail, comme en témoigne l'arrêt du 22 mars 2023 rendu par la chambre sociale[822]. En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave après que l'employeur a effectué un contrôle de kilométrage sur le véhicule professionnel mis à sa disposition. Le contrôle de kilométrage a révélé, selon l'employeur, une utilisation excessive du véhicule professionnel à des fins personnelles. Au regard de l'obligation de sécurité qui incombe à l'employeur, les juges du fond ont retenu le maintien de la sanction disciplinaire relative aux agissements du salarié. De plus, l'arrêt précise « [qu'aucun] contrôle » de la vie privée du salarié n'a été mis en place par l'employeur. Le salarié forme un pourvoi devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans l'arrêt du 22 mars 2023, la Cour casse partiellement la solution rendue par les juges du fond. En effet, elle estime que « la collecte des données de localisation effectuée par l'employeur à l'aide du système de géolocalisation installé sur le véhicule professionnel mis à disposition du salarié, destiné à la protection contre le vol et la vérification du kilométrage, avait été utilisé par celui-ci pour surveiller le salarié et contrôler sa localisation en dehors de son temps de travail, ce dont il résultait que l'employeur avait porté atteinte à sa vie privée et que ce moyen de preuve tiré de la géolocalisation était illicite (...) ». Ainsi, les juges du fond auraient dû mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité afin de mettre en balance le droit à la preuve de l'employeur et le respect de la vie privée du salarié. Dans cet arrêt, l'atteinte est portée au respect de la vie privée et non personnelle du salarié. Pourtant, dans la conception de la vie personnelle, « l'employeur n'a pas le droit de (...) surveiller [les salariés] en dehors des horaires de travail »[823]. Ainsi, l'élément de preuve produit par l'employeur et tiré d'un système de

[821] Cass. Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583, inédit.

[822] Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

[823] P. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle, vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14.

géolocalisation aurait pu être appréhendé dans le cadre de la reconnaissance de la sphère personnelle du salarié. Cependant, un élément peut être mis en avant à l'appui de la reconnaissance de l'atteinte à la vie privée. Dans l'arrêt, l'identification de l'atteinte à la vie privée du salarié peut être caractérisée au regard de certaines circonstances de l'espèce alléguées par le salarié requérant. En effet, les trajets effectués avec le véhicule professionnel mis à disposition du salarié, en dehors des trajets professionnels, avaient pour objet de se rendre « impérativement (...) au domicile de sa mère dont l'état de nécessitait sa présence ». Dès lors, le contrôle du kilométrage effectué par l'employeur portait sur un aspect de la vie familiale du salarié, relevant ainsi du droit au respect de la vie privée.

**563.** Mis en tension avec le droit à la preuve, le droit au respect de la vie privée du salarié semble ainsi conserver les contours qui lui ont été donnés par le droit du travail. À l'inverse, le conflit entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle fait apparaitre une assimilation de la vie privée du salarié à sa vie personnelle.

### B) La vie privée au prisme de la vie personnelle du salarié

**564.** Le droit au respect de la vie personnelle du salarié est majoritairement mobilisé face au droit à la preuve. Si la notion de la vie personnelle est conçue comme une sphère d'indifférence du pouvoir de l'employeur, elle est affaiblie par la production ou à une demande de preuve litigieuse par un plaideur. En effet, le champ d'application du droit à la preuve est modelé par le champ d'application de la vie personnelle du salarié. Ainsi, étendre le champ d'application de la vie privée à la vie personnelle a pour effet d'étendre également le champ d'application du droit à la preuve, quel que soit le plaideur titulaire de ce droit. La discussion a donc pour enjeu la délimitation des droits en présence. Ainsi, le conflit entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation donne à voir une intégration des éléments de la vie privée dans la vie personnelle du salarié ce qui a pour effet d'étendre le champ d'application du droit à la preuve. Deux mécanismes à l'œuvre peuvent être identifiés. D'abord, l'assimilation d'un élément de la vie privée à la vie personnelle apparait au niveau de la nature de l'élément de preuve produit ou demandé par un plaideur ; par nature, ces éléments font partie de la sphère plus restreinte que constitue la vie privée (**1**). Ensuite, la qualification de données

personnelles invite à s'interroger sur les liens entre le droit à la protection des données personnelles et le respect de la vie personnelle (**2**).

*1. L'assimilation à la vie personnelle par la nature des éléments de preuve litigieux*

**565.** Dans son commentaire de l'arrêt du 9 novembre 2016 relatif à la reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail, Benoit Géniaut précise que « la référence au « droit à la vie personnelle » est (...) fâcheuse »[824]. L'auteur rappelle que la notion de vie personnelle « est utilisée pour fixer les limites du pouvoir patronal, en opposition à la vie professionnelle »[825]. Le droit au respect de la vie personnelle implique une délimitation de ses contours dans l'objectif de conserver une certaine autonomie du salarié tout en limitant les ingérences de l'employeur. Ainsi, l'introduction, puis la mobilisation récurrente de la vie personnelle face au droit à la preuve permet de déterminer la nature des éléments de preuve qui relèveraient de la sphère personnelle du salarié.

**566.** L'analyse de plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation permet de dresser une liste des éléments de preuve de la sphère personnelle du salarié. On s'en tiendra ici aux arrêts portant sur le conflit entre la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, ceux relatifs à la vie privée[826] et à la protection des données personnelles étant l'objet de développements ultérieurs.

**567.** Dans le cadre du conflit entre la vie personnelle des salariés et le droit à la preuve, les arrêts mettent en jeu aussi bien la production d'une preuve litigieuse que la demande d'éléments de preuve. Dans l'arrêt du 9 novembre 2016[827], le syndicat CFTC avait produit des photographies de contrats de travail, d'avenants ainsi que certains bulletins de salaires. Dans les arrêts du 16

[824] Note B. GÉNIAUT, ss Cass, Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *RDT* 2017, p. 134.

[825] *Ibid.*

[826] V. supra.

[827] Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, FS-P+B+R+I, note F. CHAMPEAUX ; *JCP G* n° 48, 2016, 1281, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *D.* 2017, n° 1, p. 37, note G. LARDEUX ; *Dr. soc.* 2017, p. 89, note J. MOULY, *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66, obs. V. ORIF ; *D. act.* 25 novembre 2016, obs. M. ROUSSEL ; *RDT* 2017, p. 134, note B. GENIAUT.

novembre 2016[828] et du 11 décembre 2019[829], des demandes de preuve avaient été formulées afin d'obtenir des avenants aux contrats de travail et des bulletins de salaire. Dans l'arrêt du 16 décembre 2020, les demandes de preuve litigieuses se font plus précises encore : « les noms et prénoms, sexe, date de naissance, l'âge et la date d'entrée de ces personnes [salariés] ainsi que leurs diplômes à l'embauche, les bulletins de paie de décembre de chaque année et le dernier bulletin de salaire [et] leur lieu de travail actuel »[830]. La demande de preuve litigieuse d'un salarié portait sur des éléments similaires dans l'arrêt du 15 février 2023[831].

**568.** Dans ces arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation mobilise, de manière exclusive, le droit au respect de la vie personnelle des salariés face au droit à la preuve. Les personnes dont le droit au respect de la vie personnelle était atteint étaient toutes, dans ces arrêts, des salariés tiers au litige. Ainsi, est mis en balance le droit à la preuve du salarié plaideur avec le droit au respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige. Si la notion de vie personnelle est conçue comme une limite à l'intrusion des prérogatives de l'employeur, sur et en dehors du temps et du lieu de travail, on peut s'apercevoir que, dans ces arrêts, la notion « est utilisée sans aucun rapport à la subordination »[832]. En effet, le droit à la preuve du salarié ou du syndicat plaideur est mis en tension avec le respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige. L'employeur défendeur dans certains de ces litiges, n'a qu'un rôle d'intermédiaire pour fournir les éléments de preuve demandés qui se trouvent en sa possession. En outre, à l'exclusion de l'arrêt du 11 décembre 2019, la chambre sociale vise, pour fonder la solution rendue, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme[833]. Or, la mobilisation du droit au respect de la vie personnelle des salariés n'a que peu de lien avec l'éventuel exercice des prérogatives de l'employeur, appuyé par l'article 8 de la Convention qui vise de manière explicite le droit au respect de la vie privée et familiale. Les

[828] Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

[829] Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516, inédit.

[830] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036.

[831] Cass. Soc., 15 février 2023, n°21-15.033, inédit.

[832] Note B. GÉNIAUT, ss Cass, Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *RDT* 2017, p. 134.

[833] *Ibid.*

éléments de preuve litigieux semblent relever davantage du droit au respect de la vie privée des salariés. En effet, les données contenues dans les bulletins de salaire, les contrats de travail ainsi que dans les curriculum vitae permettent non seulement d'identifier les salariés mais aussi de connaitre les caractéristiques individuelles de chacun. Il convient, dans cette perspective, de distinguer les supports des informations des informations en elles-mêmes. En effet, les supports des informations relèvent, par nature, de la vie professionnelle, à l'image des contrats de travails et avenants ainsi que des bulletins de salaires. Ces supports contiennent des informations professionnelles mais aussi des informations de nature privée, telles que le domicile du salarié, son âge, ainsi que ses coordonnées téléphoniques et numériques. La révélation de ces informations dans un litige devrait être rattachée au secret de la vie privée, qui protège de la divulgation les informations relevant de la vie privée du salarié.

**569.** Au-delà de l'objectif de rendre « les termes du débat plus exacts »[834], il n'est pas à exclure que la mobilisation de la vie privée face au droit à la preuve exerce une influence sur la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. En effet, si l'on considère que la vie privée est une sphère contenue dans la vie personnelle et concerne les aspects intimes d'un salarié, l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par le droit à la preuve pourrait varier dans un sens plus restreint, et ce, à deux niveaux. D'abord, réduire le champ de la recevabilité des éléments litigieux à ceux qui relèvent juridiquement du respect de la vie privée du salarié permettrait de délimiter davantage le champ d'application du droit à la preuve. Ensuite, la réduction en vue d'une délimitation précise du champ d'application du droit à la preuve pourrait être garantie par le resserrement des conditions du contrôle de proportionnalité. Dès lors que la vie privée du salarié peut être atteinte par un élément de preuve litigieux, il serait permis d'évaluer davantage la condition de proportionnalité *stricto sensu*, qui jusqu'à alors, semble presque subsumée dans la condition de nécessité de l'élément de preuve litigieux.

[834] G. PÉRONNE, « La protection des données personnelles au défi du droit à la preuve », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 356.

*2. Le traitement de la vie personnelle appliqué au droit à la protection des données personnelles*

**570.** La notion de « données personnelles », introduite par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, a connu des évolutions législatives, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne. En effet, l'adoption du Règlement général sur la protection des données par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016 a modifié le cadre juridique du traitement des données personnelles. En droit français, la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a transposé les nouvelles dispositions européennes, modifiant ainsi l'état du droit en vigueur depuis la loi du 6 janvier 1978. Pour les besoins de l'étude, il suffira de rappeler que le Règlement général sur la protection des données personnelles définit les données personnelles comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». La personne physique « identifiable » doit s'entendre comme « une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique (...) »[835].

**571.** Cette définition amène à considérer que le droit à la protection des données personnelles peut être concilié avec le droit à la preuve d'un plaideur. Ainsi, l'identification des données personnelles relevant du régime de la loi du 6 janvier 1978 ou plus récemment, du Règlement général sur la protection des données personnelles est apparue dans les arrêts relatifs au droit à la preuve. Les arrêts de la chambre sociale montrent que le droit à la protection des données personnelles est traité, dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, sous l'angle du respect de la vie personnelle des salariés. Ce traitement particulier réservé au droit à la protection des données personnelles conduit à diviser ces développements selon la qualité du bénéficiaire du droit à la preuve. En effet, la conception de la vie personnelle en droit du travail conduit à analyser la conciliation entre le droit à la protection des données personnelles et le droit à la preuve de l'employeur (**a**). En raison du caractère symétrique du droit à la preuve, le conflit entre le droit à

[835] Article 4, 1) du Règlement général sur la protection des données personnelles.

la preuve du salarié et la protection des données personnelles des salariés tiers au litige est apparu dans la jurisprudence (**b**).

a) Droit à la preuve de l'employeur et protection des données personnelles des salariés

**572.** Plusieurs arrêts rendus par la chambre sociale concilient le droit à la preuve de l'employeur et la protection des données personnelles des salariés. Dans un premier arrêt du 25 novembre 2020[836], les juges identifient en tant que données personnelles la collecte et la production dans un litige par l'employeur d'adresses Internet Protocol (IP) qui s'apparentent à des numéros d'identification ainsi que des fichiers de journalisation aux fins de justifier le licenciement disciplinaire d'un salarié qui avait usurpé des données informatiques. Bien que l'élément de preuve soit considéré comme illicite, la Cour exige des juges du fond de mettre en balance le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle du salarié. Elle procède de manière similaire dans un arrêt du 10 novembre 2021[837] par lequel elle confirme sa position. Dans cette espèce, la mise en balance concernait le droit à la preuve de l'employeur qui justifiait la recevabilité d'extraits de vidéosurveillance pour justifier le licenciement pour faute grave d'une salariée et le respect de la vie personnelle de celle-ci. Les extraits de vidéosurveillance portaient une atteinte à la vie personnelle dès lors qu'ils étaient détournés de la finalité poursuivie et déclarée par l'employeur, consistant à garantir la sécurité des biens et des personnes. Une solution similaire est retenue par la Cour dans un arrêt du 8 mars 2023[838] dès lors que la production d'extraits de vidéosurveillance par l'employeur ne respectait pas les conditions d'informations des finalités du traitement ainsi que l'obligation d'une autorisation préfectorale en amont de la mise en place du dispositif de vidéosurveillance dans l'entreprise. La Cour a, par ailleurs, dans un autre arrêt du même jour[839],

[836] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à paraître au bulletin, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, n° 5, 1032 ; note S. MRAOUAHI, *RDT* 2021, p. 199 ; Obs. C. CRICHTON, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 655 ; Note N. TRASSOUDAINE-VERGER, *Dr. soc.* 2021, p. 21 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; Comm. A. DEBET, *Revue communication/commerce électronique*, n°1, janvier 2021, comm. 7.

[837] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

[838] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, publié au bulletin.

[839] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

prolongé l'application du contrôle de proportionnalité à d'autres cas de production de données personnelles en exigeant la mise en balance du droit à la preuve de l'employeur et du respect de la vie personnelle du salarié, dès lors que l'employeur produit des données relevant d'un système de badgeage mis en place à l'entrée de l'entreprise et détourné de ses finalité pour contrôler les horaires et le temps de travail du salarié.

**573.** En amont de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, la Cour procède d'abord à l'identification et à la qualification des données produites par l'employeur en tant que données à caractère personnel. Sont considérées comme telles les données qui permettent d'identifier directement ou indirectement une personne physique. Se rapportent à cette définition les extraits de vidéosurveillance ou encore les moyens mis en place dans l'entreprise pour assurer le traçage informatique de l'activité des salariés. Face au droit à la preuve de l'employeur, la Cour souhaite confronter le droit au respect de la vie personnelle du salarié tout en délaissant le droit à la protection des données personnelles. Si la mobilisation de la notion de vie personnelle, en elle-même, semble logique au regard de la mise en œuvre des prérogatives de l'employeur, le rattachement implicite de la notion de données personnelles au respect de la vie personnelle interroge quant à la possible reconnaissance de l'autonomie du droit à la protection des données personnelles[840], affirmé à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[841]. En outre, l'interrogation quant à l'autonomie du droit à la protection des données personnelles doit être appréciée au regard de l'étendue du champ d'application du droit au respect de la vie personnelle. En effet, le rattachement des données à caractère personnel à la sphère personnelle permettrait d'étendre le champ d'application de la vie personnelle des salariés, impliquant par extension, un possible élargissement du champ d'application du droit à la preuve de l'employeur. À l'inverse, la recherche de conciliation entre le droit à la preuve et le droit à la protection des données personnelles impliquerait davantage de restrictions, dès lors que le droit à la protection des données personnelles est plus précisément encadré par des règles juridiques

[840] M. CLÉMENT-FONTAINE, « L'union du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée », *Légipresse* 2018, p. 19.

[841] « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

établies, tant au niveau européen[842] qu'au niveau national, que la notion de vie personnelle en droit du travail. Par ailleurs, le droit à la protection des données personnelles ne peut se confondre avec la notion de vie personnelle dès lors que certaines données concernant des éléments de la vie privée d'un salarié[843]. Pourtant, bien que les données personnelles collectées de manière illicites puissent être rattachées à la vie privée des salariés, la chambre sociale procède de manière similaire dès lors qu'est mis en tension le droit à la preuve du salarié.

b) Droit à la preuve du salarié et protection des données personnelles des salariés

**574.** Un troisième arrêt rendu le 8 mars 2023[844] met en œuvre la conciliation entre le droit à la preuve d'un salarié et la protection des données personnelles par l'intermédiaire du droit au respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige. En l'espèce, une salarié a saisi la juridiction prud'homale afin de faire reconnaitre l'existence d'une inégalité de traitement dont elle s'estimait victime. Sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, l'ancienne salariée demandait à ses deux employeurs successifs la communication des bulletins de salaires de huit salariés. Les bulletins de salaire devaient être produits par les employeurs avec occultation de certaines données personnelles, à l'exception des prénoms et noms des salariés, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée ainsi que la rémunération brute annuelle des huit salariés. La Cour d'appel de Paris fait droit aux demandes de la salariée en précisant que la communication des bulletins de salaire était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve au regard de l'intérêt légitime poursuivi par elle. Les employeurs forment un pourvoi devant la Cour de cassation en estimant que la communication de ces documents violait les obligations du Règlement général sur la protection des données personnelles dès lors que la divulgation à un tiers des

[842] Le Règlement général sur la protection des données prévoit les règles d'utilisation en justice des éléments couverts par le droit à la protection des données personnelles, article 9, f) : « f) le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle » ; dans le même sens, article 49, e) : « e) le transfert est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice ».

[843] M. CLÉMENT-FONTAINE, « L'union du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée », *Légipresse* 2018, p. 19.

[844] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, publié au bulletin.

informations n'était pas prévue dans la finalité de collecte des données par l'entreprise. La Cour rejette le pourvoi formé par les employeurs, confirmant ainsi la position de la Cour d'appel de Paris en prenant position sur deux points.

**575.** Au début de sa motivation, la Cour rappelle certaines dispositions du préambule du Règlement général sur la protection des données personnelles, dont le point 4, qui énonce 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 ». Pour la première fois, la chambre sociale sollicite des éléments contenus dans le Règlement européen en évoquant « le droit à la protection des données à caractère personnel ». Si le début de cette motivation laisse penser à un simple rappel d'une partie du préambule de l'introduction, tel n'est pas le cas : la Cour donne plutôt à voir un prolongement de l'introduction du droit à la protection des données personnelles dans le débat probatoire impulsé par le droit à la preuve. En effet, la production des bulletins de salaire peut être appréhendée sous l'angle des données personnelles car ces documents contiennent des informations qui permettent de procéder à l'identification d'une personne physique. En l'espèce, la demande de production contenaient des données personnelles, dont certaines étaient occultées. Le nom, le prénom, les éléments de la rémunération et la classification professionnelle constituent des éléments d'identification des salariés. Bien qu'un mouvement juridique de « (...) transparence des rémunérations au service de l'égalité entre les femmes et les hommes »[845] soit à l'œuvre, les données non anonymisées sont des données personnelles. Ainsi, les bulletins de salaire constituent des traitements de données personnelles soumis à des règles de conservation qui s'imposent à l'employeur. L'énoncé explicite d'un droit à la protection des données personnelles peut donc impulser une nouvelle dynamique dans la recherche de conciliation avec le droit à la preuve du salarié. Cependant, lors de l'énoncé des conditions du contrôle de proportionnalité, la chambre sociale exige que le droit à la preuve soit concilié avec le droit au respect de la vie personnelle des salariés. La Chambre sociable semble, à l'image de ce qu'elle a décidé concernant le droit à la preuve de l'employeur, rattacher le droit à la protection des données personnelles à la notion de vie personnelle des salariés. En effet, la protection des données personnelles n'est pas expressément

[845] P. LE BOURGEOIS, « Les données personnelles, éléments de preuve indispensables en matière de lutte contre les discriminations », *RDT* 2023, n° 4, p. 237.

mentionnée dans l'arrêt parmi les droits en présence qu'il convient de concilier avec la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, et cela alors même qu'elle est mentionnée dans le premier temps de la motivation.

**576.** Pourtant, la protection des données personnelles pourrait relever là encore du respect de la vie privée. Si la vie privée du salarié recouvre « l'intégrité physique et morale d'une personne ainsi que de multiples aspects de son identité physique et sociale »[846], les données personnelles s'intègrent dans cette notion. En effet, les données personnelles permettent l'identification directe ou indirecte d'un salarié. Si dans les faits de l'espèce, la domiciliation des salariés était occultée, le nom et le prénom ainsi que les éléments de rémunération n'étaient pas anonymisés. De surcroit, la mobilisation de la notion de vie personnelle à l'aune du droit à la preuve du salarié peut surprendre dans la mesure où la notion de vie personnelle constitue une limite à l'exercice du pouvoir de l'employeur.

[846] C. MATHIEU, « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité », *RDT* 2020, p. 652.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**577.** Trois notions émergent de la recherche de conciliation entre le respect de la vie personnelle et le droit à la preuve : le droit au respect de la vie privée, le droit au respect de la vie personnelle en tant que tel et le droit à la protection des données à caractère personnel. Le droit au respect de la vie privée renvoie à la vie privée et familiale et tend à préserver l'intimité du salarié ainsi que ses caractéristiques individuelles. Le droit au respect de la vie personnelle, notion particulière au droit du travail, implique la préservation d'une zone d'autonomie du salarié, plus large que celle relevant de la vie privée, afin de limiter, voire d'empêcher l'exercice des prérogatives de l'employeur en dehors des relations de travail. Enfin, le droit à la protection des données à caractère personnel tend à la garantie des droits des salariés sur la collecte et l'utilisation des informations d'identification, de manière directe ou indirecte.

**578.** L'analyse des différents arrêts invite à considérer que le droit au respect de la vie privée ainsi que le droit à la protection des données à caractère personnel sont majoritairement traitées sous l'angle du respect de la vie personnelle. Pourtant, rien n'empêcherait d'envisager la mise en balance du droit à la preuve et du droit au respect de la vie privée ou du droit à la protection des données à caractère personnel. La mobilisation de ces différentes notions adaptées aux faits de l'espèce permettrait une meilleure identification des droits en présence. En outre, l'identification du droit au respect de la vie privée pourrait être utilisée aux fins de réduire le contrôle de proportionnalité et de restreindre par ricochet le champ d'application du droit à la preuve. De la délimitation des droits en présence, il convient de s'intéresser à l'articulation du droit à la preuve avec le respect de la vie privée ou de la vie personnelle du salarié.

## Section 2. L'articulation entre le droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et le droit à la preuve

**579.** L'articulation entre le droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et le droit à la preuve implique différents éléments qui reposent principalement sur les conditions du contrôle de proportionnalité. Dans les développements qui précèdent on a montré comment celles-ci étaient mises en œuvre, notamment dans le cadre de la conciliation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée ou personnelle des salariés. Ainsi, l'enjeu de cette partie de l'étude doit porter sur les conséquences de la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité. En effet, on s'attachera à démontrer que le droit à la preuve s'accompagne d'un recul de la préservation de la vie privée ou personnelle du salarié, cette dernière étant considérée comme une règle d'exclusion des éléments de preuve dans les contentieux du travail. Ce recul n'est toutefois perceptible que dans le périmètre d'application du droit à la preuve. A l'inverse, le respect de la vie privée ou de la vie personnelle du salarié doit encore être considéré comme une règle d'exclusion des éléments de preuve litigieux dès lors que l'élément de preuve contesté n'est pas indispensable et proportionné au but poursuivi par le plaideur, autrement dit lorsque les conditions d'application du droit à la preuve ne sont pas réunies. Ainsi, alors que le droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié demeure bien une règle d'exclusion des éléments de preuve litigieux, la portée de ce droit défensif tend à s'atténuer face au droit à la preuve. Au-delà des conditions du contrôle de proportionnalité, il convient d'identifier les moyens d'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié, qui constituent les ressources qu'un plaideur peut mobiliser pour la reconnaissance du droit à la preuve (**§I**), puis d'analyser les conséquences de l'atteinte selon que celle-ci provient du droit à la preuve de l'employeur ou du droit à la preuve du salarié, ce que l'on peut qualifier pour les besoins de l'étude *des axes d'atteinte*, organisés selon la qualité du bénéficiaire du droit à la preuve (**§II**).

### I. L'identification des moyens d'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié

**580.** L'existence d'un conflit de droits conduisant à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité suppose, par hypothèse, qu'un droit porte atteinte à un autre. En raison de son objet, le droit à la preuve provoque intrinsèquement une atteinte à un droit, une liberté ou à un

secret. L'atteinte à la vie personnelle ou privée d'un ou de plusieurs salariés constituent un dommage d'où découle l'existence d'un préjudice. Cette atteinte existe indépendamment du résultat de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juges du fond. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un préjudice causé par la production d'une correspondance privée d'une salariée dès lors « que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »[847].

**581.** L'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié, peut être analysée en suivant une distinction en germe dans la doctrine[848]. D'abord, l'atteinte à la vie privée ou personnelle d'un salarié peut être *directe*. L'élément de preuve litigieux, par sa nature, porte atteinte à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés (**A**). Ensuite, l'atteinte à la vie privée ou personnelle d'un salarié peut être *indirecte*. Dans cette hypothèse, l'élément de preuve litigieux n'est pas, par nature, attentatoire à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés, mais l'atteinte est la conséquence d'un élément de preuve considéré comme illicite (**B**).

A) <u>L'identification d'une atteinte directe à la vie privée ou personnelle du salarié</u>

**582.** L'atteinte directe à la vie privée ou à la vie personnelle d'un salarié se matérialise par la production spontanée ou la demande de preuve formulée par un employeur ou un salarié plaideur à l'occasion ou en vue d'un litige. Ainsi, l'atteinte à la vie privée est caractérisée par la nature de l'élément de preuve litigieux.

**583.** S'agissant d'une demande de preuve litigieuse, les arrêts démontrent que celle-ci porte principalement sur les informations concernant des salariés tiers à un litige. En ce sens, plusieurs arrêts illustrent la notion d'atteinte à la vie privée ou personnelle des salariés tiers. Parmi ceux-ci

[847] Cass. Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583, inédit.

[848] B. ALLIX, « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549.

les arrêts du 16 décembre 2020[849] et du 22 septembre 2021[850] de la chambre sociale tranchent des litiges survenus dans des situations de fait similaires : un salarié plaideur a formulé une demande de preuve sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile afin d'apporter la preuve de l'existence d'une discrimination. En raison de la nature du contentieux, les salariés plaideurs demandaient la communication, par l'employeur, d'informations à caractère privé concernant d'autres salariés employés à la même période qu'eux. Ces arrêts mettent donc en balance le droit à la preuve du salarié plaideur et le droit au respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige par l'intermédiaire de la position de défendeur de l'employeur. L'atteinte à la vie privée ou personnelle est alors caractérisée par le juge en amont ou pendant le déroulement du litige. En effet, si ces arrêts sont fondés exclusivement sur l'article 145 du Code de procédure civile, il n'est pas exclu que l'article 143 du même code soit mobilisé, au fond, par un plaideur afin de formuler une demande de preuve qui possède un caractère litigieux en raison de la nature des éléments de preuve demandés. Dans la perspective de l'article 145 du Code de procédure civile, la mesure d'instruction *in futurum* devient un élément litigieux dès lors qu'un ou plusieurs éléments de preuve demandés portent, par nature, une atteinte à un autre droit. Le droit à la preuve peut alors porter une atteinte à un autre droit indépendamment de la qualité de plaideur ou non au litige ; l'existence d'une atteinte à la vie privée ou personnelle d'un salarié n'est pas tributaire de la qualité de plaideur ou non, mais dépend de l'objet du droit à la preuve dans un litige.

**584.** S'agissant d'une offre de preuve litigieuse dont l'atteinte est portée directement à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés, la principale illustration est l'arrêt du 30 septembre 2020[851]. En l'espèce, l'employeur avait produit des photographies issues de publications sur un compte privé Facebook par l'une de ses salariés, qui démontraient que celle-ci avait violé son obligation contractuelle de confidentialité. Les photographies contenaient les publications de

[849] Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036.

[850] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *à paraitre au bulletin*, note H. BARBIER, *RDT* 2022, p. 95 ; obs. C.-A. DONZEL, M. DELANDRE, *JSL* n° 528, 22 octobre 2021 ; obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *JCP G* n° 41, 1054-1055 ; note C. BLANQUART, *JCP S* n° 45, doctr. 1279.

[851] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

la salariée ainsi que certains de ses « amis » qui travaillaient pour certaines sociétés concurrentes à celle de son employeur. Les photographies comportaient des éléments relevant de la vie professionnelle. Pourtant, l'atteinte à la vie privée de la salariée a été caractérisé dès lors que le compte de la salariée était privé et que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, n'étant pas agrée par la titulaire du compte. Dans cet arrêt, l'atteinte directe à la vie privée de la salariée repose sur l'accessibilité aux éléments de preuve contenus dans un domaine qui appartient à la sphère privée. La production probatoire relevant de l'absence d'autorisation par la salariée à accéder au contenu de son compte Facebook privé porte atteinte, par nature, au droit au respect de sa vie privée. Ainsi, le contenu du compte produit par l'employeur semble peu déterminant dans l'identification de l'atteinte à la vie privée dès lors qu'une inaccessibilité est caractérisée.

**585.** L'atteinte directe à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés provient ainsi de la nature privée ou personnelle des éléments de preuve litigieux. Celle-ci doit d'abord être appréciée *stricto sensu* : l'élément de preuve a une nature intrinsèquement privée ou personnelle. Ensuite, la nature privée ou personnelle peut être relevée dès lors que l'élément de preuve est collecté dans un environnement privé. Dans cette hypothèse, la collecte d'élément de preuve crée une atteinte dès lors que le contenu était inaccessible à un plaideur, devenant titulaire d'un droit à la preuve. L'atteinte indirecte repose sur un mécanisme différent.

B) <u>L'identification d'une atteinte indirecte à la vie privée ou personnelle du salarié</u>

**586.** L'identification d'une atteinte indirecte à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés suppose de déterminer, au préalable, le caractère illicite de l'élément de preuve. Il s'agit de démontrer que la violation d'une obligation par l'employeur entraine la reconnaissance du caractère illicite de l'élément de preuve produit et crée, par conséquent, la reconnaissance d'une atteinte à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés. Dans cette hypothèse, l'atteinte à la vie privée ou personnelle découle du caractère illicite de l'élément de preuve et non de l'atteinte à un autre droit en elle-même.

**587.** L'atteinte indirecte à la vie privée ou personnelle du salarié apparait principalement dans les arrêts relatifs au droit à la preuve de l'employeur. Ces arrêts, déjà évoqués plus haut le seront

ici sous un autre prisme qui permet de déterminer si la reconnaissance du caractère illicite constitue ou non un préalable à l'identification d'une atteinte indirecte à la vie privée ou personnelle du salarié. Depuis que la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que l'élément de preuve illicite ne doit plus systématiquement être écarté des débats, l'identification d'un élément de preuve illicite peut reposer sur deux éléments, l'un portant sur l'identification et la collecte de données personnelles (**1**), l'autre relatif à l'information inexacte et partielle de l'employeur quant à l'utilisation d'un système de surveillance (**2**).

*1. L'atteinte indirecte au moyen de la collecte des données personnelles des salariés*

**588.** D'abord, dans l'arrêt du 25 novembre 2020[852], l'employeur avait produit des fichiers de journalisation, des logs ainsi que l'adresse IP retraçant l'activité numérique d'un salarié et permettant son identification. La Chambre sociale énonce que « l'exploitation des fichiers de journalisation, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, constitue un traitement de données à caractère personnel (...) et était ainsi soumise aux formalités préalables à la mise en œuvre de tels traitements (...), ce dont il résultait que la preuve était illicite et, dès lors, les prescriptions énoncées au paragraphe 16 du présent arrêt invocables (...), la cour d'appel a violé les textes susvisés ». De ce premier exemple, il résulte que le caractère illicite de l'élément de preuve découle du non-respect des obligations relatives au traitement et à la collecte des données personnelles, instituées par la loi du 6 janvier 1978, applicable antérieurement à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données personnelles.

**589.** De même, dans un arrêt du 8 mars 2023[853], un employeur a produit des données personnelles résultant du système de badgeage à l'entrée du lieu de travail afin de justifier le licenciement pour faute grave d'un salarié. La finalité déclarée par l'employeur au moment de la

[852] Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à paraître au bulletin, note B. BOSSU, *JCP S* 2021, n° 5, 1032 ; note S. MRAOUAHI, *RDT* 2021, p. 199 ; Obs. C. CRICHTON, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 655 ; Note N. TRASSOUDAINE-VERGER, *Dr. soc.* 2021, p. 21 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; Comm. A. DEBET, *Revue communication/commerce électronique*, n°1, janvier 2021, comm. 7.

[853] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

mise en place du système de badgeage ne correspondait pas à celle utilisée aux fins de justifier le licenciement, car les données personnelles avaient été recueillies par l'employeur en rapprochant ces données « de celles issues du logiciel du contrôle du temps de travail afin de contrôler l'activité et les horaires de travail (...) ». Les juges du fond, suivis sur ce point par la Cour de cassation, relèvent le caractère illicite de l'élément de preuve dès lors que le procédé n'avait fait l'objet ni d'une déclaration auprès du correspondant informatique et liberté au sein de l'entreprise, ni d'une information préalable auprès des salariés et des institutions représentatives du personnel. Pourtant, la Cour casse la décision de la Cour d'appel de Paris en ce que les juges du fond n'ont pas mis en œuvre le contrôle de proportionnalité dès lors qu'ils avaient caractérisé l'existence d'un moyen de preuve illicite. La position de la Chambre sociale permet vient étayer l'hypothèse formulée plus haut : le caractère illicite d'un élément de preuve fonde la mise en balance entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie personnelle des salariés dès lors qu'il existe une ou plusieurs violations des obligations en matière de traitement et de collecte des données personnelles des salariés.

*2. L'atteinte indirecte au moyen d'une information partielle de l'employeur*

**590.** Le caractère illicite de la preuve peut également résulter de la violation des obligations d'information et de consultation des salariés et des membres du comité économique et social. L'arrêt du 10 novembre 2021[854] en constitue la première illustration. L'employeur avait produit des enregistrements extraits d'un dispositif de vidéosurveillance qui n'avait pas fait l'objet d'une information complète et exacte dès lors que le dispositif a été utilisé aux fins « de contrôler et de surveiller l'activité des salariés » sur le lieu de travail. De ce fait, la Chambre sociale tire « que l'employeur aurait dû informer les salariés et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, le moyen de preuve tiré des enregistrements de la salariée était illicite (...) ». Ainsi, le caractère illicite de l'élément de preuve ne découle pas de l'atteinte à la vie privée ou personnelle elle-même, mais résulte de la violation de l'obligation d'information qui incombe à l'employeur en matière de dispositifs de surveillance mis en place dans l'entreprise. Il en est de même lorsque l'employeur produit des extraits issus d'un dispositif de surveillance issus

[854] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

d'un dispositif dont les salariés n'avaient pas été informés du fondement juridique et des finalités qui justifient son existence[855]. Dans cette hypothèse, la Cour approuve la décision des juges du fond qui ont « exactement déduit que les enregistrements litigieux extraits de la vidéosurveillance constituaient un moyen de preuve illicite ».

**591.** Les atteintes à la vie privée ou personnelle peuvent donc être de deux ordres. L'atteinte peut être directe, fondée sur la nature de l'élément de preuve. L'atteinte peut être considéré comme indirecte, fondée sur le caractère illicite de l'élément de preuve qui crée une atteinte à la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés. Les atteintes ainsi constatées, qu'elles soient directes ou indirectes, peuvent être également caractérisées selon un autre axe, que l'on désignera ici comme un axe d'atteinte.

## II. Les axes d'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié

**592.** Si l'articulation entre les règles issues du droit de la preuve et le respect des libertés individuelles ont toujours constitué « un couple difficile »[856], il apparait que le droit à la preuve étend l'application des règles probatoires dérogatoires. En effet, si l'idée que le champ d'application de la recevabilité des éléments litigieux fait reculer le champ d'application de la vie privée ou personnelle du salarié n'est pas nouvelle[857], la manière dont se manifeste le recul de cette règle d'exclusion appelle une analyse précise. Afin de dresser un cadre analytique, il convient de procéder par catégories en identifiant des axes d'atteinte.

**593.** Le concept des axes d'atteinte renvoie à une classification fondée sur la titularité du droit à la preuve des plaideurs au regard de leurs différentes qualités. Elle permet de distinguer selon que les droits en conflits s'inscrivent sur un axe vertical (employeur/salarié) ou horizontal (entre salariés ou entre des salariés et un syndicat professionnel). En droit du travail, il aurait été

[855] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, publié au bulletin.

[856] F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.* 2004, p. 48.

[857] P. VAN DETH, « Une mise à mal de la protection de la vie personnelle en quête de juste proportion », *RDT* 2023, n° 4, p. 234.

envisageable de distinguer le droit à la preuve de l'employeur et le droit à la preuve du salarié comme constituant deux axes d'atteinte à la vie privée et personnelle des salariés. Cependant, un syndicat a été aussi reconnu titulaire d'un droit à la preuve. Ainsi, il convient d'envisager les acteurs concernés en suivant deux axes d'analyse. L'atteinte verticale renvoie au conflit entre le droit à la preuve de l'employeur et le respect de la vie privée ou personnelle du salarié (**A**), tandis que l'atteinte horizontale renvoie à l'atteinte que peut porter le droit à la preuve du salarié ou du syndicat au respect de la vie privée ou personnelle des salariés (**B**).

A) L'atteinte verticale à la vie privée ou personnelle du salarié

**594.** L'atteinte verticale est caractérisée par la capacité de l'employeur à collecter des éléments de preuve litigieux attentatoires à la vie privée ou personnelle des salariés. Par la consécration de son droit à la preuve, sa « capacité d'investigation »[858] a été étendue, tant dans sa dimension matérielle que temporelle. Ainsi, la collecte des éléments de preuve litigieux par l'employeur peut être garantie par le droit à la preuve, aussi bien au temps et lieu de travail (**1**) qu'en dehors du temps et du lieu de travail (**2**).

*1. La collecte des éléments de preuve litigieux au temps et lieu de travail*

**595.** Au temps et au lieu de travail, l'état de subordination dans lequel se trouve les salariés justifie l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur[859]. Pourtant, le salarié a droit au respect de sa vie privée sur le lieu de travail[860] dans le cadre des droits et libertés reconnus aux salariés dans l'entreprise. Ainsi, la nécessaire conciliation entre l'exercice du pouvoir de l'employeur et la préservation des droits du salarié se prolonge dans le domaine probatoire. Cependant, le droit à la preuve de l'employeur modifie les paramètres de cette conciliation. Le champ d'application des éléments de preuve litigieux possiblement recevables a été élargi par la jurisprudence. Il est possible, sous couvert du droit à la preuve, de produire des enregistrements extraits de dispositifs

[858] F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.* 2004, p. 48.

[859] E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546.

[860] Cass. Soc., 2 octobre 2001, arrêt « Nikon », n° 99-42.942, *Bull. civ.* V, n° 291, p. 233.

de surveillance ou des éléments de preuve issus d'une collecte des données personnelles des salariés. Ces deux régimes d'illicéité obéissent à des règles différentes. La production par l'employeur d'enregistrements issus d'un dispositif de surveillance est illicite dès lors qu'il n'a pas fait l'objet d'une information exacte et complète à destination des salariés et des institutions représentatives de l'entreprise[861]. S'agissant de la collecte des données personnelles, celle-ci peut être illicite en cas de violation des règles relative au traitement des données personnelles[862]. Ces deux régimes d'illicéité ont pour conséquence commune de porter atteinte à la vie privée ou à la vie personnelle d'un ou de plusieurs salariés.

**596.** Ces manières de concevoir l'illicéité d'un élément de preuve attentatoire au droit au respect de la vie privée et personnelle du salarié constitue un enjeu au niveau du champ d'application de l'élément de preuve illicite. L'atteinte indirecte à la vie privée ou à la vie personnelle semble impliquer, du point de vue de l'employeur, deux critères principaux qui relèvent du régime de l'illicéité. D'abord, l'information inexacte, voire partielle des salariés et des institutions représentatives du personnel, ensuite, la collecte des données personnelles en dehors des finalités déclarées par l'employeur suivant la mise en place d'un dispositif automatisé.

**597.** Le recul des règles d'exclusion des éléments de preuve, en particulier le droit au respect de la vie privée et personnelle, peut-être plus important par la mobilisation de ces deux critères. En effet, ces deux critères d'illicéité[863] peuvent potentiellement trouver à s'appliquer dans des domaines plus nombreux, dès lors que l'on raisonne par analogie. Dans le cadre d'une information partielle qui serait un critère d'illicéité, il est permis de penser que l'information partielle d'un salarié préalablement à la fouille d'un vestiaire ou de tout autre local de nature privée organisée par l'employeur pourrait éviter de rejeter systématiquement des débats l'élément de preuve tiré de la fouille du vestiaire ou d'un sac. Ainsi, cela pourrait entrainer une inflexion de la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur l'interdiction par l'employeur de procéder à une fouille

[861] V. supra.

[862] V. supra.

[863] Les critères d'illicéité renvoie aux éléments qui constituent le motif d'illicéité, sur cette distinction, v. infra, p. 353 et s.

du vestiaire du salarié dès lors que celui-ci n'a pas été informé et dûment appelé[864]. De surcroit, l'employeur ne peut produire aux débats des éléments de preuve résultant de la fouille du sac d'un salarié dès lors que celui-ci n'a pas été informé « de son droit de s'opposer à l'ouverture de son sac et au contrôle de son contenu »[865]. Ces éléments relevant d'une procédure d'information globale relative aux droits du salarié pourraient voir leur portée atténuée sous l'effet de la garantie du droit à la preuve.

### 2. *La collecte des éléments de preuve litigieux en dehors du temps et du lieu de travail*

**598.** L'existence que mène le salarié en dehors du temps et du lieu de travail relève, en principe, de sa vie privée et de sa vie personnelle. Durant cette période, le salarié n'est pas à disposition de l'employeur et n'est donc pas maintenu dans un état de subordination juridique. Cependant, certaines incursions du pouvoir de l'employeur ont été admises par la jurisprudence de la Chambre sociale. Par exemple, l'employeur retrouve la teneur de son pouvoir disciplinaire dès lors qu'un salarié viole l'une de ses obligations contractuelles en dehors du temps et du lieu de travail. Dans le cadre du droit à la preuve, une illustration a peut être trouvée dans l'arrêt du 30 septembre 2020[866] rendu par la Chambre sociale. L'atteinte à la vie privée par l'exercice du pouvoir disciplinaire de

[864]Cass. Soc., 15 avril 2008, n° 06-45.902, *Bull. civ.* V, n° 85 : « Mais attendu que l'arrêt confirmatif, après avoir relevé par motifs propres et adoptés que le salarié avait été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture, limitée aux seuls casiers non identifiés dans le délai prévu à cette fin, avait eu lieu en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité dans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux, a exactement décidé que celle-ci était licite, et souverainement estimé que la détention d'objets non autorisés par le règlement intérieur constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ; (...) ».

