

La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail

Xavier Sadeg

► **To cite this version:**

Xavier Sadeg. La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail. Droit. 2015. <dumas-01217823>

HAL Id: dumas-01217823

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01217823>

Submitted on 20 Oct 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Université Pierre-Mendès-France de Grenoble

Faculté de droit

La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail

Mémoire réalisé en vue de l'obtention du Master 2 Droit privé général et contentieux

- Parcours Droit privé général -

Par Xavier Sadeg

Sous la direction de Madame Géraldine Vial, Maître de conférence en droit privé

Année universitaire

2014-2015

Je tiens à sincèrement remercier Madame Vial pour l'aide qu'elle m'a apporté lors de la recherche de mon sujet de mémoire, de l'élaboration du plan ainsi que pour ses précieux conseils tout au long de mon travail.

Les opinions et les idées exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engage en aucun cas l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble.

SOMMAIRE

Introduction

Première partie – La recherche de la preuve par l'employeur : une quête soumise à un encadrement juridique solide

Premier chapitre – La recherche de la preuve par l'employeur face au principe de loyauté probatoire

Première section – Les limites à la recherche de la preuve quant à la loyauté de l'employeur

Seconde section – L'encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire

Second chapitre – La recherche de la preuve par l'employeur face à la vie privée du salarié

Première section - Les limites à la recherche de la preuve quant à la vie privée du salarié

Seconde section - L'encadrement des domaines de recherches probatoires de l'employeur

Seconde partie – La recherche de la preuve par l'employeur : une quête en expansion et justifiée par son pouvoir de contrôle

Premier chapitre - Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme justificatif à la recherche de la preuve

Première section - Le pouvoir de contrôle de l'employeur poursuivant la défense des intérêts de l'entreprise

Seconde section - Le pouvoir de contrôle atténuant les limites probatoires de l'employeur

Second chapitre - Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme moteur à une recherche de la preuve de plus en plus facilitée

Première section - La protection amoindrie du salarié lors de la recherche de la preuve par l'employeur

Seconde section - Vers un basculement du rapport de forces en droit du travail de part l'imbrication du droit de la preuve

Conclusion

Introduction

Après plus de trois ans de négociations intenses avec les partenaires sociaux et la grande conférence sociale en date du 9 juillet 2012, l'ancien ministre du travail François Rebsamen, et l'actuel ministre des affaires sociales Marisol Touraine, ont présenté, le 22 avril 2015, le projet de loi relatif au dialogue social qui a finalement été adopté définitivement par le Parlement le 23 juillet dernier. Cette saga médiatique, qui a atteint son apogée lors de la réunion avec l'ensemble des partenaires sociaux le 25 février 2015 suite à l'échec de la négociation sur le dialogue social, témoigne du fait que la matière juridique et les conséquences qu'elle engendre sont souvent au cœur de tous les débats, notamment quand il est question de remodeler le droit du travail. En effet, alors que cette branche du droit social qui comprend l'ensemble des normes juridiques régissant la vie professionnelle de millions de travailleurs en France, et alors que le travail occupe une place prépondérante dans le quotidien de la majorité des Français, toute modification dans cette branche du droit peut prendre d'importantes proportions. Dans cette perspective, si le droit du travail, qui régit notamment les rapports entre les employeurs et leurs salariés, a du s'adapter à l'évolution des mœurs de la société française, il a également du faire face à l'évolution d'autres branches du droit et notamment à celle du droit de la preuve. Comme en témoigne le programme de la Commission ouverte de droit social du barreau de Paris en 2014, qui comprenait notamment une étude relative au régime de la preuve en droit du travail, cette matière fait régulièrement l'objet de nombreuses réflexions quant aux implications qu'elle engendre en droit du travail. A cet égard, si le régime de la preuve inhérent à chaque pan du droit est primordial car il doit être respecté pour conférer à chaque fait produit en justice un caractère probatoire licite et donc recevable, cette réflexion n'épargne pas non plus le droit du travail. C'est dans la mesure où l'imbrication de ces deux matières présente des conséquences fondamentales quant au modèle de politique sociale en France et qu'elle comporte ainsi en elle la faculté de bouleverser la vie de millions de Français, qu'il semble très intéressant d'en étudier les contours. Il s'agit de la raison pour laquelle ce mémoire gravitera autour de cette imbrication et plus précisément sur la recherche probatoire de l'employeur à l'encontre de son salarié. En effet, le choix du sujet s'est porté sur cet aspect car les situations de l'employeur et du salarié ne sont pas les mêmes au sein de leur relation professionnelle. A cet égard, il est nécessaire de souligner que ces deux principaux protagonistes du monde du travail ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Effectivement, et d'autant plus lorsque le chômage atteint des niveaux conséquents comme par exemple lors de ce premier trimestre 2015, le salarié se trouve en position de faiblesse

