

L'UTILISATION D'UN ENREGISTREMENT "PIRATE" LORS D'UN ENTRETIEN DE LICENCIEMENT

La preuve obtenue de manière « déloyale » dans un procès civil

Cour de cassation Assemblée plénière, 22 décembre 2023 - Pourvois n°20-20.648 et 21-11.330

Le vendredi 22 décembre 2023, l'Assemblée générale de la Cour de cassation a dû se positionner sur la recevabilité en droit du travail d'éléments de preuve obtenus de manière dite « déloyale » par l'employeur (*enregistrements « pirates » et utilisation de messages Facebook*) au soutien de mesures de licenciements.

Pourtant, cette situation semblait avoir déjà été tranchée depuis de nombreuses années, voir même au siècle dernier...

En effet, le 20 novembre 1991, la Cour de Cassation était venue affirmer que *"si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite"*.

Décision de principe du 20 novembre 1991, qui amènera à la panthéonisation **du principe de loyauté de la preuve**, consacré le 7 janvier 2011 par effet de deux décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Loud and clear ! Message reçu cinq sur cinq par les juges du fond qui s'emploieront dès lors à rejeter sans examen préalable, ces preuves qui n'ont pas leur place dans le débat judiciaire, peu important alors que celles-ci soient de nature à révéler ou à approcher au plus près la vérité.



La CEDH, comme à son habitude dans ces temps obscurs de droit du travail, a soufflé un vent d'infléchissement sur ce principe, notamment sur la preuve dite déloyale qui présente un intérêt certain et essentiel à la manifestation de la vérité en considération des intérêts en présence. (*arrêt du 10 novembre 2021*)

A l'occasion de l'audience du 24 novembre et des décisions qui s'en suivent le 22 décembre 2023, la Cour de cassation s'est ainsi positionnée de manière forte **en admettant l'utilisation pour une partie d'une preuve obtenue de manière déloyale pour faire valoir ses droits (sous certaines conditions tout de même !)** :

Affaire n°1 : Un enregistrement avait été réalisé à l'insu d'un salarié lors d'un entretien au cours duquel il avait adopté des propos justifiant son licenciement.

Pour évaluer si un licenciement est légitime, un juge doit-il prendre en compte un enregistrement sonore clandestin produit par l'employeur ?

***OUI :** des moyens de preuve déloyaux peuvent être présentés au juge dès lors qu'ils sont indispensables à l'exercice des droits du justiciable. Toutefois, la prise en compte de ces preuves ne doit pas porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de la partie adverse (vie privée, égalité des armes etc.).*

Affaire n°2 : Dans une conversation Facebook, un salarié sous-entendait - de manière assez crue - que la promotion dont avait bénéficié un intérimaire était liée à son orientation sexuelle et à celle de son supérieur hiérarchique. L'employeur avait eu accès à une capture d'écran des conversations car le salarié avait laissé sa messagerie Facebook ouverte sur l'ordinateur de l'entreprise.

Un employeur peut-il utiliser les captures d'écran de la conversation Facebook du salarié pour le licencier ?

***NON :** il n'est possible de licencier disciplinairement un salarié pour un motif en lien avec sa vie personnelle que si celui-ci constitue un manquement à ses obligations professionnelles. Tel n'était pas le cas dans cette affaire. Les propos échangés par le salarié avec l'un de ses collègues sur la messagerie Facebook constituent une conversation privée qui n'avait pas vocation à être rendue publique et ne pouvait s'analyser, en l'absence d'autres éléments, en un manquement du salarié aux obligations découlant de son contrat de travail.*

L'Assemblée plénière invite désormais le juge à “ apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le **droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.** “

Ce revirement (souhaité par une partie de la doctrine) semble donc suivre l'évolution de la société. En effet, l'ancienne règle était incompromise des justiciables.

En pratique : Lorsqu'un client adresse à son avocat l'enregistrement audio clandestin d'une réunion :

- **Avant** : l'avocat lui expliquait que cette preuve était irrecevable
- **Désormais** : l'avocat va devoir lui expliquer qu'a priori cette preuve sera irrecevable, sauf si elle est indispensable à sa défense et que l'atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble est strictement proportionnée au but poursuivi 🤖

A suivre pour l'application de ces décisions !