[865] Cass. Soc., 11 février 2009, n° 07-42.068, *Bull. civ.* V, n° 40 : « Attendu cependant que l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'il ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans qu'il résulte de ses constatations que le salarié avait été informé de son droit de s'opposer à l'ouverture de son sac et au contrôle de son contenu, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (...) ».

[866] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin, *op. cit.* n° 767.

l'employeur dans le cadre du droit à la preuve s'explique par le prolongement, dans le droit probatoire, des règles de fond relatives à l'articulation entre la vie professionnelle, la vie privée et la vie personnelle du salarié. Un fait tiré de la vie privée ou de la vie personnelle peut également justifier l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsqu'il est rattachable à la vie professionnelle, en cas de trouble objectif caractérisé dans l'entreprise[867] ou encore la violation par le salarié de son obligation générale de loyauté inhérente au contrat de travail[868]. Cette extension du pouvoir de l'employeur fait apparaitre de possibles prolongements du droit à la preuve en dehors du temps et du lieu de travail.

**599.** L'arrêt du 22 mars 2023[869] constitue une seconde illustration des possibilités probatoires offertes à l'employeur en dehors du temps et du lieu de travail. En l'espèce, un chauffeur a fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire, puis a été licencié pour faute grave du fait de l'utilisation excessive d'un véhicule professionnel mis à disposition par l'employeur. Afin de justifier les sanctions prononcées, l'employeur avait produit les données résultant d'un système de géolocalisation installé sur le véhicule professionnel du salarié. Contestant la sanction disciplinaire ainsi que son licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale. Le salarié est débouté de ses demandes par la Cour d'appel d'Amiens. Les juges du fond ont estimé que le contrôle du kilométrage par l'employeur ne constituait pas un contrôle de la vie privée du salarié, dès lors qu'il incombe à l'employeur de respecter son obligation de sécurité. Ainsi, le système de contrôle de géolocalisation aurait été justifié par un contrôle du kilométrage en raison de l'existence de l'obligation de sécurité de l'employeur. Le salarié a formé un pourvoi devant la chambre sociale de la Cour de cassation en critiquant la décision des juges du fond sur le fondement principal de l'article L. 1121-1 du Code du travail. La chambre sociale casse la décision des juges du fond relativement à la demande d'annulation de la sanction disciplinaire. En cohérence avec sa jurisprudence antérieure, elle rappelle que l'élément de preuve illicite n'est pas systématiquement rejeté des débats et doit faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité, entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée du salarié. Dans ce cadre, l'élément de preuve illicite peut être recevable

[867] Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-22.117, inédit.

[868] Cass. Soc., 16 janvier 2019, n° 17-15.002, inédit.

[869] Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

si et seulement s'il est indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionné au but poursuivi. La chambre sociale estime que « la collecte des données de localisation effectuée par l'employeur à l'aide du système de géolocalisation installé sur le véhicule professionnel mis à disposition du salarié, destiné à la protection contre le vol et la vérification du kilométrage, avait été utilisé par celui-ci pour surveiller le salarié et contrôler sa localisation en dehors de son temps de travail, ce dont il résultait que l'employeur avait porté atteinte à sa vie privée et que ce moyen de preuve tiré de la géolocalisation était illicite (...) ». Ainsi, les prescriptions en matière de droit à la preuve étaient invocables, les juges du fond auraient dû mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité afin de statuer sur la recevabilité ou non de l'élément de preuve illicite produit par l'employeur.

**600.** Cet arrêt permet de percevoir les potentialités du droit à la preuve de l'employeur. La justification du licenciement reposait sur l'obligation de sécurité de l'employeur. Il a été relevé que le licenciement du salarié reposait principalement sur les risques liés à un kilométrage journalier important sans préciser les risques précis liés à l'obligation de sécurité. Afin de respecter son obligation de sécurité, l'employeur avait procédé à un contrôle du kilométrage du véhicule professionnel mis à la disposition du salarié. Le respect de l'obligation de sécurité de l'employeur et le respect de la vie privée du salarié met en relief une tension entre l'exercice légitime du pouvoir de l'employeur et les droits du salariés en dehors du temps et du lieu de travail. Si le respect de l'obligation de sécurité constitue un élément essentiel dont l'objectif est d'éviter la survenance des risques liés à la santé et à la sécurité des salariés, la mise en œuvre de cette obligation confère à l'employeur un prolongement de ses prérogatives. En énonçant que l'élément de preuve est illicite car il résulte d'une surveillance du salarié en dehors du temps et du lieu de travail, la Chambre sociale reconnait le prolongement du champ d'application du pouvoir de l'employeur si l'élément de preuve est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionné au but poursuivi. L'exercice des prérogatives de l'employeur peut être ainsi légitimé lors de la production d'éléments de preuve illicites en justice en raison des obligations particulières énoncées dans les dispositions du Code du travail. Il en ressort une idée plus générale : les obligations particulières qui incombent à l'employeur en raison de sa qualité peuvent être des éléments de justification au service de la réalisation de son droit à la preuve dans un litige. Ainsi, les liens établis entre les obligations particulières et le droit à la preuve de l'employeur peut permettre d'étendre le champ d'application

des éléments de preuve illicites attentatoires au droit au respect de la vie privée et de la vie personnelle du salarié.

**601.** Le détournement des finalités en tant que motif d'illicéité participe ainsi au recul de la portée du droit au respect de la vie privée et du droit au respect de la vie personnelle. En parallèle, l'atteinte horizontale impulsée par le droit à la preuve des salariés ou des syndicats peut entrainer certaines conséquences dans l'articulation des droits en présence.

B) L'atteinte horizontale à la vie privée ou personnelle du salarié

**602.** La protection juridique due au titre de la vie privée ou de la vie personnelle des salariés a été affaibli par le droit à la preuve des salariés. La production en justice des bulletins de paie des salariés mentionnant des données personnelles illustre cette hypothèse, mais fait preuve d'originalité. Les affaires qui vont être présentées opposent l'employeur et le salarié dans un litige. Cependant, les conflits de droits qui sont identifiés concernent le droit à la preuve du salarié et le respect de la vie personnelle des salariés tiers au litige.

**603.** Dans cette perspective, la chambre sociale a opéré des modifications sous l'influence du droit à la preuve, tout particulièrement au regard du caractère nécessaire de l'élément de preuve. L'arrêt du 7 novembre 2018[870] traitait de cette question à propos d'élections organisées dans l'entreprise. Des salariés ont été répartis dans trois collèges différents. Toutefois, l'employeur a saisi le tribunal d'instance afin de faire annuler les candidatures, les collèges ne correspondant pas, selon lui, à la nature des fonctions exercées par les salariés. L'employeur produit les bulletins de paie des trois salariés, sans les anonymiser, afin de prouver leur classification professionnelle. Ces bulletins de paies sont transmis aux différentes organisations syndicales. Les salariés contestent la production en estimant qu'il y a une atteinte à leur vie privée du fait que les données personnelles ne sont pas masquées. La société́ forme un pourvoi devant la Cour de cassation en invoquant le droit à la preuve. La Haute juridiction rejette le pourvoi en estimant « qu'un bulletin de paie de chacun es salariés mentionnant des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire et l'existence d'arrêts de travail pour maladie, avait été

[870] Cass. Soc., 7 novembre 2018, n° 17-16.799, inédit.

transmis, sans leur accord préalable, par la société à différents syndicats alors que seules les mentions relatives à l'emploi occupé et la classification voire au coefficient étaient nécessaires au succès de la prétention de l'employeur dans le cadre du litige électoral qui les opposaient, la cour d'appel (...) en a exactement déduit l'existence d'une atteinte à la vie privée des salariés constitutive d'un trouble manifestement illicite (...) ».

**604.** Cette décision permettait une délimitation dans la production des bulletins de salaire par l'expression de l'accord des salariés concernés par la production. En effet, si les salariés ne donnaient pas leur accord préalable à la production de leurs données, une atteinte à la vie privée pouvait être relevée, constituant ainsi un motif d'irrecevabilité. Si les salariés acceptaient la production, l'atteinte à la vie privée pouvait ne pas être relevée dès lors que l'acte d'immixtion par un tiers a été consenti par le titulaire du droit au respect de la vie privée[871].

**605.** Cette position a été ajustée dans un arrêt du 16 mars 2021[872]. Une salariée, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, avait demandé la communication par l'employeur des bulletins de salaire de dix salariés dont les données ne devaient pas être anonymisées afin de faire présumer l'existence d'une discrimination en raison du sexe. Cinq salariés avaient refusé la production de leurs bulletins de salaire contenant leurs données personnelles dans le litige né entre la salariée et l'employeur. Au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que les juges du fond auraient dû rechercher si « la communication des informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi (...) ».

**606.** Le critère du consentement des salariés concernés par la demande de preuve litigieuse semble écarté face aux conditions du contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve du salarié. L'employeur doit exécuter la mesure d'instruction *in futurum* litigieuse dès lors que les éléments de preuve demandés sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve de la salariée

[871] F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in M. VERDUSSEN, P. JOASSART (dir.), *La vie privée au travail*, Anthémis, Belgique, 2011, pp. 17-58.

[872] Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 645.

requérante et proportionnés au but poursuivi, qu'il soit implicite ou explicite[873]. Le recul du critère du consentement des titulaires du droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle implique un recul de la portée du droit au respect de la vie privée des salariés. Cependant, une nuance doit être apportée lorsque l'atteinte à la vie privée provient d'une mesure d'instruction in futurum, ordonnée et exécutée sous l'autorité du juge judiciaire. En effet, l'encadrement des mesures d'investigation par le juge permettent de structurer les demandes de preuve à ce qui est nécessaire au regard de l'objet du litige, qui se cristallisent principalement dans les contentieux relatifs aux discriminations et à l'inégalité de traitement.

[873] V. chapitre précédent, supra.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**607.** L'articulation entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle et privée des salariés implique de s'intéresser tant aux moyens par lesquels il est porté atteinte à ces droits qu'aux niveaux auxquels cette atteinte au respect de la vie privée ou personnelle se produit. S'agissant des moyens, il a été démontré que l'atteinte aux droits protégés pouvait être directe ou indirecte. L'atteinte directe renvoie à la nature privée ou personnelle de l'élément de preuve. Cette nature peut être entendue au sens strict, mais peut également renvoyer à l'environnement privé du salarié, à l'image de l'utilisation des réseaux sociaux. L'atteinte indirecte renvoie au caractère illicite d'un élément de preuve qui a pour conséquence de porter atteinte à la vie privée ou à la vie personnelle. L'illicéité, ici, trouve son origine soit dans une collecte des données personnelles en l'absence de respect des règles relatives au traitement des données personnelles, soit dans le défaut d'information des salariés ou des institutions représentatives du personnel en amont de la mise en place dans l'entreprise de dispositifs de surveillance.

**608.** Par leur caractère général, ces critères d'illicéité ont vocation à recevoir un application large. Cette hypothèse est perceptible si l'on considère les titulaires du droit à la preuve. L'atteinte aux droits peut être dite « horizontale » lorsque se réalise le droit à la preuve de l'employeur, et « verticale » s'agissant de la mise en œuvre du droit à la preuve des salariés et des syndicats. Les axes horizontaux et verticaux selon lesquels se déploie le droit à la preuve ne mobilisent pas les mêmes prérogatives. En effet, l'atteinte horizontale a permis de démontrer que le champ d'application du droit à la preuve de l'employeur entraine, de manière corollaire, une réduction de la portée du droit au respect de la vie privée ou personnelle des salariés. L'extension du champ d'application de l'illicéité permet ainsi d'étendre la portée du pouvoir disciplinaire de l'employeur, au temps et au lieu de travail, mais également en dehors du temps et du lieu de travail. L'atteinte horizontale à la vie privée et personnelle des salariés, incarnée par le droit à la preuve des salariés et des syndicats, entraine certaines modifications des règles relatives au consentement des titulaires du droit à la non-divulgation des informations privées. En effet, le consentement des salariés est écarté au profit du caractère nécessaire des éléments de preuve litigieux. Cet aspect, qui témoigne d'un recul de la protection de la sphère privée et personnelle, doit être nuancé dans le cadre des demandes de preuve ordonnées par l'autorité judiciaire.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**609.** Le contentieux du droit à la preuve et du respect de la vie privée ou personnelle d'un ou de plusieurs salariés modifie, et même bouleverse, les frontières juridiques établies entre les droits en droit du travail.

**610.** Face au droit à la preuve, la notion de vie personnelle est toutefois préférée à celle de vie privée. Pourtant, l'étude du contentieux amène à s'interroger sur une forme d'assimilation des éléments de la vie privée à la vie personnelle. D'abord, des éléments de preuve litigieux relevant de la vie privée sont intégrés dans la sphère de la vie personnelle du salarié. Ensuite, le droit à la protection des données personnelles est intégré dans la notion de vie personnelle. Cette intégration étend ainsi la portée de la sphère personnelle tout en réduisant sa portée face au champ d'application du droit à la preuve.

**611.** Deux éléments permettent d'affirmer que la portée de la sphère privée et personnelle des salariés recule sous l'impulsion du droit à la preuve. L'identification des moyens d'atteinte a permis de procéder à une catégorisation de la nature des atteintes. L'atteinte peut être directe dès lors que l'élément de preuve a une nature privée, soit par son caractère intrinsèque, soit en raison de l'environnement privé dans lequel il se situe, rattachable à la vie professionnelle du salarié. L'atteinte peut également être indirecte, dans la mesure où le caractère illicite d'un élément de preuve entraine en conséquence une atteinte à la vie privée ou à la vie personnelle. Cette atteinte indirecte est caractérisée par des critères d'illicéité qui ne se confondent pas avec les motifs d'illicéité. Il peut s'agir, d'une part, de la collecte de données personnelles sans le respect des règles relatives au traitement, en particulier, la déclaration des finalités ou, d'autre part, de l'absence information complète et exacte de la part des salariés sur la mise en place des dispositifs de surveillance. Ces deux critères d'illicéité permettent d'étendre davantage le champ d'application du droit à la preuve. L'extension de la sphère de la vie personnelle apparait également au regard des niveaux d'atteinte. Sur un axe vertical, le droit à la preuve de l'employeur réduit la portée de la vie privée et personnelle en étendant le champ d'application de l'illicéité des éléments de preuve. Cette extension permet ainsi de prolonger l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, sur le temps et le lieu de travail, mais aussi en dehors. Sur un axe horizontale, le droit à la preuve des

salariés et des syndicats affecte la maîtrise des salariés sur leur droit au respect de la vie privée et personnelle. En effet, le consentement à la production des bulletins de salaire par les salariés tiers au litige semble évacué au profit du caractère nécessaire de l'élément de preuve, évalué au regard d'une mesure judiciaire.

**612.** L'évolution du droit à la protection des données personnelles dans le cadre du droit à la preuve plaide pour délimitation des droits plus précise. Il est en effet envisageable de rattacher plutôt le droit à la protection des données personnelles à la notion de vie privée ou de confronter le droit à la protection des données personnelles au droit à la preuve d'un plaideur, conférant ainsi à chacun de ces droits, une certaine autonomie.

## CONCLUSION DU TITRE 1

**614.** La réalisation du droit à la preuve est soumise aux conditions du contrôle de proportionnalité. L'élément de preuve litigieux doit d'abord être indispensable ou nécessaire à l'exercice du droit à la preuve. Les deux termes étant utilisés de manière alternative, leur signification a été recherchée suivant deux axes de recherche. Un premier axe, le contrôle de la Cour de cassation, s'est révélé infructueux. Ce contrôle s'effectue en effet sans considération du caractère indispensable ou nécessaire de l'élément de preuve litigieux. Un deuxième axe d'investigation a permis de définir la teneur des notions par une analyse approfondie des arrêts de la chambre sociale. L'élément de preuve litigieux indispensable doit être considéré comme le seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence en lien direct avec le fait à prouver. Le caractère disponible de l'élément ne signifie pas que celui-ci soit le seul produit par le plaideur ; il doit être le seul doté d'un haut degré de pertinence en lien direct avec le fait à prouver, les autres éléments de preuve produits sont alors insuffisants à eux seuls à prouver le fait allégué. Au niveau du droit à la preuve de l'employeur, la chambre sociale a apporté une précision supplémentaire dans la méthodologie : les raisons d'agir de l'employeur doivent être vérifiées par les juges du fond. Le contrôle des raisons d'agir de l'employeur renvoient aux justifications relatives à la mise en place et à l'utilisation légitimes d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise. Ces précisions de méthodes amènent à restreindre la production des éléments de preuve par l'employeur participant ainsi à vérifier le caractère indispensable des éléments de preuve litigieux. Le périmètre d'appréciation des éléments de preuve est élargi, eu égard aux éléments de preuve produits en justice et à ceux non produits. Il en va autrement de l'appréciation du caractère nécessaire de l'élément de preuve litigieux. Il est aussi un élément de preuve doté d'un haut degré de pertinence en lien direct avec le fait à prouver mais n'est pas le seul à être produit ou demandé par le plaideur. Ces distinctions ressortent des arrêts relatifs à une offre de preuve litigieuse. Lorsque les arrêts mettent en jeu une demande de preuve litigieuse, il convient de distinguer l'existence d'un motif légitime à l'appui de la demande de preuve et le caractère nécessaire ou indispensable de l'élément de preuve demandé. L'existence d'un motif légitime constitue une condition préalable à la mise en œuvre d'une demande de preuve, indépendamment de son caractère litigieux ou non. Toutefois, dans la formulation de ses arrêts, il semble que la chambre sociale de la Cour de cassation exige des juges du fond la mise en œuvre d'un double

contrôle de proportionnalité, concernant d'abord le motif légitime, ensuite la conciliation entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle des salariés.

**615.** Par ailleurs, l'élément de preuve doit être proportionné au but poursuivi par le plaideur titulaire du droit à la preuve. Dans le cadre du droit à la preuve de l'employeur, la Chambre sociale a exigé que l'élément de preuve litigieux soit « strictement proportionné » au but poursuivi. La variabilité des conditions du contrôle de proportionnalité est établie en fonction du bénéficiaire du droit à la preuve et de la prise en compte de ses prérogatives. De manière générale, la proportionnalité *stricto sensu* permet d'apprécier précisément le degré d'atteinte porté à un autre droit. La proportionnalité ne doit pas être confondue avec le contrôle de la disproportion, qui s'apparente davantage à un contrôle de l'excessif. Dans cette perspective, la proportionnalité permet d'apprécier le degré d'atteinte à un élément de preuve au regard du but poursuivi par le plaideur. Dans la jurisprudence de la Chambre sociale relative au droit à la preuve, le but poursuivi doit être considéré comme intérêt légitime. Cet intérêt légitime est définit comme *l'existence d'un avantage personnel fondé en droit reconnu à un plaideur et qui constitue la justification, soit en étant la cause, soit en étant la fin, de l'invocation du droit à la preuve dans un litige*. L'expression du but légitime peut être explicite ou implicite. Le but explicite renvoie aux droits protégés par le droit à la preuve ainsi qu'à l'objet de l'action en justice. S'agissant du but implicite, celui-ci n'est pas formulé expressément par la Chambre sociale mais renvoie également à l'objet de l'action en justice, particulièrement dans les contentieux de discriminations et des inégalités de traitement.

**616.** Si les méthodologies du contrôle de proportionnalité se précisent peu à peu, l'étude du contentieux du droit à la preuve et du respect de la vie privée ou personnelle fait apparaitre un recul important de la préservation du droit à la privée ou à la vie personnelle des salariés. Le champ d'application du droit à la preuve s'étend, celui accordé au droit à la vie privée ou à la vie personnelle recule et ce, à deux niveaux. La mobilisation des notions face au droit à la preuve révèle l'existence de procédés d'assimilation. S'agissant des éléments de la vie privée, ceux-ci sont mobilisés en tant qu'éléments de la vie personnelle. La production ou la demande de preuve ayant pour objet les informations non anonymisées sur les bulletins de salaire en constituent une première illustration. S'agissant des données personnelles, la Chambre sociale de la Cour de cassation les rattache au droit à la vie personnelle. Cependant, le droit à la protection des données personnelles interroge quant à sa possible autonomie. En effet, une conciliation entre le droit à la preuve et le

droit à la protection des données personnelles pourrait être envisagée, dès lors que le Règlement général sur la protection des données personnelles prévoit cette possibilité. Le rattachement du droit à la protection des données personnelles au droit au respect de la vie privée du salarié est lui aussi parfaitement concevable. Ainsi, la délimitation au champ d'application du droit au respect de la vie privée ou au droit à la protection des données personnelles en tant que droit autonome permettrait non seulement une cohérence d'identification des droits en présence, mais aussi de réduire le champ d'application du droit à la preuve.

**617.** Le droit au respect de la vie privée ou personnelle recule également dans le cadre de l'articulation des notions face au droit à la preuve. Dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, les moyens d'atteinte à ce droit se multiplient. L'atteinte à la vie privée ou à la vie personnelle est de deux ordres. Elle peut être directe au regard de la nature privée de l'élément de preuve. L'atteinte peut être qualifiée d'indirecte, dès lors qu'il existe la violation d'une obligation de procédure par l'employeur. La violation d'une obligation de procédure confère à l'élément de preuve un caractère illicite, ayant pour conséquence de créer une atteinte à la vie privée ou personnelle des salariés. Le motif d'illicéité constitué par la violation d'une obligation de procédure renferme plusieurs hypothèses : la collecte des données personnelles en dehors de la procédure requise, et l'information partielle de l'employeur quant à la mise en place d'un dispositif de surveillance. L'absence d'information portant sur une ou plusieurs finalités poursuivies par les dispositifs constitue le point de convergence entre ces deux sources d'illicéité.

**618.** Ces critères permettent ainsi de redéfinir la délimitation entre le pouvoir de sanctionner de l'employeur et la préservation des droits et libertés fondamentaux des salariés, au temps et sur le lieu de travail ainsi qu'en dehors. Cet axe vertical d'atteinte au droit au respect de la vie privée et personnelle introduit de nouveaux rapports dans la relation de travail. S'agissant de l'axe horizontal, le droit à la preuve des salariés a un impact à l'égard des salariés titulaires du droit au respect de la vie privée dès lors qu'ils sont tiers à un litige. En effet, le refus du salarié de voir ses données non anonymisées communiquées ne constitue plus un obstacle à la réalisation du droit à la preuve. La mobilisation du droit à la preuve face aux droits des tiers à un litige interroge quant aux garanties accordées à ces droits, pourtant mis en tension avec un droit inhérent à un litige.

**619.** Si le recul du champ d'application du droit au respect de la vie privée et de la vie personnelle témoigne de la portée du droit à la preuve, celle-ci n'est pas sans limites.

# TITRE 2. LES LIMITES DU DROIT À LA PREUVE

**620.** L'importante diffusion du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation est fondée sur la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Cette manière de diffuser le droit à la preuve ne semble pas comporter de limites autres que celles fixées par les conditions de ce contrôle. Or, il convient de rechercher l'existence des frontières à la portée du droit à la preuve en dehors du raisonnement de proportionnalité.

**621.** Les limites renvoient à des notions juridiques considérées en droit de la preuve comme des règles d'exclusion des preuves en justice. Ces règles, à l'inverse du droit au respect de la vie privée et de la vie personnelle du salarié, ne semblent *a priori* pas amputées par le droit à la preuve ; ces limites auraient un caractère absolu. Cependant, à la lumière de l'évolution jurisprudentielle, il est difficile de leur reconnaitre un tel caractère dans la mesure où l'expansion du droit à la preuve est tributaire d'une certaine interprétation de la notion mais aussi de la manière de solutionner le conflit des droits qu'elle entraine.

**622.** Deux notions peuvent être considérées comme des limites au droit à la preuve – des limites qui, comme on le verra, sont parfois bien fragiles. D'abord, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve apparait comme la principale limite à l'expansion du droit à la preuve (**Chapitre 1**). Ensuite, les secrets juridiquement protégés en droit du travail limitent l'extension du droit à la preuve, même s'il faut constater que ces limites apparaissent, à ce stade, encore incertaines (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1. LE DROIT À LA PREUVE FACE À LA LOYAUTÉ PROBATOIRE

**623.** D'inspiration morale[874], la notion de loyauté constitue une règle juridique[875], que l'on retrouve tant en droit civil[876] qu'en droit du travail, dans les relations individuelles[877] et collectives[878] du travail. Sous l'angle du droit de la preuve, la loyauté probatoire s'impose dans le procès[879]. En effet, le système de liberté de la preuve en droit du travail implique la recevabilité de tout moyen de preuve, dès lors que celle-ci n'est pas déloyale[880]. Ainsi, la Cour de cassation a

[874] H. HOUBRON, *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004, t. 1, p. 2 et suiv ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23, p. 4 et s. ; É ALT, « La loyauté de la procédure en droit civil », *Just. & Cass.* 2014, pp. 13-20 ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2004, n° 44, p. 195-204 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves » in Mél. L. HUGUENEY, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, pp. 155-177 ; L. CADIET, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 10 ; D. GARREAU, « La loyauté de la preuve : un principe résiduel, voire inutile ? », *Just. & Cass.* 2014, pp. 41-54 ; P.-Y. GAUTIER, « Loyauté : nouveau standard du Droit, ou bien leurre ? », *Just. & Cass* 2014, pp 55-58 ; L. RAISON REBUFAT, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 2002, n° 208, p. 3.

[875] M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23, p. 4 et suiv ; dans le même sens, L. CADIET, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 10.

[876] En droit civil, la notion de bonne foi est préférée à celle de loyauté en droit des contrats, au regard de l'article 1104 du Code civil : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». V. notamment le mouvement du solidarisme contractuel, P. RÉMY, « La genèse du solidarisme contractuel », in L. GRYNBAUM, M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004, coll. « études juridiques », p. 41 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in Mél. F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, 1999, p. 603.

[877] D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail » in Mél. H. BLAISE, Economica, Paris, 1995, pp. 125-152 ; T. HAAS, « La loyauté en droit du travail », *Just. & Cass.* 2014, pp. 69-75.

[878] T. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT* 2018, p. 44.

[879] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. ROUBIER, 1961, t. 2, p. 175 et s.

[880] J.-Y. FROUIN, « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 23.

consacré solennellement le principe de loyauté dans l'administration de la preuve[881] qui s'impose notamment à la réunion des éléments de preuve en vue d'un litige soumis au tribunal.

**624.** Cependant, l'existence d'un grand nombre de critiques doctrinales envers la notion de loyauté et, *a fortiori*, envers le principe de loyauté dans l'administration de la preuve souligne la complexité de la notion. D'abord, selon certains auteurs, la notion de loyauté serait inutile et incohérente en raison de son assimilation à la légalité[882]. Ensuite, s'agissant du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, les critiques doctrinales portent sur le poids du principe, qui pèserait davantage sur l'employeur que sur le salarié, autorisé à collecter et produire en justice des documents appartenant à l'entreprise[883]. L'exigence de loyauté empêcherait ainsi de reconnaitre la déloyauté initiale commise par un salarié, que seule la recevabilité d'une preuve déloyale produite par l'employeur permettrait de lever[884].

**625.** Ces critiques méritent d'être relativisées. Bien que la teneur de la loyauté n'ait pas été précisée par le législateur, la jurisprudence de la Cour de cassation a apporté quelques éléments de définition. En outre, l'évolution du droit à la preuve vient, à notre sens, renforcer la pertinence du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. En effet, à l'image « d'un double

[881] Cass. AP, 7 janvier 2011, n° 09-14.316, *Bull. civ.* AP, n°1, obs. B. FAGES, *RTD civ.* 2011, p. 127 ; F. FOURMENT, *D.* 2011, n° 8, p. 562.

[882] L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035 ; D. GARREAU, « La loyauté de la preuve : un principe résiduel, voire inutile ? », *Just. & Cass.* 2014, pp. 41-54 ; P.-Y. GAUTIER, « Loyauté : nouveau standard du Droit, ou bien leurre ? », *Just. & Cass* 2014, pp 55-58.

[883] Voir sur ce point, supra, p. 191 et s. ; D. BOULMIER, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », *Dr. ouv.* 2014, pp. 263-275.

[884] P.-Y. GAUTIER, « Loyauté : nouveau standard du Droit, ou bien leurre ? », *Just. & Cass* 2014, pp 55-58 ; A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, pp. 535-550 ; L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035 ; V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves » *LPA* 2002, n° 99, p. 6 ; L. RAISON REBUFAT, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 2002, n° 208, p. 3 ; G. LARDEUX, Répertoire de droit civil, Preuve, n° 379.

visage »[885], la loyauté revêt deux aspects qui participent à la réalisation du procès équitable[886]. Elle peut avoir une fonction de régulation dans la mesure où elle constitue une limite à la recevabilité des éléments de preuve. La loyauté doit être entendue ici comme une règle d'exclusion des éléments de preuve. Ainsi, elle « est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice »[887], se rapportant à la régulation d'un équilibre probatoire dans le procès. À l'inverse, la loyauté peut être un vecteur de la manifestation de la vérité dans le procès prenant appui sur l'article 10 du Code civil qui dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité »[888]. Si ce deuxième aspect de la loyauté doit être écarté dans le cadre du droit à la preuve, la fonction régulatrice du principe n'est pas cependant remise en cause. S'agissant de la recherche de la vérité, celle-ci ne se manifeste pas par le respect du principe de loyauté au regard de l'article 10 du Code civil, mais se fonde sur le droit à la preuve, « instrument processuel au service de la découverte de la vérité »[889], qui vivifie le conflit qui existe entre loyauté et vérité dans le procès[890].

**626.** Ainsi, la mobilisation du droit à la preuve atténue les critiques à l'encontre de la notion de loyauté en modifiant les paramètres de l'analyse. À ce titre, ce n'est pas la nature ou l'utilité de la notion de loyauté qui doit être interrogée mais sa capacité juridique à restreindre le champ d'application du droit à la preuve. La mesure de la capacité de la fonction régulatrice de la loyauté probatoire repose ainsi sur sa définition et sa teneur. La complexité des liens entre la loyauté et la

---

[885] A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, pp. 535-550.

[886] M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23, p. 12 ; É. ALT, « La loyauté de la procédure en droit civil », *Just. & Cass.* 2014, pp. 13-20 ; H. HOUBRON, Loyauté et vérité : étude de droit processuel, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004, t. 1, p. 225 ; P. BONFILS, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D*. 2005, p. 122.

[887] P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves » in Mél. L. HUGUENEY, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, pp. 155-177.

[888] H. HOUBRON, *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004, t. 1, p. 160.

[889] O. LECLERC, « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *RDT* 2020, pp. 655-658.

[890] C. BENOIT-RENAUDIN, « La loyauté de la preuve », *Revue Lamy Droit civil* 2010, n° 75.

licéité probatoire invite à s'interroger sur ces deux notions. Afin de parvenir à une définition précise, il est donc nécessaire de présenter un cadre d'analyse de la notion de loyauté au prisme de celle de licéité probatoire (**Section 1**), que l'on peut appliquer au contentieux du droit à la preuve afin de déceler, au moyen des motifs d'illicéité des éléments de preuve, les premières manifestations des inflexions à la fonction régulatrice de la loyauté probatoire (**Section 2**).

## Section 1. Présentation d'un cadre d'analyse de la notion de loyauté au prisme de la licéité de la preuve

**627.** La loyauté est un principe de droit processuel[891] dont la teneur est imprécise. Selon plusieurs auteurs, l'imprécision de la loyauté tiendrait à plusieurs causes. La première cause résiderait dans la nature de la loyauté, qui doit être perçue comme une notion polymorphe et protéiforme[892]. Dans un autre sens, Madame Anne Leborgne considère que la loyauté serait « un principe processuel de droit naturel »[893], expliquant ainsi l'absence de texte juridique qui le consacre. Enfin, pour d'autres, l'indétermination de la teneur de la loyauté serait telle qu'elle rendrait sans intérêt sa reconnaissance ; la loyauté ne serait, en définitive, que la traduction du non-respect de la loi[894]. Ces perceptions divergentes dans la doctrine invitent donc à s'interroger sur la définition de la loyauté probatoire (**§I**). Cela permettra ensuite de mettre en lumière les liens entretenues avec la notion de licéité probatoire, dont découle la loyauté (**§II**).

### I. La définition de la loyauté probatoire

**628.** Définir la notion de loyauté probatoire apparait nécessaire dans la mesure où la notion permet de comprendre les mécanismes de recevabilité à l'œuvre dans les contentieux du travail ainsi que les enjeux face au droit à la preuve. Ainsi, les éléments de la loyauté probatoire, qui

[891] M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23, p. 6 et s.

[892] M.-E. BOURSIER, *ibid.* ; V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA* 2002, n° 99, p. 6.

[893] A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, pp. 535-550.

[894] L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035.

relèvent de sa teneur, doivent être identifiés (**A**). À partir des éléments de définition retenus, il sera possible de démontrer que la notion ne peut être assimilée à la licéité de la preuve (**B**).

### A) Les éléments de la loyauté probatoire

**629.** La détermination des éléments de la loyauté s'appuie sur une méthodologie en deux étapes. En premier lieu, il convient de procéder à un recensement du champ lexical de la loyauté probatoire, au sein des écrits doctrinaux ainsi que de la jurisprudence (**1**). À partir de ce recensement, on proposera une définition de la loyauté probatoire en reconstituant de manière cohérente la notion (**2**).

#### *1. Un recensement du champ lexical de la loyauté probatoire*

**630.** On procèdera au recensement du champ lexical d'abord dans les travaux doctrinaux (**a**), puis dans les décisions de la Cour de cassation (**b**).

##### a) La loyauté dans les travaux de la doctrine

**631.** Plusieurs termes sont utilisés par la doctrine pour définir la loyauté probatoire. La loyauté probatoire reposerait sur l'évaluation du comportement d'un individu. En effet, la loyauté imposerait « une ligne de comportement »[895], elle serait « un instrument d'évaluation »[896] permettant d'apprécier de manière graduée le comportement[897] d'un individu. La mesure du comportement implique la transparence de celui-ci, afin que l'une des parties « puisse fonder ses prévisions »[898]. La loyauté constituerait ainsi un outil de mesure des manières d'être et d'agir d'un individu dans le cadre de l'obtention des éléments de preuve.

---

[895] H. HOUBRON, *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004, t. 1, p. 18 ; dans le même sens, A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, pp. 535-550.

[896] P. ADAM, « La loyauté *vs* le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT* 2023, n° 3, p. 163.

[897] L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2004, n° 44, p. 195-204.

[898] *Ibid.*

**632.** La transparence du comportement attendu implique l'interdiction de produire des éléments de preuve collectés à l'insu d'autrui[899]. L'expression à l'insu d'autrui est, par ailleurs, rapprochée de la clandestinité d'un élément de preuve[900], dès lors que le tiers n'a pas connaissance du comportement réel ou des finalités poursuivies par celui qui fait preuve de déloyauté.

**633.** Une attention plus grande au comportement déloyal révèle que l'obtention d'un élément de preuve peut résulter de plusieurs moyens. En effet, plusieurs auteurs ont classé les moyens de preuve déloyaux selon leurs caractéristiques. Pour Madame Géraldine Vial, « la preuve déloyale a deux visages différents. Il peut s'agir, d'une part, d'une preuve recueillie à l'insu de la personne, de manière clandestine ; d'autre part, d'une preuve provenant d'un stratagème de l'adversaire. (...) dans les deux cas, la preuve déloyale repose sur la volonté d'une partie de piéger l'autre pour recueillir ses confidences aux fins de preuve »[901]. Ainsi, est distingué la preuve déloyale *par stratagème* de la preuve déloyale *par clandestinité*. Il convient de préciser que le stratagème consiste à collecter un élément de preuve à l'insu de la personne au moyen d'une tromperie[902]. Dans le même sens, Monsieur Jean-Yves Frouin identifie trois hypothèses[903], qui visent à distinguer les comportements considérés comme déloyaux. Il peut s'agir d'un procédé clandestin de surveillance, de l'usage d'un élément de preuve obtenu au moyen d'un stratagème ou de la collecte d'éléments de preuve au moyen d'une fraude ou d'un moyen frauduleux[904]. L'auteur ajoute que « le trait commun à ces hypothèses (...), c'est une tricherie ou tromperie plus ou moins élaborée

[899] C. BENOIT-RENAUDIN, « La loyauté de la preuve », *Revue Lamy Droit civil* 2010, n° 75 ; J.-Y. FROUIN, « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 23.

[900] G. VIAL, « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT* 2023, n° 3, p. 157.

[901] G. VIAL, *ibid*., p. 157 ; dans le même sens, E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 395.

[902] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 397.

[903] J.-Y. FROUIN, « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 23.

[904] *Ibid.*

d'une partie à l'égard de l'autre dont il est donc considéré qu'elle ne peut produire des effets de droit »[905].

**634.** La conception de la loyauté probatoire qui se dégage de ces analyses présente une certaine cohérence. Celle-ci se rapporte au stratagème, à la ruse, à la fraude ainsi qu'au comportement effectué à l'insu d'autrui. Pour certains auteurs, cependant, le stratagème, les moyens frauduleux ou clandestin constituent des tromperies à différents degrés tandis que, pour d'autres, seuls le stratagème et la ruse caractérisent une déloyauté par l'intermédiaire d'une tromperie. Ces compréhensions doctrinales rejoignent celle de la chambre sociale de la Cour de cassation.

b) La loyauté dans les décisions de la Cour de cassation

**635.** Dans un premier arrêt du 16 janvier 1991[906], la chambre sociale a dessiné les contours de la loyauté en précisant que « la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute ». Dans cette affaire, le salarié avait reçu, hors de son lieu de travail, des fichiers « listings » qui lui avaient été remis par le responsable du service informatique sur les ordres de l'employeur, alors que celui-ci avait interdit la sortie de ces documents hors de l'entreprise. La chambre sociale a infirmé la décision des juges du fond, qui avait admis l'existence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement fondée sur les agissements suspects du salarié. À l'inverse, elle estime que les agissements de l'employeur relevaient de la provocation et ne pouvaient être justifiés par les agissements suspects du salarié. Pour la chambre sociale comme pour la doctrine, les artifices et les stratagèmes constituent bien des comportements déloyaux.

**636.** Parallèlement, une distinction entre le moyen de preuve obtenu par stratagème et le moyen de preuve clandestin semble s'affirmer dans les arrêts de la Cour. Dans un arrêt du 18 mars 2008[907], la chambre sociale a jugé, à propos des agissements d'un huissier de justice, que « si un constat

[905] J.-Y. FROUIN, *supra* n° 932.

[906] Cass. Soc., 16 janvier 1991, n° 89-41.052, *Bull. civ.* V, n° 15, p. 10.

[907] Cass. Soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, *Bull. civ. V,* n° 65, note R. PERROT*, Procédures* n°5, 2008 ; dans le même sens, à propos du stratagème, v. Cass. Com., 10 novembre 2021, n° 20-14.670, publié au bulletin.

d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve ». L'apport de cet arrêt est double. D'abord, la Cour distingue le procédé clandestin de surveillance du stratagème. En l'espèce, l'huissier de justice a effectué un montage qui consistait à introduire de faux clients dans un magasin aux fins de contrôler, après la fermeture, les caisses et le registre des ventes. Sur ce point, la chambre sociale a repris la décision des juges du fond qui avaient caractérisé l'existence d'un stratagème à des fins probatoires. Ensuite, la distinction entre le procédé clandestin de surveillance et l'obtention de la preuve par stratagème s'opère par référence à l'existence ou non d'une information préalable des salariés. En effet, il est permis de considérer qu'un procédé de surveillance perd son caractère déloyal ou illicite dès lors que les salariés ainsi que les institutions représentatives du personnel sont informées de son existence. *A contrario*, le stratagème en tant que moyen de preuve ne peut en aucun cas devenir licite, y compris si l'information a été donnée à son sujet. Ainsi que l'exprime Roger Perrot, « à travers les formules de la Cour de cassation, on devine ce qui pour elle est le critère de la déloyauté : ce sont les mises en scène, les stratagèmes et la clandestinité (...) »[908].

**637.** La clarté apparente de la distinction entre les motifs de déloyauté probatoire a été remise en cause par l'arrêt du 4 juillet 2012[909]. En l'espèce, une salariée de la Poste a été licenciée après avoir ouvert des lettres « festives » que l'employeur avait introduites dans le courrier, qui diffusaient une encre bleue afin d'apporter la preuve des agissements de la salariée dans l'exercice de ses fonctions. La salariée a contesté son licenciement devant la juridiction prud'homale, puis devant la cour d'appel, qui l'a déboutée de ses demandes dès lors que les lettres banalisées ne constituaient pas selon elle un procédé de preuve déloyal. La Cour de cassation casse la solution des juges du fond. Elle énonce, dans un attendu à la portée générale, que « si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant son temps de travail, il ne peut mettre un œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal ». Sur le fondement de cette règle jurisprudentielle, elle précise ainsi que « l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu (...) ». À la lumière

[908] *Ibid*.

[909] Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, *Bull. civ.* V, n° 208, obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2012, p. 2826 ; comm. A. BUGADA, *Procédures* n° 10, 2012, p. 286 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 2012, n° 35, p. 904.

de cette décision, deux interprétations alternatives semblent envisageables. D'abord, il pourrait être soutenu que la solution retenue se fonde sur une confusion en ce qu'elle ne distingue pas le procédé de surveillance clandestin et le stratagème. En suivant les positions doctrinales ainsi que la solution tiré de l'arrêt précédemment énoncé, si l'information des salariés tend à conférer au procédé de surveillance un caractère licite, le stratagème ne peut s'accommoder d'une telle règle de licéité, sauf à disparaitre purement et simplement comme stratagème. Ensuite, il serait concevable que les qualifications de dispositif clandestin de surveillance et de stratagème probatoire aient été mobilisées pour les mêmes faits. Cependant, cette deuxième interprétation affaiblirait singulièrement la distinction entre les deux notions établie par la doctrine ainsi que dans les autres arrêts de la Cour de cassation.

**638.** L'analyse de la loyauté probatoire par la doctrine ainsi que celle qui découle des décisions des juges du droit offrent un constat en demi-teinte. Si quelques éléments communs ont été relevés, de nombreuses incertitudes subsistent quant à la définition des manifestations et agissements considérés comme déloyaux. La détermination d'une définition stipulative de la loyauté probatoire apparait donc nécessaire.