par rapport à son employeur. Bien que l'on puisse répertorier de nombreuses garanties protégeant les travailleurs face aux chefs d'entreprises au travers du droit du licenciement ou bien qu'il existe des salariés qui, à la vue de leurs compétences et de leurs secteurs d'activités, n'auraient pas de mal à retrouver un emploi, il n'en demeure pas moins que le travailleur est constamment sous le coup de voir son supérieur mettre un terme à la relation professionnelle.

Cette inquiétude pesant sur tous les salariés français n'est pas pour autant dépourvue de garde-fous. En effet, si l'employeur peut se séparer de son salarié via le licenciement, ce dernier fait état d'une procédure que le chef d'entreprise se doit impérativement de respecter sous peine de voir son choix annuler par la justice. A cet égard, il faut mettre en évidence par exemple que l'employeur, lorsqu'il licencie pour faute l'un de ses salariés, se doit de rapporter la preuve du fait fautif ainsi allégué. Pour parvenir à mener à bien cette quête probatoire, il faut souligner toutefois que des obstacles se dressent sur le parcours de l'employeur. C'est dans cette perspective que nos recherches ont été menées afin d'éclaircir une situation qui présente des difficultés, à la fois pour le salarié mais aussi pour l'employeur. En effet, le salarié se doit tout d'abord d'être en mesure de connaître les règles de preuve que l'employeur doit respecter afin que ses droits ne soient pas bafoués. Quant à l'employeur, il se doit lui aussi, de part les intérêts de l'entreprise qu'il défend, d'avoir connaissance des moyens probatoires qu'il peut utiliser de manière licite afin de se séparer du salarié qui poserait problème. L'étude de ce sujet présente un intérêt encore plus important lorsque l'on met en avant l'idée selon laquelle le droit du travail est un droit qui est considéré, à la manière du droit de la consommation, comme un droit protecteur de la partie la plus faible au contrat et donc globalement tourné vers la protection du salarié. Dès lors, l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit du travail présente l'intérêt, lorsque l'on se penche sur la façon dont l'employeur doit rapporter la preuve contre son salarié, d'engendrer des conséquences qui débordent du seul cadre juridique et qui sont en mesure d'avoir un impact sur la politique sociale de la France. C'est dans cette perspective que se place ce mémoire et que cette étude tentera de mettre en évidence au mieux les mécanismes de l'imbrication du droit de la preuve avec le droit du travail et d'en mesurer les conséquences.

A cet égard, soulignons que de nombreux travaux doctrinaux sur ce sujet ont déjà vu le jour. En témoigne par exemple le fait que la Commission Droit social se soit vue remettre le 22 septembre 2014 le rapport *La preuve en matière prud'homale, des règles adaptées à un droit vivant*. A la lecture de l'intitulé du rapport, on perçoit aisément qu'il s'agit d'un domaine ne reposant pas sur des

bases fixes, tant l'imbrication entre les règles probatoires et le droit du travail fait l'objet d'un phénomène de mouvance. Ce dernier en rend l'étude certes complexe, mais a le mérite de créer de l'intérêt pour une thématique qui doit alors être traitée avec rigueur et prudence tant les précisions et les nuances sont ici fondamentales pour présenter et exploiter le plus sereinement possible ce sujet. Dans cette perspective, l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail nécessite d'être étudiée sous le prisme de trois notions fondamentales. En effet, à la suite de nombreuses lectures doctrinales et jurisprudentielles, on s'aperçoit que l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit social évolue suivant la plus ou moins grande portée accordée à trois éléments.