### 2. *La proposition d'une définition de la loyauté probatoire*

**639.** La proposition d'une définition de la loyauté probatoire apparait nécessaire pour notre étude afin de nous permettre d'analyser les enjeux liés à l'articulation entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve. C'est donc à la lumière de cet objectif que s'entend notre démarche définitoire qui ne prétend pas lui conférer une portée plus large. La démarche retenue ici se démarque de celles qui vont du plus général au plus particulier, autrement dit, qui définissent les actes de déloyauté individuellement et les distinguent. À notre sens, trois critères soutiendront une démarche inverse. D'abord, un critère matériel de la définition consiste à identifier l'existence d'une ou de plusieurs manœuvres (**a**). Ensuite, un critère formel peut être déterminé dès lors que le caractère clandestin d'une ou de plusieurs manœuvres réside dans l'absence d'information d'autrui et ne constitue pas, en lui-même, une manœuvre déloyale en tant que telle (**b**). Enfin, l'existence d'une ou plusieurs manœuvres doit répondre à un critère fonctionnel défini par le but de ces manœuvres, l'obtention d'un avantage juridique probatoire (**c**).

a) Un critère matériel : l'existence d'une ou de plusieurs manœuvres

**640.** La doctrine distingue, on l'a vu, les stratagèmes, les ruses ainsi que les moyens frauduleux. Il convient de s'intéresser à ce champ lexical sous l'angle de la définition de la loyauté. Le stratagème est un procédé qui consiste à tromper autrui[910]. La ruse est elle aussi un procédé qui vise à dissimuler quelque chose à autrui ou qui permet d'induire en erreur. S'agissant du moyen frauduleux, il constitue un acte qui « vise à tromper autrui ou à lui porter préjudice », « à tourner la loi » selon la définition qu'en propose un dictionnaire juridique de référence[911]. En droit pénal, le moyen frauduleux ne se confond pas avec l'intention frauduleuse, ces deux critères présentant un caractère différent, matériel pour l'un, moral pour l'autre.

**641.** Ces définitions ne permettent pas de distinguer aisément ces notions car elles visent toutes à tromper autrui. On pourra avancer que la ruse constitue un moyen alors que le stratagème est le résultat de la mise en œuvre d'une ou de plusieurs ruses. Cette idée amène à considérer que le stratagème ne peut constituer le résultat de la mise en œuvre d'une ou de plusieurs ruses, dès lors que le stratagème et la ruse constituent des moyens déloyaux et qu'ils poursuivent le même but, celui d'obtenir un avantage juridique probatoire. Par ailleurs, la doctrine a distingué les stratagèmes des procédés clandestins. Il est donc légitime d'interroger cette opposition. Il apparait que le terme « clandestin » est mobilisé pour désigner majoritairement un dispositif clandestin de surveillance mis en place par l'employeur dans l'entreprise[912]. Le dispositif de surveillance clandestin renvoie ainsi aux prérogatives de l'employeur, particulièrement à ses pouvoirs de direction et de contrôle de l'exécution du travail. Analyser le caractère clandestin au seul prisme du pouvoir de l'employeur apparait réducteur, dans la mesure où une manœuvre peut aussi provenir d'un autre acteur et conserver néanmoins son caractère clandestin. Par ailleurs, le caractère clandestin d'une manœuvre ne pourrait être considéré comme une action déloyale, dès lors que toutes les manœuvres déloyales ont caractère clandestin lorsqu'autrui n'en est pas informé. En effet, la clandestinité renvoie à ce

[910] V. supra.

[911] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 12ème éd., 2018, coll. « Quadrige », p. 478.

[912] V. supra ; v. également Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, *Bull. civ.* V, n° 208, obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2012, p. 2826 ; comm. A. BUGADA, *Procédures* n° 10, 2012, p. 286 ; D. CORRIGNAN-CARSIN, *JCP G* 2012, n° 35, p. 904 ; Cass. Soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, *Bull. civ. V,* n° 65, note R. PERROT*, Procédures* n°5, 2008.

qui est « occulte », qui n'est « pas déclaré parce qu'illicite »[913]. Les stratagèmes, les ruses, l'utilisation de moyen frauduleux ont un caractère clandestin puisqu'elles sont dissimulées à autrui.

**642.** En rattachant le caractère clandestin à toute manœuvre, il peut être proposé une autre distinction, fondée sur *les manœuvres simples* et *les manœuvres complexes*. Sans que le partage entre elles soient toujours facile à opérer, la distinction des manœuvres simples et complexes permet d'éclairer diverses situations. Les premières renverraient aux actions mises en œuvre par un individu, qui se manifestent par l'absence d'information à autrui, sans que la tromperie soit l'objectif de la mesure, mais que la manœuvre réside en une action simple, visant à contourner différentes règles afin d'obtenir un avantage probatoire. Dans cette perspective, il est possible de concevoir qu'un contournement de la loi suffit à caractériser une manœuvre simple comme étant déloyale. S'agissant des manœuvres complexes, elles impliqueraient des réflexions, des constructions mentales et matérielles qui se traduiraient par la présence d'un stratagème, d'un artifice ou encore d'une ou de plusieurs ruses visant à tromper autrui. La tromperie désignerait ici la complexité de la manœuvre ainsi que le résultat attendu, à savoir collecter des éléments de preuve à cette fin. La manœuvre complexe inciterait autrui à adopter le comportement recherché ou à énoncer les propos voulus par l'auteur de la manœuvre. Les manœuvres simples et les manœuvres complexes auraient un caractère clandestin, dans la mesure où ceux qui auraient dû en être informés de ces manœuvres ne l'ont pas été.

b) Un critère formel : la clandestinité par l'absence d'information à autrui

**643.** La clandestinité des manœuvres, simples et complexes réside dans l'absence d'information donnée à autrui lorsque la collecte des éléments de preuve est effectuée « à l'insu » d'autrui[914]. L'information peut constituer un critère de définition de la loyauté probatoire, dès lors que cette

[913] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* n° 911, p. 176.

[914] L'emploi du terme « à l'insu » revient régulièrement dans les articles de doctrine ainsi que dans les arrêts de la chambre sociale, v. not. Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519, p. 323 ; Cass. Soc., 23 mai 2007, n°06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85 ; Cass. Soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.814, inédit ; Cass. AP, 7 janvier 2011, n° 09-14.316, *Bull.* AP, n° 1 ; C. BENOIT-RENAUDIN, « La loyauté de la preuve », *Revue Lamy Droit civil* 2010, n° 75 ; J.-Y. FROUIN, « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 23.

« protection qui couvre tout autant les impératifs de loyauté et de protection de la vie privé » [915]. Le caractère clandestin de la manœuvre peut résulter de la violation d'une obligation d'information prévue par la loi ou énoncée par la jurisprudence. Aux fins de notre étude, il convient de distinguer les obligations d'information en fonction de leur nature et non par les sources dont elles procèdent. Les *obligations procédurales d'information* peuvent être distinguées des *obligations substantielles d'information*. Les premières renvoient aux dispositions qui concernent l'information intégrée dans un processus législatif aux fins d'installation et d'utilisation d'un dispositif de surveillance indépendamment du support. Les secondes désignent les actes déclaratifs individuels qui imposent à un employeur ou à un salarié d'informer l'autre de la collecte des éléments en cours de réalisation par un procédé qui n'est pas réglementé par les dispositions législatives en matière de surveillance et de contrôle de l'activité des salariés.

**644.** Les obligations d'information prévue par la loi relèvent principalement de la catégorie des obligations procédurales d'information. En effet, l'article L. 1222-4 du Code du travail prévoit « [qu'aucune] information concernant personnellement le salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Par application de cette disposition légale, la jurisprudence a considéré que si « l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéo-surveillance permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence »[916]. À l'inverse, la chambre sociale a décidé que constituaient des éléments de preuve licites les extraits d'un dispositif de caméras de vidéosurveillance dont la présence avait fait l'objet d'une information à l'ensemble des membres du personnel[917]. Ainsi, le domaine d'application de l'article L. 1222-4 tend à restreindre la recevabilité des éléments de preuve obtenus en violation de l'obligation d'information des salariés. En complément, l'article L. 2312-38 du Code du travail[918] prévoit

[915] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 689.

[916] Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 20-10.843, inédit.

[917] Cass. Soc., 2 février 2011, n° 10-14.263, inédit.

[918] « Le comité social et économique est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci.

l'information préalable obligatoire des membres du comité social et économique. L'utilisation d'un moyen de preuve en l'absence d'information préalable aux salariés et/ou aux membres du comité économique et social constituerait, selon les catégories proposées dans cette étude, une manœuvre simple, résidant dans le contournement de la loi par l'employeur.

**645.** Bien que les obligations procédurales d'information soient mobilisées dans la jurisprudence, les arrêts de la chambre sociale ont mis en avant une autre catégorie, celle des *obligations substantielles d'information*, spécialement dans l'arrêt du 23 mai 2012[919]. En l'espèce, une salariée a été licencié pour faute grave après avoir enregistré avec son dictaphone personnel d'autres salariés dans l'entreprise. L'employeur a saisi le dictaphone de la salariée et après avoir écouté les enregistrements, lui a notifié sa décision de licenciement. La salariée a contesté son licenciement devant les juridictions. En défense, l'employeur produit des attestations de salariés qui affirmaient avoir été enregistrés par la salariée dans les locaux de l'entreprise. Les juges du fond ont retenu l'existence d'une faute grave justifiant le licenciement. Cependant, la chambre sociale casse la décision des juges du fond, au visa des articles 9 du Code de procédure civile, 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, en considérant que « l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée (...) ». Par ailleurs, la Cour a relevé que les enregistrements ont été détruits par l'employeur de sorte que « la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait ». Cet arrêt donne à voir deux aspects du critère formel que constitue la clandestinité. D'abord, le salarié doit être informé de la collecte des éléments de preuve utilisés à son encontre. Cette information peut aboutir à la présence ou non du salarié, mais ce résultat est tributaire de l'existence d'une information. Par ailleurs, la destruction des enregistrements litigieux a pu être considérée comme une manœuvre déloyale dès lors que l'employeur n'a pas respecté les droits de la défense de la salariée. Plus précisément, l'obligation d'information énoncée par la jurisprudence prend la forme d'une sanction relative à la violation de l'information, comme en

Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.
Le comité est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés. »

[919] Cass. Soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull. civ.* V, n° 156.

témoigne l'arrêt du 29 janvier 2008[920]. En l'espèce, une salariée a produit les enregistrements d'une conversation téléphonique entre un représentant de l'entreprise et elle-même. Les juges du fond ont écarté des débats les enregistrements en retenant le caractère déloyal du procédé d'enregistrement. La chambre sociale confirme la solution de la cour d'appel en retenant que l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de son correspondant constitue un procédé déloyal, rendant irrecevables les éléments de preuve en justice. Dans cet arrêt, la chambre sociale n'indique pas de manière expresse que le correspondant doit être informé de l'enregistrement de la conversation ; elle sanctionne l'absence d'information à autrui, qui permet de déterminer le caractère clandestin et, *in fine*, déloyal des enregistrements.

**646.** Caractériser la clandestinité d'une manœuvre simple ou complexe reposerait sur l'existence d'une information des salariés ou des membres de la représentation élue du personnel. Cette information doit être explicite, formulée et présenter une certaine clarté. Ces obligations d'information explicites s'opposent aux informations implicites, liées à la nature du support de l'élément de preuve[921], à l'image de la recevabilité des SMS « dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés sur l'appareil récepteur »[922]. Par conséquent, la manœuvre simple ou complexe serait clandestin en raison de la violation d'une obligation d'information explicite. À cela, il convient d'ajouter que l'objectif poursuivi tend à obtenir un avantage juridique probatoire.

c) Un critère fonctionnel : l'obtention d'un avantage juridique probatoire

**647.** Le critère fonctionnel renvoie au résultat attendu de la mise en œuvre d'une ou de plusieurs manœuvres, simples ou complexes, prises dans le cadre de la violation d'une obligation d'information explicite. Le terme « avantage » renvoie à deux acceptions. D'abord, il désigne un élément de preuve qui, en l'absence de toute manœuvre, n'aurait pu être collecté ou aurait été plus difficilement collecté par l'auteur. Ensuite, il s'agit d'un élément de preuve doté d'un haut degré de pertinence en lien direct avec le fait à prouver. Les caractéristiques d'une manœuvre déloyale

[920] Cass. Soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.814, inédit.

[921] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 373.

[922] Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85.

tendent à collecter des éléments de preuve dotés d'une importante proximité avec le fait à prouver, comme en témoignent les controverses doctrinales liées à la recevabilité des enregistrements clandestins[923], qui présentent un haut degré de pertinence pour apporter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral ou sexuel.

**648.** L'énoncé des trois critères constitutifs permet de proposer une définition synthétique : *la loyauté probatoire justifie l'interdiction d'exercer une ou plusieurs manœuvres à l'égard d'autrui qui n'en est pas informé, en violation d'une obligation d'une information explicite, substantielle ou procédurale, afin d'obtenir un avantage probatoire*. Cette définition commande d'opérer une distinction entre la loyauté probatoire et la licéité probatoire.

B) L'absence d'assimilation de la loyauté à la licéité probatoire

**649.** Distinguer la loyauté de la licéité de la preuve apparait peu pertinente à la lumière de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, selon Monsieur Grégoire Loiseau, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'élément de preuve illicite et la qualification de l'élément de preuve déloyale dès lors que la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Lopez Ribalda c. Espagne* du 17 octobre 2019 ne fait pas cette distinction, qualifiant les enregistrements issus de caméras de vidéosurveillance dissimulées dans une entreprise d'éléments de preuve illicites et non déloyaux[924].

**650.** Au regard du déploiement du droit à la preuve au niveau national, il semble que cette distinction soit pourtant nécessaire. Elle permet d'abord une meilleure compréhension puisqu'elle évite de reconnaitre le domaine d'application, plus ou moins étendu, propre à chacune de ces notions. Par exemple, l'article 5 du Règlement général sur la protection des données personnelles indique les données à caractère personnel doivent être « traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée ». La distinction entre loyauté et licéité de la preuve permet ensuite de mieux saisir les enjeux en présence : si la loyauté devait être assimilée à

[923] M. BECKERS, « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *SSL* 2015, suppl. n° 1693.

[924] G. LOISEAU, « La recevabilité de la preuve illicite », *D.* 2021, p. 117.

la licéité probatoire, cela pourrait encourager à conclure que tout élément de preuve illicite est aussi un élément de preuve déloyal. Or, il nous semble plus juste de considérer que l'élément de preuve déloyal est bien illicite, mais que tout élément de preuve illicite n'est pas, à l'inverse, déloyal. Les travaux doctrinaux (**1**) ainsi qu'une évolution progressive de la jurisprudence ont permis de faire émerger l'ébauche d'une distinction (**2**).

### *1. L'ébauche d'une distinction dans la doctrine*

**651.** Dans sa thèse, Madame Marie-Emma Boursier développe des distinctions entre la légalité, la licéité et la loyauté. Selon l'autrice, la légalité renvoie à la mise en conformité de la loi et la licéité désigne ce qui est permis par un texte et ce qui est, plus généralement, conforme au droit[925]. Dans ce schéma, la loyauté est la combinaison de la légalité et la licéité, renvoyant ainsi à « un idéal de justice »[926]. Dans le même sens, Madame Hélène Houbron précise que la loyauté commence par le respect de la loi tout en exprimant la légalité de la preuve[927]. En outre, la loyauté reposerait sur un motif d'illicéité prévu par le droit, motif « qui heurte des principes jugés supérieurs, considérés comme d'ordre public impérieux, au premier rang desquels le respect des droits de l'homme, et ce, qu'ils aient été consacrés par un texte ou pas »[928]. Ainsi, « le principe de licéité de la preuve implique que chaque élément de preuve soit produit ou recherché conformément aux règles de droit »[929] alors que la loyauté probatoire s'analyse comme une « déclinaison ou une mise en application »[930] particulière de la licéité.

---

[925] M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23, p. 78.

[926] *Ibid.*

[927] H. HOUBRON, *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Université de Reims Champagne-Ardenne, 2004, t. 1, p. 2, v. spéc., p. 307 et s.

[928] G. LARDEUX, Répertoire de procédure civile, Dalloz, *Preuve*, n° 288.

[929] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 393.

[930] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle » in Mél. J.-F. BURGELIN, *Les principes de justice*, Dalloz, Paris, 2008, p. 355.

**652.** La lecture des travaux de la doctrine signale un autre point de controverse relatif au fondement juridique de la loyauté. En effet, la loyauté pourrait être rattachée à l'article 9 du Code de procédure civile ou aux notions d'égalité des armes et de procès équitable[931]. L'application de la loyauté probatoire dans le cadre du droit au procès équitable garantirait « un équilibre entre les parties »[932]. Face à cette interrogation, il est préférable distinguer la recherche du fondement textuel de la loyauté et la conception de la loyauté qui se dégage de sa mise en œuvre. En effet, si la loyauté est vue comme un motif d'illicéité, qu'il convient de rattacher à l'article 9 du Code de procédure civile, elle peut être mobilisée de manière à garantir le respect du droit au procès équitable, qui invite les juridictions à garantir un équilibre entre les parties au procès, tant de manière générale que dans la mise en œuvre des règles de preuve.

### *2. L'ébauche d'une distinction dans la jurisprudence*

**653.** Dans les premiers arrêts relatifs à la licéité probatoire, la chambre sociale de la Cour de cassation ne semblait utiliser que la notion de licéité, laissant de côté celle de loyauté. Dans l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991, elle a énoncé, sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile, que l'enregistrement effectué par un employeur des salariés sur le lieu de travail « d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »[933]. Dans cette affaire, une caméra a été dissimulée dans une caisse, « de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent ». De manière similaire, dans un arrêt du 22 mai 1995[934], la Cour s'est prononcé sur le caractère illicite des comptes rendus d'une filature organisée par l'employeur afin de faire suivre l'un de ses salariés par un détective privé. Dans ces deux arrêts, la notion de loyauté probatoire aurait pu être mobilisée, dans la mesure où, à la lumière de la définition proposée, une manœuvre avait été mise en place par l'employeur à l'insu d'un ou de plusieurs salariés qui n'ont pas été

[931] D. GARREAU, « La loyauté de la preuve : un principe résiduel, voire inutile ? », *Just. & Cass.* 2014, pp. 41-54 ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, *op. cit*. n° 847, p. 192 et s. ; J. RAYNAUD, « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S* 2013, n° 5, 1054 ; P. BONFILS, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D*. 2005, p. 122.

[932] C. BENOIT-RENAUDIN, « La loyauté de la preuve », *Revue Lamy Droit civil* 2010, n° 75.

[933] Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519, p. 323.

[934] Cass. Soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ.* V, n° 164, p. 119.

informés de la mesure afin d'obtenir un avantage probatoire produit en justice. Par ailleurs, dans l'arrêt du 22 mai 1995, si la loyauté aurait pu être mobilisée, il convient de préciser que l'atteinte à la vie privée aurait pu constituer un motif d'illicéité énoncé de manière explicite, afin de permettre une distinction plus précise des motifs d'illicéité. L'arrêt du 26 novembre 2002 renvoie à cette idée en précisant « qu'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 (...) »[935]. La reconnaissance d'une atteinte à la vie privée n'évacue pas systématiquement la déloyauté ; cela permet ainsi mettre en lumière les premières distinctions entre les motifs d'illicéité.

**654.** La consécration jurisprudentielle d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve a affiné la distinction des motifs d'illicéité. Était en cause, dans l'affaire soumise à l'Assemblée Plénière, la production de cassettes contenant des enregistrements clandestins[936]. L'application de la notion de loyauté à la production en justice des enregistrements obtenus à l'insu d'autrui a permis d'identifier plus précisément son champ d'application. Cette solution est appliquée dans l'arrêt du 4 juillet 2012[937]. La chambre sociale a énoncé qu'un dispositif de contrôle clandestin est un procédé déloyal. Par application de la règle de loyauté, elle a précisé que le stratagème rendait le moyen de preuve obtenu illicite. Si l'ambiguïté de la solution a été souligné précédemment, une cohérence apparait au regard des motifs d'illicéité. La logique de la solution peut être formulée de la manière suivante : l'appréciation du caractère déloyal de l'élément de preuve permet de prononcer son illicéité. Cette affirmation appelle deux séries de remarques. D'abord, il semble que les notions de loyauté et licéité soient mobilisées dans un rapport de cause et de conséquence, la loyauté constituant la cause, la licéité constituant la conséquence[938]. Ensuite,

[935] Cass. Soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, *Bull. civ.* V, n° 352, p. 345.

[936] Cass. AP, 7 janvier 2011, n° 09-14.316, *Bull.* AP, n°1, obs. B. FAGES, *RTD civ.* 2011, p. 127 ; F. FOURMENT, *D.* 2011, n° 8, p. 562.

[937] Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, *Bull. civ.* V, n° 208.

[938] Dans le même sens, v. E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 373.

il apparait que le champ d'application de la licéité est plus étendu que celui de la loyauté, n'étant qu'un motif d'illicéité parmi ceux qui sont mobilisés.

**655.** En outre, les premières distinctions entre loyauté et licéité apportent des clarifications quant aux éléments qui fondent leurs différences. En amont de la reconnaissance du droit à la preuve, ces distinctions permettent de comprendre la teneur de chacune. En aval, plusieurs enjeux se dessinent lorsque l'on s'interroge sur le déploiement possible du droit à la preuve face à la loyauté probatoire. Pourtant, il semble, que la Chambre sociale maintient sa position en réaffirmant l'intégration de la loyauté probatoire dans le champ de la licéité probatoire.

## II. L'intégration de la loyauté probatoire dans la licéité probatoire

**656.** L'intégration de la loyauté probatoire dans le champ d'application de la licéité probatoire signifie que la preuve obtenue de manière déloyale constitue un motif d'illicéité. Si cette position semble constante depuis l'arrêt du 4 juillet 2012, les enjeux rattachés à ce mécanisme juridique ont évolué. L'avènement du droit à la preuve a eu pour effet de ne plus écarter systématiquement la recevabilité des éléments de preuve illicites. Si la reconnaissance de la loyauté comme condition préalable au droit à la preuve de l'employeur invitait à considérer la notion comme une limite fixe (**A**), le basculement vers la reconnaissance de la loyauté comme un motif d'illicéité parmi d'autres invite à s'interroger sur les enjeux liés à l'articulation des notions (**B**).

### A) La reconnaissance de la loyauté comme condition préalable au droit à la preuve

**657.** Dans l'arrêt du 30 septembre 2020[939], dont les faits ont été antérieurement présentés, la chambre sociale a procédé en deux étapes qui constituent le premier raisonnement qui lie le droit à la preuve et la loyauté probatoire. Lors de la première étape, la Chambre sociale a vérifié que l'employeur a obtenu l'élément de preuve (la capture d'écran) de manière loyale, c'est-à-dire, sans « avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve ». En l'espèce, elle a estimé, par

[939] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, note T. KAHN DIT COHEN, *RDT* 2020, n° 12, p. 753, note C. LHOMOND, *ibid.,* p. 764 ; note P. ADAM, *Dr. soc.* 2021, p. 14 ; obs. S. CACIOPPO, *RJPF* n° 11 2020 ; obs. F. CHAMPEAUX, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020, C. GOLHEN, *D.* 2020, p. 2383 ; note O. LECLERC, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733.

application du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'employeur n'avait eu recours à aucune manœuvre dès lors que « la publication litigieuse [lui] avait été spontanément communiquée (...) ».

**658.** Dans cet arrêt, le principe de loyauté constitue une condition préalable à la vie juridique du droit à la preuve, en particulier de l'employeur dès lors qu'il était invoqué par lui[940]. Ainsi, la Cour de cassation « n'impose pas aux juridictions du fond de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité dès lors que l'élément de preuve est déloyal »[941]. La loyauté intervient alors en amont de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Dans cet arrêt, est consacrée la plénitude de la fonction régulatrice du principe de la loyauté dans l'administration de la preuve. Cette conception écarte la mise en conflit de la loyauté probatoire avec le droit à la preuve. Pourtant, le retour à la position antérieure de la chambre sociale laisse apparaitre de nouvelles articulations possibles.

B) La reconnaissance de la loyauté comme motif d'illicéité

**659.** Lors d'un colloque portant sur « les arrêts marquants de la Chambre sociale de la Cour de cassation », qui s'est déroulé le 20 avril 2023[942], Madame Sabine Mariette, doyen de section à la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé, puis précisé, les trois motifs d'illicéité probatoire que retiennent les juges du droit. L'illicéité probatoire peut relever d'un élément de preuve obtenu de manière déloyale « notamment » lorsque celui-ci est obtenu par stratagème, par filature ou par enregistrement clandestin. Ensuite, l'illicéité peut être caractérisé par un élément de preuve qui est obtenu « en violation des conditions de licéité de la loi ». Pour illustrer son propos, Madame Mariette évoque « notamment » le Règlement général relatif à la protection des données ou en antérieurement, la loi dite « Informatique et libertés ». Enfin, l'illicéité d'un élément de preuve peut provenir d'une atteinte aux droits personnels des salariés, « notamment » par l'intermédiaire d'une atteinte à la vie privée, ou plus spécifiquement au secret des correspondances.

---

[940] B. TEYSSIÉ, N. ANCIAUX, « Droit des personnes », *JCP G* 2021 n° 7, 854.

[941] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 395.

[942] « Les arrêts marquants de la chambre sociale de la Cour de cassation », colloque organisé par la Cour de cassation, jeudi 20 avril 2023, en ligne (https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/les-arrets-marquants-de-la-chambre-sociale-de-la-cour-de-cassation).

**660.** Même si la structure des motifs d'illicéité exposée par Sabine Mariette ne se retrouve pas pour l'instant à l'identique dans les arrêts de la chambre sociale, elle est d'intérêt et ce, à deux égards. La position de la chambre sociale de la Cour de cassation correspond à celle adoptée antérieurement à la consécration du droit à la preuve, lorsque la loyauté a été considérée implicitement comme un motif d'illicéité, créant un lien entre la cause et la conséquence. L'énoncé des motifs d'illicéité doit être contextualisé dans le cadre du droit à la preuve. La position de Sabine Mariette laisse entendre que la loyauté probatoire ne doit plus être considérée comme une limite intangible à la réalisation du droit à la preuve, puisque ce droit permet de garantir la légitimation d'un élément de preuve illicite, dont un élément de preuve collecté de manière déloyale. En outre, les trois motifs d'illicéité peuvent s'entrecroiser en raison de leur proximité. Madame Mariette a illustré son propos en citant les dispositions issues du Règlement général sur la protection des données à caractère personnel en précisant que les règles peuvent « notamment » faire l'objet d'aménagements lorsqu'elles sont confrontées au droit à la preuve. Dans cette perspective, la distinction entre déloyauté et la violation des conditions de licéité apparait claire, dès lors que le RGPD lui-même distingue la loyauté de la licéité, en prévoyant, en son article 6, les règles de licéité du traitement des données à caractère personnel. En dehors des dispositions du RGPD, la distinction entre licéité et loyauté peut ne pas apparaitre évidente. Il conviendrait de préciser la teneur des conditions de licéité ainsi que les dispositions qui sont concernées par l'illicéité de la preuve.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**661.** Le cadre d'analyse de la loyauté probatoire est naturellement déterminé par l'identification des éléments de définition de la notion. Si la loyauté est considérée comme une notion floue, dont la teneur est imprécise, le recensement des termes employés par la doctrine et par les juges a permis de caractériser le champ lexical de la déloyauté. Les stratagèmes, les artifices, les ruses ainsi que les enregistrements clandestins sont autant de manœuvres considérées comme déloyales destinées à obtenir un élément de preuve produit en justice.

**662.** L'identification du champ lexical de la déloyauté a mis en exergue les points de contact entre les termes concernés et les difficultés qu'il y a à les distinguer. Deux difficultés principales sont apparues. D'abord, chaque terme renvoie à un objectif commun, celui de tromper ou d'induire en erreur autrui. Ainsi, les stratagèmes, les ruses ainsi que les artifices constituent des manœuvres similaires, parmi lesquelles il ne semble pas nécessaire d'opérer des distinctions. Ensuite, l'opposition entre ces manœuvres et les enregistrements et dispositifs de surveillance clandestins laisse apparaitre certaines incohérences, dans la mesure où les manœuvres résultants d'un stratagème, d'une ruse ou d'un artifice sont des manœuvres clandestines, destinées à tromper autrui sans que ce dernier en soit informé ou en ai connaissance. Pour les besoins de l'étude, trois critères ont été mobilisés afin de proposer une définition plus générale de loyauté. Un critère matériel se traduit par l'existence d'une ou de plusieurs manœuvres, un critère formel permet d'identifier le caractère clandestin de toute manœuvre par l'absence d'information à autrui dans le cadre des obligations d'information explicite et un critère fonctionnel caractérise l'objectif poursuivi par la manœuvre déloyale qui réside dans l'obtention d'un avantage juridique ayant une finalité probatoire. Ainsi, la loyauté probatoire peut être définie comme *l'interdiction d'exercer une ou de plusieurs manœuvres à l'égard d'une personne qui n'en est pas informée, réalisées en violation d'une obligation d'une information explicite, substantielle ou procédurale, d'où il en résulte un caractère clandestin, qui permet à son auteur d'obtenir un avantage à des fins probatoires*.

**663.** La définition proposée invite à distinguer, de manière nette, la loyauté de la licéité probatoire. La loyauté probatoire ne se confond pas avec la licéité probatoire, mais la déloyauté doit être considérée comme un motif d'illicéité. Une inflexion est apparue en faveur du caractère intangible de la loyauté probatoire face au droit à la preuve. Cependant, il semble que la Cour de

cassation effectue un retour en arrière en considérant que la production d'un élément de preuve déloyal constitue un motif d'illicéité. Dans le cadre du droit à la preuve, qui permet la recevabilité potentielle des éléments de preuve illicite, le caractère intangible de la loyauté est fragilisé.

**664.** Si la loyauté n'a pas encore été mise en conflit avec le droit à la preuve, le caractère relatif ainsi que la définition proposée dans la présentation du cadre d'analyse invitent à s'interroger sur les premières manifestations des incursions possibles par l'intermédiaire de la preuve illicite.

## Section 2. L'application du cadre d'analyse proposé au contentieux de la preuve illicite

**665.** Le caractère général de la définition proposée de la loyauté probatoire est fondé principalement sur l'absence d'information explicite. La violation d'une obligation d'information explicite peut être fondée sur la violation d'une *obligation procédurale d'information* ou d'une *obligation substantielle d'information*[943]. Dans les arrêts relatifs au droit à la preuve, seules sont concernées les obligations procédurales d'information des salariés et membres du comité social et économique. Ce constat permet de délimiter l'application du cadre d'analyse au contentieux de la preuve illicite : les arrêts mobilisés pour l'analyse donnent à voir un élément de preuve illicite, qui est caractérisé par la violation d'une obligation procédurale d'information. En outre, l'analyse ne concerne que des cas où des éléments de preuve illicite sont produits par l'employeur. En effet, lorsque l'on a affaire à des demandes de preuve, une analyse des juges du fond est nécessaire en amont, ce qui écarte par hypothèse toute manœuvre déloyale.

**666.** L'analyse des arrêts relatifs à la violation d'une obligation procédurale d'information implique de classer les motifs d'illicéité (**§I**). Cette classification permet de déterminer ce qui relève respectivement du champ d'application de la loyauté et ce qui relève du champ d'application de la preuve obtenue en violation des conditions d'illicéité prévues par la loi. Cependant, l'application du cadre d'analyse proposé est fondé sur l'idée principale que la violation des conditions d'illicéité prévues par la loi n'exclut pas la reconnaissance des manœuvres que l'on pourrait qualifier de déloyales. Ainsi, parmi les motifs d'illicéité relevés, l'information irrégulière peut constituer une situation au croisement des manœuvres déloyales et de la violation d'une

[943] V. supra.

condition de licéité (**§II**). Les premières manifestations d'inflexions de la loyauté probatoire pourraient être prolongées, dans une perspective plus prospective, par la reconnaissance explicite de la recevabilité d'un élément de preuve déloyal sous l'impulsion du droit à la preuve (**§III**).

## I. Les critères de classification des motifs d'illicéité au prisme de l'information explicite

**667.** La distinction entre la violation des conditions de licéité de la loi et la déloyauté probatoire repose sur plusieurs critères. La lecture des arrêts montre que plusieurs critères doivent être réunis afin de considérer l'élément de preuve comme illicite en raison de la violation des conditions de licéité prévues par la loi (**A**). Dans le cadre d'un élément de preuve déloyal relatif à un dispositif de surveillance, il doit être recherché l'existence d'un critère, qui pourtant, n'est pas considéré comme déloyal par la Cour de cassation. Cependant, l'application de la définition stipulative que nous avons proposé plus haut permet de considérer que l'absence d'information relative à un dispositif de surveillance dans l'entreprise suffit à caractériser la production en justice d'un élément de preuve déloyal (**B**).

### A) Les critères de la violation des conditions de licéité de la loi

**668.** La mobilisation du droit à la preuve par la Cour de cassation a conduit à ce que des éléments de preuve illicites ne soient plus systématiquement écartés des débats. Cette preuve illicite peut résulter, selon la position de la Cour, de la violation des conditions de licéité prévue par la loi. Pour être caractérisé, ce motif d'illicéité doit remplir deux conditions. En retenant la jurisprudence antérieure[944], les salariés ou les membres du comité économique et social doivent être informés de la présence d'un dispositif de surveillance mis en place par l'employeur dans l'entreprise (**1**). En outre, l'information doit porter sur un certain nombre d'éléments, parmi lesquels figurent les finalités poursuivies par le dispositif mis en place. La reconnaissance de la preuve illicite en violation des conditions de licéité de la loi suggère que l'employeur n'a pas informé des finalités poursuivies ou qu'il utilise le dispositif à des fins différentes de celles initialement déclarées (**2**).

[944] V. Cass. Soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *Bull. civ.* V, n° 406, p. 198 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de vidéo surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur était également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise, en sorte que les enregistrements du salarié constituaient un moyen de preuve illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (...) ».

*1. L'information relative à la présence d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise*

**669.** Lors de l'introduction d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise, l'employeur doit respecter les obligations d'information explicite qui lui incombent. Dans les arrêts relatifs à la preuve illicite au moyen d'une violation des conditions de licéité de la loi, l'information des salariés est matériellement vérifiable par les juges du fond ; son existence n'est pas remise en question. Dans chaque espèce objet des arrêts rendus en matière de droit à la preuve, dans la délimitation du périmètre de l'étude, l'existence d'une information à destination des salariés est soulevée. Cette idée doit être combinée à la règle selon laquelle un élément de preuve illicite n'est pas exclu systématiquement des débats alors même qu'il est obtenu en violation des conditions de licéité de la loi, sous réserve qu'une information émise par l'employeur soit matériellement vérifiable lors d'un litige.

**670.** Cette interprétation ressort de plusieurs arrêts relatifs à la preuve illicite, en particulier dans des cas où un enregistrement tiré de caméras de vidéosurveillance a été produit. Dans l'arrêt du 10 novembre 2021[945], la Cour s'est prononcée en faveur de la conciliation entre le droit à la preuve et le respect de la vie personnelle alors que la production en justice des extraits de caméras de vidéosurveillance constituait un élément de preuve illicite. Dans sa motivation, avant de se prononcer sur l'articulation entre les droits, la chambre sociale a repris les éléments de faits relevés par les juges du fond selon lesquels « tous les salariés ont été informés de la mise en place de ce système par la note de service diffusée le 27 novembre 2015 qu'ils ont signée, y compris l'intéressée (...) ». Cependant, à l'inverse des juges du fond qui ont retenu le caractère licite des éléments de preuve produits par l'employeur, la chambre sociale constate à l'illicéité du moyen de preuve en raison de l'usage du dispositif pour des finalités autres que celles qui avaient été déclarées par l'employeur. De manière similaire, dans deux arrêts du 8 mars 2023, la Cour de cassation a retenu la violation des conditions de licéité prévue par la loi, l'une portant sur le système de badgeage[946] dans l'entreprise, l'autre sur une caméra de vidéosurveillance[947]. Dans le premier

[945] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

[946] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

[947] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin.

arrêt, l'employeur a usé du système de badgeage afin de contrôler le temps de travail des salariés. La Cour d'appel de Paris relève que cette finalité n'avait pas fait l'objet d'une information auprès des salariés, ni des institutions représentatives du personnel. En l'absence de critique de la part de la Cour de cassation, la retranscription de ces éléments de la solution semble indiquer que le caractère illicite de la preuve peut être retenu dès lors que l'information obtenue découle d'un dispositif de surveillance qui n'est pas utilisé pour les finalités qui ont fait l'objet d'une information. Dans le deuxième arrêt, était mise en débat la recevabilité des extraits d'un dispositif de vidéosurveillance. De manière similaire, la Cour de cassation retranscrit des éléments de la solution retenue par les juges du fond. Il résulte de la motivation de l'arrêt que « la cour d'appel a d'abord constaté que l'employeur, (...), n'avait pas informé la salariée ni des finalités du dispositif de vidéosurveillance ni de la base juridique qui le justifiait (...) ». En l'espèce, donc, la surveillance existait, mais l'information sur l'existence de la surveillance était absente.

**671.** L'existence d'une information, principal critère distinctif de la déloyauté probatoire, doit être accompagnée d'une absence ou d'un contournement des finalités du dispositif mis en place dans l'entreprise.

*2. L'absence ou le contournement des finalités du dispositif dans l'entreprise*

**672.** L'existence de l'information se cumule avec une seconde condition, qui permet de lui conférer son caractère irrégulier, celle de l'absence ou du contournement des finalités. Ces deux cas peuvent être envisagés sous deux notions différentes. En effet, l'absence d'informations relatives aux finalités poursuivies pourrait être considérée comme la violation d'une exigence de transparence (**a**) tandis que le détournement des finalités, contraires à celles initialement déclarées aux salariés et aux membres du comité économique et social, renvoie à la violation d'une exigence de cohérence (**b**).

a) L'absence d'information sur les finalités : la violation d'une exigence de transparence

**673.** L'arrêt du 8 mars 2023, précédemment évoqué[948], illustre la reconnaissance du caractère illicite de la preuve du fait de l'absence d'information sur les finalités que poursuit le dispositif de contrôle. Dans cette affaire, l'employeur n'avait pas informé la salariée licenciée pour faute grave des finalités poursuivies par la mise en place des caméras de vidéosurveillance, ni du fondement juridique qui justifiait cette initiative. Ainsi, l'illicéité de la preuve peut trouver sa source dans l'absence d'informations concernant les finalités.

**674.** Cette irrégularité s'apparente à ce que l'on pourrait nommer la violation d'une exigence de transparence pesant sur l'employeur. L'information sur les finalités poursuivies témoigne d'une recherche de légitimité à la mise en place d'un dispositif de contrôle. La validité du dispositif repose ainsi sur la vérification de ce que l'employeur a bien donné une justification légitime à sa décision. Les dispositifs de contrôle constituant des prolongements, voire des moyens d'exercice du pouvoir, il incombe à l'employeur d'en justifier, de manière légitime, l'existence ainsi que l'utilisation. D'autres arrêts relatifs au droit à la preuve de l'employeur indiquent que la violation de l'exigence de cohérence caractérise une violation des conditions de licéité de la loi.

b) Le détournement des finalités : la violation d'une exigence de cohérence

**675.** Le détournement des finalités d'un dispositif de surveillance peut conduire à considérer la preuve qui en est issue comme illicite. Le détournement des finalités ne se confond pas avec l'absence de finalités dont la déclaration incombe à l'employeur. Le détournement des finalités signifie que l'employeur utilise les dispositifs de contrôle mis en place dans l'entreprise au service d'autres fins que celles déclarées à la CNIL[949] et ayant fait l'objet d'une information aux salariés et aux membres du comité économique et social. L'utilisation détournée des dispositifs de contrôle caractérise la violation d'une exigence de cohérence qui incombe à l'employeur. L'exigence de

[948] *Ibid.*

[949] Sous l'empire de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, antérieurement applicable à l'entrée en vigueur du Règlement général relatif à la protection des données à caractère personnel UE 2016/679 du 27 avril 2016.

cohérence permet en effet de confronter les finalités qui ont fait l'objet d'une information avec celles qui sont effectivement poursuivies par l'employeur dans l'utilisation des moyens à sa disposition.

**676.** Plusieurs arrêts constatent la violation de l'exigence de cohérence entre les finalités initiales et les utilisations réelles. Dans l'arrêt précédemment cité du 8 mars 2023[950], la Cour de cassation retranscrit la décision des juges du fond, qui relève que la finalité déclarée par l'employeur auprès de la CNIL et présentée au comité d'entreprise était différente de la finalité réelle, ayant pour conséquence le licenciement pour faute grave d'un salarié. En effet, le système de badgeage à l'entrée des bâtiments de l'entreprise avait pour finalité déclarée « le contrôle des accès aux locaux et aux parkings (...) » alors que « l'employeur avait utilisé ce système de badgeage afin de recueillir des informations concernant personnellement les salariés puis avait rapproché ces données personnelles de celles issues du logiciel du contrôle du temps de travail afin de contrôler l'activité et les horaires de travail des intéressés (...) ». De manière similaire, dans l'arrêt du 10 novembre 2021[951], un enregistrement extrait d'une caméra de vidéosurveillance dans une pharmacie avait permis de « contrôler et de surveiller l'activité des salariés et avait été utilisé par l'employeur afin de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement la salariée » alors que la finalité déclarée initialement par l'employeur était la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux de l'entreprise.

**677.** Le motif d'illicéité pris de la violation des conditions de licéité prévue par la loi repose sur deux conditions cumulatives. Le caractère illicite de l'élément de preuve est fondé sur la violation de l'exigence de transparence ou la violation de l'exigence de cohérence. À l'inverse, le motif d'illicéité pris de la collecte déloyale d'un élément de preuve repose sur l'unique critère de l'absence d'information relative à la présence d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise.

[950] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit.

[951] Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81.

B) Le critère de la déloyauté probatoire : l'absence d'information relative à la présence d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise

**678.** Afin de rechercher le critère de la déloyauté probatoire, il convient de s'attacher à l'analyse des arrêts antérieurs à la consécration du droit à la preuve, la loyauté n'ayant pas fait l'objet d'un conflit apparent avec ce droit subjectif processuel. En s'appuyant sur plusieurs exemples jurisprudentiels relatifs à la production en justice d'informations tirées de dispositifs de surveillance dont la finalité déclarée n'est pas de contrôler les salariés, il s'agit de démontrer que la qualification de moyen de preuve illicite peut permettre d'entrevoir celle de moyen de preuve déloyal, qui reposerait sur l'absence d'information préalable du salarié[952].

**679.** La principale illustration est l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991[953], dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu la qualification de moyen de preuve illicite. En l'espèce, un employeur a dissimulé une caméra de vidéosurveillance dans la caisse d'un magasin. Les enregistrements tirés de la caméra ont été utilisés par lui aux fins de licenciement pour faute grave de la salariée surprise à commettre plusieurs vols. Les juges du fond ont retenu le caractère illicite de l'élément de preuve produit en justice par l'employeur dès lors que la salariée « n'était pas spécialement visée par la mesure [de captation d'images] et que l'appareil était disposé de telle façon qu'il devait enregistrer uniquement les incidents susceptibles de se produire à la caisse dans le magasin, lieu accessible au public, et au cours du travail ; (...) ». La chambre sociale a cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Colmar. Au visa de l'article 9 du Code de procédure civile, elle énonce dans un attendu de principe que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». Relevant que la caméra était dissimulée dans une caisse, afin de surveiller les salariés sans qu'ils ne soient informés de la présence de celle-ci, elle conclut que l'enregistrement effectué à l'insu de la salariée était illicite. Dans cette affaire, l'application des critères de la déloyauté probatoire permet de déceler l'existence d'un acte que l'on peut qualifier de déloyal. Le critère matériel permet de rechercher la

[952] G. VIAL, « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT* 2023, n° 3, p. 157.

[953] Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519, p. 323, note Y. CHAUVY, *D.* 1992, p. 73, n° 7.

présence d'une ou de plusieurs manœuvres, simples ou complexes. En l'espèce, l'employeur avait dissimulé la caméra dans une caisse. Cette manœuvre requiert un acte positif qui peut être qualifié de ruse et va bien plus loin qu'une simple méconnaissance des règles d'information des salariés sur les dispositifs de surveillance mis en place. Ensuite, il convient de rechercher l'application du critère formel, qui réside dans l'absence d'information donnée à autrui, dont il résulte un caractère clandestin de la manœuvre. La deuxième condition semble remplie, car la salariée n'avait pas été informé de la manœuvre effectuée par l'employeur. Le critère formel découle ici du critère matériel, car l'acte de dissimulation permet de déduire l'absence d'information de la salariée de la présence de la caméra. Enfin, l'utilisation des extraits de vidéosurveillance par l'employeur pour justifier le licenciement pour faute grave ainsi que leur production en justice permet de considérer que le critère fonctionnel est satisfait.

**680.** Il en est de même dans un arrêt du 10 janvier 2012[954] rendu par la chambre sociale, dans lequel l'employeur a utilisé comme élément de preuve des extraits tirés des caméras de vidéosurveillance, disposées à l'entrée du bâtiment d'une société cliente, qui contrôlaient l'activité des salariés sans que ceux-ci en soient préalablement informés. Dans cet arrêt, il est intéressant de constater que la chambre sociale n'utilise pas les termes « déloyal » ou « illicite » pour qualifier la production en justice. Elle ne reprend que son attendu de principe énoncé dans l'arrêt Néocel pour constater l'absence d'information préalable des salariés à l'existence d'un dispositif de contrôle tandis que les juges du fond avaient retenu le respect de l'obligation de loyauté de l'employeur qui avait informé les salariés dans une lettre, argument que rejette la Cour de cassation. Par une manœuvre que l'on peut qualifier de simple, l'employeur avait détourné les finalités des dispositifs de surveillance afin de les utiliser pour contrôler l'activité des salariés mis à disposition dans les locaux d'une société cliente.

**681.** Si l'imprécision sur la qualification du moyen de preuve (illicite ou déloyal) n'avait pas de conséquence pratique, car dans les deux cas la preuve devait être déclarée irrecevable, elle permet néanmoins de mieux percevoir ce qui distingue l'illicéité de la déloyauté : l'information irrégulière relèverait de l'illicéité probatoire tandis que l'absence d'information relèverait davantage de la déloyauté probatoire. Cependant, cette distinction ne semble avoir qu'une portée relative en matière

[954] Cass. Soc., 10 janvier 2012, 10-23.482, *Bull. civ.* V, n° 2.

de droit à la preuve de l'employeur, domaine dans lequel la catégorie de l'information irrégulière des salariés permet de croiser la déloyauté et l'illicéité probatoire.

## II. L'information irrégulière des salariés au croisement de l'illicéité et de la déloyauté probatoire

**682.** Au regard de l'évolution jurisprudentielle relative au droit à la preuve, il a été affirmé que « *a priori*, le principe de loyauté demeure un îlot de stabilité puisque la chambre sociale continue à condamner tous les procédés probatoires frauduleux ou fondés sur des artifices ou des subterfuges »[955]. S'il apparait que la loyauté n'a pas encore fait l'objet d'une mise en tension explicite avec le droit à la preuve, quelques manifestations d'une inflexion peuvent être analysées. Dans les arrêts relatifs à l'utilisation probatoire de données extraites d'un dispositif de contrôle mis en place dans l'entreprise, les critères de distinction entre l'illicéité et la déloyauté probatoire doivent être repensés. En effet, distinguer la déloyauté probatoire en l'absence d'information préalable à la mise en place d'un dispositif et l'illicéité probatoire en raison d'une utilisation détournée constitue désormais un prisme déformant. La conception réductrice de la déloyauté en faveur de l'extension du champ d'application de l'illicéité ne permet pas de concevoir la déloyauté en tant que limite à la réalisation du droit à la preuve. Ainsi, en appliquant, de manière renouvelée, les critères de définition proposés de la déloyauté probatoire, il apparait que la qualification d'élément de preuve déloyale n'est pas systématiquement écartée au profit de celle d'illicéité probatoire.

**683.** La méthodologie proposée consiste à mobiliser les deux principaux critères de définition de la déloyauté probatoire, que l'on applique à un échantillon d'arrêts qui traitent des dispositifs de contrôle mis en place par l'employeur, dont ont été tirées des preuves produites en justice. Il en ressort d'abord que l'information irrégulière ne permet pas d'écarter le critère formel de la déloyauté probatoire, dès lors qu'est caractérisée une absence d'information quant aux finalités initiales et réelles d'un dispositif (**A**). À lui seul, ce critère ne permet pas de caractériser un élément de preuve déloyal. Aussi, il convient de mobiliser, de manière approfondie, le critère matériel qui

[955] Note B. BOSSU ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin, *JCP S* 2021, 1032.

consiste en un acte de détournement des finalités initiales qui vise à la surveillance des salariés (**B**). Ces deux critères combinés permettent de faire émerger une notion juridique qui, en principe, relève de la loyauté probatoire : le dispositif clandestin de surveillance.

A) La recherche d'un critère formel de la déloyauté probatoire

**684.** Dans plusieurs arrêts[956], la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu la qualification d'élément de preuve illicite en cas d'information irrégulière des salariés sur l'existence d'un dispositif de contrôle mis en place dans l'entreprise. Conformément aux catégories précédemment énoncées, l'information irrégulière concerne l'information partielle quant à l'utilisation des dispositifs en violation de l'exigence de cohérence qui incombe à l'employeur. Partant, l'absence de complétude de l'information relative aux finalités permet de qualifier le moyen de preuve d'illicite.

**685.** Dans une perception ainsi renouvelée de la teneur des motifs d'illicéité, il est permis de considérer que les catégories relevant de la violation des conditions de licéité de la loi et de la déloyauté probatoire ne sont pas hermétiques l'une à l'autre, mais au contraire dotées d'une certaine porosité en raison de la proximité qui existe entre licéité et loyauté probatoire. En effet, il est possible d'envisager que la catégorie des informations irrégulière contienne en son sein celle d'absence d'information. L'arrêt du 8 mars 2023[957] illustre cette hypothèse. En l'espèce, l'employeur n'avait informé la salariée ni des finalités poursuivies par la mise en place de caméras de vidéosurveillance, ni de la base juridique qui justifiait sa présence. En outre, l'employeur n'avait pas non plus demandé l'autorisation préfectorale préalable requise sous l'empire de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et libertés ». Dans le cas décrit, l'information irrégulière ne découlait pas seulement d'un manquement aux obligations procédurales d'information, mais également d'une violation des obligations substantielles d'information. En effet, l'information communiquée portait seulement sur l'existence d'une caméra de vidéosurveillance. La teneur de

[956] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit ; Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81 ; Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin ; Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

[957] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, à paraitre au bulletin.

l'information semble ainsi réduite à un élément, lequel aurait pu être déduit par la salariée lors de l'exécution de son travail, lors de la mise en place dans les locaux de l'entreprise. Dans cette hypothèse, la teneur réduite de l'information pourrait être équivalent à une absence d'information aux salariés. En effet, si la déloyauté peut être caractérisée par un comportement actif[958], il est possible d'intégrer au sein des éléments de définition, le cas d'un comportement passif lorsque l'auteur de la manœuvre tend à réduire la transmission des informations. Ainsi, la rétention d'une partie des informations, ici la finalité poursuivie par les caméras installées, permettrait de désigner la déloyauté probatoire tant dans sa qualité que dans son contenu. La distinction entre l'illicéité et la déloyauté probatoire ne reposerait plus seulement sur le moment de l'information, à savoir la mise en place et l'utilisation par l'employeur du dispositif, mais sur la qualité ainsi que la teneur réelle de l'information. Cette interprétation du critère formel de la déloyauté probatoire dans le cadre du droit à la preuve entre en conflit avec les règles méthodologiques du contrôle de proportionnalité précisées par la chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, dans le même arrêt, les juges du droit considèrent que « le juge doit d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur (...) ». Si l'on peut considérer l'élément de preuve comme étant déloyal, dès lors que l'employeur a procédé à une information irrégulière qui équivaut à une absence d'information, il semble, *a priori*, délicat d'apprécier la légitimité du contrôle, dans la mesure où cette légitimité ne peut être appréciée à partir des seules informations transmises à la salariée, ni des agissements probatoires de l'employeur. L'appréciation de la légitimité du contrôle doit reposer sur le respect d'une loyauté probatoire minimum, que l'appréciation porte sur la mise en place des caméras de vidéosurveillance ou sur lors de la production des enregistrements des caméras en justice.

**686.** Dans les autres arrêts[959], il apparait difficile de maintenir le raisonnement pour des situations dans lesquelles l'information est irrégulière. Les salariés sont informés de l'existence des dispositifs ainsi que de la finalité initiale poursuivie par l'employeur, constituant ainsi la justification présumée de l'exercice de ses prérogatives. Ainsi, le critère formel semble insuffisant

[958] V. supra, p. 360.

[959] Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit ; Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin, obs. C. COUËDEL, *D. act.,* 2021, 29 novembre 2021 ; comm. Y STRICKLER, *Procédures* n° 1, janvier 2022, comm. 4 ; comm. P. ADAM, *Dr. soc.* 2022, p. 81 ; Cass. Soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729, inédit.

à démontrer les premières manifestations d'inflexions à la loyauté probatoire. L'appréciation du critère formel doit alors être combinée avec celle du critère matériel.

B) La recherche d'un critère matériel de la déloyauté probatoire

**687.** Le critère matériel correspond à la mise en œuvre d'une action, que l'on peut qualifier de manœuvre, simple ou complexe. Dans les arrêts relatifs aux dispositifs mis en place dans l'entreprise, l'acte matériel réside dans le détournement des finalités. Le détournement des finalités entraine la violation de l'exigence de cohérence qui impose d'user du dispositif dans le cadre des finalités explicitement dévoilées par l'employeur, objet de l'information des salariés et des membres du comité social et économique. Ainsi, l'employeur ne pouvait utiliser les dispositifs pour une autre fin que celle déclarée. À cet effet, la chambre sociale considérait que l'élément de preuve était illicite, dès lors que « qu'un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées (...), et portées à la connaissance des salariés »[960]. Pourtant, l'acte matériel de détournement des finalités par l'employeur sous l'angle d'une production de preuve pourrait être considéré comme la violation de la loyauté probatoire. Monsieur Grégoire Loiseau invite à considérer qu'il existe une pluralité de garanties afin de préserver les droits des salariés dans le cadre des dispositifs de surveillance, dont l'information des salariés préalablement à leur mise en place. De plus, il ajoute que « la dernière garantie, enfin, est une combinaison du principe de finalité, qui impose que la mesure de surveillance soit mise en œuvre pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et du principe de loyauté, qui s'oppose à ce que les résultats de la mesure soient utilisés à d'autres fins que le but déclaré de celle-ci »[961].

**688.** Ainsi, caractériser la déloyauté de la manœuvre par le détournement des finalités reviendrait à déterminer l'acte dans sa matérialité, mais également l'objet et le but de l'acte de détournement. De manière approfondie, on peut constater que, dans les arrêts relatifs aux dispositifs mis en place dans l'entreprise, les utilisations par les employeurs aux fins d'extraire des données à caractère probatoire ont toutes le même objet, la surveillance des salariés. Ces dispositifs

[960] Cass. Soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *Bull. civ.* V, n° 247.

[961] G. LOISEAU, « L'apprentissage du droit à la protection des données à caractère personnel », *JCP S* 2021, 1305.

permettent à l'employeur d'utiliser deux méthodes de surveillance des salariés, l'une directe, l'autre indirecte. La surveillance directe implique que l'employeur effectue une manœuvre simple afin de produire en justice les données extraites d'un dispositif de surveillance, notamment par l'extraction des données tirées des caméras. La surveillance indirecte désigne une manœuvre complexe de la part de l'employeur lorsqu'est opéré une action visant à obtenir le résultat d'une surveillance, sans que la surveillance soit intervenue en tant qu'objet de l'action.

**689.** S'agissant de la surveillance directe, deux arrêts témoignent des cas de surveillance de l'activité des salariés dans l'entreprise par l'intermédiaire de caméras de vidéosurveillance. Dans l'arrêt du 10 novembre 2021[962], l'employeur avait utilisé les caméras de vidéosurveillance, non pas pour protéger les biens et les personnes dans les locaux de l'entreprise, mais également pour contrôler et surveiller l'activité des salariés. Il en va de même dans l'arrêt du 8 mars 2023[963] dans lequel l'employeur avait utilisé les extraits de vidéosurveillance afin de surveiller la salariée dans l'exécution de son travail, venant étayer des soupçons de vol et d'abus de confiance à l'encontre de celle-ci. Il peut être également considéré qu'il existe une surveillance directe lorsque l'employeur utilise un système de géolocalisation à l'appui du licenciement d'un salarié pour faute grave, lorsque le système de géolocalisation révèle un nombre important de kilomètres effectué par le salarié avec le véhicule professionnel mis à sa disposition. Ce cas est tranché par un arrêt du 22 mars 2023[964] rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation. Le véhicule professionnel mis à la disposition du salarié disposait d'un système de géolocalisation qui « était destiné à la protection contre le vol et la vérification du kilométrage ». La chambre sociale a relevé que la collecte des données de localisation n'avait pas été effectuée dans le cadre de cette finalité, mais pour « surveiller le salarié et contrôler sa localisation en dehors de son temps de travail, ce dont il résultait que l'employeur avait porté atteinte à sa vie privée (...) ».

[962] V. *supra,* n° 988.

[963] *Ibid.*

[964] V. *supra,* n° 988.

**690.** S'agissant de la surveillance indirecte, celle-ci suppose une pluralité d'opérations de la part de l'employeur. Dans l'arrêt du 8 mars 2023[965], les juges du fond avaient relevé que l'employeur avait utilisé le système de badgeage à l'entrée des locaux de l'entreprise, qui devait permettre de contrôler l'accès aux locaux et aux dépendances de l'entreprise, dans le but de « recueillir des informations concernant personnellement les salariés puis avait rapproché ces données personnelles de celles issues du logiciel de contrôle du temps de travail afin de contrôler l'activité et les horaires de travail des intéressés (...) ». Plusieurs actions positives ont été relevées par les juges du fond permettant d'aboutir à un résultat, celui de la surveillance. Pris isolément, le système de badgeage ne constitue pas un moyen de surveillance. Cependant, les actions positives de l'employeur permettent de constater que le système de badgeage combiné au logiciel du contrôle du temps de travail aboutit à une surveillance des salariés, devenant ainsi un procédé au service de l'employeur, dont la finalité est la surveillance des salariés.

**691.** L'application combinée du critère formel et du critère matériel de la définition de la loyauté probatoire conduit à constater que le but détourné des dispositifs de surveillance consiste en la surveillance d'un ou de plusieurs salariés, soit pendant le temps de travail et sur le lieu de travail, soit en dehors du temps et du lieu de travail. La surveillance en tant que but détourné conduit à faire appel à la possible qualification de *dispositif clandestin de surveillance* des salariés. Retenir cette qualification permettrait ainsi de mobiliser la loyauté probatoire face au droit à la preuve dans le cadre de sa fonction régulatrice. À la lumière de l'actualité jurisprudentielle, ces premières manifestations d'inflexions à la loyauté probatoire pourraient connaitre des prolongements consacrés de manière explicite.

### III. L'avenir jurisprudentiel du droit à la preuve et de la loyauté probatoire en question

**692.** « À l'exigence de vérité, l'impératif de loyauté peut-il (encore faire) obstacle ? »[966]. Cette interrogation, relative aux articulations entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve, tend à devenir un enjeu majeur dans cette construction jurisprudentielle qui doit, désormais, fixer les

[965] *Ibid.*

[966] P. ADAM, « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT* 2023, n° 3, p. 163.

limites du champ d'application du droit à la preuve. Les renvois en Assemblée Plénière par la chambre sociale de la Cour de cassation[967] des deux pourvois formés contre les décisions de la Cour d'appel de Paris[968] et la Cour d'appel d'Orléans[969] offrent potentiellement de nouvelles perspectives dans la reconnaissance de la recevabilité d'un élément de preuve déloyal. Dans les faits de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, un salarié intérimaire a été engagé dans le cadre du remplacement d'un salarié absent, dont le contrat de travail était suspendu. Lors de l'exercice de ses fonctions, le salarié intérimaire a utilisé l'ordinateur professionnel mis à la disposition du salarié absent, lui permettant d'accéder au compte Facebook privé de ce dernier. Par cet accès, le salarié a capté une conversation privée que le salarié absent entretenait avec une autre salariée de l'entreprise, comportant des insultes et des propos injurieux à son égard et envers le supérieur hiérarchique. Le raisonnement des juges du fond les a conduits à prononcer l'irrecevabilité de la production en justice de la conversation privée par l'employeur aux motifs que celle-ci était déloyale. À l'inverse, les faits de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans diffèrent. En l'espèce, un employeur a produit en justice des enregistrements sonores effectués à l'insu du salarié recueillis lors de deux entretiens. De manière similaire à la Cour d'appel de Paris, la Cour d'appel d'Orléans a jugé irrecevables les enregistrements produits par l'employeur, reconnaissant le caractère déloyal de la collecte des éléments de preuve versés aux débats.

**693.** À la lumière de ces nouvelles perspectives, il convient de s'attacher aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter à l'Assemblée Plénière. Rien ne s'oppose à la conciliation du principe de loyauté de la preuve et du droit à la preuve[970]. Une telle conciliation pourrait être opérée dans le cadre des règles juridiques établies en matière de droit à la preuve. Il convient alors d'envisager deux hypothèses, la première consistant à envisager l'incompatibilité de la conciliation entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve (**A**), l'autre à se prononcer en faveur de la

[967] Cass. Soc., 1er février 2023, n° 20-20.648 ; n° 21-11.330.

[968] CA Paris, pôle 6, ch. 11, 17 novembre 2020, RG n° 18/10574.

[969] CA Orléans, ch. soc., 28 juillet 2020, RG n° 18/00226.

[970] G. LARDEUX, « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question » *D.* 2023, p. 898.

conciliation entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve lorsque l'élément de preuve déloyal ne constitue qu'un critère de conciliation des droits en tension (**B**).

A) Un principe inconciliable avec le droit à la preuve

**694.** Selon Monsieur Julien Raynaud, l'élément de preuve déloyal devrait être déclaré recevable dès lors qu'il ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée d'autrui et qu'il constitue le seul élément de preuve disponible afin de prouver la déloyauté initiale du salarié[971]. La manière de mettre en tension les droits, sous l'impulsion du droit à la preuve, tend à s'opposer à ce mécanisme de recevabilité de l'élément de preuve déloyale. À l'inverse, on peut considérer que l'articulation entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve est impossible lorsqu'un second droit n'est pas identifié dans le cadre d'un litige.

**695.** Deux éléments appuient cette hypothèse. D'abord, la loyauté probatoire ne serait pas considérée comme un droit, étant entendu qu'elle a été consacrée en tant que principe par l'Assemblée Plénière. Cette différence de nature ferait obstacle à ce que le principe de loyauté de la preuve puisse être revendiqué par un plaideur face au droit à la preuve d'une autre partie. Ensuite, la violation du principe de la loyauté probatoire s'inscrirait dans le cadre de la réalisation du droit à la preuve. La reconnaissance du caractère déloyal de l'élément de preuve vivifierait le droit à la preuve, lui permettant d'être invoqué par un plaideur dans un litige. La loyauté probatoire ne s'oppose pas au droit à la preuve ; elle vivifie le droit à la preuve si l'on considère qu'elle est avant tout un motif d'illicéité.

**696.** En outre, le contrôle de proportionnalité qui constitue l'outil de mise en œuvre du droit à la preuve ne pourrait être invoqué dans le cadre d'un conflit entre la loyauté probatoire et le droit à la preuve, dans la mesure où cet outil vise à concilier deux droits. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité suppose alors une identification préalable des droits en présence[972]. Cependant, la détermination des droits antagonistes doit être effectuée de manière réaliste, afin de permettre la

[971] J. RAYNAUD, « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S* 2013, n° 5, 1054.

[972] P. ADAM, « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT* 2023, n° 3, p. 163.

prise en considération des droits réellement mis en tension, pour lesquels une atteinte matériellement vérifiable est constatée. Dans cette perspective, la solution de l'Assemblée Plénière au pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Paris peut être une hypothèse dans laquelle l'élément de preuve déloyal ne porte pas atteinte à la vie privée du salarié. Les enregistrements produits par l'employeur ont été effectués à l'insu du salarié pendant deux entretiens sur le lieu de travail. En raison de ces circonstances, on peut penser que la reconnaissance d'une atteinte à la vie privée serait exclue bien que l'élément de preuve apparaisse déloyal, dans la mesure où l'employeur a usé d'une manœuvre permettant d'enregistrer le salarié sans l'en informer. Au regard de la cohérence des règles juridiques en matière de droit à la preuve, l'élément de preuve déloyal ne pourrait être évalué sous l'angle de la recevabilité judiciaire en l'absence d'une atteinte à un autre droit.

**697.** Si la loyauté probatoire ne peut être mis en tension avec le droit à la preuve sans qu'un autre droit ne soit identifié par les juges du fond, la preuve déloyale peut déclencher l'articulation entre le droit à la preuve et un autre droit.

B) Un critère de conciliation des droits en tension

**698.** Le caractère déloyal de l'élément de preuve compte parmi les motifs d'illicéité reconnus dans la réalisation du droit à la preuve. Ainsi, la déloyauté probatoire octroie une certaine vigueur au droit à la preuve, déclenchant ainsi un conflit de droits lorsqu'ils sont identifiés préalablement par les juges du fond. Il est intéressant de souligner que, dans la mesure où l'élément de preuve déloyal peut ne plus être systématiquement rejeté des débats, celui-ci fonctionnera de la même manière que la violation des conditions de licéité de la loi ou l'atteinte aux droits personnels des salariés. L'action de la déloyauté probatoire aurait ainsi pour objectif la manifestation de la vérité, au service du droit à la preuve, ayant pour effet de lui faire perdre sa fonction régulatrice.

**699.** L'interrogation principale porte sur les difficultés qui apparaissent lorsque plusieurs motifs d'illicéité sont reconnus dans le cadre d'un litige. En effet, cette catégorie regroupe plusieurs éléments qui ne déclenchent pas les mêmes effets juridiques. La déloyauté probatoire, la violation des conditions de licéité de la loi ainsi que l'atteinte aux droits personnels du salarié constituent, par principe, des motifs d'irrecevabilité de la preuve. Cependant, l'atteinte aux droits personnels

du salarié déclenchent le conflit de droits, qui justifie la mobilisation de la technique de la proportionnalité. Ainsi, l'élément de preuve déloyal, en tant que critère de conciliation, pourrait porter atteinte à la vie privée ou à la vie personnelle d'autrui. L'introduction de cette double illicéité aurait des conséquences sur le maintien des positions jurisprudentielles, impliquant la remise en cause de certaines solutions qui, jusqu'à alors, se prononçaient en faveur de l'irrecevabilité, comme en témoigne l'arrêt du 27 novembre 2019[973]. Une salariée, titulaire d'un mandat de représentation du personnel, avait produit en justice des courriers électroniques échangés entre l'employeur et d'autres salariés. Les pièces avaient été écartées par les juges du fond pour violation du secret des correspondances, la salariée étant un tiers à l'échange. La Cour de cassation a confirmé cette position en énonçant « qu'est irrecevable la preuve résultant de la production en justice de documents obtenus par un procédé déloyal ». En conséquence, les juges du droit ont précisé que la salariée n'était pas destinataire des échanges et qu'ils ne « lui avaient pas été remis volontairement ». En outre, la salariée ne démontrait pas qu'elle avait eu connaissance de cet échange de courriels lors de l'exercice de ses fonctions de représentation. Au regard des recours portés devant l'Assemblée Plénière, on peut émettre l'hypothèse que cette position jurisprudentielle pourrait être potentiellement remise en cause. En l'absence de l'exercice des fonctions de représentation, qui semble agir comme un paramètre de la preuve licite, la production en justice d'une preuve déloyale pourrait étendre le champ d'application de la preuve illicite. Les secrets pourraient davantage être fragilisés[974]. Dans cette perspective, la loyauté probatoire n'agirait plus dans sa fonction régulatrice. La pluralité des limites, constituée par l'irrecevabilité de l'élément de preuve déloyal et l'appréciation du caractère indispensable de l'élément, laisserait la place à une limite unique, l'appréciation du caractère indispensable de l'élément de preuve.

[973] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237, inédit.

[974] V. infra, p. 399 et s.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**700.** L'application du cadre analytique au contentieux de la preuve illicite a permis de mettre en exergue de nouveaux enjeux. D'abord, les critères des deux motifs d'illicéité ont permis de démontrer des distinctions entre la violation des conditions de licéité prévues par la loi et la déloyauté probatoire. Tandis que la déloyauté probatoire implique qu'autrui n'ait pas été informé de l'existence d'un dispositif de surveillance, la violation des conditions de licéité semble reposer sur une information irrégulière qui réside dans la violation de l'exigence de cohérence ou de transparence. Ces catégories ne sont pas hermétiques, dans la mesure où l'information constitue un point de convergence des deux motifs d'illicéité. En appliquant notre cadre d'analyse aux arrêts sur les dispositifs de surveillance, il apparait que l'information irrégulière peut être considérée comme une absence d'information aux salariés. En effet, l'application combinée des critères matériel et formel implique la possibilité de reconnaitre la déloyauté des éléments de preuve issus de la qualification de dispositif clandestin de surveillance.

**701.** Ces premières manifestations d'inflexions à la loyauté probatoire, bien qu'implicites, pourraient être accompagnées de prolongements explicites, selon les solutions que l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation donnera aux litiges dont elle est actuellement saisie. Cependant, la recevabilité d'un élément de preuve déloyal conduit à penser la loyauté non pas comme une limite, mais comme un instrument au service de la manifestation de la vérité. Cette nouvelle approche conduirait à de nouveaux enjeux au sein du « droit de la preuve illicite »[975], tenant d'abord à la définition précise de la déloyauté probatoire et ensuite, au maintien d'une cohérence dans la mise en œuvre des règles du droit à la preuve. Cette cohérence tiendrait ainsi à l'identification précise des droits, dont la consistance serait à puiser dans les faits.

[975] G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *JCP S* 2023, n° 14, 1095.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**702.** Si « (...) nul ne peut considérer à ce stade que la notion de loyauté de la preuve soit une notion qui n'a plus lieu d'être »[976], le caractère intangible de sa fonction régulatrice semble fragilisé, dont les facteurs sont pluriels.

**703.** La loyauté, si elle ne se confond pas avec la licéité probatoire, est rattachée intrinsèquement à ses mécanismes. La loyauté probatoire est conçue comme un motif d'illicéité dans la même perspective que la violation des conditions de licéité prévues par la loi et l'atteinte aux droits personnels des salariés. Cette proximité avec la licéité probatoire contribue à une distinction parfois imprécise entre les deux notions. La détermination des critères de définition de la loyauté probatoire a permis de mettre en lumière les divergences. Si la loyauté probatoire réside dans l'interdiction d'exercer *une ou de plusieurs manœuvres à l'égard d'une personne qui n'en est pas informée, en raison de la violation d'une obligation d'une information explicite, substantielle ou procédurale, d'où il en résulte un caractère clandestin, qui permet à son auteur d'obtenir un avantage à des fins probatoires*, le point de convergence avec la licéité probatoire repose sur le critère de l'information.

**704.** L'application de la définition au contentieux de la preuve illicite démontre que des manifestations implicites d'inflexions à la loyauté probatoire peuvent être décelées. Le détournement des finalités poursuivies par la mise en place d'un dispositif de surveillance afin de surveiller et de contrôler l'activité des salariés ne relèverait pas seulement de la violation d'une condition de licéité de la loi, mais aussi de la déloyauté probatoire. La qualification de dispositif clandestin de surveillance serait alors adéquate.

**705.** La fragilisation de la loyauté dans sa fonction régulatrice pourrait s'accroitre sous l'effet des nouvelles perspectives offertes à l'Assemblée Plénière. La reconnaissance explicite de la recevabilité d'un élément de preuve déloyal contribuerait à étendre le champ d'application des éléments de preuve illicites. La loyauté probatoire ne serait qu'un filtre, le contrôle de proportionnalité la limite. Si la loyauté et le droit à la preuve sont l'un et l'autre au service d'un

[976] P. VAN DETH, T. VACCARO, « Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle majeure », *JSL* n° 534, 24 janvier 2022.

équilibre probatoire, le ralliement de la déloyauté probatoire au droit à la preuve pourrait contribuer à l'apparition d'un déséquilibre. De surcroit, si certaines positions jurisprudentielles maintenues jusqu'à alors pouvaient être remises en cause, ce sont d'abord les secrets qui pourraient être conciliés avec le droit à la preuve, ne constituant pas par eux-mêmes une limite intangible.

# CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE FACE AUX SECRETS

**706.** L'illicéité d'un élément de preuve peut provenir d'une atteinte est portée à un secret garanti en tant que tel par le système juridique français. Selon Gérard Cornu, le secret désigne « une chose cachée, (…) protection qui couvre cette chose et peut consister soit, pour celui qui connaît la chose, dans l'interdiction de la révéler à d'autres, soit pour celui qui ne la connaît pas, dans l'interdiction d'entrer dans le secret »[977]. La notion de secret protège juridiquement une ou plusieurs information(s) cachée(s) volontairement par son détenteur tout en créant une obligation pour ce détenteur et/ou le destinataire de l'information de ne pas divulguer. Ainsi, « la protection juridique d'un secret a un impact sur le mécanisme d'exclusion des preuves. Une preuve peut être écartée des débats car sa production viole un secret »[978].

**707.** Pourtant, la mobilisation du droit à la preuve tend à relativiser la protection juridique des secrets. En effet, les arrêts des chambres civiles et de la chambre commerciale témoignent des articulations entre le droit à la preuve et certains secrets. D'abord, la Cour de cassation a donné à certains secrets un caractère intangible. Le secret professionnel auquel est soumis le notaire[979] ainsi que le secret de l'instruction[980] prévu à l'article 11 du Code de procédure pénale en sont des

[977] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 949, V° secret.

[978] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 397.

[979] Cass. Civ. 1re, 4 juin 2014, n° 12-21.244, Bull. civ. I, n° 101 : « Mais attendu que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret ; qu'ayant exactement retenu que les lettres produites évoquant les relations que leur auteur, M. C..., notaire, avait entretenues avec l'acquéreur et son intermédiaire, M. Z..., à l'occasion de la préparation des actes de ventes à réméré litigieux, étaient couvertes par le secret professionnel, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision d'écarter ces pièces des débats ; (...) ».

[980] TJ Paris, ord. de référé, 10 juillet 2020, n° 20/52615, obs. M. KEBIR, Dalloz act. 2020, en ligne : bien que le juge des référés a mobilisé le droit à la preuve, sous la forme de l'attendu général, il a été précisé dans cette ordonnance que l'autorité judiciaire n'est pas habilité par la loi à ordonner la communication d'un dossier d'enquête ou de l'instruction à la place de l'autorité qui a la charge de celle-ci, autrement dit, le Ministère public.

illustrations. S'agissant de l'intangibilité du secret professionnel du notaire, un tempérament est prévu dès lors que le notaire est délié de son obligation de secret par ordonnance du président du tribunal de grande instance concernant la délivrance des expéditions et la connaissance des actes qu'il a établis[981]. Aux côtés des secrets intangibles ou quasi-intangibles, d'autres secrets peuvent être conciliés avec le droit à la preuve. D'abord, le secret bancaire, prévu par la loi n°84-46 du 24 janvier 1984, impose aux professionnels des établissements de crédits, des sociétés de financement ainsi que des établissements de paiement la non-divulgation d'informations concernant les clients à des tiers. Ces informations concernent le cadre de la vie privée, dont la situation financière et bancaire ou encore les opérations bancaires effectuées par le client. Les articles L. 511-33 et L. 522-19 du Code monétaire et financier prévoient l'obligation de secret professionnel tout en énonçant les hypothèses de divulgation des informations confidentielles aux tiers. Depuis un arrêt du 24 mai 2018[982], la Cour de cassation met en balance le droit à la preuve et le secret bancaire. À ce titre, un établissement bancaire ne peut opposer le secret bancaire auquel il est tenu dès lors que le secret bancaire ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 11 du Code de procédure civile lorsque l'établissement est « partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée (...) ». L'altération de l'adage *nemo contra se edere tenetur*[983] implique que le titulaire du secret bancaire ne puisse conserver des informations qui lui seraient défavorables tandis que sa responsabilité est recherchée dans un litige. Dans le prolongement de cette première solution, la chambre commerciale concilie le droit à la preuve et le respect de la vie privée dans le cadre d'un litige relatif à la production spontanée de la part d'un établissement bancaire de relevés de compte du plaideur client[984]. Ensuite, le secret professionnel de l'avocat peut être mis en balance avec « les droits de la défense » depuis un arrêt du 29 septembre 2022 rendu par la deuxième chambre

[981] Cass. Civ. 1re, 20 avril 2022, n° 20-23.160, publié au bulletin.

[982] Cass. Com., 24 mai 2018, n° 17-27.969, inédit.

[983] V. E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés : remarque sur l'adage nemo tenetur edere contra se*, th. Paris, 1967 : l'adage signifie « [qu'une] partie ne saurait être contrainte à produire une preuve allant contre son intérêt ».

[984] Cass. Com., 4 juillet 2018, n° 17-10.168, inédit.

civile[985]. La conciliation entre le secret professionnel de l'avocat et le respect des droits de la défense peut être appréhendé par le droit à la preuve[986]. Enfin, parmi les secrets conciliables avec le droit à la preuve, se trouve le secret des affaires. Le consensus des chambres de la Cour de cassation relatif à la conciliation entre mesure d'instruction *in futurum* et le secret des affaires confère à la solution juridique établie une portée générale[987].

**708.** Ainsi, l'exposé des solutions juridiques retenues lors de la confrontation du droit à la preuve et des secrets juridiquement protégés donne la mesure des potentialités du droit à la preuve en droit du travail. Traiter des potentialités du droit à la preuve sous l'angle des secrets juridiquement protégés renvoie à une interrogation générale relative à la cohérence des règles de proportionnalité appliquées par le législateur et par les juges. Le mouvement de « fondamentalisation du droit de la preuve »[988] brouille la délimitation entre la conciliation entre les droits prévu par le législateur et celle effectuée par les juges. Pour cette principale raison, Madame Gwendoline Lardeux précise « [qu'il] n'y a donc aucune raison que la jurisprudence développée à propos du respect de la vie personnelle des salariés ne soit transposée à celui des secrets professionnels »[989]. Ainsi, « aucun secret ne pourra plus, désormais, être sous la seule

---

[985] Cass. Civ. 2ème, 29 septembre 2022, 21-13.625, publié au bulletin, obs. N. HOFFSCHIR, *D. act.* 2022, en ligne.

[986] Obs. N. HOFFSCHIR, *D. act.* 2022, en ligne : « Du même coup, l'arrêt commenté, en autorisant une partie à produire un document couvert par le secret professionnel de l'avocat pour les besoins de sa défense, paraît bien marquer une nouvelle conquête du droit à la preuve (...) ».

[987] Cass. Civ. 2ème, 7 janvier 1999, 95-21.934, *Bull. civ.* II, n° 4, p. 3 : « Mais attendu que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (...) » ; en ces termes, v. Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2013, p. 1026 ; note MAZARDO, RIANDEY*, Dr. ouv*. 2013, p. 287; obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2013, p. 2802, note C. HAMONIAUX*, JCP G* 2013, p. 51 ; Cass. Soc., 7 décembre 2016, n° 14-28.391, inédit ; Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, inédit ; Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, publié au bulletin ; Cass. Civ. 1re, 22 juin 2017, 15-27.845, publié au bulletin ; Cass. Civ. 2ème, 10 juin 2021, n° 20-11.987, inédit ; Cass. Civ 2ème, 10 juin 2021, n° 20-10.570, publié au bulletin.

[988] J. S. QUEGUINER, R. BOUTY, « Le secret et le droit de la preuve », *LPA* 2016, n° 226-227.

[989] G. LARDEUX, « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question », *D.* 2023, p. 898.

protection de la loi »[990]. De même, pour Messieurs Jacques Ghestin et Hugo Barbier, « on voit mal qu'un secret échappe, par sa nature même, à toute confrontation avec le droit à la preuve. C'est nécessairement à la lumière du test de proportionnalité que doit être examinée la possibilité de son atteinte »[991].

**709.** L'établissement des hypothèses de conciliation apparait déterminant dans l'étude des enjeux attachés à la portée du droit à la preuve. L'objectif n'est pas d'apporter une réponse aux conflits qui peuvent exister entre la compétence du législateur et la compétence du juge en matière de conciliation des droits, mais de proposer des hypothèses permettant d'envisager de futurs terrains de déploiement pour le droit à la preuve ; ces développements sont donc en partie prospectifs. Pour les besoins de l'étude et afin de prendre en considération les particularités du droit du travail, la notion de secret doit être mobilisée dans son sens le plus étendu. Ainsi, les autres secrets de la vie privée pourraient être conciliés avec le droit à la preuve (**Section 1**). La portée du droit à la preuve doit être interrogée face aux secrets de la vie de l'entreprise, un concept incluant plusieurs types de secrets dont le secret des affaires (**Section 2**).

## Section 1. Le droit à la preuve face aux secrets de la vie privée

**710.** Les secrets de la vie privée renvoient à la sphère des informations qui ne doivent, par principe, être divulguées dès lors qu'elles comportent un caractère privé ou personnel. Il a été démontré que certaines informations de la vie privée peuvent être produites ou demandées par un plaideur titulaire d'un droit à la preuve[992]. Il convient d'approfondir ces analyses dans le cadre de régimes juridiques spécifiques à la protection des informations non soumises à divulgation.

**711.** Ainsi, deux régimes juridiques doivent être identifiés. D'abord, en vue de préserver la vie privée des salariés sur le lieu de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est attachée à

[990] *Ibid.*

[991] J. GHESTIN, H. BARBIER, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 2020, coll. « Traités », t. 2, n° 153 et s.

[992] V. supra, p. 309 et s.

construire un régime protecteur quant à l'accès d'informations contenues dans un outil numérique professionnel mis à sa disposition par l'employeur, qui peuvent potentiellement être couvertes par le secret des correspondances (**§I**). Ensuite, il convient de s'interroger sur la portée du droit à la preuve face à la révélation en justice des informations médicales concernant un salarié (**§II**).

## I. Le droit à la preuve face à la non-divulgation des informations contenues dans un outil numérique professionnel mis à disposition du salarié

**712.** La conciliation des droits dans l'entreprise – particulièrement la conciliation de l'intérêt de l'entreprise, du pouvoir de contrôle de l'employeur et de la protection des droits des salariés – a fait naitre un régime juridique tendant à limiter l'accès de l'employeur au contenu d'un outil numérique professionnel mis à disposition du salarié dans l'entreprise[993]. Ainsi, « (...) le particulier employeur n'a normalement pas le pouvoir de s'immiscer dans le secret des correspondances de son salarié »[994]. La recherche de conciliation entre les droits et libertés dans l'entreprise est alors fondée sur la délimitation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés. La protection de la vie privée et personnelle tend à interdire à l'employeur d'accéder et de produire en justice des éléments qui relèvent de la vie privée du salarié.

**713.** Eu égard à la délimitation de la vie professionnelle et de la vie personnelle du salarié, la construction jurisprudentielle permet de distinguer les éléments de preuve licites de ceux qui ne le sont pas. Dans ce cadre, l'employeur ne peut produire des éléments de preuve portant atteinte à la non-divulgation des informations privées contenues sur un outil numérique professionnel. Cependant, la coexistence de deux séries de règles juridiques permet de relativiser l'interdiction qui pèse sur l'employeur. En outre, nous devons nous interroger sur la place qu'occupe le droit à la preuve, car il peut être exclu (**A**) mais aussi concilié (**B**) en fonction des mécanismes juridiques.

---

[993] V. PELTIER, « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 51-57.

[994] *Ibid.*

A) Les cas d'exclusion du droit à la preuve

**714.** L'accès aux outils numériques professionnels mis à disposition des salariés est encadré par un régime jurisprudentiel solidement établi. Dans ce cadre, l'accès à la preuve par l'employeur est licite dès lors que le contenu est couvert par la présomption de professionnalité (**1**) ou lorsqu'un risque ou évènement particulier survient (**2**).

*1. La présomption de professionnalité*

**715.** Afin d'accéder au contenu d'un outil numérique professionnel, l'employeur bénéficie d'une présomption de professionnalité. Celle-ci garantit l'accès licite aux éléments de preuve ainsi que leur production en justice. Dans le cadre du droit à la preuve, il convient d'abord de préciser la portée de la présomption de professionnalité (**a**) avant d'envisager l'incompatibilité entre l'existence licite de la présomption de professionnalité et le droit à la preuve (**b**).

a) La portée de la présomption de professionnalité

**716.** La construction jurisprudentielle est fondée principalement sur la présomption de professionnalité relative au contenu d'un outil numérique professionnel mis à disposition du salarié par son employeur. Depuis un arrêt du 18 octobre 2006 rendu par la chambre sociale, il est établi que « (...) les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence »[995].

**717.** L'application de la présomption de professionnalité aux documents détenus par le salarié sur son lieu de travail a été étendue aux outils numériques professionnels mis à sa disposition du salarié, en lien avec les évolutions technologiques et numériques. Au-delà des documents détenus dans le bureau du salarié[996], sont concernés les dossiers et fichiers crées par le salarié grâce à l'outil

[995] Cass. Soc., 18 octobre 2006, n° 04-47.400, *Bull. civ.* V, n° 308, p. 294, chron. J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2007. 140 ; obs. R. DE QUENAUDON, *RDT* 2006, p. 395 ; comm. J.-Y. FROUIN, *JCP S* n° 48, 2006, 1946.

[996] Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.330, inédit.

informatique professionnel[997], les courriels adressés et reçus par le salarié[998], les connexions internet pendant le temps de travail[999] ainsi que les SMS reçus et adressés sur le téléphone professionnel mis à la disposition du salarié[1000].

**718.** L'application de la présomption de professionnalité repose ainsi sur trois éléments : la détention, la propriété et l'identification des documents. Bien que les documents soient, par hypothèse, entre les mains du salarié, l'employeur est présumé en être le propriétaire dès lors qu'ils sont dans l'entreprise et que le salarié ne les pas identifié comme étant personnels, extérieurs à la vie de l'entreprise relevant de la vie privée du salarié[1001]. L'identification constitue ainsi un obstacle à l'application de la présomption de professionnalité. Cependant, la mise à l'écart de la présomption de professionnalité suppose que l'identification soit précise et exacte. La chambre sociale considère ainsi que l'identification est insuffisante lorsqu'elle relève d'une mention « mes documents »[1002] ou que le titre d'un répertoire informatique ne comporte que les initiales du salarié[1003].