Deux d'entre-eux peuvent facilement être regroupés dans le sens où ils correspondent aux limites auxquelles l'employeur est confronté lorsqu'il cherche à rapporter la preuve d'un fait de son salarié. En effet, soulignons « qu'en matière prud'homale, la preuve est libre comme l'a rappelé dans divers arrêts la Cour de cassation, sauf exception qui relèvent non pas de la nature de l'élément de preuve ni de la personne de qui il émane, mais seulement de la façon dont cet élément a été obtenu (illicéité, déloyauté) ou du domaine qu'il recouvre et des libertés fondamentales dont il entraîne une violation »¹. Dès lors, la recherche de la preuve de l'employeur est tout d'abord confrontée à l'exigence de loyauté probatoire. Autrement dit, nous montrerons que le chef d'entreprise ne peut pas adopter un comportement déloyal vis-à-vis de son salarié lorsqu'il cherche à rapporter la preuve en justice d'un fait à l'encontre de ce dernier. Par ailleurs, il ressort de cette citation que l'employeur se doit de respecter les droits de son salarié lors de sa recherche probatoire. A cet égard, notre étude se penchera sur celui d'entre eux qui est le plus exposé au risque d'être bafoué par l'employeur et qui pose le plus de problème dans cette quête : le droit au respect de la vie privée du salarié. En effet, cette prérogative est essentielle et mérite d'être étudiée lorsque l'on s'intéresse à l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail dans la mesure où « le respect de la vie privée est un droit fondamental qui assure la dignité, l'intégrité et la liberté de l'être humain. En raison de sa nature particulière, ce droit est strictement protégé et encadré »². Dès lors, ce mémoire se penchera avec attention sur les limites qui s'imposent à l'employeur en matière de recherche de la preuve à l'encontre de son salarié quant à la vie privée de ce dernier et à la loyauté probatoire qu'il se doit

1 V. LAMOINE, *La preuve en matière prud'homale, des règles adaptées à un droit vivant*, Rapport remis à la Commission Droit social du 22 septembre 2014, Introduction, p.1

2 B. BOSSU, *Rupture du contrat de travail, témoignage en justice et correspondance privée*, La Semaine Juridique Social, n° 39, 25 septembre. 2007, 1716

également de respecter.

Par ailleurs, il faudra évoquer le pouvoir de contrôle de l'employeur. Prérogative lui permettant de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, nous montrerons que le pouvoir de contrôle a joué un rôle majeur dans l'évolution de l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail. Il s'agira par conséquent de l'autre versant de notre étude qui consistera à mesurer pleinement la tendance dans laquelle s'inscrit notamment la jurisprudence à ce sujet.

Il résulte de ces développements le sentiment qu'il existe une tension entre, d'une part les intérêts de l'entreprise défendus par le biais de l'employeur, et d'autre part la protection du salarié souvent placé en position de faiblesse par rapport à son supérieur. A cet égard, il faut noter que c'est précisément en cas de conflit entre deux objectifs que la matière juridique prend tout son sens. En effet, elle se doit alors de rallier les intérêts en présence en essayant de trouver une conciliation entre ces derniers. Néanmoins, ce n'est pas un seul droit qui intervient dans notre étude mais bien l'imbrication de deux matières juridiques distinctes. Ainsi, on comprend immédiatement toute la difficulté qui se niche derrière la fusion de deux pans du droit afin de résoudre un problème précis : la délimitation des possibilités qui sont offertes à l'employeur dans le cadre de sa recherche probatoire à l'encontre de son salarié. C'est d'ailleurs exactement autour de cette idée que gravitera la problématique de ce mémoire dans la mesure où il répondra à la question suivante : quelle conciliation le droit français propose-t'il lors de la recherche de la preuve par l'employeur entre son pouvoir de contrôle, le respect de la vie privée du salarié et l'exigence de loyauté probatoire ?

Pour y parvenir, l'étude de ce mémoire sera divisée en deux grandes parties complémentaires. A cet égard, nous montrerons tout d'abord que si la recherche de la preuve par l'employeur est soumise à un encadrement juridique solide (**Première partie**), ce dernier est menacé car il s'agit néanmoins d'une quête qui s'avère être non seulement justifiée par le pouvoir de contrôle du chef d'entreprise, mais aussi en pleine expansion grâce à cette faculté (**Seconde partie**).

Première partie : La recherche de la preuve par l'employeur : une quête soumise à un encadrement juridique solide

La recherche de la preuve par l'employeur dans le contentieux social est soumise à un encadrement juridique solide de deux manières différentes. Ainsi, nous montrerons tout d'abord que la recherche de la preuve par l'employeur doit faire face au principe de loyauté probatoire (**Premier chapitre**). Par la suite, nous soulignerons qu'elle est aussi confrontée au respect de la vie privée du salarié (**Second chapitre**).

Premier chapitre : La recherche de la preuve par l'employeur face au principe de loyauté probatoire

La relation entre la recherche de la preuve par l'employeur face au principe de loyauté probatoire s'inscrit dans un cadre conflictuel. Ainsi, nous nous pencherons tout d'abord sur l'existence de limites à la recherche de la preuve relatives à la loyauté de l'employeur (**Première section**). Par la suite, nous expliquerons l'encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire qui en résulte (**Seconde section**).

Première section : Les limites à la recherche de la preuve quant à la loyauté de l'employeur

Les limites à la recherche de la preuve quant à la loyauté de l'employeur supposent l'interdiction de plusieurs types de comportements. Ainsi, nous verrons tout d'abord que ces limites peuvent reposer sur le comportement passif de l'employeur au travers de son abstention d'agir (**A**). Par la suite, nous montrerons que ces limites peuvent être fondées sur le comportement actif de l'employeur au travers de ses agissements (**B**).

A) Des limites fondées sur le comportement passif de l'employeur

La première série de limites relatives à la loyauté probatoire de l'employeur est appréciée vis-à-vis du comportement passif de ce dernier. L'abstention d'agir de l'employeur apparaît alors au travers de la clandestinité du procédé utilisé. En ce sens, ce critère peut se subdiviser en deux aspects distincts. En effet, l'information préalable dont doit alors faire preuve l'employeur doit être respectée à deux niveaux. Ainsi, l'employeur a le devoir d'informer au préalable le salarié sur l'existence d'un procédé dont il pourra se servir pour rapporter la preuve d'un fait à son encontre (1), ainsi que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et le comité d'entreprise si ce dernier existe (2).

1) L'information préalable du salarié

Lorsque l'employeur désire rapporter une preuve à l'encontre de son salarié, il doit dans un premier temps s'assurer que la manière dont il l'a obtenu a été préalablement portée à la connaissance du salarié. L'employeur doit donc prendre soin d'informer au préalable son salarié sur l'existence d'un moyen dont il dispose pour rapporter la preuve d'un fait à son encontre. L'idée est clairement ici que l'employeur ne prenne pas au dépourvu son salarié en matière probatoire. Le salarié doit connaître au préalable les armes en matière de recherche de la preuve dont dispose l'employeur à son égard.

Cette nécessaire information préalable du salarié à la charge de l'employeur découle de l'article L 1222-4 du Code du travail indiquant qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »³. Ce texte est venu remplacer l'ancien article L 121-8 du Code du travail qui avait été créé par la loi du 31 décembre 1992. Cette exigence légale fait directement écho à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

3 Art L 1222-4 du Code du travail

du 4 novembre 1950. En effet, ce dernier prévoit le droit à un procès équitable et cette garantie «s'analyse comme une manifestation du principe de loyauté. Ce rapprochement s'explique par le fait que le principe d'égalité des armes, qui est une des composantes du procès équitable, implique la loyauté dans la recherche des preuves. L'emploi d'un comportement déloyal désavantage le plaideur qui se refuse à adopter une conduite similaire. En conséquence, pour éviter un tel déséquilibre, il convient de déclarer irrecevable la preuve obtenue de façon déloyale »⁴.

Il faut préciser que si le procédé utilisé par l'employeur pour rapporter la preuve d'un fait contre son salarié n'est pas porté préalablement à la connaissance de ce dernier, alors le procédé sera qualifié de clandestin. Or, « les procédés clandestins de surveillance ne sont pas admissibles »⁵ et donc irrecevables en justice. Ainsi, l'information préalable du salarié quant au moyen de preuve pouvant être utilisé à son encontre est indispensable afin que l'élément probatoire ne soit pas déclaré illicite par les juges.

A cet égard, on peut souligner que cette obligation concerne majoritairement en pratique les dispositifs de vidéosurveillance mis en place par l'employeur. Ainsi, il ressort de l'analyse de l'article 32 de la loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés menée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, un certain nombre d'obligations s'imposant à l'employeur en matière d'information préalable du salarié. Dans cette perspective, il est indispensable que l'employeur signale la présence de ce procédé probatoire par le biais d'un panneau d'affichage visible. En outre, l'employeur se doit d'indiquer sur ce même panneau les droits d'accès aux images des salariés filmés, à savoir notamment la procédure à suivre dans le but de demander l'accès aux enregistrements les concernant ainsi que le nom du responsable à contacter. Par ailleurs, les salariés doivent être préalablement informés de manière individuelle de la mise en place d'un tel dispositif de surveillance par avenant au contrat de travail, par courrier ou par une note de service par exemple. Soulignons que la Commission nationale de l'informatique et des libertés exerce un contrôle pointu du respect de ces règles par l'employeur comme en témoigne par exemple sa délibération numéro 2009-201 du 16 avril 2009. Dans cette dernière, elle considère que