**719.** La reconnaissance légitime de la présomption de professionnalité confère à l'employeur un accès licite aux éléments de preuve contenus dans un outil numérique professionnel mis à disposition du salarié. Ainsi, si le contenu a un caractère professionnel, l'employeur peut y accéder

---

[997] Cass. Soc., 8 décembre 2009, n° 08-44.840, inédit ; Cass. Soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138, *Bull. civ.* V, n° 158, note M. NORD-WAGNER, *RDT* 2013, p. 708.

[998] Cass. Soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866, inédit.

[999] Cass. Soc., 9 février 2010, n° 08-45.253, inédit.

[1000] Com. 10 février 2015, nº 13-14.779, *Bull. civ.* IV, nº 20, note J. LASERRE CAPDEVILLE, *D.* 2015. 959 ; obs. J.-D. BRETZNER, A. AYNES, *D.* 2016. 167 ; obs. P. ADAM, *RDT* 2015. 191 ; note B. BOSSU, *JCP G* 2015, 407 ; *JCP S* 2015, 1155.

[1001] O. LECLERC, Preuve dans les contentieux du travail, Répertoire de Droit du travail, Dalloz, n° 154 et suiv ; Cass. Soc., 26 juin 2012, nº 11-15.310, *Bull. civ.* V, nº 196 ; obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2012, p. 1026 ; obs. R. DE QUENAUDON, *RDT* 2012, p. 562.

[1002] Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, *Bull. civ.* V, n° 135 : « Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la seule dénomination « mes documents » donnée à un fichier ne lui confère pas un caractère personnel, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...) ».

[1003] Cass. Soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, *Bull. civ.* V, n° 229.

sans requérir la présence du salarié ; celle-ci n'est pas obligatoire dès lors qu'aucune atteinte n'est portée à un droit ou une liberté fondamentale, à l'image du droit au respect de la vie privée et personnelle. Par son caractère licite, la présomption de professionnalité semble incompatible avec la mise en œuvre du droit à la preuve de l'employeur.

b) L'incompatibilité entre la présomption de professionnalité et le droit à la preuve

**720.** La présomption de professionnalité garantit un accès licite aux éléments de preuve contenus dans un outil numérique ou non à caractère professionnel tandis que le droit à la preuve constitue une catégorie particulière du droit d'accès aux éléments de preuve, conditionnée par la reconnaissance d'un caractère illicite. Ainsi, la reconnaissance du droit à la preuve semble incompatible avec le bénéfice de la présomption de professionnalité, obéissant chacun à deux régimes juridiques distincts.

**721.** Un arrêt rendu le 20 avril 2023 par la Cour d'appel de Paris[1004] permet d'illustrer cette hypothèse. En l'espèce, quatre salariés ont été recrutés dans une entreprise directement concurrente à leur ancien employeur. Suspectés par le premier employeur d'actes de concurrence déloyale, le premier employeur a demandé sur requête, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, une mesure d'instruction permettant à un huissier de justice de collecter certains éléments au siège de l'entreprise ainsi qu'aux domiciles des salariés concernés par la mesure. Le deuxième employeur demande alors la rétractation de l'ordonnance, rejetée par la suite. Il interjette alors appel. Parmi les éléments collectés par l'huissier de justice, l'ancien employeur produit des conversations issues d'un groupe crée sur l'application *What's App* entre les quatre salariés sur leurs téléphones professionnels mis à disposition par l'employeur pendant la durée des contrats de travail. Ces éléments, selon l'ancien employeur, permettent d'apporter la preuve que les salariés, pendant l'exécution de leurs contrats de travail, transmettaient des informations confidentielles au nouvel employeur. Ainsi, le second employeur ainsi que les quatre salariés considèrent que les éléments de preuve issues du groupe constitueraient une preuve illicite et déloyale dans la mesure où la messagerie est couverte par le secret des correspondances, étant distincte de la messagerie professionnelle. La Cour d'appel de Paris écarte toutefois ces arguments. D'abord, elle considère

[1004] CA Paris, Pôle 1, Ch. 2, 20 avril 2023, RG n° 22/17157.

que « l'installation et l'accès à l'application WhatsApp ne sont pas subordonnés à l'utilisation d'une adresse email personnelle, mais seulement à un numéro de téléphone, en l'occurrence le numéro de téléphone professionnel dont le titulaire de la ligne est Kaufman & Broad, en sorte qu'est ici applicable, par analogie, la présomption du caractère professionnel posée par la Cour de cassation pour les "short message service " (SMS) par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail, sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ». Ainsi, les juges du fond retiennent, pour appliquer la présomption de professionnalité, le critère de la nature des données. En effet, l'installation de cette application exige exclusivement un numéro de téléphone qui, en l'espèce, avait un caractère professionnel.

**722.** Si les conversations issues du groupe crée entre les salariés sont présumées professionnelles, l'accès et la production des éléments de preuve issues de cette conversation ont un caractère licite, dès lors qu'aucune atteinte à un droit n'a été constatée. Cependant, après avoir constaté le caractère professionnel des éléments de preuve collectés par l'employeur, les juges d'appel mettent en balance le droit à la preuve de l'ancien employeur et le respect de la vie privée des salariés concernés. En effet, les juges du fond déclarent que « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même 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 qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités ; qu'en l'espèce, la production des échanges WhatsApp qui ont été appréhendés sur le téléphone portable professionnel de M. [K] étaient indispensables au droit à la preuve de Kaufman & Broad, celle-ci ne disposant pas d'autre possibilité pour justifier la limitation dans leur objet des mesures sollicitées, la pertinence des mots clés identifiés dans sa requête permet donc de démontrer la proportionnalité des mesures d'instruction *in futurum* qui ont été ordonnées ; que l'atteinte à la vie privée des salariés est proportionnée au but recherché, Kaufman & Broad ne produisant que les groupes de discussion (…) ».

**723.** À l'inverse de la solution retenue par les juges d'appel, les règles du droit à la preuve invitent à se positionner en faveur d'une incompatibilité entre l'application de la présomption de professionnalité et la reconnaissance d'un droit à la preuve ayant pour objet les mêmes éléments

de preuve. La présomption de professionnalité garantit la licéité de l'accès aux éléments de preuve contenus dans un outil numérique. L'accès licite accordé à l'employeur sous certaines conditions permet d'agir sur la recevabilité de l'élément de preuve en justice. La production des éléments de preuve à caractère professionnel est recevable dès lors que la présomption s'applique. Dans cette hypothèse, il semble peu pertinent de reconnaitre le droit à la preuve à l'employeur. D'abord, la présomption de professionnalité n'obéit pas aux mêmes règles que le droit à la preuve. La présomption de professionnalité permet de garantir un accès aux documents et autres contenus dont l'employeur est présumé être le propriétaire, agissant comme un outil de licéité probatoire. Le droit à la preuve, *a contrario*, est invoqué par la reconnaissance des éléments de preuve litigieux. Il agit comme un outil de recevabilité des éléments de preuve illicites. Le plaideur peut invoquer le bénéfice de la présomption de professionnalité, puis son droit à la preuve. Cependant, le droit à la preuve peut être mobilisé par les juges du fond en cas d'échec de l'application de la présomption de professionnalité et si une atteinte à la vie privée est avérée. Ainsi, les deux catégories ne peuvent se cumuler pour les mêmes éléments de preuve dès lors que ceux-ci sont, soit licites, soit illicites[1005].

**724.** Par conséquent, le droit à la preuve ne serait reconnu qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse d'un échec de la présomption de professionnalité. Il en est de même en cas de survenance d'un risque ou d'un évènement particulier.

### *2. La survenance d'un risque ou d'un évènement particulier*

**725.** La présomption de professionnalité permet à l'employeur d'accéder aux documents et messages contenus dans un outil numérique professionnel mis à la disposition du salarié dans l'entreprise. Ainsi, si les documents, fichiers et messages sont identifiés comme personnels, l'employeur peut y accéder à condition que le salarié soit présent ou a été dûment appelé. Une exception à l'articulation de ces règles existe en cas de risque ou d'évènement particulier. En effet,

[1005] G. LOISEAU, « Le droit à la preuve face aux secrets », *RJS* février 2017, pp. 83-89 : « « L'accès à la preuve en est grandement facilité puisque l'employeur peut consulter et conserver la trace de ces contenus pour les utiliser au besoin à des fins probatoires, sous réserve qu'ils ne soient pas couverts par le secret de la vie privée, ce qui déplace alors le contrôle au stade de la production de la preuve ».

la chambre sociale, dans un arrêt du 17 mai 2005[1006], a considéré que « sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ».

**726.** Ainsi, le risque ou l'évènement particulier constitue une exception aux règles établies en matière de préservation de la vie privée et personnelle sur le lieu de travail du salarié. Les notions de risque ou d'évènement particulier ont cependant un contenu bien imprécis. Ces deux exceptions semblent renvoyer au critère du danger, actuel ou imminent, qui peut menacer un bien ou une personne dans l'entreprise[1007]. Le risque renvoie davantage au danger imminent, dont la matérialité est soumise à vérification par les juges du fond, tandis que l'évènement implique que le danger soit intervenu dans l'entreprise. En droit pénal, la survenance d'un risque ou d'un évènement particulier renvoie donc à l'état de nécessité, qui relève de la catégorie des faits justificatifs[1008].

**727.** Deux arguments peuvent être invoqués dans le cadre de l'analyse du risque ou de l'évènement particulier en tant que règles d'exclusion du droit à la preuve, reposant sur des raisonnements par analogie. Une première analogie consiste à rattacher le régime juridique du risque ou de l'évènement particulier au régime juridique de la présomption de professionnalité sur le fondement de l'absence ou non du salarié pendant la collecte des éléments contenus dans l'outil numérique professionnel mis à sa disposition. De manière similaire aux éléments garantis par la présomption de professionnalité, l'employeur n'est pas dans l'obligation de prévenir le salarié de l'ouverture des documents identifiés comme personnels. Dans cette hypothèse, la production en justice de ces éléments pourrait ne pas être considérée comme attentatoire à la vie privée ou personnelle du salarié si l'existence d'un risque ou d'un évènement particulier est justifié par l'employeur. Un second raisonnement consiste à rattacher cette exception à la jurisprudence relative à la production des documents de l'entreprise par le salarié fondé sur l'état de nécessité[1009].

---

[1006] Cass. Soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Bull. civ.* V, n° 165, p. 143.

[1007] V. PELTIER, « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 51-57.

[1008] *Ibid.*

[1009] Voir sur ce point, supra, p. 191 et s.

Par analogie, l'employeur peut réunir des éléments de preuve dès lors que la nécessité du risque ou de l'évènement particulier le commande. Cette hypothèse peut être envisagée particulièrement dans le domaine de la santé et sécurité au travail, dans le but de prévenir ou de limiter une atteinte aux droits des personnes. Dans ces deux hypothèses, le droit à la preuve au sens de la recevabilité d'un élément de preuve litigieux ne pourrait être invoqué, la première hypothèse permettant d'écarter un débat en justice sur le caractère illicite de l'élément de preuve, la seconde hypothèse permettant de justifier la production des éléments par le critère de la nécessité.

**728.** Les deux règles d'exclusion du droit à la preuve permettent de délimiter le champ potentiel d'application du droit à la preuve. Pourtant, « les discussions ne sont certainement pas closes »[1010] au regard des évolutions jurisprudentielles. Hors des régimes juridiques de la présomption de professionnalité et du risque ou de l'évènement particulier qui permettent d'accéder aux éléments de manière licite, les potentialités du droit à la preuve apparaissent face aux éléments de la vie privée considérés comme illicites.

B) Les cas de conciliation avec le droit à la preuve

**729.** La distinction établie entre le régime juridique des éléments de preuve licites et celui des éléments de preuve illicites dans le cadre du droit à la preuve permet d'appréhender les nouvelles frontières qu'il reste à établir dans le cadre de la recevabilité des informations privées non soumises à la divulgation.

**730.** Si les cas précédemment développés pourraient exclure le droit à la preuve, celui-ci pourrait retrouver de sa vigueur en cas de production d'éléments de preuve illicites. En utilisant les motifs d'illicéité probatoire[1011], le droit à la preuve pourrait porter atteinte au secret des correspondances de manière directe, au regard du contenu des éléments de preuve (**1**). De surcroît, le droit à la preuve pourrait être reconnu dans les cas où les éléments de preuve collectés par l'employeur ne respectent pas les obligations de procédure, en particulier le critère de l'information (**2**).

[1010] V. PELTIER, « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », supra n° 1008.

[1011] V. sur ce point supra, p. 374.

### *1. La preuve illicite par l'atteinte directe au secret des correspondances*

**731.** Le secret des correspondances a une double signification. Il « est à la fois une relation, entre deux ou plusieurs personnes et l'objet de cette relation (…) »[1012]. Les objets de la relation bénéficient d'une protection juridique générale en interdisant « (…) pour quiconque, de les détruire, de les ouvrir, de les supprimer, de les détourner même momentanément (…) »[1013].

**732.** Le secret des correspondances constitue ainsi un aspect du droit au respect de la vie privée du salarié au temps et au lieu de travail[1014] ; l'employeur ne peut collecter des informations non soumises à divulgation dans la mesure où celles-ci revêtent un caractère privée et sont dépourvues de lien avec la vie professionnelle. En droit de la preuve, le secret des correspondances fait partie des règles d'exclusion des éléments de preuve en justice. Cependant, le champ d'application des éléments de preuve illicites tend à s'étendre sous l'effet du droit à la preuve. Ainsi, l'évolution jurisprudentielle invite à envisager de nouvelles conciliations jusqu'alors interdites. Le secret des correspondances pourrait être concilié avec le droit à la preuve dans le cadre de la production de messages issues de la messagerie personnelle du salarié (**a**) ou lorsque le salarié n'a pas procédé à l'identification des documents mais ont un caractère privé (**b**).

#### a) La production en justice des échanges issues de la messagerie personnelle du salarié

**733.** Afin de déterminer la possible conciliation entre le droit à la preuve et le secret des correspondances en ce domaine, il convient d'exposer la position antérieure de la chambre sociale de la Cour de cassation à la reconnaissance du droit à la preuve. Dans un arrêt du 26 janvier

[1012] V. PELTIER, « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », supra n° 1008.

[1013] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 949.

[1014] Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *Bull. civ.* V, n° 291, p. 233 : « attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ; (…) ».

2016[1015], une salariée prend acte de la rupture de son contrat de travail et saisit la juridiction prud'homale. L'employeur, afin d'écarter la qualification de prise d'acte ayant les effets d'un licenciement justifié, produit aux débats des messages issus de la messagerie personnelle de la salariée. Les juges du fond déclarent irrecevable la production des messages comme éléments de preuve dès lors que les échanges de mails proviennent de la messagerie personnelle de la salariée entre des adresses privées non professionnelles. L'employeur forme un pourvoi en cassation contre la décision des juges du fond. Dans le moyen du pourvoi, l'employeur invoque l'application de la présomption de professionnalité au disque dur de l'ordinateur qui permet la conservation des mails et fichiers contenus dans l'outil numérique, indépendamment de la messagerie qui a permis l'envoi des courriels. La chambre sociale rejette le pourvoi en énonçant que « les messages électroniques litigieux provenaient de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité, la cour d'appel en a exactement déduit que ces messages électroniques devaient être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances (…) ».

**734.** Afin d'écarter la pièce couverte par le secret des correspondances, la chambre sociale approuve la décision des juges du fond en mettant en exergue deux critères de la protection. D'abord, le premier élément réside dans l'identification d'une messagerie, par nature privée, distincte de la messagerie attribuée au salarié dans l'entreprise. Ensuite, le deuxième élément porte sur l'identification des destinataires des échanges qui utilisent des adresses mails privées. Ce second critère apparait cohérent dans la mesure où une messagerie personnelle peut être utilisée à des fins de concurrence déloyale par le salarié, échangeant ainsi des informations avec des salariés d'une entreprise concurrente au moyen des adresses de messageries professionnelles.

**735.** Ainsi, la chambre sociale considérait que les échanges issus de la messagerie personnelle du salarié sont irrecevables, protégés par le secret des correspondances. Il semble que, depuis la reconnaissance du droit à la preuve, la chambre sociale de la Cour de cassation maintienne sa ligne jurisprudentielle. En effet, dans un arrêt du 23 octobre 2019[1016], les juges mobilisent l'attendu de

[1015] Cass. Soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360, FS-P+B, note S. MICHEL, *RDT* 2016, p. 421 ; note B. BOSSU, *JCP S* 2016, 1195.

[1016] Cass. Soc., 23 octobre 2019, n° 17-28.448, inédit.

principe énoncé dans l'arrêt du 26 janvier 2016. En l'espèce, une salariée est licenciée pour faute grave. Afin de justifier le licenciement, l'employeur produit aux débats des échanges avec l'un des collègues de travail de la salariée issus d'une messagerie instantanée installée sur l'outil numérique professionnel. Débouté de ses demandes en appel, l'employeur forme un pourvoi en estimant que les messages issus de la messagerie instantanée n'étaient pas identifiés comme personnels et que la messagerie instantanée était installée sur l'outil professionnel, de sorte que la présomption de professionnalité ne peut être écartée. La chambre sociale rejette le pourvoi formé par l'employeur en énonçant « qu'ayant constaté que les messages électroniques litigieux, échangés au moyen d'une messagerie instantanée, provenaient d'une boîte à lettre électronique personnelle distincte de la messagerie professionnelle dont la salariée disposait pour les besoins de son activité, la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils étaient couverts par le secret des correspondances ; que le moyen n'est pas fondé ; (…) ». De manière constante, la chambre sociale mobilise le critère de la nature de la messagerie permettant les échanges afin de savoir si la messagerie est personnelle ou non et par conséquent, distincte de la messagerie professionnelle.

**736.** Le maintien de la ligne jurisprudentielle après la reconnaissance du droit à la preuve en matière de protection du secret des correspondances invite à imaginer deux évolutions possibles. D'abord, la première évolution consisterait à conserver cette position dès lors que l'employeur produit en justice des échanges protégés par le secret des correspondances. Le secret des correspondances serait alors une limite au droit à la preuve. Une autre position serait de concilier le secret des correspondances et le droit à la preuve. Le secret des correspondances est rattaché, par la chambre sociale, au droit au respect de la vie privée du salarié. Il a été démontré que le droit à la preuve peut être concilié avec le droit au respect de la vie privée et permet de porter atteinte à des éléments de la vie privée qui ne sont pas soumis à la divulgation. Dans cette perspective, la conciliation entre le secret des correspondances et le droit à la preuve apparaitrait envisageable dès lors que les critères de l'élément de preuve illicite sont réunis. Le contrôle de proportionnalité pourrait donc être mis en œuvre. Si l'élément de preuve illicite produit en violation du secret des correspondances apparait indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionné au but poursuivi, cet élément de preuve devra être considéré comme recevable en justice. Cette hypothèse pourrait, par ailleurs, se rencontrer dans les contentieux relatifs aux actes de concurrence déloyale effectuées par le salarié ou dans les contentieux relatifs aux harcèlements

moral et sexuel. L'atteinte au secret des correspondances pourrait être caractérisée dès lors que l'absence d'identification des échanges n'écarte pas leur teneur privée.

b) Le cas de l'absence d'identification du caractère privé des échanges

**737.** Afin d'écarter l'application de la présomption de professionnalité, les éléments de preuve doivent être identifiés comme personnels par le salarié. Ce critère constitue ainsi une limite à la présomption de professionnalité. Cependant, celui-ci doit être combiné avec le critère de la teneur des éléments de preuve, comme en témoigne un arrêt du 18 octobre 2011[1017] rendu par la chambre sociale. En l'espèce, un salarié est considéré comme démissionnaire par son employeur et a pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur en saisissant le conseil de prud'hommes. Accessoirement à la rupture du contrat de travail, le salarié demande à la juridiction le paiement des heures supplémentaires qu'il aurait effectué. Afin de démontrer la réalité des horaires effectués et la volonté de démissionner du salarié, l'employeur produit aux débats des courriels figurant dans un dossier de l'ordinateur professionnel mis à la disposition du salarié qui contenaient une correspondance intime. Les juges du fond écartent cette production sur le fondement d'une atteinte à la vie privée. L'employeur forme un pourvoi en cassation contre la décision en invoquant la violation des articles L. 1121-1 du Code du travail, 6 et 9 du code de procédure civile et 9 du code civil ainsi que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce pourvoi est rejeté par la chambre sociale. En effet, la Cour rappelle que « (…) le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée (…) ». Par application de la solution de l'arrêt *Nikon*, elle précise « que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser à son encontre dans une procédure judiciaire s'ils s'avèrent relever de la vie privée (…) ». Elle approuve ainsi les juges du fond d'avoir retenu que le contenu des courriels était d'ordre privé et « (…) que sa production intégrale en justice ne pouvait être justifiée par la nécessité pour l'employeur de démontrer la volonté de l'intéressé de démissionner ou la réalité de ses horaires de travail (…) ».

[1017] Cass. Soc., 18 octobre 2011, n° 10-25.706, inédit.

**738.** De cet arrêt, il ressort que le critère de l'identification (les fichiers sont identifiés comme privés) n'écarte pas le critère de la teneur des correspondances (les correspondances ont une teneur intrinsèquement privée). En l'absence d'identification par le salarié, la teneur privée des correspondances produites par l'employeur doit être appréciée par le juge afin de déterminer la recevabilité ou non des éléments de preuve. Ainsi, le caractère privé des échanges peut être révélé au moyen de sa nature ou de son identification par le salarié.

**739.** Au regard de l'évolution jurisprudentielle, il est permis d'envisager que, dans cette hypothèse, la position de la chambre sociale soit différente. En effet, l'employeur invoque au soutien de son pourvoi la violation du principe de l'égalité des armes et le respect du procès équitable tirés de l'article 6 de la Convention. Il précise notamment que les éléments de preuve produits constituent « une limite proportionnée au droit du salarié à sa vie personnelle justifiée par les droits de la défense (…) ». Face à ce qui s'apparente à une invocation implicite du droit à la preuve, la réponse de la Cour de cassation apparait en demi-teinte. En effet, elle considère que la production intégrale de la correspondance intime en justice ne pouvait être justifiée par la nécessité de démontrer la volonté de démissionner ou la réalité des horaires du salarié. Cette solution se prête à deux lectures. On ne critiquera pas l'arrêt du 18 octobre 2011 à l'aune d'un droit à la preuve qui n'avait pas alors été consacré ; cependant, il apparait utile de raisonner sur les circonstances de cette espèce à la lumière du droit à la preuve afin d'en mesurer la portée. Dans cet arrêt, la chambre sociale écarte l'argument de la nécessité invoquée par l'employeur dès lors que l'atteinte à la vie privée est caractérisée par les juges du fond. En prenant en considération l'évolution jurisprudentielle relative au droit à la preuve, on pourrait dire que la chambre sociale écarte les éléments de preuve car ils ne sont pas nécessaires à prouver les allégations et prétentions de l'employeur. Une lecture au prisme du droit à la preuve n'évacuerait donc pas la possible mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dès lors que l'élément de preuve est illicite. Il incomberait aux juges du fond de vérifier le caractère indispensable de l'élément de preuve ainsi que sa proportionnalité, qui, en l'espèce, pourrait apparaitre au regard de l'absence d'identification du dossier contenant les correspondances.

**740.** Une atteinte directe au secret des correspondances peut ainsi relever de la production d'échanges issues d'une messagerie personnelle ou d'une correspondance qui n'est pas identifiée comme privée par le salarié, mais dont la teneur révèle l'intimité. Au regard des motifs d'illicéité,

il est permis d'envisager l'extension du champ d'application du droit à la preuve au non-respect d'obligation d'information dans le cadre de l'accès au contenu privé d'un outil numérique professionnel.

### *2. La preuve illicite par le non-respect de l'information du salarié*

**741.** Le respect de l'information des salariés participe à rendre licite la production des éléments de preuve après que l'employeur a réuni ces éléments. En effet, en dehors de la présomption de professionnalité, le salarié doit être présent ou dûment appelé[1018]. Cette obligation pour l'employeur s'apparente à une obligation d'information et non à une obligation de présence, car la présence du salarié ou lors de l'accès aux éléments de preuve doit être précédée d'une information par l'employeur. Ainsi, l'information constitue ici « une transmission de savoir » qui peut être « autorisée, interdite ou imposée »[1019]. L'information doit être émise de la part de l'employeur et réceptionnée par le salarié concerné par l'ouverture des éléments. La présence de l'adverbe « dûment » implique que l'information soit générée de sorte que le salarié soit informé exactement de la collecte des éléments privés. Par ailleurs, l'obligation d'informer le salarié doit être respectée lorsque les fichiers privés sont ouverts[1020], mais aussi lorsque l'employeur écoute les enregistrements effectués par une salariée à l'aide du dictaphone dont elle est propriétaire[1021].

**742.** Le respect de l'information du salarié constitue un critère qui peut être envisagé par référence à l'article L. 1121-1 du Code du travail qui consacre le principe de proportionnalité. En effet, le respect de l'information du salarié, dans le cadre de l'accès à des éléments privés ayant une finalité probatoire, agit comme une garantie des droits et libertés des salariés dans l'entreprise.

---

[1018] Cass. Soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *Bull. civ.* V, n° 165, p. 143.

[1019] B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Paris, 2013, vol. 123, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », p. 13 et s.

[1020] Cass. Soc., 17 mai 2005, v. supra.

[1021] Cass. Soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521, *Bull. civ.* V, n° 156 : « Qu'en statuant ainsi, alors d'une part que l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée, et alors d'autre part que les enregistrements ayant été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ; (…) ».

Dans cette perspective, il est permis de considérer qu'une information partielle du salarié relative à l'ouverture de fichiers, dossiers ou d'échanges puisse faire l'objet d'un débat probatoire à l'aune du droit à la preuve. Dans le cadre du droit à la preuve, l'information partielle quant aux dispositifs de vidéosurveillance constitue un motif d'illicéité de l'élément de preuve[1022]. Par analogie, si un salarié était informé partiellement de l'étendu de l'ouverture des fichiers ou était informé de manière erronée, la collecte des éléments de preuve par l'employeur pourrait être considérée comme illicite.

**743.** L'analyse de la jurisprudence relative à l'ouverture des documents, fichiers ou correspondances du salarié dans l'entreprise a permis de démontrer que la portée du droit à la preuve pourrait être extensive. La présomption de professionnalité ainsi que la justification d'un risque ou d'un évènement particulier constituent des règles d'exclusion du droit à la preuve car elles encadrent la collecte licite des éléments de preuve. Hors de ces règles, le droit à la preuve peut permettre la recevabilité des éléments de preuve au regard de deux motifs d'illicéité : le premier motif d'illicéité tiendrait à l'atteinte directe portée aux informations couvertes par le secret des correspondances ; le deuxième trouverait son origine dans le non-respect de l'information du salarié quant à l'ouverture du contenu privé ou de l'utilisation d'un outil privé dont le salarié est propriétaire. Dans le cadre des secrets de la vie privée, il convient de s'interroger sur la place à accorder au droit à la preuve face à la non-divulgation des informations médicales du salarié.

[1022] V. titre précédent, p. 250 et s.

## II. Le droit à la preuve face à la non-divulgation des informations médicales

**744.** Les potentialités du droit à la preuve doivent être analysées au regard du secret médical. « Droit du patient, devoir du médecin »[1023], le secret médical « est une catégorie particulière du secret professionnel »[1024] dont la violation est sanctionnée par l'article L. 226-13 du Code pénal[1025]. Il implique ainsi le respect des règles communes aux secrets professionnels mais contient, tout particulièrement en droit du travail, des éléments spécifiques[1026].

**745.** Dans l'hypothèse de conciliation avec le droit à la preuve, les informations médicales peuvent être rattachées au droit au respect de la vie privée du salarié (**A**). Cependant, le secret médical ne se confond pas avec le droit au respect de la vie privée, ayant les caractéristiques du secret professionnel et du secret médical entendu comme la préservation des informations médicales du salarié ou d'un tiers. Les différents aspects du secret médical invite à envisager de possibles conciliations avec le droit à la preuve en droit du travail (**B**).

### A) La nature privée des informations médicales du salarié

**746.** Le secret médical protège toutes les informations contenues dans le dossier médical d'un salarié. Ainsi, le secret médical protège avant toute chose son titulaire[1027]. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la chambre sociale le 15 juin 2022[1028]. En l'espèce, une salariée, occupant en dernier lieu l'emploi d'infirmière coordinatrice, a été licenciée pour faute grave. Celle-ci conteste en justice

[1023] F. FERRAND, Preuve, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, , n° 515.

[1024] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 426 et s.

[1025] « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

[1026] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, *loc. cit.* n° 1025.

[1027] *Ibid.*

[1028] Cass. Soc., 15 juin 2022, n° 20-21.090, publié au bulletin.

son licenciement, dès lors que l'employeur justifie le licenciement en se référant aux dossiers médicaux de plusieurs résidents de l'association. Les juges du fond déboutent la salariée de ses demandes tendant à faire reconnaitre le licenciement sans cause réelle et sérieuse et à reconnaitre la violation du secret médical. La salariée forme un pourvoi en cassation, rejeté par la chambre sociale, qui précise que le secret médical « est institué dans l'intérêt des patients ». Sur le fondement de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique[1029], elle poursuit en énonçant qu'il « s'agit d'un droit propre au patient instauré dans le but de protéger sa vie privée et le secret des informations le concernant ». Ainsi, la salariée ne peut se fonder sur la violation du secret médical lorsqu'elle n'en est pas elle-même la bénéficiaire.

**747.** La solution retenue par la Cour fonde le rattachement des informations médicales à la sphère privée d'un individu. Le lien entre les informations médicales et le respect de la vie privée tient à la portée de la protection issue du secret médical. En effet, le secret médical permet de couvrir toutes les informations relatives à l'état de santé d'un individu, mais garantit également la non-divulgation d'informations accessoires contenues dans les dossiers médicaux, telles que l'identité, le domicile, la situation familiale ou l'âge. Selon l'article R. 4127-4, à l'alinéa 2 du Code de la santé publique, « le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ». Les informations relatives à l'état de santé et les informations accessoires ont un caractère privé.

**748.** Le caractère privé des informations médicales ouvre la voie à d'éventuelles conciliations avec le droit à la preuve. S'il est certain que le secret médical ne constitue qu'un aspect du droit au respect de la vie privée, on peut avancer qu'une mise en tension avec le droit à la preuve serait possible. Son appartenance à la catégorie des secrets professionnels implique qu'il puisse exister une pluralité de conciliations.

[1029] Alinéa 1 : « toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant (…) ».

B) Les conciliations entre le droit à la preuve et la divulgation des informations médicales

**749.** Le secret médical recouvre deux aspects. Le bénéficiaire peut s'en prévaloir afin d'empêcher une partie ou un tiers de divulguer des informations à caractère privé. Le professionnel tenu au secret médical ne doit pas dévoiler les informations médicales dont il a eu connaissance pendant l'exercice de ses fonctions. En droit du travail, ces deux dimensions du secret médical peuvent être traitées de manière différente sous l'impulsion du droit à la preuve, d'abord dans le cadre du secret médical dont le salarié est bénéficiaire (**1**), puis en cas de secret professionnel auquel le salarié est astreint (**2**).

*1. Le droit à la preuve et le secret médical du salarié*

**750.** Dans un arrêt du 10 juillet 2002[1030], la Cour de cassation s'est prononcée sur l'accès par l'employeur aux éléments contenus dans le dossier médical d'un salarié. Ainsi, elle énonce que « (…) le dossier médical d'un salarié, couvert par le secret médical qui s'impose au médecin qui le tient, ne peut en aucun cas être communiqué à son employeur (…) ». De manière générale, la solution tend à interdire à un employeur d'accéder aux dossiers médicaux des salariés. Dans le prolongement de cette solution, une précision est formulée par la chambre sociale dans un arrêt du 30 juin 2015[1031] : l'employeur commet une faute dès lors qu'il produit en justice une attestation du médecin du travail qui comporte des éléments tirés du dossier médical du salarié. Ne sont pas concernées par cette interdiction « les informations que le médecin du travail est légalement tenu de communiquer à l'employeur ».

**751.** L'accès restreint aux éléments que le médecin du travail doit communiquer à l'employeur permet de déterminer le champ d'application des éléments de preuve illicites. L'employeur ne peut avoir un accès général au dossier médical d'un salarié, laissant supposer que la production en justice des éléments collectés serait jugée irrecevable, dans l'hypothèse où le droit au respect de la vie privée constitue une importante règle d'exclusion des preuves. Cependant, l'accès illicite aux éléments médicaux, en dehors de la transmission obligatoire de certaines informations par le

[1030] Cass. Soc., 10 juillet 2002, n° 00-40.209, *Bull. civ.* V, n° 251, p. 245.

[1031] Cass. Soc., 30 juin 2015, n° 13-28.201, *Bull. civ.* V, n° 833.

médecin du travail, pourrait permettre d'envisager l'application du droit à la preuve. L'illicéité d'un élément de preuve, appréciée au moment de la collecte par l'employeur, permettrait à l'employeur d'invoquer son droit à la preuve dès lors que la production en justice des éléments est indispensable à l'exercice de son droit et proportionné à un intérêt légitime.

**752.** Dans cette hypothèse de conciliation, la limite principale à l'invocation du droit à la preuve de l'employeur serait le refus du salarié face à la production en justice d'informations médicales le concernant. En effet, la première chambre civile s'est prononcé sur l'autorisation préalable obligatoire du bénéficiaire du secret médical dans le cadre d'une mesure d'instruction. Dans deux arrêts du 15 juin 2004[1032] et du 11 juin 2009[1033], la Cour de cassation précise que le bénéficiaire du secret peut refuser la transmission des informations couvertes par le secret. Toutefois, il appartient aux juges du fond « d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve (…) ». Le cas du refus de l'accès aux éléments médicaux peut être transposé à la production spontanée des éléments de preuve et permet d'envisager une conciliation entre les droits. Le refus de l'accès aux éléments de preuve peut être dépassé par l'appréciation des juges du fond qui doit porter sur l'existence ou non d'un intérêt légitime à la non-divulgation des informations médicales. La notion d'intérêt légitime peut renvoyer à l'empêchement légitime prévu à l'article 11 du Code de procédure civile[1034] constituant un obstacle à la manifestation de la vérité[1035]. Cependant, le bénéficiaire du secret médical n'est pas un professionnel de santé qui peut justifier de l'obligation de ne pas divulguer les informations privées en raison de l'exercice de sa profession. De surcroît, l'intérêt légitime peut être compris dans le sens d'une évolution vers l'application des conditions du contrôle de proportionnalité. L'intérêt légitime peut être apprécié par les juges du fond à l'image du but poursuivi par le plaideur qui

[1032] Cass. Civ. 1re, 15 juin 2004, n°01-02.338, *Bull. civ.* I, n° 171, p. 142.

[1033] Cass. Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 08-12.742, *Bull. civ.* I, n° 128.

[1034] « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

[1035] E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2022, 2ème éd., coll. « Thémis droit », p. 399.

invoque son droit à la preuve en justice. Une mise en balance des intérêts en présence permettrait de concilier les informations médicales qui font l'objet d'un refus par le bénéficiaire et le droit à la preuve. Par ailleurs, cette conciliation serait à l'image de celle opérée en cas de production de pièces relatives à l'état de santé d'un dirigeant de société par la chambre commerciale qui décide que la production « pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires ; qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé [les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme] (…) »[1036].

**753.** Si la protection des informations médicales du salarié pourrait être mise en tension avec le droit à la preuve, les hypothèses dans lesquelles le secret professionnel et le droit à la preuve peuvent être conciliées ont fait l'objet d'un précédent jurisprudentiel.

### *2. Le droit à la preuve et l'obligation de non-divulgation du professionnel*

**754.** La production en justice de documents couverts par le secret médical a fait l'objet d'un arrêt rendu par la chambre sociale le 5 juillet 2011[1037]. Une salariée engagée en tant que psychologue a saisi la juridiction prud'homale afin de faire reconnaitre l'existence d'un harcèlement moral dont elle s'estimait victime. Durant la procédure, la salariée produit des documents couverts par le secret médical, entrainant son licenciement pour faute grave. L'employeur forme un pourvoi en cassation contre la décision des juges du fond qui a retenu l'absence de cause réelle et sérieuse au licenciement de la salariée. La chambre sociale de la Cour de cassation énonce, sous la forme d'un attendu général, que « la production en justice des documents couverts par le secret professionnel ne peut être justifiée que lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur ». Ainsi, la Cour de cassation casse la décision des juges du fond dans la mesure où ils auraient dû procéder à la recherche de la nécessité de la production en justice.

[1036] Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, *Bull. com.* IV, n° 130, note R. PERROT, *RTD civ.* 2007, p. 637.

[1037] Cass. Soc., 5 juillet 2011, n° 09-42.959, inédit.

**755.** Cette solution est ancrée dans la construction jurisprudentielle relative à la production par des documents de l'entreprise par le salarié. En effet, ces documents peuvent être produits dès lors que le salarié justifie de la nécessité de la production, renvoyant à l'état de nécessité probatoire dans lequel il se trouve. On peut considérer que cette condition à la production spontanée en justice constitue les prémices du droit à la preuve et de l'application des conditions du contrôle de proportionnalité. Cependant, si la conciliation est envisagée, il peut être émis une certaine réserve quant à la cohérence des droits en présence. Dans une telle hypothèse, le secret professionnel et le droit à la preuve seraient invoqués par le même plaideur. Le salarié, professionnel de santé, serait tenu de ne pas dévoiler les informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, mais pourrait invoquer son droit à la preuve dès lors que ces informations sont indispensables et proportionnées au but poursuivi. Il pourrait être envisagé de rechercher la conciliation entre le droit à la preuve du salarié et la préservation du secret médical reconnu en faveur des patients, qui reviendrait, par analogie, à mettre en tension le droit à la preuve d'un plaideur et un aspect du droit au respect de la vie privée des tiers au litige.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**756.** Le droit à la preuve bouscule les frontières tracées du droit au respect de la vie privée des salariés. Ces nouvelles articulations permettent d'envisager une conciliation dans des domaines où le droit à la preuve n'a pas encore été mobilisé.

**757.** D'abord, le droit à la preuve doit être envisagé dans le cadre de la construction jurisprudentielle relative à l'accès par l'employeur aux documents, fichiers et messages détenus matériellement par le salarié ou dans un outil numérique professionnel mis à sa disposition. Le régime juridique établi par la jurisprudence permet d'écarter le droit à la preuve par deux règles : la présomption de professionnalité et la survenance d'un risque ou d'un évènement particulier. Ces deux règles contribuent à garantir un accès licite aux éléments de preuve pour l'employeur, contrairement au droit à la preuve qui permet de garantir la recevabilité des éléments de preuve illicites. En dehors de ces règles d'exclusion, le droit à la preuve pourrait être mis en tension avec le droit au respect de la non-divulgation des informations privées et ce, à deux niveaux. Une atteinte au secret des correspondances pourrait être caractérisée par les juges du fond, dès lors que l'employeur produit du contenu issu de la messagerie personnelle du salarié distincte de la messagerie professionnelle ou lorsque le contenu n'est pas identifié par le salarié comme étant privé, mais que l'appréciation de la teneur des correspondances révèle le caractère privé. Ainsi, le critère d'identification du caractère privé et le critère de la teneur ne s'excluent pas mutuellement. Il est également permis d'envisager que le droit à la preuve puisse porter une atteinte à la non-divulgation des informations de nature privée dès lors que l'obligation d'information du salarié de l'ouverture du contenu privé est violée par l'employeur. La violation d'une obligation de procédure constitue un motif d'illicéité. Dans cette hypothèse, l'atteinte au secret serait indirecte, procédant d'un manquement à l'obligation d'information du salarié, qui doit être présent ou dûment appelé. L'absence totale d'information pourrait constituer la limite principale à l'extension du droit à la preuve.

**758.** Ensuite, le droit à la preuve pourrait être concilié avec le secret médical. Le secret médical a deux dimensions, l'une protectrice du bénéficiaire qui peut s'opposer à la divulgation, l'autre obligatoire pour le professionnel de santé, sur qui pèse une interdiction de ne pas divulguer les informations dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En recherchant la

conciliation avec le droit à la preuve, il apparait que le secret médical constitue un aspect de la vie privée du salarié. Inscrit dans la loi, rappelé par la jurisprudence, le caractère privé des informations médicales ouvre sur une potentielle conciliation. Le conflit est double, l'un entre le droit à la preuve et la non-divulgation des informations médicales en faveur du bénéficiaire, l'autre entre le droit à la preuve et le secret médical en tant que secret professionnel. Si le premier conflit peut apparaitre marginal dès lors que l'employeur ne peut avoir accès au dossier médical d'un salarié, celui-ci n'est pourtant pas impossible à envisager dans le champ d'application des éléments de preuve illicites. Le deuxième conflit, à l'inverse, prend appui sur des bases jurisprudentielles qui ont admis la recevabilité de documents couverts par le secret professionnel lorsqu'ils sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié.

**759.** Les possibles élargissements de la portée du droit à la preuve face aux secrets de la vie privée laissent apparaitre des éléments fragiliseraient davantage le droit au respect de la vie privée. Une autre catégorie de secret pourrait être heurtée par le droit à la preuve, celle des secrets de la vie de l'entreprise.

## Section 2. Le droit à la preuve face aux secrets de la vie de l'entreprise

**760.** Pour les besoins de l'analyse, on retiendra un concept de secrets de la vie de l'entreprise, entendu dans un sens large qui englobe aussi bien les informations couvertes par le régime juridique des secrets professionnels que les informations qui n'ont pas pour finalité d'être divulguées à l'ensemble des acteurs dans l'entreprise. Au-delà des secrets *stricto sensu* de l'entreprise, cette conception du secret permet d'élargir l'étude aux obligations de non-divulgation qui ne sont pas régies par le régime juridique du secret professionnel. Ensuite, « la vie de l'entreprise » permet d'englober plusieurs dimensions de l'entreprise, notamment économiques, financières mais aussi organisationnelles.

**761.** La recherche de la vérité ainsi que les évolutions jurisprudentielles générales relatives au droit de la preuve, et plus particulièrement au droit à la preuve, invitent à s'interroger sur les conciliations possibles des informations confidentielles d'entreprise[1038] avec le droit à la preuve. D'abord, le droit à la preuve peut être mis en tension avec les obligations de non-divulgation du Code du travail (**§I**). Ensuite, d'après la jurisprudence et à la lumière de la Directive européenne 2016/943 du 8 juin 2016, le droit à la preuve pourrait être concilié avec le secret des affaires (**§II**).

### I. Le droit à la preuve et les obligations de non-divulgation du Code du travail

**762.** Les obligations de non-divulgation présentes dans le Code du travail visent le secret de fabrication (**A**) ainsi que l'obligation de discrétion des représentants du personnel (**B**).

#### A) Le droit à la preuve et le secret de fabrication

**763.** Le secret de fabrication est défini comme « un procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents qui est protégé – tant qu'il n'a pas fait l'objet d'un brevet – contre toute divulgation de la part du personnel

[1038] B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La confidentialité des informations d'entreprise dans une procédure civile », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, p. 70.

de la fabrique »[1039]. Il se rattache au savoir-faire d'une entreprise car il « est un mode de protection du savoir-faire et le fondement économique de sa valeur »[1040]. Ainsi, le secret de fabrication d'une entreprise se distingue par l'interdiction d'en communiquer la connaissance à d'autres individus en dehors de la sphère du secret partagé. Pour bénéficier de la protection du au secret de fabrication, les informations ne doivent pas être notoirement connues, ni aisément accessible[1041].

**764.** S'agissant du régime juridique, le secret de fabrication doit être considéré comme un secret professionnel, sanctionné pénalement en cas de divulgation illicite[1042]. Ainsi, le secret de fabrication bénéficie du régime juridique applicables aux secrets professionnels. Certaines dispositions du Code du travail prévoient que les membres de la représentation du personnel sont tenus au respect des secrets de fabrication (**1**). En dehors des dispositions légales, une clause de confidentialité peut interdire à un salarié de divulguer des secrets de fabrication (**2**).

*1. Dans le cadre des mandats de représentation du personnel*

**765.** Le Code du travail prévoit une obligation de secret professionnel quant aux procédés de fabrication pour les représentants du personnel. S'agissant des délégués syndicaux, l'article L. 2143-21 du Code du travail prévoit que « les délégués syndicaux sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication ». S'agissant des membres du comité économique et social, l'article L. 2315-3 à l'alinéa 1 du Code du travail prévoit une obligation identique dans les mêmes termes. La source de l'obligation légale tenant à la non-divulgation des secrets de fabrication est fondée sur l'existence ou non des mandats de représentation.

**766.** Dans l'accès aux éléments de preuve, le critère du mandat constitue le vecteur principal. En effet, il a été admis que des délégués du personnel puissent accéder aux documents de

[1039] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige », p. 949.

[1040] X. DAVERAT, « Secret de fabrication et réservation de savoir-faire », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, p. 35.

[1041] *Ibid.*

[1042] Article L. 1127-1, alinéa 1 du Code du travail : « le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros (…) ».

l'entreprise, non seulement pour les consulter dans le cadre de leurs fonctions, mais aussi pour les photocopier dans le cadre d'une action en justice introduite par un syndicat[1043]. En outre, la production en justice par une salariée investie d'un mandat de représentation d'une conversation dont elle n'est pas destinataire est jugée irrecevable dès lors que cette salariée ne justifie pas en avoir eu connaissance pendant l'exercice de ses fonctions de représentation[1044]. Ainsi, l'existence d'un mandat de représentation donne un accès aux éléments de preuve, mais ne permet pas de considérer comme licite la production des éléments s'il y a une atteinte à un droit concurrent. La réunion des éléments de preuve pendant l'exercice d'un mandat de représentation permet d'écarter la qualification de preuve obtenue de manière déloyale. L'exercice du mandat permet donc d'écarter un motif d'illicéité probatoire. Cependant, cela n'écarte pas l'atteinte portée à la vie privée ou à la vie personnelle d'autrui.

**767.** Ainsi, il y a lieu de dissocier l'accès aux éléments de preuve dans le cadre du mandat et la divulgation des éléments en justice en violation du secret de fabrication. Dans cette perspective, la production ou la demande de preuve litigieuse en raison d'une atteinte au secret de fabrication peut être envisagée car son intangibilité n'a jamais été énoncée par le législateur. Dans l'hypothèse où les éléments de preuve transmis par les représentants du personnel à d'autres personnes ou produits directement par eux dans le cadre d'une action en justice en invoquant le droit à la preuve, ceux-ci pourraient être appréciés au regard des conditions du contrôle de proportionnalité.

**768.** Plusieurs hypothèses sont donc envisageables. S'agissant de la divulgation, et afin de déterminer le champ d'application de l'élément de preuve illicite, il convient de se référer à la distinction classique entre la vie personnelle, la vie privée et la vie professionnelle. En effet, en dehors de l'hypothèse d'une preuve obtenue de manière déloyale, l'illicéité de l'élément de preuve est fondée sur l'atteinte à un autre droit. En cas de divulgation des informations couvertes par le secret de fabrication, il convient de s'interroger sur le cadre de la divulgation. Si la communication

[1043] Cass. Soc., 9 novembre 2016, *op. cit.* n° 748.

[1044] Cass. Soc., 27 novembre 2019, n°18-19.237, inédit : « Et attendu qu'ayant constaté que la salariée produisait en justice des courriers électroniques échangés entre des personnes tierces, lesquels ne lui avaient pas été remis volontairement et alors que la salariée ne faisait pas valoir qu'elle en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation, la cour d'appel en a exactement déduit que ces documents, couverts par le secret des correspondances, devaient être écartés des débats ; (…) ».

des informations est effectuée par le représentant dans un cadre professionnel, la violation du secret de fabrication peut être établie. Cependant, la violation du secret professionnel n'entraine pas, pour l'employeur, la collecte des éléments de preuve de manière illicite. Si le représentant du personnel transmet des informations par le biais de sa messagerie professionnelle, l'employeur bénéficie de la présomption de professionnalité ; partant, la collecte des éléments de preuve sera considérée comme licite et recevable en justice. La deuxième hypothèse consiste à s'interroger sur la violation du secret par le représentant dans un cadre privé. En effet, si l'employeur collecte des éléments de preuve en violation du droit au respect de la vie privée, le secret de fabrication ne sera pas le droit mis en tension avec le droit à la preuve de l'employeur, il en sera la justification, à l'image de la solution dans l'arrêt du 30 septembre 2020[1045]. Dans cette hypothèse, la préservation de la confidentialité des informations quant aux procédés de fabrication pourrait être l'intérêt légitime invoqué par l'employeur, au soutien de son droit à la preuve. Enfin, il est possible d'envisager le droit à la preuve des représentants du personnel ou du salarié qui divulguent des informations couvertes par le secret de fabrication dans un litige les opposant à l'employeur. Dans ce cas, le conflit entre le droit à la preuve et la préservation des informations relatives aux secrets de fabrication pourrait être caractérisé. Deux solutions alternatives s'offriraient alors aux juges du fond, qui pourraient soit appliquer la jurisprudence relative à la production des documents de l'entreprise couverts par le secret professionnel par le salarié en vérifiant l'état de nécessité ainsi que les caractéristiques de la collecte des éléments de preuve dans l'exercice des fonctions, soit appliquer les conditions du contrôle de proportionnalité en identifiant précisément les droits en présence.

**769.** Ainsi, si le mandat de représentation constitue un vecteur d'accès aux éléments de preuve, il ne permet pas de leur ôter leur caractère illicite si la collecte des éléments de preuve porte atteinte à un droit. Le secret de fabrication ne semble guère constituer une limite au droit à la preuve. En outre, il pourrait être envisagé comme un intérêt légitime justifiant la mise en œuvre du droit à la preuve de l'employeur. En dehors du cas des mandats de représentation, il semble que ces mêmes schémas d'articulation soient transposables aux cas des salariés tenus par une clause contractuelle de confidentialité.

[1045] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, *op. cit.* n° 788.

*2. Dans le cadre d'une clause de confidentialité stipulée au contrat de travail*

**770.** Une clause de confidentialité peut interdire, en dehors de tout mandat de représentation, de divulguer des informations relatives aux procédés de fabrication d'une entreprise. L'obligation contractuelle a les mêmes effets sur les schémas potentiels d'articulation entre le droit à la preuve et le secret de fabrication. Les circonstances de la divulgation constituent le critère principal afin de déterminer le champ d'application des éléments de preuve illicites. Celles de l'arrêt du 30 septembre 2020[1046] permettent un raisonnement par analogie. Dans le cadre du droit à la preuve de l'employeur, la divulgation des informations confidentielles peut être faite par le salarié dans le cadre de sa vie privée, en utilisant les réseaux sociaux ou les échanges privés. La collecte des éléments de preuve par l'intermédiaire d'un compte privé de réseau social permettrait de caractériser une atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié. S'agissant des correspondances privées sur le lieu de travail, l'employeur doit dûment informer le salarié. Si le salarié n'est pas informé de manière exacte de l'ouverture de sa correspondance, ceci pourrait constituer un motif d'illicéité. En l'absence d'information au salarié, il convient de s'interroger sur le caractère déloyal de l'élément de preuve, qui pourrait alors empêcher tout débat probatoire quant au droit à la preuve, sous réserve de la position à venir de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à ce sujet[1047]. Dans l'hypothèse d'une collecte litigieuse des éléments de preuve en raison d'une violation de la vie privée du salarié, le secret de fabrication pourrait constituer l'intérêt légitime qui fonde le but poursuivi, justifiant la mise en œuvre de son droit à la preuve.

**771.** Dans le cadre d'une divulgation des informations par le salarié en justice, ce dernier pourrait faire valoir son droit à la preuve face au secret de fabrication de l'entreprise. Parallèlement à l'existence d'un mandat, il serait envisageable que les juges du fond vérifient l'état de nécessité probatoire afin de justifier la recevabilité des informations couvertes par le secret professionnel ou d'identifier les droits en présence et de mettre en œuvre la jurisprudence relative au droit à la preuve.

---

[1046] *Ibid.*

[1047] Voir sur ce point, supra, p. 390 et s.

**772.** Ainsi, le droit à la preuve de l'employeur ou du salarié créent une variabilité dans la mobilisation du secret de fabrication. Ce dernier pourrait être un droit concurrent ou un intérêt légitime au droit à la preuve. Par ailleurs, les membres du comité économique et social sont également tenus à une obligation de discrétion quant aux informations confidentielles.

B) Le droit à la preuve et l'obligation de discrétion des membres du comité économique et social

**773.** « L'obligation de discrétion »[1048] est prévu à l'article L. 2315-3, à l'alinéa 2 du Code du travail. Cet article énonce que « les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ». L'obligation de discrétion revêt deux dimensions, l'une ayant trait à la teneur de la confidentialité, l'autre à l'expression de la confidentialité. L'expression de la confidentialité est fondée sur la volonté de l'employeur lors de la transmission des informations aux membres du comité économique et social. La teneur de la confidentialité réside dans la nature de l'information qui doit être confidentielle « au regard des intérêts légitimes de l'entreprise »[1049]. Ces éléments permettent de définir le périmètre de circulation des informations confidentielles entre les acteurs dans l'entreprise. Il convient de préciser que le législateur conserve la possibilité de définir les informations confidentielles par nature, comme en témoigne les dispositions relatives au droit d'alerte économique prévues à l'article L. 2312-67 du Code du travail[1050].

**774.** L'obligation de discrétion ne bénéficie pas du régime relatif à la protection des secrets dans l'entreprise. En effet, « plus souple et plus relative que le secret »[1051], la violation de l'obligation

[1048] G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 36ème éd., 2023, coll. « Précis », p. 1691.

[1049] Cass. Soc., 5 novembre 2014, n° 13-17.270, *Bull. civ.* V, n° 256.

[1050] « Les informations concernant l'entreprise communiquées en application du présent paragraphe ont par nature un caractère confidentiel. Toute personne pouvant y accéder est tenue à leur égard à une obligation de discrétion ».

[1051] G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, supra n° 1049, p. 1692.

de discrétion ne peut être sanctionnée pénalement ; cependant, l'employeur peut sanctionner le salarié par le prononcé d'une sanction disciplinaire. Si l'obligation de discrétion ne constitue ni un droit fondamental, ni un secret juridiquement protégé par les règles civiles et pénales, il convient de s'interroger sur la place de celui-ci, d'abord sous l'angle de la proportionnalité, puis face au droit à la preuve.

**775.** S'agissant de l'application des conditions du contrôle de proportionnalité, il ressort d'un arrêt du 16 février 2022[1052] que l'obligation de discrétion peut déclencher un conflit de droits fondamentaux. En l'espèce, le secrétaire du comité social et économique a affiché, sur le panneau réservé aux communications des représentants du personnel à destination des salariés, un extrait des conclusions déposées au soutien d'une citation directe de l'entreprise. Cet extrait comportait un courriel adressé par un des membres de la direction à un autre. L'employeur a saisi le président du tribunal de grande instance afin de demander le retrait, sous astreinte, de l'affichage. L'employeur a été débouté de sa demande par les juges du fond et a formé un pourvoi en cassation. La chambre sociale, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 9 du Code civil et de l'article L. 2315-15 du Code du travail, juge que le respect de la vie personnelle n'est pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article L. 2315-15 (…), nonobstant l'obligation de discrétion (…), dès lors que l'affichage par un membre de la délégation du comité social et économique d'information relevant de la vie personnelle d'un salarié est indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, lequel participe des missions du comité économique et social en application de l'article L. 2312-9 du Code du travail, et que l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle est proportionnée au but poursuivi ». La chambre sociale casse la décision des juges du fond pour défaut de base légale, ces derniers n'ayant pas mis en œuvre le contrôle de proportionnalité.

**776.** Les circonstances de l'affaire démontrent que l'obligation de discrétion n'est pas mise en tension avec un autre droit. La connaissance d'un élément de la vie personnelle aurait dû être conservé par le membre du comité économique et social du fait de son caractère confidentiel. L'affichage de cet élément a pour but la préservation d'un autre droit fondamental, le droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs qui s'inscrit dans les missions dévolues à

[1052] Cass. Soc., 16 février 2022, 20-14.416, publié au bulletin, note G. FRANÇOIS, *Dr. soc.* 2022, p. 422.

l'institution représentative du personnel[1053]. La violation de l'obligation de discrétion constitue un moyen préalable à la mise en tension de ces deux droits. Ainsi, la justification du contrôle de proportionnalité réside dans l'identification des deux droits en conflit et non de la seule violation de l'obligation de discrétion.

**777.** S'agissant de l'obligation de discrétion et du droit à la preuve, il convient de souligner deux éléments principaux. Sur la forme, la généralité de l'attendu formulé par la chambre sociale permet d'envisager différentes applications. Sur le fond, il semble que l'obligation de discrétion ne puisse être mise en balance avec le droit à la preuve, n'étant pas un droit fondamental ou un secret juridiquement protégé. La méconnaissance de l'obligation de discrétion peut agir comme un facteur de déclenchement des conflits de droits. Cependant, la méconnaissance de l'obligation de discrétion doit s'inscrire dans le cadre des missions dévolues aux membres du comité social et économique. Les circonstances de l'arrêt du 16 février 2022 sont transposables dans l'hypothèse d'un litige. Un membre du comité économique et social peut, soit produire en justice des documents couverts par l'obligation de discrétion, soit les transmettre à un salarié dans l'exercice de ses missions. Si ces documents portent potentiellement atteinte au droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle d'un ou de plusieurs autres salariés, les juges du fond pourront être amenés à tenter de concilier le droit à la preuve avec le droit au respect de la vie privée ou personnelle par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité.

**778.** Par conséquent, les obligations de non-divulgation inscrites dans le Code du travail doivent être traitées de manière différenciée. Le secret de fabrication peut, nous semble-t-il, être concilié avec le droit à la preuve. En revanche, l'obligation de discrétion ne constitue qu'un mécanisme de mise en mouvement des conflits de droits. Concernant le secret des affaires, les liens avec le droit à la preuve laissent apparaitre davantage d'ambivalence.

[1053] Note G. FRANÇOIS, *Dr. soc.* 2022, p. 422.

## II. Le droit à la preuve et le secret des affaires

**779.** Le secret des affaires, « notion floue et évanescente »[1054], fonde de nouveaux enjeux juridiques, tant au regard du régime juridique dont il bénéficie, à la lumière de la Directive européenne n° 2016/943 du 8 juin 2016 et de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, que de ses possibles articulations avec le droit à la preuve dans un litige soumis à un tribunal. Afin de déterminer ces enjeux, la notion de secret des affaires doit être préalablement présentée. Pendant de nombreuses années, le secret des affaires n'était ni défini, ni réglementée par le système juridique français[1055]. La Directive européenne n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite a introduit un cadre juridique général afin de protéger le secret des affaires dans les États membres. La motivation principale de l'édiction d'un cadre juridique résidait dans le fait que la confidentialité « est un outil de compétitivité et de gestion de l'innovation dans la recherche des entreprises »[1056]. Le texte européen a fait l'objet d'une loi de transposition dans le système juridique français, en date du 30 juillet 2018[1057], et déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision du 26 juillet 2018[1058]. Ainsi, l'article L. 151-1 du Code de commerce définit le secret des affaires comme une information qui n'est pas « généralement connue ou aisément accessibles pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ». L'information doit revêtir une « valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret » et doit faire l'objet « de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, (…), pour en conserver le caractère secret ». Selon l'article L. 151-2 du Code de commerce, le détenteur légitime doit

[1054] S. PIERRE-MAURICE, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, p. 3131.

[1055] S. PIÉDELIÈVRE, « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires », *Gaz. Pal.* 2018, n° 34, p. 13.

[1056] Introduction, point 2 de la Directive n° 2016/943 du 8 juin 2016.

[1057] Loi de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018.

[1058] Cons. constit., n° 2018-768 DC, 26 juillet 2018 : plus précisément, les articles L. 151-1, L. 151-8, L. 151-9, L. 152-3, une partie de l'article L. 152-4, L. 152-5 et une partie de l'article L. 153-1 ont été déclarés conformes à la Constitution.

contrôler l'information de manière licite. S'agissant de la valeur, les dispositions du Code de commerce prévoient que celle-ci peut être effective ou potentielle. La précision du caractère potentielle de la valeur commerciale n'était pas inscrite dans la définition de la Directive européenne, mais dans les éléments introductifs. Ainsi, la reprise du caractère potentiel de la valeur commerciale dans les éléments de qualification octroie au secret des affaires une portée vaste qui peut « couvrir, potentiellement, tout ce que l'employeur entend soustraire à la connaissance des salariés »[1059]. S'agissant des informations concernées par le secret des affaires, celles-ci peuvent être d'ordre « techniques ou économiques, dont on pourrait dire, en première approximation, qu'elles sont susceptibles de renseigner sur les forces et faiblesses d'une entreprise »[1060], voire « d'affaiblir la position concurrentielle de l'entreprise »[1061]. Enfin, le détenteur légitime doit prendre des mesures raisonnables de protection afin de garder secrètes les informations à l'exclusion de celles qui peuvent être portées à la connaissance du public ou accessibles au public[1062].

**780.** Le secret des affaires ne se confond pas avec le secret de fabrication. Le secret de fabrication est un secret professionnel au sens du Code pénal et du Code du travail tandis que le secret des affaires n'est pas couvert par le régime juridique des secrets professionnels. En outre, la portée du secret de fabrication est limitée aux informations relatives aux procédés de fabrication d'une entreprise. Le secret des affaires a donc une portée plus large dans la mesure où il protège de la divulgation toute information ayant une valeur commerciale effective ou potentielle dans l'entreprise.

**781.** Au regard des règles relatives au secret des affaires, la relation qu'il peut entretenir avec le droit à la preuve est ambivalente. La relation entre le droit à la preuve et le secret des affaires souligne la coexistence d'une forme de dualisme entre ces droits. La mobilisation du terme

[1059] G. LOISEAU, « Le droit à la preuve face aux secrets », *RJS* février 2017, pp. 83-89.

[1060] J. COURTIAL, « Preuve et protection du secret des affaires », *Just. & Cass.* 2017, pp. 35-42, dans le même sens, S. PIERRE-MAURICE, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, p. 3131.

[1061] J. COURTIAL, *ibid.*

[1062] *Ibid.*

ambivalence renvoie donc à l'exposé des deux aspects de cette relation. Le droit à la preuve peut être mis en tension avec le secret des affaires, dès lors qu'aucun de ces droits n'a de caractère absolu (**A**) ; au-delà d'une relation potentiellement conflictuelle, le secret des affaires peut soutenir la légitimité du droit à la preuve de l'employeur (**B**).

A) Le droit à la preuve face à la protection du secret des affaires

**782.** Le conflit entre le droit à la preuve et le secret des affaires repose sur deux éléments, l'un relatif à l'existence de décisions de justice réalisant une conciliation explicite entre les droits (**1**), l'autre portant sur des dispositions législatives depuis la codification de la loi du 30 juillet 2018, qui laisse apparaitre un dualisme, voire une certaine concurrence, entre les marges de manœuvre des juges du fond en matière de droit à la preuve et l'intervention du législateur pour encadrer la conciliation entre certains droits (**2**).

*1. Dans la jurisprudence*

**783.** La conciliation entre le droit à la preuve et le secret des affaires repose exclusivement sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile. Dans un arrêt du 7 janvier 1999, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a énoncé pour la première fois que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »[1063]. Cet attendu de principe est repris par la chambre sociale, dans l'arrêt *Radio France*, du 19 décembre 2012[1064]. Par l'avènement du droit à la preuve, la position de la Cour de cassation a été précisée sur les conditions d'articulation entre les mesures d'instruction *in futurum* et le secret

[1063] Cass. Civ. 2ème, 7 janvier 1999, n° 95-21.934, *Bull. civ*. II, n° 4, p. 3.

[1064] Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, obs. P. LOKIEC, J. PORTA, *D.* 2013, p. 1026 ; note MAZARDO, RIANDEY*, Dr. ouv*. 2013, p. 287; obs. P. DELEBECQUE, *D.* 2013, p. 2802, note C. HAMONIAUX*, JCP G* 2013, p. 51.

des affaires. Dans un arrêt du 10 juin 2021[1065], la deuxième chambre civile énonce que « si le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, c'est à la condition que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procède d'un motif légitime, sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées, et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard du but poursuivi ».

**784.** Les autres chambres de la Cour de cassation ont suivi cette orientation jurisprudentielle[1066] afin d'aboutir à un véritable conflit entre le droit à la preuve et le secret des affaires, initié par la chambre commerciale dans un arrêt du 5 juin 2019[1067]. Dans cet arrêt, la chambre commerciale censure la décision des juges du fond en énonçant que la cour d'appel aurait dû rechercher « de façon concrète, si les mesures d'instruction demandées ne permettaient pas de concilier le droit à la preuve de la société Verizon et le droit au secret des affaires de la société Orange (...) ».

**785.** Ainsi, le secret des affaires ne constitue pas seulement un « critère d'ajustement à la preuve civile »[1068], il possède la capacité de concurrencer le droit à la preuve. Par ailleurs, il convient de préciser que « même si ces jurisprudences visent (…) l'article 145 du Code de procédure civile, il est possible d'en tirer une logique générale (…) »[1069]. En effet, la demande de preuve litigieuse ne constitue qu'un aspect du droit à la preuve. Il est légitime de considérer qu'une offre de preuve litigieuse produite par un salarié en justice peut aussi porter atteinte au secret des affaires de l'employeur.

**786.** De source jurisprudentielle, les mesures de la conciliation ont été précisées par le législateur dans le cadre de la transposition de la Directive européenne du 8 juin 2016.

---

[1065] Cass. Civ. 2ème, 10 juin 2021, n° 20-11.987, publié au bulletin, *D.* 2021, p. 1994 ; note H. BARBIER, *RTD civ.* 2021, p. 647.

[1066] V. not. Cass. Com., 22 mars 2017, 15-25.151, inédit ; Cass. Civ. 1re, 22 juin 2017, n° 15-27.845, FS-P+B.

[1067] Cass. Com., 5 juin 2019, 17-22.192, FS-P+B.

[1068] B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La confidentialité des informations d'entreprise dans une procédure civile », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, p. 72.

[1069] *Ibid*., p. 74.

*2. Dans les dispositions législatives*

**787.** Les dispositions introduites dans le Code de commerce permettent de déterminer le champ d'application de la divulgation illicite. L'article L. 151-4 du Code de commerce vise d'abord l'acte de divulgation. La divulgation illicite, qui peut s'apparenter la demande ou l'offre de preuve illicite, ne doit pas avoir été consentie par le détenteur légitime. À cette condition, s'ajoute soit un accès non autorisé au contenu du secret des affaires qui peut être explicite ou qui se déduit de l'accès, ou une appropriation non autorisée directement ou indirectement par copie des informations. L'article prévoit également la divulgation illicite en cas de tout autre comportement, considéré comme déloyal. L'article L. 151-5 du Code de commerce vise ensuite les acteurs de la divulgation illicite, qui peuvent être bénéficiaires du secret, auxquels il incombe une obligation de non-communication des informations couvertes par le secret des affaires ou un tiers, « qui savait ou qui aurait dû savoir » que les informations utilisées étaient couvertes par le secret. L'identification du champ de la divulgation illicite permet de déterminer le champ d'application des éléments de preuve illicite, en cohérence avec la jurisprudence établie en matière de droit à la preuve face aux secrets.

**788.** La détermination du champ d'application illicite suppose que le secret des affaires soit opposable au droit à la preuve. Dans cette perspective, l'article L. 151-9 du Code de commerce prévoit deux hypothèses de non-opposabilité du secret des affaires. La première renvoie au droit à l'information et à la consultation des salariés ou des représentants du personnel. Cette hypothèse permet d'écarter un possible conflit entre le droit à la preuve et le secret des affaires en introduisant un canal d'accès licite aux éléments de preuve. Cette hypothèse, dont le champ d'application est large, se distingue de celle issue du secret de fabrication, dans laquelle l'exercice du mandat ne constitue pas un facteur d'obtention des éléments de preuve licites. La deuxième hypothèse prévoit la non-opposabilité du secret des affaires lorsque les salariés divulguent les informations couvertes par le secret des affaires à leurs représentants « dans le cadre de l'exercice légitime de ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice ». Le législateur impose, par l'édiction de ces deux conditions, la mise en œuvre d'une forme de contrôle de proportionnalité. Toutefois, lors d'une production en justice dans cette hypothèse, les juges du fond seront amenés à apprécier l'existence de ces conditions, mais ne constituent pas un obstacle fixe à la mise en œuvre du droit à la preuve. Les juges du fond peuvent constater l'absence de l'une

des conditions, rendant la production des éléments de preuve illicite en raison d'une divulgation illicite. Dans cette perspective, le droit à la preuve pourrait être concilié avec le secret des affaires.

**789.** Par ailleurs, des mesures au service d'une conciliation entre les droits ont été introduites par le législateur en matière de demande de preuve portant atteinte au secret des affaires, à l'article L. 153-1 du Code de commerce[1070]. En cas de mesure d'instruction *in futurum* ou de mesure d'instruction pendant l'instance en cours qui porte atteinte au secret des affaires, le juge peut choisir de préserver les informations couvertes par le secret des affaires en ordonnant une ou plusieurs mesures. Le juge peut choisir de prendre connaissance de l'élément seul et d'ordonner une expertise en sollicitant l'avis de l'avocat ou de la personne qui représente chaque partie au litige. Il peut également décider de limiter la communication ou la production à certains éléments, soit en modifiant la forme en résumé, soit en restreignant l'accès aux parties. De surcroit, le juge peut décider que les débats et la décision se tiendront en chambre du conseil ou encore d'adapter la motivation de la décision ainsi que les modalités de publicité afin de préserver les informations couvertes par le secret des affaires. Le prononcé des mesures n'est pas obligatoire pour le juge et peuvent être ordonnées de manière cumulative ou non.

**790.** Deux arguments soutiennent que les modalités prévues par le législateur n'amputent pas la marge de manœuvre des juges du fond quant à la mise en œuvre du droit à la preuve. D'abord, les

---

[1070] « Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :

1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;

2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;

3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;

4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires. »

modalités de communication et de production des éléments de preuve litigieux ont été énoncées dans le cadre du droit à la preuve, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure, par la Cour de cassation. En effet, il était déjà admis que les juges du fond peuvent concilier le droit à la preuve face à un autre droit au besoin « en cantonnant le périmètre de production de la pièce sollicitée »[1071]. Ces mesures s'inscrivent dans le pouvoir de modulation du juge[1072] relatif à la production ou à la demande de preuve litigieuse. Le législateur effectue un rappel non exhaustif des mesures qui peuvent être ordonnées par les juges du fond. Ensuite, les modalités de conciliation permettent d'articuler le droit à la preuve avec le secret des affaires et ne l'écarte pas. La demande ou la production d'un élément de preuve litigieux conserve son caractère illicite tout au long du litige, la production illicite est suffisante à elle seule pour constater l'existence d'un préjudice[1073], quelle que soit l'issue du contrôle de proportionnalité. Les modalités prévues par le législateur s'intègrent dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juges du fond en cas d'atteinte au secret des affaires par le droit à la preuve.

**791.** Ainsi, l'introduction d'un régime juridique du secret des affaires au niveau européen, puis au niveau national, favorise une conciliation cohérente des droits ainsi qu'une identification plus précise de ces derniers. Si on peut constater que le conflit entre le secret des affaires et le droit à la preuve n'a pas, actuellement, fait l'objet d'un arrêt de la chambre sociale, l'hypothèse d'une protection du secret des affaires par le droit à la preuve a été illustré par l'arrêt du 30 septembre 2020.

[1071] V. ex., Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, F-P+B, note J.-Y. KERBOURC'H, *JCP S* 2021, n° 6, 1036.

[1072] Voir supra, p. 85 et s.

[1073] Cass. Soc., 12 novembre 2020, n° 19-20.583, inédit.

B) Le secret des affaires au soutien du droit à la preuve de l'employeur

**792.** L'ambivalence des liens entre le secret des affaires et le droit à la preuve est mis en exergue dans l'arrêt du 30 septembre 2020 rendu par la chambre sociale[1074]. Dans cet arrêt, la chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir constaté que la production d'éléments de preuve portant atteinte à la vie privée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, « soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ».

**793.** Si la solution démontre que l'appréciation de la proportionnalité *stricto sensu* peut reposer sur l'existence d'un but explicite constitué par un intérêt légitime[1075], elle laisse apparaitre deux aspects de ce lien. Le droit à la preuve peut préserver les informations couvertes par le secret des affaires. La capacité concurrentielle du droit à la preuve permet de garantir la reconnaissance en justice d'une violation du secret des affaires et d'en faire sanctionner les manquements. Le droit à la preuve intervient en tant qu'outil de défense des droits passifs, pour lesquels l'amputation est admise. Par ailleurs, le secret des affaires vient renforcer la légitimité du droit à la preuve de l'employeur dans la mesure où la protection du secret des affaires est considérée comme un élément du contrôle de proportionnalité en tant que but poursuivi par l'employeur. La protection du secret des affaires intervient en tant qu'outil de mesure de la légitimité du droit à la preuve de l'employeur. On peut considérer que cette illustration trouve des prolongements dans le cadre des secrets de la vie de l'entreprise, en particulier le secret de fabrication.

[1074] Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, *op. cit.* n° 788.

[1075] Voir sur ce point, supra, p. 252.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**794.** Le secret de fabrication, l'obligation de discrétion des représentants du personnel et le secret des affaires constituent les principaux secrets de la vie de l'entreprise qui s'articulent avec le droit à la preuve.

**795.** Le secret de fabrication est un secret professionnel qui n'est pas intangible. Prévu pour les délégués syndicaux et pour les représentants du comité social et économique, il permet d'imposer une obligation de non-divulgation aux représentants titulaires d'un mandat. Si le mandat permet l'accès licite aux éléments de preuve, il n'en permet pas la divulgation licite. Il en est de même pour les salariés auxquels il est imposé le respect d'une clause de confidentialité portant sur les procédés de fabrication. L'existence d'un mandat de représentation ne permet pas de déterminer le caractère licite de la demande ou de la production d'élément de preuve qui conservent leur caractère litigieux.

**796.** Dans le prolongement des secrets, les membres du comité social et économique sont tenus à une obligation de discrétion relative aux informations par nature confidentielles et présentées comme telles par l'employeur. Au regard de la logique de conciliation des droits, l'obligation de discrétion ne peut être concilié avec le droit à la preuve dans un litige. En effet, l'obligation de discrétion ne peut être considéré comme un droit ou liberté fondamental, ni comme un secret juridiquement protégé tel que le secret professionnel. La violation de l'obligation de discrétion ne constitue qu'un vecteur au conflit entre deux droits. Dans l'opération d'identification des droits en présence, cela démontre que tous les droits ne sont pas conciliables, non pas du fait de leur caractère intangible, mais plutôt de l'existence d'une incompatibilité du fait de la nature juridique.

**797.** À l'inverse, il apparait que le secret des affaires peut être concilié avec le droit à la preuve. La consécration d'un cadre juridique relatif au secret des affaires a contribué à l'essor d'un encadrement législatif et judiciaire du conflit entre le droit à la preuve et le secret des affaires. Cependant, l'intervention législative doit être relativisée dans la mesure où le rappel du pouvoir de modulation du juge doit être intégré dans la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité et ne se substitue pas à l'appréciation des juges du fond. Cependant, le lien entre le secret des affaires et le droit à la preuve est ambivalent. Le droit à la preuve peut préserver le

secret des affaires ; le secret des affaires renforce la légitimité du droit à la preuve de l'employeur en tant qu'élément du contrôle de proportionnalité.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**798.** L'étude du droit à la preuve face aux secrets a permis d'envisager les potentialités de la reconnaissance du droit à la preuve dans deux catégories de secrets, les secrets de la vie privée et les secrets de la vie de l'entreprise.

**799.** Les secrets de la vie privée des salariés ont fait l'objet d'une reconnaissance du droit à la preuve dans le cadre de la production des informations contenues dans un bulletin de salaire ou des informations collectées par l'intermédiaire d'une publication de réseau social depuis un compte privé détenu par un salarié. Cependant, le droit à la preuve pourrait avoir une portée plus large dans la mesure où l'atteinte au droit à la vie privée constitue un motif d'illicéité des éléments de preuve. Le droit à la preuve interroge ainsi la construction jurisprudentielle relative aux informations non soumises à la divulgation contenues dans un outil professionnel mis à la disposition du salarié dans l'entreprise. En dehors des règles de présomption de professionnalité des documents, fichiers et messages échangés par le salarié ainsi que la survenance d'un risque ou d'un évènement particulier, le droit à la preuve pourrait être invoqué en cas d'atteinte directe au secret des correspondances par la production ou de la demande de preuve portant sur les échanges privés issus de messageries personnelles ou en cas de non-respect de la procédure d'information qui requiert que le salarié soit présent ou dûment appelé à la collecte des éléments relevant de sa vie privée. La portée du droit à la preuve pourrait être étendue également au secret médical. La reconnaissance du caractère privé des informations médicales constitue un point d'ancrage au droit à la preuve. Ainsi, le bénéficiaire du secret médical pourrait opposer le droit à la non-divulgation des informations médicales face au droit à la preuve. De surcroit, le titulaire du secret professionnel pourrait produire des documents couverts par le secret médical, particulièrement en cas d'état de nécessité du salarié professionnel de santé dans l'entreprise. Dans cette perspective, les limites du droit à la preuve ne semblent guère figées.

**800.** L'étude des secrets de la vie de l'entreprise révèle des potentialités similaires. Certaines obligations de non-divulgation sont inscrites dans le Code du travail. Le secret de fabrication constitue la première illustration. Le secret de fabrication permet à l'employeur d'interdire aux représentants du personnel, élus et désignés, de divulguer des informations quant aux procédés de fabrication. Dans cette hypothèse, l'exercice d'un mandat de représentation ne constitue pas un

mode de preuve licite dans la mesure où les représentants, en raison de leur mandat, sont tenus au secret. En dehors du mandat, une clause de confidentialité prévue au contrat de travail peut imposer à un salarié de ne pas divulguer les procédés de fabrication. Ainsi, la divulgation illicite en justice pourrait permettre la reconnaissance du droit à la preuve. Les membres du comité économique et social sont également tenus à une obligation de discrétion sur les informations par nature confidentielles et présentées comme telles par l'employeur. Cette obligation de discrétion ne peut être mise en tension avec le droit à la preuve, n'étant ni un secret juridiquement protégé par le régime commun des secrets, ni un droit ou une liberté fondamentale. Cependant, elle peut être le vecteur de déclenchement des conflits de droits, notamment entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie personnelle. Enfin, la dernière limite étudiée est le secret des affaires. La reconnaissance par la jurisprudence d'une conciliation entre les mesures d'instruction *in futurum* et le secret des affaires ne permet pas de considérer le secret des affaires comme une limite intangible. En ce sens, les textes européens et nationaux exigent la conciliation entre la préservation des informations confidentielles et les mesures probatoires dans un procès.

**801.** Cependant, si les secrets ne constituent pas des limites solides au droit à la preuve, il apparait, en sens inverse, qu'ils pourraient être invoqués à l'appui du droit à la preuve. Le secret des affaires et le secret de fabrication pourraient ainsi constituer des intérêts légitimes au soutien du droit à la preuve de l'employeur, renforçant sa légitimité dans un litige.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**802.** Analyser le régime juridique du droit à la preuve suppose d'en déterminer aussi les limites. La loyauté probatoire et la notion de secret, qui sont les principales limites au droit à la preuve, se révèlent bien fragiles.

**803.** La loyauté probatoire constitue un principe *a priori* intangible, dès lors que la Cour de cassation n'a pas admis la recevabilité d'un élément de preuve obtenu de manière déloyale dans le cadre du droit à la preuve. Pourtant, à partir d'une proposition de définition de la loyauté, de premières manifestations d'inflexion à la loyauté probatoire apparaissent dans la jurisprudence relative au droit à la preuve de l'employeur. Conçue comme un motif d'illicéité, l'obtention déloyale de la preuve entretient des liens étroits avec la violation des conditions de licéité prévues par la loi. Ainsi, le détournement des finalités par l'employeur des dispositifs de vidéosurveillance pourrait davantage s'apparenter à un dispositif clandestin de surveillance des salariés dès lors que ces derniers ne sont pas informés de leurs finalités réelles. En outre, la recevabilité d'un élément de preuve déloyal, qui ne serait plus systématiquement rejeté des débats, pourrait fragiliser la portée du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. La loyauté ne serait, du reste, pas seule affectée, mais d'autres notions telles que le secret le seraient également.

**804.** La notion de secret ne semble pas intangible face au droit à la preuve. Dans un cadre prospectif, plusieurs hypothèses plausibles laisse la place à la conciliation des différents secrets avec le droit à la preuve. Les secrets de la vie privée font apparaitre de possibles articulations entre le secret des correspondances ou le secret médical avec le droit à la preuve. S'agissant des secrets de la vie de l'entreprise dans son acception la plus large, le secret de fabrication ainsi que le secret des affaires pourraient générer de potentiels conflits de droits. L'obligation de discrétion à laquelle sont tenus les représentants du personnel ne serait, quant à elle, qu'un vecteur de la mise en tension des droits. Cependant, si le secret de fabrication et le secret des affaires peuvent être conciliés avec le droit à la preuve, ils pourraient aussi être un soutien au droit à la preuve de l'employeur. L'ambivalence des secrets de la vie de l'entreprise fragilise ainsi leur capacité à venir limiter le droit à la preuve.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

**805.** La mise en œuvre du droit à la preuve résulte de la jurisprudence. Le déploiement de ce droit subjectif processuel est tributaire du contrôle de proportionnalité, véritable technique de raisonnement dans le cadre des conflits qui opposent les droits et les libertés entre eux.

**806.** L'interprétation de la Cour de cassation sur les conditions du contrôle de proportionnalité s'est dessinée progressivement dans sa jurisprudence. Il en ressort que le caractère indispensable de l'élément de preuve litigieux s'entend comme la mesure du haut degré de pertinence de l'élément probatoire, en lien direct avec le fait à prouver parmi les éléments de preuve licites que le plaideur aurait pu produire. Marquée par des hésitations, cette interprétation permet d'harmoniser les solutions relatives au droit à la preuve. Le caractère proportionné de l'atteinte s'apprécie à la lumière d'un intérêt légitime, qui se matérialise par la protection d'un autre droit ou par l'objet même de l'action en justice. Cependant, cette interprétation laisse subsister certains doutes quant à l'assimilation du motif légitime d'une demande de preuve et les conditions du contrôle.

**807.** Le contrôle de proportionnalité vivifie le droit à la preuve notamment dans le contentieux qui l'oppose au droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle des salariés. La fragilisation du droit au respect de la vie privée ou de la vie personnelle témoigne d'une extension du champ d'application du droit à la preuve. L'introduction d'un droit à la protection des données à caractère personnel permet de modéliser de nouvelles conciliations insérées dans le droit au respect de la vie personnelle du salarié. Le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de la vie personnelle se confondent, étendant ainsi la portée du droit à la preuve.

**808.** La mise en œuvre du droit à la preuve par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité pourrait aussi fragiliser les principales limites auxquelles ce droit se heurte. La portée du principe de la loyauté dans l'administration de la preuve pourrait être atténuée par la reconnaissance de la recevabilité d'un élément de preuve déloyal en tant que motif d'illicéité. Les premières manifestations d'inflexions à ce principe ont été relevées sous l'angle du droit à la preuve de l'employeur. Il n'est pas exclu que les secrets soient eux aussi juridiquement moins protégés à l'avenir. Qu'ils relèvent de la vie privée ou de la vie de l'entreprise, l'absence de reconnaissance d'un caractère intangible permet d'envisager des hypothèses d'articulations, qui, pour certains, sont

déjà manifestes. Le secret des affaires en constitue la principale illustration. Ainsi, l'ambivalence des secrets permettrait de les insérer dans la construction jurisprudentielle du droit à la preuve, en soutien ou en opposition à l'invocation de ce droit.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

**809.** À l'ouverture de cette étude, l'hypothèse qui guidait notre travail était que le droit à la preuve constitue un nouvel instrument de l'équilibre probatoire entre les plaideurs salariés et employeurs. Pourtant, si l'objectif du droit à la preuve est bien de garantir l'effectivité du procès équitable, la recherche de cet équilibre est rudement mise à l'épreuve en droit du travail français. Cette situation amène à considérer que la recherche d'un équilibre probatoire est complexe, si ce n'est presque vaine. Plus précisément, l'étude approfondie du droit à la preuve a permis de mettre en lumière deux formes d'équilibre distinctes.

**810.** En effet, d'un point de vue formel, la reconnaissance de la titularité du droit à la preuve à une pluralité de personnes juridiques permet de faire naître un nouvel équilibre probatoire. Les employeurs, les salariés, les syndicats sont tout autant des bénéficiaires d'un droit à la preuve dès lors qu'ils cherchent, en tant que plaideurs, à produire ou à demander la recevabilité en justice d'un *élément de preuve litigieux*. Le droit à la preuve permet principalement la *légitimation judiciaire* de cet élément.

**811.** Mais, d'un point de vue matériel, il est plus délicat d'affirmer que le droit à la preuve préserve véritablement l'équilibre probatoire. L'étude consacrée à l'identification et à la mise en œuvre du droit à la preuve a mis en lumière la tension qui existe entre la légitimité de la preuve et l'accès facilité à la preuve en raison d'un déséquilibre structurel entre les principales personnes juridiques auxquelles s'applique le droit du travail. Le concept de droit à la preuve élaboré par la doctrine supposait que celui-ci devait reposer principalement sur l'inaptitude à la preuve d'un plaideur, qui à son tour fait naître des difficultés dans l'accès aux éléments de preuve et des difficultés lors de leur recevabilité en justice. Il semblait ainsi, particulièrement en droit du travail, que les deux versants de l'inaptitude à prouver étaient indissociables. Cependant, depuis que le droit à la preuve a également été reconnu au bénéfice de l'employeur, l'appréciation des difficultés a évolué. En effet, le caractère légitime de l'élément de preuve litigieux peut provenir des difficultés rencontrées pour y accéder ou dans les difficultés à prouver en justice. Ainsi, les difficultés à apporter la preuve en justice sont appréciées indépendamment d'une quelconque

difficulté matérielle préexistante à la préconstitution des éléments de preuve litigieux. L'appréciation de la légitimité de l'élément de preuve litigieux repose entièrement sur la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité. Selon ces conditions, l'élément de preuve litigieux doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve, autrement dit, il doit être le seul élément de preuve disponible doté d'un haut degré de pertinence en lien direct avec le fait à prouver. En outre, il peut être un élément de preuve produit ou demandé parmi tant d'autres dès lors que ceux-ci sont accessoires ou insuffisants à apporter la preuve des allégations d'un plaideur. L'élément est accessoire dès lors qu'il porte sur les mêmes faits et corrobore l'élément de preuve litigieux principal. L'élément de preuve insuffisant renvoie à sa faible valeur probante qui ne permet pas à l'élément de preuve en lui-même d'apporter la preuve des faits en justice. L'atteinte produite par le droit à la preuve doit ensuite être proportionnée au but poursuivi. La mesure de l'atteinte dépend ainsi de l'existence d'un *intérêt légitime*, matérialisé par la protection d'un autre droit ou l'importance de l'objet de l'action en justice. Cette manière d'interpréter les conditions du contrôle de proportionnalité semble claire en présence d'une offre de preuve litigieuse. Cependant, les conditions du contrôle de proportionnalité sont plus complexes dans le cas d'une demande de preuve litigieuse. Dans ce dernier cas, la chambre sociale de la Cour de cassation a élaboré une nouvelle manière de mettre en œuvre les conditions du raisonnement de proportionnalité. Il semble que les juges du fond soient invités à mettre en œuvre un double contrôle de proportionnalité, à l'étape de l'appréciation du motif légitime de la demande de preuve, puis à l'étape de la mise en tension entre les droits. Ainsi, l'appréciation du motif légitime préalable à toute demande de preuve se trouve subsumée sous l'appréciation du caractère nécessaire de l'élément de preuve. Or, en l'état de la jurisprudence, les offres de preuve litigieuses relèvent majoritairement du droit à la preuve de l'employeur tandis que les demandes de preuve litigieuses sont effectuées par les salariés plaideurs. Dans ces conditions, la mise en œuvre des contrôles de proportionnalité rend ainsi difficile la compréhension du droit à la preuve des salariés qui se matérialise par des demandes de preuve litigieuses.

**812.** S'agissant des droits mis en tension avec le droit à la preuve, il se manifeste un autre aspect du profond déséquilibre entre le droit à la preuve de l'employeur et le droit à la preuve des salariés. Le droit au respect de la vie personnelle et le droit au respect de la vie privée des salariés constituent les principaux concurrents du droit à la preuve. Pourtant, ces droits semblent mal nommés. Le droit

au respect de la vie personnelle, propre au droit du travail, est privilégié par la chambre sociale de la Cour de cassation. Cependant, notion plus large que celle de vie privée, le rattachement des éléments privés à la sphère de la vie personnelle apparait problématique dans la mesure où l'extension de la sphère du droit atteint participe à l'élargissement du champ d'application du droit à la preuve. Sous l'influence du droit à la preuve de l'employeur, le droit au respect de la vie personnelle perd de sa substance en tant que sphère d'indifférence de l'exercice des prérogatives de l'employeur.

**813.** Une analyse analogue peut être faite s'agissant des droits soutenus par le droit à la preuve, particulièrement en présence du droit à la preuve de l'employeur. En effet, dans les contentieux de la discrimination et de l'inégalité de traitement, c'est le plus souvent l'objet même de l'action en justice qui justifie la mise en œuvre du droit à la preuve par des salariés. Par contraste, l'employeur invoque d'autres droits protégés, à commencer par le secret des affaires, qui justifient la mise en œuvre du droit à la preuve et lui confère une légitimité accrue.

**814.** Dans le cadre de l'identification des droits en présence, une évolution semble en germe dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'avènement d'un droit à la protection des données à caractère personnel sous l'influence du Règlement européen participe à faire émerger de nouvelles configurations des conflits de droits. L'interrogation subsiste quant à l'imbrication entre le droit à la protection des données à caractère personnel dont le champ d'application est vaste et le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de la vie personnelle face au droit à la preuve.

**815.** Les nouvelles configurations des conflits de droits nécessitent d'en identifier les limites. Cependant, il apparait que peu de limites peuvent être efficacement dressées face à l'expansion de la recevabilité en justice de la preuve illicite et légitime, si ce ne sont celles qui résultent de la mise en œuvre des conditions du contrôle de proportionnalité. L'évolution de la jurisprudence démontre que le droit à la preuve peut être articulé avec des secrets, à l'image du secret bancaire. Dans cette perspective, de nombreux secrets juridiquement protégés en tant que tels pourraient être articulés avec le droit à la preuve. Certains secrets considérés comme des composantes de la vie privée pourraient être davantage concernés, à l'image du secret des correspondances ou du secret médical. Les secrets de la vie de l'entreprise, englobant le secret des affaires et le secret de fabrication,

pourraient être articulés avec le droit à la preuve ou à l'inverse, constituer des renforts au droit à la preuve de l'employeur.

**816.** Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, considéré comme un rempart, semble aussi peu à même de délimiter strictement l'action du droit à la preuve. La proximité juridique, pour ne pas dire la porosité, entre la licéité et la loyauté probatoire fait obstacle à ce que la loyauté probatoire soit envisagée comme une limite externe solide au droit à la preuve. L'élément de preuve déloyal, s'il est confirmé qu'il est un motif d'illicéité, peut être considéré comme recevable en justice sous couvert du droit à la preuve. L'analyse proposée montre que certaines inflexions à la manifestation de la loyauté sont déjà à l'œuvre. Le droit à la preuve de l'employeur permet à son titulaire de produire spontanément des enregistrements ou des données issus de dispositifs de surveillance dont les finalités initiales sont détournées. La violation de ces conditions de licéité prévues par la loi peut s'analyser comme des actes de déloyauté probatoire, si l'on considère que *la loyauté probatoire justifie l'interdiction d'exercer une ou plusieurs manœuvres à l'égard d'autrui qui n'en est pas informé, pris de la violation d'une obligation d'une information explicite, d'où résulte leur caractère clandestin, qui permet à son auteur d'obtenir un avantage à des fins probatoires*. Loin de délimiter la portée du droit à la preuve, la loyauté dans l'administration de la preuve participerait alors à nourrir le déséquilibre impulsé par ce droit subjectif processuel, en légitimant particulièrement l'exercice des pouvoirs de contrôle et de sanction de l'employeur.

**817.** Des mutations sont ainsi perceptibles, non seulement dans l'élaboration du régime juridique du droit à la preuve mais aussi dans l'équilibre des droits en droit du travail. Si la qualité de salarié permettait de faciliter son accès aux éléments de preuve, il semble que la mobilisation d'un droit à la preuve se détache de cette *vision subjective* en faveur d'une *vision objective*, délaissant les particularités liées aux qualités de chacun. Ce passage d'une forme de subjectivité à une vision davantage objective repose sur la légitimité de l'accès aux éléments de preuve litigieux, puis à leur recevabilité. La mobilisation du droit à la preuve ne repose plus sur la recherche d'un équilibre probatoire entre les plaideurs mais sur la recherche de la manifestation de la vérité dans le procès.

**818.** Légitimité et vérité apparaissent ainsi comme les nouvelles digues du droit à la preuve. Sans effacer les particularités structurelles du droit du travail, le droit à la preuve doit être mobilisé en cohérence avec elles. En ce sens, la thèse laisse ouverte la possibilité qu'apparaissent de nouveaux enjeux et de nouvelles configurations dans la mise en œuvre du droit à la preuve. Entre politique jurisprudentielle et cohérence juridique, la Cour de cassation devra faire face aux nouveaux enjeux qui se présenteront lors de multiples tentatives des requérants pour faire valoir *des droits à la preuve*.

# BIBLIOGRAPHIE

*(Le classement est réalisé par ordre alphabétique, et pour un même auteur, par ordre chronologique)*

## OUVRAGES GÉNÉRAUX


**ALBIGES C.**, *Introduction au droit*, Bruylant, Paris, 2018, 5ème éd., coll. « Paradigme »

**AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E**., *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2023, 36ème éd., coll. « Précis »,

**CARBONNIER J**., *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 2002, 27ème éd., coll. « Thémis droit privé »

**COUTURIER G.,** *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, tome 1, PUF, Paris, 1993, 2ème éd., Paris, coll. « droit fondamental »

**DEUMIER P.,** *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 2017, 4ème éd., coll. « Manuels »

**DURAND P.,** *Traité de droit du travail*, Dalloz, Paris, 1950, 1ère éd., tome II

**FAVENNEC-HERY F., VERKINDT P.-Y.,** *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 2018, 6ème éd., coll. « Manuels »

**GHESTIN, BARBIER H., BERGÉ J.-S.,** *Traité de droit civil. Introduction générale,* LGDJ, Paris, 2020, 5ème éd., tome 2

**GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C.,** *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 4ème éd., 2015, coll. « Hypercours »

**GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. et al.** :

- *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 2015 8ème éd., coll. « Précis »
- *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris, 2021, 11ème éd., coll. « Précis »

**JAVILLIER J.-C.,** *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 1978

**JEULAND E.,** *Droit processuel général*, LGDJ, Paris, 2018, 4ème éd., coll. « Précis Domat »

**MALAURIE P., MORVAN P.,** *Introduction au Droit*, LGDJ, Paris, 2016, 6ème éd., coll. « Droit civil »

**RAY J.-E.,** *Droit du travail,* Liaisons, Paris, 2017, 25ème éd., coll. « Droit vivant »

**TERRÉ F., MOLFESSIS N.,** *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2022, 14ème éd., coll. « Précis »

**WOLMARK C., PESKINE E.,** *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 16ème éd., 2023, coll. « Hypercours »

## OUVRAGES SPECIAUX, ENCYCLOPEDIES, MONOGRAPHIES, THÈSES, TRAITÉS, ESSAIS

**AYNÈS A., VUITTON X.,** *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle*, Lexis Nexis, Paris, 2017, 2ème éd., coll. « droits et professionnels »

**BACHELLIER X., BUK LAMENT J., JOBARD-BACHELLIER M.-N.,** *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 2018, 9ème éd., coll. « Méthodes du droit »

**BENTHAM J.,** *Traité des preuves judiciaires*, Bossange, Paris, 1823, 2ème éd., tomes I et II

**BERGEAUD A.,** *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », vol. 525

**BONNIER E.,** *Traité théorique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 5ème éd. Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par M. LARNAUD Ferdinand, 1888

**BORÉ J., BORÉ L.,** *La cassation en matière civile*, Dalloz, Paris, 2023/2024, 6ème éd., coll. « Dalloz action »

**BOULMIER D.** :

- *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Paris, 2002, coll. « Bibliothèque de droit social », vol. 37
- *Conseil de prud'hommes. Agir et réagir au procès prud'homal,* Lamy, Paris, 2011, coll. « Lamy Axe Droit »

**BOURSIER M.-E.,** *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 23

**BOYER L., ROLAND H.,** *Adages du droit français*, Litec, Paris, 1992, 3ème éd.

**CADIET L.**, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, Paris, 2004

**CADIET L., JEULAND E.,** *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, Paris, 2020, 11ème éd., coll. « Manuels »

**CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S.,** *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2020, 3ème éd., coll. « Thémis Droit »

**CHAMPEIL-DESPLATS V.** :

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2022, 3ème éd., coll. « Méthodes du droit »
- *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique,* Dalloz, Paris, 2019, coll. « À droit ouvert »

**CHAPPE V.-A.,** *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Th. ENS Cachan, 2013

**CHEVALLIER J.,** *Cours de droit civil approfondi : la charge de la preuve*, Cours de droit, Paris, 1958-1959

**CLUZEL-METAYER L., MERCAT-BRUNS M.,** *Discriminations dans l'emploi, analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, Paris, 2011, coll. « Études et recherches »

**CORNESSE I.,** *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », vol. 52

**CORNU G.,** *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018, 12ème éd., coll. « Quadrige »

**COUPILLAUD M.-P.,** *La preuve en droit du travail*, ANRT, Lille, 2005, coll. « Thèse à la carte »

**DABIN J.,** *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008 (reproduction de l'édition originale de 1952), coll. « Bibliothèque Dalloz »

**DABOSVILLE B.,** *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Paris, 2013, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 123

**DAIGRE J.-J.,** *La production forcée de pièces dans le procès civil*, PUF, Paris, 1979

**DALBIGNAT-DEHARO G.,** *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, coll. « Bibliothèque de l'institut André Tunc », tome II

**DEMOGUE R.,** *Les notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du Droit, Paris, 2000, coll. « Références Mémoire du Droit »

**DÉMONTÈS É.,** *L'action « ad exhibendum » en droit moderne : Essai sur le droit à la preuve*, Beaugency, 1922, Faculté de droit de l'Université de Paris

**DESPRÉS I.,** *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Paris, 2004, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 34

**DEVÈZE J.,** *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th. Univ. Toulouse, 1980

**DUCOULOMBIER P.,** *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011

**DUPONT O.,** *Preuve et renouveau contractuel en droit du travail*, th. Univ. Lille, 2004

**DUSSART O.,** *L'égalité des armes*, th. Univ. Nice Sophia-Antipolis, 2009

**FAVENNEC-HÉRY F.,** *La preuve en droit du travail*, th. Univ. Paris Nanterre, 1983

**FERRAND F.** :

- *La procédure civile mondiale modélisée*, Éditions Juridiques et techniques, Paris, 2004, coll. « Droit et Procédures »
- Preuve, *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz,

**FRICERO N., JULIEN P.,** *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Paris, 2009, 3ème éd., coll. « Manuels »

**FROSSARD S.,** *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ, Paris, 2000, coll. « Bibliothèque de droit social », vol. 33

**GÉNIAUT B.,** *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 86

**GENY F.,** D*es droits sur les lettres missives. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Sirey, Paris, 1911

**GIRARD F.,** *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013, tomes I et II

**GORPHE F.,** *L'appréciation des preuves en justice : essai d'une méthode technique*, Sirey, Paris, 1947

**GRUMBACH T.,** *La défense prud'homale. Pour la défense du point de vue et des intérêts du demandeur salarié*, APIL, Versailles, 1978, tome I

**GUILLERMET C.-J.,** *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Paris, 2006, coll. « Bibliothèque de droit processuel »

**GUINCHARD S.**, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, Dalloz, Paris, 2017/2018, 9ème éd., coll. « Dalloz action »

**GUIOMARD F.,** *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, th. Univ. Paris Nanterre, 2000

**HOFFSCHIR N.,** *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 2016, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 153

**HOUBRON H.,** *Loyauté et vérité : étude de droit processuel*, th. Univ. Reims Champagne-Ardenne, 2004

**IONESCU O.,** *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 1978, 2ème éd.

**JESTAZ C., JAMIN C.,** *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004, coll. « Méthodes du droit »

**JEULAND E.,** *Droit processuel. Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, Paris, 2007

**LAGARDE X.,** *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, Paris, 1994, coll. « Bibliothèque de droit privé »

**LARDEUX G., FERRAND F.,** *Preuve : droit civil*, Dalloz, Paris, 2020, coll. « Dalloz corpus »

**LE BALCH V.,** *Les présomptions en droit social*, ANRT, Paris, 1999, coll. « Thèse à la carte »

**LE GALL E.,** *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés : remarques sur l'adage « nemo tenetur edere contra se »*, th. Univ. Paris, 1967

**LECLERC O.,** *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Paris, 2005, coll. « Bibliothèque de Droit privé », vol. 443

**LECLERC O., VERGÈS E., VIAL G.,** *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2ème éd., 2022, coll. « Thémis droit »

**LEGEAIS R.,** *Les règles de preuve en droit civil : Permanences et Transformations*, LGDJ, Paris, 1955

**LEVINET M.** :

- *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Paris, 2010, coll. « Que sais-je ? »

- *Théorie générale des droits et libertés*, Anthémis, Bruxelles, 2012, 4ème éd., coll. « Droit et justice »

**LÉVY-BRUHL H.,** *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1963, Paris

**MARCELLIN S., DU MANOIR DE JUAYE T.,** *Le secret des affaires*, Lexis Nexis, Paris, 2019, 2ème éd., coll. « Droit et professionnels »

**MATHIEU C.,** *La vie personnelle du salarié*, th. Univ. Lyon, 2004

**MAZEAUD L.,** *La preuve intrinsèque*, th. Univ. Lyon, 1921

**MORGENROTH T.,** *La vie privée en droit du travail*, th. Univ. Lille, 2016

**MOULOUNGUI MAGANGA R.,** *Le particularisme de la preuve en droit du travail*, th. Univ. Limoges, 2012

**MOTULSKY H.,** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1948, réédition 2002,

**PASQUIER T.,** *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, Paris, 2010, coll. « Bibliothèque de droit social », vol. 53

**PICHARD M.,** *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Paris, 2006, coll. « Recherches juridiques »

**QUÉTAND-FINET C.,** *Les présomptions en droit privé*, IRJS, Paris, 2013, vol. 44

**RAWLS J.,** *Théorie de la justice*, traduction par C. AUDARD, éditions du Seuil, Paris, 1987

**ROUBIER P.,** *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005, coll. « Bibliothèque Dalloz »

**SCABORO R.,** *Les conventions relatives à la preuve*, th. Univ. Toulouse, 2013

**SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J. et al.,** *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2011, 6ème éd., coll. « Thémis droit »

**TERROUX-SFAR F.,** *Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail*, th. Univ. Paris Nanterre, 2012

**TOURNIER C.,** *L'intime conviction du juge*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, coll. « Laboratoire de Théorie Juridique »

**VERGÈS E.,** *Les principes directeurs du procès judiciaire : étude d'une catégorie juridique*, th. Université d'Aix-Marseille, décembre 2000

**VIAL G.,** *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, Paris, 2008, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 80

**VIDAL J.,** *La procédure prud'homale*, Lexis Nexis, Paris, 2018, coll. « Actualité »

**VUITTON X.,** *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGJD, Paris, 2017

**WOLMARK C.,** *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2007, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 69

## ARTICLES, CHRONIQUES, CHAPITRES D'OUVRAGES

**ADAM P.,** « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT* 2023, n° 3, p. 163

**ALLIX B.,** « Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibre opéré par la Cour de cassation », *RJS* 7/21, p. 549

**ALT É.,** « La loyauté de la procédure en droit civil », *Just. & Cass.* 2014, pp. 13-20

**AMMAR D.,** « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, pp. 499-533

**AYELA C.,** « Le droit de la preuve en France », *Gaz. Pal.* 2012, n° 45, p. 15

**AYNÈS L.** :

- « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2004, n° 44, p. 195-204
- « Motivation et justification », *RDC* 2004, n° 2, p. 555

**BAILLY P.,** « Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail », *RJS* 3/22, p. 191

**BALLOUHEY F.,** « L'office du juge en matière de preuve » *in* KELLER M. (dir.), *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 271-278

**BANDRAC M.,** « L'action en justice, droit fondamental » in Mél. R. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?,* Dalloz, Paris, 1996, pp. 1-17

**BARBIER H.** :

- « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Lamy Droit civil* 2010, n° 71
- « De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail », *RDT* 2022, p. 95

**BARTHÉLÉMY J.,** « Le régime de la preuve en matière d'heures supplémentaires », *TPS* 1999, avril, p. 6

**BATUT A.-M.,** « Les mesures d'instruction « in futurum » », Rapport de la Cour de cassation, *La documentation française*, 1999, p. 99

**BECKERS M.,** « La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel », *SSL* 2015, suppl. n° 1693

**BEIGNIER B., YAHIA S.,** « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *D.* 2017, p. 490

**BENOIT-RENAUDIN C.,** « La loyauté de la preuve », *Lamy Droit civil* 2010, n° 75

**BERTHIER P.-E.,** « La preuve issue d'une enquête disciplinaire », *Lexbase social* 2023, n° 945

**BETOULLE J.,** « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation, mythe ou réalité ? », *JCP G* n° 41, 2002, 171

**BLAISE H., LORANS M.-T.,** « Le bulletin de paie : un mode rénové d'information et de preuve », *Dr. soc.* 1992, p. 16

**BLANQUART C.,** « De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise », *JCP S* 2019, n° 36, *doctr.* 1244

**BLONDEL P.,** « La charge de la concentration et le principe de complétude », *JCP G* 2012, n° 15, 464

**BOCCARA V.,** « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mot ou changement de cap », *LPA* 2013, n° 109, p. 5

**BOMBO-LAY,** « La preuve en droit du travail », *JSL* 2008, n° 246

**BONFILS P.,** « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D*. 2005, p. 122

**BOSSU B. :**

- « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés », *Dr. soc.* 1998, p. 127
- « À la recherche d'un équilibre entre le droit de propriété et les droits de la défense », *RDT* 2016, p. 74

**BOULANGER F.,** « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, pp. 736-754

**BOULMIER D.** :

- « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », *Dr. ouv.* 2014, pp. 263-275
- « Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir. À propos des arrêts consensuels de la chambre criminelle et de la chambre sociale de la Cour de cassation », *JSL* 2004, n° 157

**BOUZAT P.,** « La loyauté dans la recherche des preuves » in Mél. L. HUGUENEY, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, pp. 155-177

**BOYARD A., DEFFERRARD F.,** « Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection », *D.* 2021, p. 2010

**BREDIN J.-D.,** « Le doute et l'intime conviction », *Droits* 1996, n°23, pp. 21-29

**BRUCHÉ N., PORIN C.,** « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Dr. ouv.* 2014, pp. 247-261

**BUFFET J.,** « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain » in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 113-124

**BUGADA A.,** « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, pp. 133-148

**CADIET L.** :

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in Mél. J. NORMAND, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, pp. 71-110
- « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 10

**CAO P.,** « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », *Dr. ouv.* 2014, n° 788, p. 205

**CAPDEVILLE J.,** « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Dr. soc.* 2020, p. 338

**CASADO A.,** « Focus – La motivation de la lettre de licenciement », *JT* 2018, n° 208, p. 29

**CASTETS-RENARD C.,** « Quelles nouveautés en matière de preuve numérique ? », *Just. & Cass.* 2017, pp. 23-33

**CAUSIN É.,** « La preuve et l'interprétation en droit privé », in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 197-236

**CHABOT G.,** « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 2000, p. 256

**CHAMPEAUX F.,** « Le « droit à la preuve » en débat », *SSL* 2021, n° 1937

**CHAUVET B.,** « La charge de la preuve en droit du travail : une constante évolution en faveur du salarié », *Gaz. Pal.* 1994, p. 792

**CHAUVIN P.,** « Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne » », *Gaz. Pal.* 2016, n°43, p. 10

**CHEVALLIER J.,** « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, Chronique IX, pp. 37-40

**CHIREZ A., LABIGNETTE J.,** « La place du doute dans le contentieux de la relation de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 669

**CHISS R.,** « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S* n° 36, 2010, 1339

**CHOPIN F.,** « Les pouvoirs d'enquête de l'inspection du travail », *AJ pénal* 2015, p. 116

**COHEN C.,** « L'administration de la preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.* 1996, p. 111

**COHEN D.,** « Le droit à ... », in Mél. F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, PUF, Paris, 1999, pp. 393-400

**CORRIGNAN-CARSIN D.,** « Loyauté et droit du travail » in Mél. H. BLAISE, Economica, Paris, 1995, pp. 125-152

**COTTEREAU V.,** « La preuve en droit du travail », *SSL* 25 juillet 1988, suppl. n° 419, 7ème Journées prud'homales, Aix-en-Provence, pp. 49-71

**COURSIER P.,** « La charge de la preuve du contrat de travail », *TPS* 2000, p. 3

**COURTIAL J.,** « Preuve et protection du secret des affaires », *Just. & Cass.* 2017, pp. 35-42

**D'ALÈS T., SICSIC O.,** « Le droit à la preuve dans le procès commercial », *JCP E* 2016, n° 14, 1200

**D'ORNANO P.-H.,** « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP S* 2008, n° 38, 1476

**DANIS-FATÔME A.,** « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RDH* 2016, n°9

**DAVERAT X.,** « Secret de fabrication et réservation de savoir-faire », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 33-49

**DE NAUROIS L.,** « Le risque de la preuve du motif réel et sérieux en matière de licenciement » *JCP E* 1988, n° 31, 15257

**DEBET A.,** « Preuve et nouvelles technologies en France », in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 581-609

**DECOCQ G.,** « Réflexions sur l'influence doctrinale », in Mél. P. JESTAZ, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, pp. 111-118

**DELL'ASINO O.,** « La règle du doute dans le droit judiciaire du licenciement (commentaire de l'article 28 de la loi n° 89-449 du 2 août 1989) », *Gaz. Pal.* 1989, p. 13

**DEPELLEY S., VERKINDT P.-Y.,** « Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail » *Dr. soc.* 2017, p. 705

**DESDEVISES Y.,** « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices RGDP* n° 8, 1997, pp. 23-32

**DESMONS É.,** « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits* 1996, n° 23, pp. 14-20

**DESPRÈS I.,** « Retour vers le futur (l'article 145 du Code de procédure civile) », in Mél. S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 693-707

**DRICA M.-A.,** « Le juge prud'homal des référés face aux discriminations », *Dr. ouv.* 1998, p. 431

**DUCOULOMBIER P.,** « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant tout », *D.* 2017, p. 1778

**DUQUESNE F.** :

- « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », *Dr. soc.* 1993, p. 847
- « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », *Dr. soc.* 1996, p. 374

**DUPEYROUX J.-J.,** « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, p. 371

**FABRE A.,** « On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve », *SSL* 2023, n° 2058, p. 5

**FABRE M.,** « Le droit à un procès équitable : Étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6§1 de la Convention EDH », *JCP G* n° 31, 1998, 157

**FAVENNEC-HÉRY F.** :

- « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Dr. soc.* 1985, p. 172
- « Licenciement : le dénouement de l'*imbroglio* probatoire », *Dr. soc.* 1990, p. 178
- « La preuve en droit prud'homal. La charge de la preuve », *CSBP* 1991, n° 35, pp. 261-266

**FERRER BELTRÁN J.,** « La preuve est libre, ou presque : une théorie quasi-benthamienne de la preuve », in BOZZO-REY M., TUSSEAU G. (dir.), *Bentham juriste : l'utilitarisme juridique en question*, Economica, Paris, 2011, coll. « Études juridiques », pp. 144-162

**FROSSARD S.** :

- « Utilisation des documents de l'entreprise », *D.* 2000, p. 87
- « Discriminations au travail : aperçus de droit comparé franco-québécois », in GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Diversité et Discriminations raciales,* Dalloz, Paris, 2009, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 23-50

**FROUIN J.-Y.** :

- « La preuve en droit du travail, première partie : les modes de preuve », *SSL* 2006, n° 1262, p. 6
- « La preuve en droit du travail, deuxième partie : la charge de la preuve », *SSL* 2006, n° 1263, p. 6
- « La loyauté de la preuve en droit du travail », *Procédures* 2015, n° 12, dossier 23
- « Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi », *RJS* 2023, n° 5, p. 7

**FORIERS P.** :

- « Introduction au droit de la preuve » in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 7-26

- « Considérations sur la preuve judiciaire » in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 315-329

**FOUSSARD D.,** « Manque de base légale et création de la règle » in N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 69-93

**GABROY F.,** « La proportionnalité entre le droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase social* 2023, n° 945

**GAMET L.,** « La preuve en droit du travail. Contestation du licenciement, conviction et doute du juge prud'homal » in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 29-50

**GARREAU D.,** « La loyauté de la preuve : un principe résiduel, voire inutile ? », *Just. & Cass.* 2014, pp. 41-54

**GAUDU F.,** « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, n° 2, p. 566

**GAUTIER P.-Y.,** « Loyauté : nouveau standard du Droit, ou bien leurre ? », *Just. & Cass* 2014, pp 55-58

**GÉLINEAU-LARRIVET G.,** « Le rôle des revirements de jurisprudence », in N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 161-168

**GIJSBERS C.,** « Le nouveau régime de la preuve écrite après l'ordonnance du 10 février 2016 », *Just. & Cass.* 2017, pp. 43-49

**GRATTON L., LECLERC O.,** « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT* 2014, p. 321

**GRIGNON DUMOULIN S.,** « L'office du juge civil dans la recherche de la preuve », *Just. & Cass* 2017, pp. 51-59

**GRIMALDI C.,** « Preuve et droits fondamentaux en France » in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 161-195

**GOSSELIN H.,** « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », *Dr. ouv.* 2014, n° 788, p. 197

**GOUBEAUX G.,** « Le droit à la preuve » in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles,1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 277-301

**GUINCHARD S.** :

- « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* 1998, n° spéc., p. 191
- « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in Mél. G. FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue ?,* Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 139-173

**GUIOMARD F.** :

- « La recevabilité des preuves produites pour soi-même », *RDT* 2013, p. 781
- « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », *RDT* 2023, p. 133

**HAAS T.,** « La loyauté en droit du travail », *Just. & Cass.* 2014, pp. 69-75

**HALPERIN J.-L.,** « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications* 2009, pp. 21-32

**HENNEBEL L.,** « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, pp. 53-61

**HENNEQUIN F.,** « Discrimination en entreprise : la prouver, la poursuivre », *Les Cahiers Lamy du CSE* n° 230, 2022

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

**HENRY M.** :

- « La preuve en droit prud'homal. Présence des parties et diligence du juge dans l'administration de la preuve », *CSBP* 1991, n° 35, pp. 267-271
- « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Dr. ouv.* 1997, p. 401

**HOFFSCHIR N.,** « Les devoirs du juge en cas d'insuffisance des preuves », *D. act.*, 16 mai 2022

**HUGLO J.-G.,** « La tension entre l'exigence d'une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL* 2022, n° 2004

**JACOTOT D.,** « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques : pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Paris, 2007, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 277-286

**JAMIN C.** :

- « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p. 263
- « Juges : le retour des déformations morbides ? », *Justice actualités*, ENM, n° 12, décembre 2020, pp. 41-45

**JEAMMAUD A.** :

- « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 207
- « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115

- « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Comptrasec, Bordeaux, 2006, pp. 33-54
- « L'inexistence, en droit français du travail, d'un principe *pro operario* », in CRUZ VILLALÓN J., GÓMEZ MUÑOZ M., RODRÌGUEZ-RAMOS P., *Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 83

**JESTAZ P., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN C.,** « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061

**JEULAND E.** :
- « Preuve judiciaire et culture française », *Droit et cultures*, 2005, pp. 149-170
- « Le juge du travail et la demande », in M. KELLER (dir.), *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 263-269
- « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL* 2021, n° 1937

**JOCKEY M.,** « À propos de l'article 145 du Code de procédure civile : un outil moderne de l'accès à la preuve », *LPA* 2017, n° 176, p. 29

**JOSSERAND L.,** « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, pp. 1-4

**JULIENNE F.,** « La protection civile de la confidentialité des informations dans l'entreprise », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 11-19

**KAMARA F.,** « La preuve en procédure civile », *Procédures* 2012, n° 3, dossier 5

**KATZ C.,** « La preuve en matière de harcèlement sexuel : pas vu, pas pris ? », *Gaz. Pal.* 1998, p. 688

**KÉFER F.,** « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in M. VERDUSSEN, P. JOASSART (dir.), *La vie privée au travail*, Anthémis, Belgique, 2011, pp. 17-58

**KINSCH P.,** « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », *in* Mél. G. WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 455-470

**LA GARANDERIE D.,** « Le doute collectif des conseillers prud'hommes ou « le doute du doute » » in F. TERRÉ, *Le doute et le droit*, actes du colloque 12 avril 1991, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Dalloz, Paris, 1994, pp. 101-109

**LAGARDE X.** :

- « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996, n° 23, pp. 31-39
- « Réflexions civilistes sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, n° 11, pp. 890-902
- « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP G* 2005, n° 17, 133
- « D'une vérité à l'autre », *Gaz. Pal.* 2010, n° 203, p. 6

**LANQUETIN M.-T.** :

- « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435
- « Discrimination à raison du sexe, commentaire de la Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p. 688
- « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 589

**LARDEUX G.** :

- « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », *D.* 2016, p. 96

- « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, p. 1
- « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question » *D.* 2023, p. 898

**LARGUIER J.,** « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, pp. 1-48

**LAROQUE J.,** « Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1978, pp. 27-28

**LE BARS T.** :

- « La théorie du fait constant », *JCP G* 1999, I, 178
- « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in Mél. G. GOUBEAUX, *Liber Amicorum*, LGDJ/Dalloz, Paris, 2009, pp. 319-329

**LE BOURGEOIS P.,** « Les données personnelles, éléments de preuve indispensables en matière de lutte contre les discriminations », *RDT* 2023, n° 4, p. 237

**LE CORRE G.,** « Quelle contribution peut-on exiger de l'inspection du travail concernant le droit de la preuve ? », *Dr. ouv.* 2014, p. 218

**LE MASSON J.-M.,** « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société* 1998, n° 38, pp. 21-32

**LE GAC-PECH S.,** « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Justice actualités*, ENM, n° 24, décembre 2020, pp. 46-53

**LEBORGNE A.,** « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, pp. 535-550

**LEBORGNE-INGELAERE C.,** « Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme », *JCP S* 2019, n° 10, 1072

**LECLERC H.** :

- « Les limites de la liberté de la preuve », *RSC* 1992, p. 15
- « Le doute, devoir du juge » in F. TERRÉ, *Le doute et le droit*, actes du colloque 12 avril 1991, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Dalloz, Paris, 1994, pp. 49-56

**LECLERC O.** :

- « Égalité des personnes et mode de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. BORENFREUD, I. VACARIE, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, Paris, 2013, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 77-94
- « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *RDT* 2020, pp. 655-658

**LEGENDRE-GRANDPERRET P.,** « Discrimination syndicale en matière de carrière et rémunération », *Dr. ouv.* 2001, pp. 213-217

**LÉGER N.,** « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc*. 2022, p. 27

**LENOBLE J.,** « Le contrôle de la qualification des faits par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique », *RIEJ* 1980/2, pp. 139-160.

**LEVASSEUR A., FONTENOT H.W.,** « Le droit de la preuve aux États-Unis », in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 183-203

**LICARIE S.,** « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail », *Dr. soc.* 2000, p. 492

**LYON-CAEN G., BONNETETE M.-C.,** « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, pp. 493-507

**LOCHAK D.,** « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, pp. 778-790

**LOISEAU G.** :

- « Le droit à la preuve face aux secrets », *RJS* février 2017, pp. 83-89
- « La recevabilité de la preuve illicite », *D.* 2021, p. 117
- « L'apprentissage du droit à la protection des données à caractère personnel », *JCP S* 2021, 1305
- « Le droit de la preuve illicite », *JCP S* 2023, n° 14, 1095

**MANIGOT V., ROZEC P.,** « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *JCP S* 2010, n° 28, 1294

**MARCHADIER F.,** « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*. Comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G* n° 48, 2020, 1301

**MARIÉ R.** :

- « L'évolution de la jurisprudence en matière de vol par "photocopiage", *Dr. ouv.,* 1998, n° 604, p. 530
- « La charge de la preuve en matière de temps partiel et de recours au CDD », *Dr. ouv.* 2011, p. 129

**MARRAUD C.,** « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *JCP G* 1973, I, 2572

**MARTINEL A.,** « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *Justice actualités*, ENM, n° 24, décembre 2020, pp. 60-68

**MASSE-DESSEN H.** :

- « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail. Une approche civile », *Dr. soc.* 1995, p. 442
- « La Cour de cassation et le droit du travail depuis le dernier quart du XX^e^ siècle : une nécessaire adaptation de la jurisprudence à la vie sociale », in J. BARTHÉLÉMY, P. GALANOPOULOS, X. PRÉTOT, *Deux siècles de jurisprudence. La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, Paris, 2022, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 65-72

**MASSE-DESSEN H., BRUGUÉS-REIX B.,** « Le pouvoir de l'employeur de faire mener des enquêtes à l'insu du salarié, quelles limites ? », *RDT* 2021, pp. 357-363

**MATHIEU C.,** « Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité » *RDT* 2020, pp. 652-654

**MAZEAUD A.,** « La proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64

**MEFTAH I.,** « La carrière des salariés titulaires de mandat », *RDT* 2019, p. 234

**MEKKI M.** :

- « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC* 2009, n° 2, p. 453
- « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, LGDJ, 2010, coll. « Droit et économie », pp. 195-216
- « Preuve et vérité en France », in Association Henri Capitant, *La preuve*, Bruylant, Bruxelles, 2013, tome LXIII, pp. 815-849
- « Regard substantiel sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 7-26

**MEKKI AMRANI S.,** « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in L. CADIET, M. MEKKI, C. GRIMALDI, *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Paris, 2015, coll. « Thèmes et commentaires », pp. 111-129

**MELIN-SOUCRAMANIEN B.,** « La confidentialité des informations d'entreprise dans une procédure civile », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 69-78

**MICHAUD C.,** « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S* 2012, n° 46, p. 1481

**MINET C.,** « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E* 2003, n° 21, p. 804

**MINIATO L.,** « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035

**MOIZARD N.,** « L'accès à la preuve de la discrimination en matière civile : la position du Défenseur des droits », *RDT* 2022, p. 584

**MOLFESSIS N.,** « Les revirements de jurisprudence », in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 135-160

**MOUSSY P.,** « le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouv.* 1992, pp. 366-374

**MRAOUAHI S.,** « Sur le régime des enquêtes internes en droit du travail : essai de synthèse », *Dr. ouv.* 2022, n° 883, pp. 89-99

**MUIR WATT H.,** « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme » in N. MOLFESSIS (*dir.*), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, coll. « Études juridiques », pp. 53-66

**NAYRAL DE PUYBUSQUE J.** :

- « Le risque de la preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.*, 1979, p. 287
- « La preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.*, 1983, p. 440

**PANSIER J.-F.,** « La preuve des heures supplémentaires », *CSBP* 1998, n° 105, pp. 309-310

**PAUTRAT R.,** « La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement » *D.* 1994, pp. 337-340

**PELTIER V.,** « Le secret des correspondances des salariés dans l'entreprise », in B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Cujas, Paris, 2014, pp. 51-57

**PERELMAN C.,** « La preuve en droit, essai de synthèse » in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », pp. 357-364

**PERROCHEAU V.,** « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves » *LPA* 2002, n° 99, p. 6

**PERROT R.,** « Mesures d'instructions préventives : le « suivi » », *RTD civ.* 1995, p. 679

**PEYRE J.-C.,** « Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », *JCP G* 1984, I, 3158

**PICARD E.,** « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6

**PIÉDELIÈVRE S.,** « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires », *Gaz. Pal.* 2018, n° 34, p. 13

**PIERRE-MAURICE S.,** « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, p. 3131

**PIGNARRE G.,** « Sur la répartition de la charge de la preuve dans l'article L. 3171-4 du Code du travail : vers un retour aux principes directeurs du procès ? », *RDT* 2012, p. 503

**POIRIER M.,** « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise : le vol de documents pour se défendre en justice », *Dr. ouv.* 2010, n° 748, p. 582

**PUIGELIER C.,** « Vrai, véridique et vraisemblable » in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, Paris, 2004, pp. 195-234

**RAISON REBUFAT L.,** « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 2002, n° 208, p. 3

**RAYNAUD J.,** « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S* 2013, n° 5, 1054.

**RICHEVAUX M.,** « Les mesures d'instruction », *Dr. ouv.* 1987, p. 175

**RODA J.-C.,** « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », *D.* 2018, p. 1318

**ROLLAND A.,** « Le débat contradictoire dans le procès prud'homal », *Dr. soc.* 1988, p. 323

**ROUSSEAU J.,** « La charge de la preuve en droit social », *Just. & Cass.* 2017, pp. 69-77

**ROUVIÈRE F.** :

- « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524
- « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, Aix-en-Provence, 2018, pp. 75-80

- « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Justice actualités* 2020, ENM, n° 24, pp. 35-40

**SERENO S.** :

- « Actualité du droit de la preuve en matière prud'homale », *JCP S* 2016, n° 34, 1288
- « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 2020, p. 332

**SINAY H.,** « Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1978, n° 4, pp. 22-28

**SPIRE R.,** « Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique », *Dr. ouv.* 2006, p. 170

**STASIAK F.,** « La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur », *JCP S* 2021, 1048

**STRICKLER Y.,** « La loyauté processuelle » in Mél. J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, Paris, 2008, p. 355

**SUDRE F.** :

- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, n° 28, I, 335
- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des Droits de l'Homme – de quoi est-il question ? » *JCP G* 2017, n° 11, 289

**SUIRE E.,** « La preuve devant le juge prud'homal. Qui supporte la charge de la preuve ? » *RPDS* n° 827, 2014, p. 83

**SUPIOT A.,** « Administration de la preuve. L'équitable dans la preuve », *SSL* 24 mai 1988, suppl. n° 410, pp. 63-74

**TERRÉ F.,** « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, p. 31

**TÉTARD-BLANQUART C.,** « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S* n° 42, 2013, 1404

**TEYSSIÉ B.,** « La preuve en droit du travail » in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Economica, Paris, 2004, pp. 73-88

**THÉRON J.,** « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.* 2014, p. 231

**THÉRY P.,** « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1996, n° 23, pp. 41-52

**TOURNIQUET H.,** « Le droit de propriété : une justification indiscutable et inquiétante », *RDT* 2016, p. 75

**VAN COMPERNOLLE J.** :

- « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale » in Mél. S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 414-424
- « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *RTDH* 2012, n° 92, pp. 729-748

**VAN DETH P.,** « Une mise à mal de la protection de la vie personnelle en quête de juste proportion », *RDT* 2023, n° 4, p. 234

**VAN DETH P., VACCARO T.,** « Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle majeure », *JSL* 2022, n° 534

**VERDIER J.-M.,** « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in Mél. J. SAVATIER, *Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF, Paris, 1992, pp. 427-437

**VERDUSSEN M.,** « Le droit à la vie privée dans les relations de travail : propos introductifs », in M. VERDUSSEN, P. JOASSART (dir.), *La vie privée au travail*, Anthémis, Belgique, 2011, pp. 7-15

**VERGÈS E.** :

- « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer » *D.* 2014, p. 617
- « Réforme du droit de la preuve civile : quelle perspective après l'échec de l'ordonnance du 10 février 2016 ? » *JCP G* 2017, n° 18, 510

**VIAL G.,** « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT* 2023, n° 3, p. 157

**VIAL G., LECLERC O., VERGÈS E.,** « Preuves scientifiques et technologiques », Cahiers Droit, Sciences et technologies 2020, n° 11, pp. 209-226

**VIGNEAU V.,** « La proportionnalité dans la recherche de la preuve en matière civile », *Justice actualités*, ENM, n°24, décembre 2020, pp. 54-59

**VOULET J.,** « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G* 1970, I,. 2305

**WAQUET P.** :

- « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994, n°64, p. 289
- « La vie personnelle du salarié » in Mél. J.-M. VERDIER, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI*ème *siècle*, 2001, coll. « études, mélanges, travaux », pp. 515-524
- « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23
- « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14

**WOLMARK C.,** « La preuve en droit du travail – essai de synthèse », *Dr. ouv.* 2014, n° 789, pp. 276-285

## OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, COMMENTAIRES, NOTES D'ARRÊTS

**ADAM P.** :

- obs. ss Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-11.740, *Bull. civ.* V, n° 27, *RDT* 2013, p. 630
- note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraître au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 14
- note ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, à paraître au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 645
- comm. ss Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, *Dr. soc.* 2022, p. 81

**ALLOUCH A.,** note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin (à paraître), *Gaz. Pal.* 2021, n° 10, p. 70

**AUBERT D.,** note ss Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n°15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *AJ Pénal* 2016, p. 326

**AYNES A.,** note ss Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n°15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *JCP G* 2016, n° 20-21, p. 583

**BARBIER H.** :

- obs. ss Cass. Civ. 1re, 4 juin 2014, n° 12-21.244, *Bull. civ.* I, 2014, n° 101, *RTD civ.* 2014, p. 658
- obs. ss Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *RTD civ.* 2016, p. 371
- note ss Cass. Civ. 1re, 22 juin 2017, n° 15-27.845 ; Civ 2ème, 17 mars 2016, n° 15-11.412, *BICC* 2016, n° 846, II, n° 1050, *RTD civ.* 2017, p. 661
- note ss Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, à paraitre au bulletin, *RDT* 2022, p. 95

**BERTHIER P.-E.,** note ss CA Paris, 14 avril 2021, RG n° 14/13849, *BJT* 2021, n° 07/08, p. 11.

**BERTRAND M.,** note ss Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Dr. ouv.* 2002, p. 44

**BLANQUART C.,** comm. ss Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, publié au bulletin, *JCP S* n° 45, 9 novembre 2021, doctr. 1279

**BLÉRY C.,** comm ss CA Paris, 15 mai 2019, n° RG 18/26775, *D. act.,* 03 septembre 2019

**BOSSU B.** :

- note ss Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. civ.* V, n° 252, *JCP S* 2014, *doctr.* 1061
- note ss Cass. Soc., 2 février 2011, n° 10-14.263, inédit, *JCP S* 2011, 1313
- note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin (à paraître), *JCP S* 2021, n° 5, 1032
- comm. ss Cass. Soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, publié au bulletin (à paraître), *JCP S* 2021, n° 16-17, 1111

**BOULMIER D.** :

- note ss Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* 2004, n° 113, p. 437, *JSL* 2004 n° 157, p. 4
- note ss CPH Paris, référé départage, 15 juillet 2008, F. c/ Sté Hutchinson, RG n° R 08/00996, *Dr. ouv.* 2009, p. 256
- chron. ss Cass. Soc., 23 juin 2010, n° 08-45.604, *Bull. civ.* V, n° 146, *Dr. ouv.* 2010, n° 747, p. 559

**BOURETZ S.,** note ss Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402, *JCP G* 1999, p. 1731

**BRETZNER J.-D.,** obs. ss Cass. Civ 1ère, 4 juin 2014, n° 12-21.244, *Bull. civ.* I, 2014, n° 101, *D.* 2014, 2578

**BRISSY S.,** note ss Cass. Crim., 5 juillet 2011, n° 09-42.959, inédit, *JCP S* n° 40, 4 octobre 2011, 1445

**CACIOPPO S.,** obs. ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *RJPF* n° 11, 1er novembre 2020

**CASTETS-RENARD C.,** note ss Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85, *D.* 2007, 2284

**CESARO J.-F.** :

- comm. ss Cass. Crim., 3 avril 2007, n° 06-81.754, *JCP S* 2007, 1493
- comm. ss Cass. Soc., 15 novembre 2006, n° 04-47.156, *JCP S* 2007, 1035

**CHAMPEAUX F.** :

- note ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *SSL* n° 1746, 28 novembre 2016
- obs. ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *SSL* n° 1924, 12 octobre 2020
- obs. ss Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, à paraitre au bulletin, *SSL* n° 2038, 20 mars 2023

**CHARBONNEAU C.,** note ss Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258, *Bull. civ.* V, n° 126, p. 95, *CSBP* 2000, p. 586

**CHIREZ A., CHIREZ F.,** obs. ss Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. civ.* V, n° 252, *Dr. ouv.* 2014, p. 169

**CHAUVY Y.,** ccl ss Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519, p. 323, *D.* 1992, p. 73, n° 7

**COLLET-ASKRI L.,** note ss Cass. Crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, n° 131, p. 482, *D.* 2003, p. 1309

**CORRIGNAN-CARSIN D.,** note ss Cass. Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *à paraitre au bulletin*, *JCP S* 2021, 376

**COUËDEL C.,** obs. ss Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, à paraitre au bulletin, *D. act.* 2021, 29 novembre 2021

**COUPILLAUD M.-P.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2003, n° 02-42.730, *Bull. civ. V*, n° 248, p. 255, *Dr. ouv.* 2004, pp. 28-29

**DELEBECQUE P., BRETZNER J.-D., DARRET-COURGEON I.,** note ss Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, *D.* 2012, p. 2826

**DEBY F.,** avis ss Cass. Soc., 18 juin 2008, n° 07-41.910, *Bull. civ.* V, n° 134, *Dr. ouv.* 2008, p. 533

**DEDESSUS-LE-MOUSTIER N.,** obs. ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *JCP G* n° 48, 2016, 1281

**DETRAZ S.,** note ss Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *Bull. crim.*, n° 134, *JCP S* n° 41, 11 octobre 2011, 1450

**DONZEL C.-A.,** obs. ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 19-21.063, publié au bulletin (à paraître), *JSL* 2021, n° 519

**DONZEL C.-A., DELANDRE M.,** obs. ss Cass. Soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, publié au bulletin, *JSL* 2021, n° 528

**DUQUESNE F.,** note ss Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* n° 113, p. 437, *Dr. soc.* 2004, p. 938

**FAGES B.** :

- obs. ss Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ.* V, n° 85, *RTD civ.* 2007, p. 776
- obs. ss Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316 ; n° 09-14.667, *Bull. AP* n° 1, 2011, *RTD civ.* 2011, p. 127

**FAVENNEC-HÉRY F.,** obs. ss Cass. Soc., 11 décembre 1997, n° 96-42.045, *Bull. civ.* V, n° 436, p. 312, *Dr. soc.* 1998, p. 288

**FERRER A.,** note ss Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849, *Bull. civ.* V, n° 246, *Dr. ouv.* 2010, p. 208, n° 741

**FRICERO N.,** obs. ss Cass. Civ. 1re., 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, *D.* 2013, p. 269

**FROSSARD S.,** obs. ss Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402, *D.* 2000, p. 87

**FOURMENT F.**, note ss Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316 ; 09-14.667, *Bull. AP* n° 1, *D.* 2011, n° 8, p. 562

**GABA KOBINA H.,** note ss Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402, *D.* 1999, J., p. 431

**GÉNIAUT B.,** note ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *RDT* 2017, p. 134

**GIRAULT C.,** note ss Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* 113, p. 437, *JCP E* 2004, p. 1449

**GOLHEN C.** :

- note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *D.* 2020, p. 2383
- note ss CEDH, 7 septembre 2021, n° 27516/14, *D. act.*, 27 septembre 2021.

**GOUJON-BETHAN T.,** obs. ss Cass. Civ. 2ème, 25 mars 2021, n° 20-14.309, à paraitre au bulletin, *D. act.*, 14 avril 2021.

**GUIOMARD F.** :

- note ss CPH de Nanterre, 6 avril 2012, départition, *RG* n° 10/00771, *RDT* 2012, p. 510
- note ss CA Paris, pôle 6, chambre 5, 5 juillet 2018, n° 16/08500, *RDT* 2018, p. 614

**HAAS G., TORELLI M.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin (à paraître), *Dalloz IP/IT* 2021, p. 56

**HAMONIAUX-LEFRANC C.,** note ss Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, *JCP G* 2013, p. 51

**HAUSER J.** :

- note ss CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, *L. L. c/ France*, *RTD civ.* 2007, p. 92 ; *D.* 2006, p. 2692
- note ss Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, *RTD civ.* 2012, p. 506
- obs. ss Cass. Civ. 1re., 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *RTD civ.* 2016, p. 320

**HOFFSCHIR N.** :

- note ss Cass. Civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *Gaz. Pal.* 2016, n° 18, p. 50
- note ss Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, *Gaz. Pal.* 2019, n° 38, p. 55

**ICARD J.** :

- obs. ss Cass. Soc., 9 octobre 2013, n° 12-22.288, *Bull. civ.* V, n° 227, *CS* n° 257, 2013
- obs. ss Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. civ.* V, n° 252, *CS* n° 258, 2013, p. 522

**INES B.,** note ss Cass. Soc., 31 décembre 2015, n° 13-24.410, *Bull. civ.* V, n° 68, *D. act.*, 24 avril 2015

**KAHN DIT COHEN T.,** note ss Cass. Soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, *RDT* 2018, p. 766

**KAPP T.,** note ss Cass. Soc., 19 mars 2014, n° 12-28.411, *Bull. civ.* V, n°80, *JCP S* 2014, 1306

**KEBIR M.** :

- obs. ss Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, FS-P+B, publié au bulletin, *D. act.*, 17 juin 2019
- obs. ss Cass. Com., 5 juin 2019, n° 17-22.192, FS-P+B, publié au bulletin, *D. act.*, 10 juillet 2019
- obs. ss Ord. TJ Paris, 10 juillet 2020, n° 20/52615, *D. act.*, 02 septembre 2020

**KERBOURC'H J.-Y.,** note ss Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, publié au bulletin, *JCP S* 2021, 1036

**LARDEUX G.** :

- note ss Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, *D.* 2012, p. 1596
- note ss Cass. Civ. 1re, 25 février 2016, n° 15-12.403, *Petites affiches* 2016, n° 66, p. 16
- note ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, publié au bulletin, *D.* 2017, n° 1, p. 37
- note ss Cass. Civ. 1re, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *JCP G* n° 43-44, p. 1136

**LATTES J.-M.,** note ss Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258, *Bull. civ.* V, n° 126, p. 95, *D.* 2000, p. 375

**LECLERC O.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *Dr. ouv.* 2020, n° 868, p. 733

**LHOMOND C.,** comm. ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *RDT* 2020, n°12, p. 764

**LOISEAU G.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *JCP G* 2020, n° 45, 1226

**LOKIEC P., PORTA J.,** obs. ss Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, *D.* 2013, p. 1026

**LOUSTAUNAU-ROY C.,** note ss Cass. Soc., 6 mai 1997, n° 94-41.940, *Bull. civ.* V, n° 160, p. 117, *Dr. soc.* 1997, p. 922

**LYON-CAEN P.** :

- ccl ss. Cass. Soc., 2 février 1999, n° 96-44.798, *Bull. civ.* V n° 48, p. 35 *Dr. soc.* 1999, p. 255
- ccl. ss Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.* V n° 108, p. 84, *SSL* n° 2001, n° 2023

**MAILLARD S.,** obs. ss Cass. Soc., 4 février 2009, n° 07-42.697, *Bull. civ.* V, n° 33, *D.* 20 février 2009

**MALFETTES L.,** note ss Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, FS-B, *D.* 2023, 16 mars 2023

**MARGUÉNAUD J.-P.,** note ss CEDH, 13 mai 2008, *NN et TA c/ Belgique*, *RTD civ.* 2008, p. 650

**MARIÉ R.** :

- obs. ss Cass. Soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535, p. 402, *Dr. ouv.* 2000, p. 13
- note ss Cass. Crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, *Bull. crim.* n° 113, p. 437, *Dr. ouv.* 2004, p. 558

**MAROCHELLA J.,** note ss Cass. Civ. 1re, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* V, I, n° 85, *D. act.*, 23 avril 2012

**MARON A., HAAS H.,** ss. Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848, à paraitre au bulletin, *RDP* 2023, n° 5, comm. 94.

**MARTIN C.,** note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin, SSL n° 1941, 15 février 2021

**MARTINON A.,** note ss Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, *Bull. crim.* n° 149, *JCP S* n° 42, 18 octobre 2011, 1475

**MAYER L.,** note ss Cass. Civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-22.183, publié au bulletin, *Gaz. Pal.*, 2017, p. 64

**MAYOUX S.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, à paraitre au bulletin, *JSL* 2020, n° 507

**MAZARDO S., RIANDEY P.,** note ss Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 ; n° 10-20.528, *Bull. civ.* V, n° 341, *Dr. ouv.* 2013, n° 777, pp. 287-294

**MÉSA R.,** obs. ss Cass. Civ. 1re, 10 septembre 2014, n° 13-22.612, *Bull. civ.* 2014, I, n° 143, *D.* 22 septembre 2014

**MICHELIN-BRACHET H.,** note ss Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, FS-P+B, publié au bulletin, *D.* 2019, p. 1595

**MINÉ M.,** note ss Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Bull. civ.* V, n° 14, *RDT* 2014, p. 188

**MISIRACA S.,** note ss Cass. Soc., 18 mars 2020, n° 18-23.743, à paraître au bulletin, *Dr. ouv.* 2020, n° 865, p. 661

**MOULY J.** :

- note ss Cass. Soc., 23 février 2005, n° 04-45.463, *Bull. civ.* V, n° 64, p. 56, *Dr. soc.* 2005, p. 576
- obs. ss Cass. Soc., 25 mars 2009, n° 07-41.894, *Bull. civ.* V, n° 85, *Dr. soc.* 2009, p. 740
- note ss Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-11.740, *Bull. civ.* V, n° 27, *Dr. soc.* 2013, p. 415

- obs. ss Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, *Bull. civ.* V, n° 252, *Dr. soc.* 2014, p. 81
- note ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *Dr. soc.* 2017, p. 89
- note ss Cass. Soc., 28 juin 2018, n° 16-28.511, *Dr. soc.* 2018, p. 953
- note ss Cass. Soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, *Dr. soc.* 2018, p. 951

**MRAOUAHI S.,** note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié au bulletin, *RDT* 2021, p. 199

**NASOM-TISSANDIER H.,** obs. ss Cass. Soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802 ; n° 20-21.848, à paraitre au bulletin, *JSL* 2023, n° 563

**ORIF V.,** obs. ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66

**PANSIER F.-J.,** note ss Cass. Soc., 13 janvier 2004, n° 01-46.407, *Bull. civ.* V, n° 1, p. 1, *CS* 2004, p. 157

**PÉCHER M.,** note ss Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 07-41.383, *Bull. civ.* V, n° 173, *Dr. ouv.* 2009, p. 99

**PELISSIER J., AUBERT T., AMAUGER LATTES M.-C., DESBARATS I., LARDY-PELISSIER B., REYNÈS B.,** obs. ss Cass. Soc., 25 mars 2009, n° 07-41.894, *Bull. civ.* V, n° 85, *D.* 2009, p. 2128

**PETIT C.,** avis ss Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316 ; 09-14.667, *Bull. AP* n° 1

**PÉRONNE G.,** note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.253, publié au bulletin, *Dalloz IP/IT* 2021, p. 356

**PERRIN L.,** obs. ss Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747 ; n° 06-43.504 ; n° 06-46.517 ; n° 06-45.579, *Bull. civ.* V, n° 175, *D.* 2008, p. 2423

**PERROT R.** :

- note ss Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *Bull. civ.* V n° 84, *RTD civ.* 2007, p. 637
- note ss Cass. Soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, *Bull. civ.* V, n° 65, *Procédures* 2008, n° 5, comm. 137

**PEYRONNET M.** :

- obs. ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin, *D. act.* 2020
- obs. ss Cass. Soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, publié au bulletin, *D. act.* 2021

**PIGNARRE G.,** note ss Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747 ; n° 06-43.504 ; n° 06-45.579, *Bull. civ.* V, n° 175, *RDT* 2018, p. 744

**PORTA J.,** comm. ss Cass. Soc., 8 décembre 2015, n° 14-17.759, inédit, *D.* 2016, 807

**RADÉ C.** :

- note ss Cass. Soc., 16 février 1999, n° 96-41.838, *Bull. civ.* V, n° 73, p. 53, *Dr. soc.* 1999, p. 411
- obs. ss Cass. Soc., 13 janvier 2004, n° 01-46.407, *Bull. civ.* V, n° 1, p. 1, *Dr. soc.* 2004, p. 307
- note ss Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849, *Bull. civ.* V, n° 246, *Dr. soc.* 2010, p. 111

**ROUSSEL M.,** note ss Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *D. act.* 25 novembre 2016

**ROUSVOAL L.,** note ss Cass. Civ. 1re, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *Lamy Droit civil* 2017, n° 144

**SAGLIER J.-M.,** note ss CPH d'Orléans, BCO, 2 avril 2010, *F. c/ ASDM la Couronnerie*, *Dr. ouv.* 2010, n° 746, p. 492

**SAINT-PAU J.-C.,** note ss Cass. Soc., 25 février 2016, n° 15-12.403, *BICC* 2016, n° 845, I, n° 977, *D.* 2016, n° 15, p. 884

**SAVATIER J.** :

- note ss Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.* V, n° 108, p. 84, *Dr. soc.* 2001, p. 679
- note ss ss Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747 ; n° 06-43.504 ; n° 06-46.517 ; n° 06-45.579, *Bull. civ.* V, n° 175, *Dr. soc.* 2009, p. 57

**SFEIR F.,** note ss Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié au bulletin, *JCP E* 2020, n° 52

**STRICKLER Y.,** obs. ss Cass. Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié au bulletin (à paraître), *Procédures* 2022, n° 1, comm. 4

**SYNVET H.,** obs. ss Cass. Com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, FS-P+B (à paraître), *D.* 2019, p. 2009

**TRASSOUDAINE-VERGER N.,** note ss Cass. Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.253, publié au bulletin, *Dr. soc.* 2021, p. 21

**VIGNEAU C.,** note ss CPH Lyon, 24 novembre 2021, RG n° 21/00320, *Dr. ouv.* 2022, n° 883, p. 139

**VUITTON X.** :

- note ss Cass. Civ. 2ème, 10 décembre 2020, n° 19-22.619, publié au bulletin, *JCP G* 2020, n° 8-9, 222
- note ss Cass. Civ. 2ème, 25 mars 2021, n° 20-14.309, publié au bulletin, *JCP G* 2021, n° 26, 708

**WOLMARK C.,** obs. ss Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747 ; n° 06-43.504 ; n° 06-46.517 ; n° 06-45.579, *Bull. civ.* V, n° 175, *D.* 2009, p. 590

## AVIS ET RAPPORTS OFFICIELS

Avis n° 18-03 du Défenseur des droits relatif aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le harcèlement sexuel (Délégation Sénat), 25 janvier 2018

**BOSSU B.,** *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Rapport de recherche 2014, Université Lille 2, EA Droits et perspectives du Droit, Mission de recherche Droit et Justice

**LANQUETIN M.-T.,** *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve,* note n° 2 du Conseil d'Orientation du GELD, Paris, octobre 2000

**RAPPORTS ANNUELS DE LA COUR DE CASSATION** :

- *L'égalité*, 2003, La documentation française, Paris
- *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2008, La documentation française, Paris
- *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2012, La documentation française, Paris
- *Le contrôle de conventionnalité,* novembre 2020 (en ligne sur le site de la Cour de cassation)

## ARTICLES ET OUVRAGES EN LANGUE ETRANGERE ET/OU DE DROIT ETRANGER

**ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W.,** *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 2ème ed., 401 pages

**BRUNELLE C., SAMSON M.,** « L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 54 (2-3), 2013, pp. 223-253

**CUMBE SANDOVAL MAURICIO H.,** « La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad », *Revista Jurídica Piélagus,* 2018

**DUCHARME L.** :

- « La règle de la meilleure preuve », *Les Cahiers de droit*, vol. 5 (1), 1962, pp. 25-37
- « Le nouveau droit de la preuve en matières civile selon le Code civil du Québec », *Rev. Gen*. 1992, vol. 23, n° 1, pp. 5-80

**GARCÍA VALLINES E.,** « Evaluation of Evidence by the Spanish civil courts », in MAKRIDOU K., and DIAMANTOPOULOS G., *Evidence in Spanish and Greek procedural law*, Sakkoulas Publications, Athens-Thessaloniki, 2018, pp. 75-126

**TARUFFO M.,** *La prova dei fatti giuridici. Nozione generali*, *in* A. CICU, F. MESSINEO, Trattato di diritto civile et commerciale, Milano – Dott. A. Giuffrè editore, 1992, volume III, t. 2, sez. 1

## COLLOQUES ET SÉMINAIRES

« Comment sont motivées les décisions de justice ? », colloque organisé par l'Université Lumière Lyon 2, l'ISH et DCT, 29 novembre 2019

« Droit à la preuve et droit du travail », séminaire organisé par l'AFDT/IRJS, mardi 16 mars 2021, en ligne (visioconférence)

« Les arrêts marquants de la Chambre sociale de la Cour de cassation », colloque organisé par la Cour de cassation, jeudi 20 avril 2023, en ligne (https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/les-arrets-marquants-de-la-chambre-sociale-de-la-cour-de-cassation)

## SITES/URL INTERNET

**FERRAND F.,** « Les cas d'ouverture à cassation en droit français », (*https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/69/Ferrand.pdf*) (consulté le 17/12/2019)

**KLEIN G.,** « Le droit à la preuve : une étude comparée de la procédure civile allemande et française », soumis le 02 juin 2009, par LECLERC O., Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre : (*https://blogs.parisnanterre.fr/content/le-droit-à-la-preuve-une-étude-comparée-de-la-procédure-civile-allemande-et-française-par-ga*) (consulté le 16/12/2019)

# INDEX ALPHABÉTIQUE

*(Les numéros indiqués renvoient aux numéros de pages)*


**A**

Aptitude à la preuve, 177, 186

**C**

Cause réelle et sérieuse du licenciement, 174
Charge de la preuve, 127
  Charge de la justification, 169
  Charge de la vraisemblance, 142, 164
Clause de confidentialité, 412
Conflits de droits, 34
Contrôle de proportionnalité, 53, 259
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 60
Cour européenne des droits de l'Homme, 60, 265

**D**

Défaut de base légale, 109
Demande de preuve, 94, 111, 270, 309
  Motif légitime, 74, 146, 270
Discrimination, 131, 149, 287
  Défenseur des droits, 212
Dispositif de surveillance, 361, 377
Documents de l'entreprise, 189, 206, 410
Données personnelles, 306, 317, 321, 351, 364
Droit fondamental, 25
Droits de la défense, 29, 53, 57, 194, 197, 205, 234, 381

**E**

Égalité des armes, 30, 57, 213
État de nécessité, 187, 192, 196, 391, 405

**G**

Géolocalisation, 90, 301, 370

**H**

HALDE. *Voir* Défenseur des droits
Harcèlement
  Enquêtes internes, 226
  Preuve, 132, 164, 169
Heures travaillées, 133
  Preuve, 159, 165, 173

**I**

Illicéité. *Voir* Licéité
Inégalité de traitement. *Voir* Discrimination
Information des salariés, 227, 328, 347, 359, 398

Inspection du travail, 204, 214
Intérêt légitime, 283, 403, 411, 424

**L**

Liberté de la preuve, 18, 103, 208, 223, 336
Liberté fondamentale de témoigner en justice, 210
Licéité, 35, 92, 354, 356, 360
Loyauté, 336
  Loyauté de la preuve, 226
  Obligation de loyauté, 298
  Preuve déloyale, 341, 350, 374

**M**

Mesures d'instruction, 55
Mesures d'instruction in futurum. *Voir* Demande de preuve
Motivation des décisions, 115

**O**

Objet de la preuve, 24, 73, 87, 88
Obligation de discrétion, 413
Office du juge, 112, 163, 243
Offre de preuve, 88, 93, 231, 260, 315, 420

**P**

Pertinence de la preuve, 50, 84, 86, 234
Pouvoir de l'employeur, 32, 33, 73, 268, 298, 321
Présomption de professionnalité, 385
Procès équitable, 24, 29, 59, 97, 282, 337, 352

**R**

Règlement général sur la protection des données personnelles. *Voir* Données personnelles
Représentants du personnel, 72, 211, 409
Risque de la preuve, 134, 160

**S**

Sanction disciplinaire. *Voir* Charge de la justification
Secret de fabrication, 408
Secret des affaires, 27, 34, 48, 285, 417
Secret des correspondances, 392
Secret médical, 400
Secret professionnel, 49, 191, 205, 214, 380
Stratagèmes, 342, 345

**T**

Témoignages, 164
  Protection des témoins, 209
Témoignages anonymes, 220
  Force probante, 222
  Recevabilité, 220

**V**

Vie personnelle, 20, 27, 34, 48, 73, 90, 297
Vie privée, 248, 282, 295
Violation de la loi, 107

# TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... 5
TABLE DES ABRÉVIATIONS ..... 9
SOMMAIRE ..... 7
INTRODUCTION GÉNÉRALE ..... 15

**PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU DROIT À LA PREUVE ..... 39**

**TITRE 1. L'ÉMERGENCE DU DROIT À LA PREUVE ..... 40**

**CHAPITRE 1. LES PRÉMICES DE LA CONSÉCRATION DU DROIT À LA PREUVE ..... 41**

**Section 1. Un environnement favorable à l'émergence du droit à la preuve ..... 42**

I. La réticence de la Cour de cassation face à la revendication d'un droit à la preuve ..... 43
A) La position de la première chambre civile de la Cour de cassation ..... 43
B) La position de la chambre sociale de la Cour de cassation ..... 44
C) La position de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ..... 45
II. Les éléments transitoires dans la construction du droit à la preuve ..... 46
A) La conciliation préalable des droits ..... 46
1. La technique de la conciliation de droits concurrents ..... 47
2. Des mécanismes de conciliation à l'application du contrôle de proportionnalité ..... 50
a) L'ajout de la condition de nécessité au référé probatoire litigieux ..... 50
b) L'évolution vers les conditions du contrôle de proportionnalité ..... 53
B) L'utilisation de notions connexes à un droit à la preuve ..... 55
1. Connexité évolutive : des mesures probatoires au service du droit à la preuve ..... 55
2. Connexité déductive : des notions au service du droit à la preuve ..... 57
a) Les droits de la défense ..... 57
b) Le procès équitable et l'égalité des armes ..... 59
III. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la construction du droit à la preuve ..... 60
A) L'interprétation dynamique de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ..... 60

B) La promotion du droit à la preuve ..... 62
**Section 2. La consécration du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation ..... 67**
I. L'explicitation du droit à la preuve par la Cour de cassation ..... 67
A) L'arrêt fondateur du 5 avril 2012 ..... 67
B) L'arrêt de la Chambre sociale du 9 novembre 2016 ..... 70
1. L'extension des prérogatives d'un représentant du personnel au domaine probatoire dans le cadre de l'article L. 3171-2 du Code du travail ..... 71
2. L'influence de la nature de l'intérêt défendu par le droit à la preuve ..... 72
3. L'influence de la nature de l'intérêt défendu et de l'objet de la preuve dans le contrôle de proportionnalité ..... 73
II. La diffusion du droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation ..... 74
A) La diffusion du droit à la preuve dans les arrêts de la Chambre sociale ..... 74
B) La diffusion du droit à la preuve dans les arrêts des chambres civiles ..... 76
C) La diffusion dans les arrêts de la chambre commerciale ..... 79
**CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE EN SITUATION CONTENTIEUSE ..... 82**
**Section 1. Les caractères permanents du droit à la preuve ..... 82**
I. Un critère matériel : un élément de preuve litigieux ..... 83
A) Essai de définition ..... 83
1. Un élément matériel d'un haut degré de pertinence ..... 84
a) Un élément existant et matériel ..... 84
b) Un élément doté d'un haut degré de pertinence ..... 86
2. Le caractère litigieux au moyen de l'illicéité ..... 89
a) La source litigieuse : l'illicéité de l'élément de preuve ..... 89
b) L'irrecevabilité : la sanction fictive de l'illicéité ..... 91
B) Les formes de l'élément de preuve litigieux ..... 91
1. L'offre de preuve litigieuse ..... 92
2. La demande de preuve litigieuse ..... 93
II. Un critère fonctionnel : la légitimation d'un élément de preuve litigieux ..... 94
A) Distinction entre fonction et finalité ..... 94

B) La légitimation de l'élément de preuve par l'application du contrôle de proportionnalité : le caractère symétrique du droit à la preuve ..... 98
**Section 2. Le renforcement du rôle du juge ..... 102**
I. Les exigences de la Cour de cassation en matière de droit à la preuve ..... 102
A) La construction d'un attendu de principe ..... 103
B) Les cas d'ouverture à cassation retenus ..... 105
1. La violation de la loi ..... 106
2. Le défaut de base légale ..... 108
II. Les modifications de l'office des juges du fait ..... 109
A) La modulation du périmètre de recherche des preuves dans l'administration de la preuve ..... 110
1. La reconnaissance préalable du rôle actif du juge dans le procès ..... 111
2. Le pouvoir de modulation de l'article 145 du Code de procédure civile ..... 112
B) Le renforcement de la motivation des décisions de justice ..... 114
CONCLUSION DU TITRE I ..... 121
**TITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE CONFRONTÉ AUX NOTIONS DU DROIT DE LA PREUVE ..... 123**
**CHAPITRE 1. LE DROIT À LA PREUVE ET LA CHARGE DE LA PREUVE ..... 124**
**Section 1. Le lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve ..... 126**
I. Définition de la notion de charge de la preuve ..... 126
A) La notion de charge de la preuve ..... 126
1. Constructions législatives ..... 127
a) Le Code civil et le Code de procédure civile ..... 127
b) Les dispositions du Code du travail ..... 130
2. Constructions doctrinales ..... 132
a) La théorie du risque de la preuve ..... 133
b) La théorie de la charge positive de la preuve ..... 135
c) La théorie de la charge et de l'obligation ..... 135
d) La théorie de la charge probatoire ..... 136
B) La délimitation de la notion de charge de la preuve au prisme du droit à la preuve ..... 138
1. La délimitation formelle : l'attribution légale de prouver ..... 138

2. La délimitation matérielle : la charge de la vraisemblance ..... 140
II. L'expression du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve ..... 143
A) La consécration isolée d'un lien entre l'attribution légale de prouver et les mesures d'instruction *in futurum* ..... 143
B) Une consécration affirmée d'un lien entre l'attribution légale de prouver et la mise en œuvre du droit à la preuve ..... 145
1. L'absence de contestation du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve 145
a) L'examen du lien au prisme de l'article 9 du Code de procédure civile ..... 146
b) L'examen du lien au prisme des notions de discrimination et d'inégalité de traitement ..... 148
2. La formulation du lien entre l'attribution légale de prouver et le droit à la preuve ..... 150
**Section 2. La nature du lien entre le droit à la preuve et la charge de la preuve _____ 154**
I. Les degrés de la charge de la preuve en droit du travail ..... 155
A) L'intégration de la qualité du plaideur dans les règles de preuve ..... 157
1. L'intégration de la qualité du plaideur dans la répartition de la charge de la preuve ..... 157
2. L'intégration de la qualité du plaideur dans la résolution du risque de la preuve ..... 158
B) L'identification des degrés de charge de la preuve en droit du travail ..... 160
1. La charge de la vraisemblance allégée ..... 162
a) La notion d'éléments de faits ..... 162
b) La notion d'éléments factuels précis ..... 163
2. La charge de la vraisemblance renforcée ..... 166
a) La notion de justification en matière de discrimination et harcèlement ..... 167
b) La notion de justification en matière de sanction disciplinaire ..... 169
c) La notion de justification en matière de preuve des heures travaillées ..... 171
3. La notion de charge partagée de la cause réelle et sérieuse du licenciement ..... 172
II. Des interactions limitées entre la charge de la preuve et le droit à la preuve ..... 174
A) Une quasi-autonomie entre la charge de la preuve et le droit à la preuve ..... 175
1. Un fondement juridique commun : la préservation de l'aptitude à la preuve du plaideur .... 175
2. L'existence d'une attribution légale de prouver : condition préalable à la mise en œuvre du droit à la preuve ..... 177

3. L'absence d'influence des degrés de charge de la preuve dans la mise en œuvre du droit à la preuve ..... 178
B) Une complémentarité entre la charge de la preuve et le droit à la preuve ..... 179
**CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE ET L'APTITUDE À LA PREUVE _____ 184**
**Section 1. Le lien entre les difficultés matérielles du salarié et la recevabilité de la preuve 186**
I. La création d'un accès aux éléments de preuve : la production des documents de l'entreprise par le salarié ..... 187
A) Le rapprochement des positions des chambres de la Cour de cassation ..... 187
B) L'état de nécessité : la source du fait justificatif en débat ..... 190
1. Présentation de l'état des discussions dans la doctrine ..... 190
2. Fonder l'aptitude à la preuve sur l'état de nécessité ..... 194
a) L'état de nécessité pour la garantie des droits de la défense ..... 194
b) L'état de nécessité pour l'application du mécanisme probatoire ..... 195
C) Les conditions supplémentaires de recevabilité des documents de l'entreprise ..... 199
1. La production de documents connus à l'occasion ou pendant l'exercice des fonctions ..... 199
2. La production des documents dans un procès prud'homal ..... 202
3. Le cas de la production des documents couverts par le secret professionnel ..... 203
4. L'avenir de la production des documents de l'entreprise confronté au droit à la preuve ..... 204
II. L'amélioration de l'accès aux éléments de preuve par l'intermédiaire d'acteurs internes et externes à l'entreprise ..... 206
A) Le rôle des acteurs internes à l'entreprise ..... 207
1. La protection des témoins salariés de l'entreprise ..... 207
2. Le rôle probatoire des représentants du personnel dans l'entreprise ..... 209
B) Le rôle des acteurs externes à l'entreprise ..... 210
1. Le rôle du Défenseur des droits dans la réunion des éléments de preuve ..... 210
2. Le rôle de l'inspection du travail dans la recherche des éléments de preuve ..... 212
**Section 2. L'absence de lien entre les difficultés matérielles de l'employeur et la recevabilité de la preuve _____ 217**
I. Favoriser l'accès aux éléments de preuve pour l'employeur ..... 217
A) La recevabilité judiciaire des témoignages anonymes des salariés ..... 218
1. La reconnaissance de la production des témoignages anonymes des salariés ..... 218

2. La force probante des témoignages anonymes : une atténuation à la dissociabilité.....220
B) La recevabilité judiciaire des enquêtes internes en matière de harcèlement.....222
1. L'obligation de sécurité : la justification tenant à la mise en œuvre d'une enquête interne .222
2. Les conditions à la recevabilité de l'enquête interne produite par l'employeur.....224
a) La recevabilité de l'enquête interne face à la loyauté dans la recherche des éléments de preuve 224
b) La recevabilité de l'enquête interne face au respect de la vie privée du salarié .....227
II. Légitimer la production litigieuse en justice pour l'employeur .....228
A) L'émancipation de l'appréciation des difficultés matérielles .....229
1. L'offre de preuve litigieuse de l'employeur.....229
2. La légitimité de l'offre de preuve litigieuse .....231
B) Le renouvellement de l'appréciation des difficultés probatoires de l'employeur.....233
CONCLUSION DU TITRE 2.....238
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 .....240

**PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À LA PREUVE _____242**

**TITRE 1. L'APPRÉCIATION DU DROIT À LA PREUVE .....243**

**CHAPITRE 1. LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ_____245**

**Section 1. L'élément de preuve indispensable ou nécessaire au droit à la preuve _____246**
I. La teneur du contrôle de la Cour de cassation.....247
A) Un contrôle de qualification juridique des faits .....247
B) Un contrôle normatif .....250
II. L'intensité du contrôle normatif.....251
A) Un contrôle léger.....252
B) Un contrôle renforcé .....254
III. La teneur des notions.....256
A) Le cas d'une offre de preuve litigieuse .....257
1. La recevabilité d'un élément de preuve litigieux nécessaire ou indispensable en lien direct avec le fait à prouver .....258

a) L'élément de preuve indispensable : le seul élément de preuve disponible en lien direct avec le fait à prouver ..... 258
b) L'élément de preuve nécessaire : un élément de preuve disponible parmi d'autres en lien direct avec le fait à prouver ..... 261
2. Une évolution vers l'exigence d'un élément de preuve litigieux indispensable ..... 262
B) Le cas d'une demande de preuve litigieuse ..... 267
1. La dissociation entre motif légitime et caractère nécessaire ou indispensable de l'élément de preuve litigieux ..... 267
2. L'assimilation du motif légitime au caractère nécessaire de l'élément de preuve litigieux .. 269
**Section 2. Une atteinte proportionnée à un autre droit au regard du but poursuivi _____ 274**
I. La proportionnalité *stricto sensu* ou la disproportion ..... 274
A) La nécessaire distinction entre la proportionnalité *stricto sensu* et la disproportion ..... 274
B) D'un contrôle de la disproportion à un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte 276
C) L'exigence d'une atteinte strictement proportionnée au but poursuivi ..... 278
II. La définition du but poursuivi ..... 280
A) La définition explicite du but : la défense d'un intérêt légitime ..... 280
1. La définition de l'intérêt légitime ..... 281
2. La teneur de l'intérêt légitime ..... 281
B) La définition implicite du but : le rattachement du droit à la preuve à l'objet de l'action en justice ..... 284
**CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE ET L'APPRÉCIATION DU RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE DU SALARIÉ _____ 290**
**Section 1. La mobilisation des notions de vie privée et vie personnelle dans le cadre du droit à la preuve _____ 291**
I. Les définitions de vie privée et vie personnelle du salarié dans le cadre du droit à la preuve 292
A) La vie privée du salarié ..... 292
B) La vie personnelle du salarié ..... 294
II. La détermination des notions de vie personnelle et de vie privée dans le cadre du droit à la preuve ..... 295

A) Le respect de la notion de vie privée du salarié .....296
B) La vie privée au prisme de la vie personnelle du salarié.....299
1. L'assimilation à la vie personnelle par la nature des éléments de preuve litigieux.....300
2. Le traitement de la vie personnelle appliqué au droit à la protection des données personnelles 303
a) Droit à la preuve de l'employeur et protection des données personnelles des salariés .....304
b) Droit à la preuve du salarié et protection des données personnelles des salariés.....306
**Section 2. L'articulation entre le droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et le droit à la preuve_____310**
I. L'identification des moyens d'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié.....310
A) L'identification d'une atteinte directe à la vie privée ou personnelle du salarié .....311
B) L'identification d'une atteinte indirecte à la vie privée ou personnelle du salarié .....313
1. L'atteinte indirecte au moyen de la collecte des données personnelles des salariés .....314
2. L'atteinte indirecte au moyen d'une information partielle de l'employeur .....315
II. Les axes d'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié.....316
A) L'atteinte verticale à la vie privée ou personnelle du salarié.....317
1. La collecte des éléments de preuve litigieux au temps et lieu de travail.....317
2. La collecte des éléments de preuve litigieux en dehors du temps et du lieu de travail.....319
B) L'atteinte horizontale à la vie privée ou personnelle du salarié.....322
CONCLUSION DU TITRE 1 .....328
**TITRE 2. LES LIMITES DU DROIT À LA PREUVE.....332**
**CHAPITRE 1. LE DROIT À LA PREUVE FACE À LA LOYAUTÉ PROBATOIRE____333**
**Section 1. Présentation d'un cadre d'analyse de la notion de loyauté au prisme de la licéité de la preuve_____336**
I. La définition de la loyauté probatoire .....336
A) Les éléments de la loyauté probatoire.....337
1. Un recensement du champ lexical de la loyauté probatoire .....337
a) La loyauté dans les travaux de la doctrine.....337
b) La loyauté dans les décisions de la Cour de cassation .....339
2. La proposition d'une définition de la loyauté probatoire .....341
a) Un critère matériel : l'existence d'une ou de plusieurs manœuvres.....342

b) Un critère formel : la clandestinité par l'absence d'information à autrui .....343
c) Un critère fonctionnel : l'obtention d'un avantage juridique probatoire .....346
B) L'absence d'assimilation de la loyauté à la licéité probatoire .....347
1. L'ébauche d'une distinction dans la doctrine .....348
2. L'ébauche d'une distinction dans la jurisprudence .....349
II. L'intégration de la loyauté probatoire dans la licéité probatoire .....351
A) La reconnaissance de la loyauté comme condition préalable au droit à la preuve .....351
B) La reconnaissance de la loyauté comme motif d'illicéité .....352
**Section 2. L'application du cadre d'analyse proposé au contentieux de la preuve illicite _355**
I. Les critères de classification des motifs d'illicéité au prisme de l'information explicite .....356
A) Les critères de la violation des conditions de licéité de la loi .....356
1. L'information relative à la présence d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise .....357
2. L'absence ou le contournement des finalités du dispositif dans l'entreprise .....358
a) L'absence d'information sur les finalités : la violation d'une exigence de transparence.....359
b) Le détournement des finalités : la violation d'une exigence de cohérence .....359
B) Le critère de la déloyauté probatoire : l'absence d'information relative à la présence d'un dispositif de surveillance dans l'entreprise .....361
II. L'information irrégulière des salariés au croisement de l'illicéité et de la déloyauté probatoire 363
A) La recherche d'un critère formel de la déloyauté probatoire .....364
B) La recherche d'un critère matériel de la déloyauté probatoire .....366
III. L'avenir jurisprudentiel du droit à la preuve et de la loyauté probatoire en question .....368
A) Un principe inconciliable avec le droit à la preuve .....370
B) Un critère de conciliation des droits en tension .....371
**CHAPITRE 2. LE DROIT À LA PREUVE FACE AUX SECRETS_____376**
**Section 1. Le droit à la preuve face aux secrets de la vie privée _____379**
I. Le droit à la preuve face à la non-divulgation des informations contenues dans un outil numérique professionnel mis à disposition du salarié .....380
A) Les cas d'exclusion du droit à la preuve .....381
1. La présomption de professionnalité .....381
a) La portée de la présomption de professionnalité .....381

b) L'incompatibilité entre la présomption de professionnalité et le droit à la preuve .....383
2. La survenance d'un risque ou d'un évènement particulier .....385
B) Les cas de conciliation avec le droit à la preuve .....387
1. La preuve illicite par l'atteinte directe au secret des correspondances .....388
a) La production en justice des échanges issues de la messagerie personnelle du salarié .....388
b) Le cas de l'absence d'identification du caractère privé des échanges .....391
2. La preuve illicite par le non-respect de l'information du salarié .....393
II. Le droit à la preuve face à la non-divulgation des informations médicales .....395
A) La nature privée des informations médicales du salarié .....395
B) Les conciliations entre le droit à la preuve et la divulgation des informations médicales .....397
1. Le droit à la preuve et le secret médical du salarié .....397
2. Le droit à la preuve et l'obligation de non-divulgation du professionnel .....399
**Section 2. Le droit à la preuve face aux secrets de la vie de l'entreprise _____403**
I. Le droit à la preuve et les obligations de non-divulgation du Code du travail .....403
A) Le droit à la preuve et le secret de fabrication .....403
1. Dans le cadre des mandats de représentation du personnel .....404
2. Dans le cadre d'une clause de confidentialité stipulée au contrat de travail .....407
B) Le droit à la preuve et l'obligation de discrétion des membres du comité économique et social 408
II. Le droit à la preuve et le secret des affaires .....411
A) Le droit à la preuve face à la protection du secret des affaires .....413
1. Dans la jurisprudence .....413
2. Dans les dispositions législatives .....415
B) Le secret des affaires au soutien du droit à la preuve de l'employeur .....418
CONCLUSION DU TITRE 2 .....423
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 .....424

**CONCLUSION GÉNÉRALE _____427**

**BIBLIOGRAPHIE _____433**

**INDEX ALPHABÉTIQUE _____481**