4 B. BOSSU, *Dictaphone, loyauté et vie privée du salarié*, La Semaine Juridique Social, numéro 37, 11 septembre 2012, 1371

5 Ibidem

« l'information délivrée aux employés de la société est manifestement insuffisante au regard des exigences de l'article 32 de la loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En effet, l'information inscrite dans les contrats de travail des personnes employées postérieurement à la mise en œuvre du dispositif de vidéosurveillance, à savoir « la salariée est informée qu'un système de vidéosurveillance est installé dans tous les sites de l'entreprise », ainsi que celle mentionnée dans le courrier-type sont incomplètes puisque les finalités poursuivies, les destinataires des images et les modalités concrètes de l'exercice du droit d'accès dont disposent les personnes concernées, ne sont pas indiqués »⁶.

En outre, on peut mettre en perspective l'attention toute particulière qui est portée quant au respect par l'employeur des obligations qui lui incombent en matière de vidéosurveillance, avec l'idée qu'il doit informer tous les salariés concernés de sa décision de mettre en place un tel dispositif. Dès lors, l'obligation d'information préalable du salarié qui est à la charge de l'employeur engendre pour ce dernier des conséquences pratiques importantes. Il se doit de les respecter sous peine de voir ce manquement sanctionné par la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Le critère de la clandestinité du procédé utilisé ainsi mis en perspective est aussi visible au travers d'une autre facette : l'information préalable du comité d'entreprise et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

6 CNIL, délibération du 16 avril 2009, n° 2009-201

2) L'information préalable du comité d'entreprise et de la CNIL

C'est l'article L 2323-32 du Code du travail qui prévoit que « le comité d'entreprise 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 »⁷. Cet article est venu remplacer l'article L 432-2-1 du Code du travail qui avait été créé le 19 février 2001. Avec ce texte, on s'inscrit donc dans une perspective collective afin que l'ensemble du personnel ait connaissance des moyens probatoires que peut utiliser l'employeur à leur encontre. Remarquons que cette exigence n'a lieu d'être que pour les entreprises qui sont dans l'obligation de posséder un comité d'entreprise, c'est-à-dire notamment celles qui comportent un nombre de salariés au moins égal à cinquante personnes comme le prévoit d'ailleurs l'article L 2322-1 du Code du travail.

On peut noter que la jurisprudence applique cette règle sans aucune difficulté comme le montre par exemple l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 7 juin 2006. Dans cette affaire, un employeur avait licencié pour faute grave un salarié à la suite de vols constatés par les enregistrements d'une caméra de vidéosurveillance. La Cour d'appel avait déclaré recevable la production de l'enregistrement en justice comme moyen de preuve de la faute du salarié dans la mesure où elle avait considéré que le salarié ne pouvait pas sérieusement prétendre ignorer l'existence d'un tel dispositif de part les affichettes à ce sujet dans l'entreprise et la consultation du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) par l'employeur qui avait été réalisée. Les magistrats de la Cour de cassation ont toutefois estimé 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 fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise »⁸ et que par conséquent « constitue un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéosurveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses

7 Art. L 2323-32 du Code du travail

8 Cass. Soc. 7 juin 2006, n° de pourvoi 04-43866

salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise »⁹.

De la même façon, l'employeur est tenu d'une obligation d'information envers la Commission nationale de l'informatique et des libertés. En effet, cette obligation résulte de la loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La jurisprudence n'a d'ailleurs aucune difficulté à sanctionner le défaut de déclaration préalable à la Commission nationale de l'informatique et des libertés comme le montre l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 8 octobre 2014. Dans cette affaire, une salariée a été licenciée par son employeur en raison de l'utilisation excessive de la messagerie professionnelle à des fins personnelles. Il faut souligner que l'employeur a pu découvrir ce fait grâce à la mise en place d'un dispositif de contrôle individuel de l'importance des flux des messageries électroniques. Néanmoins, l'employeur n'avait pas déclaré le système à la Commission nationale de l'informatique et des libertés préalablement à la collecte d'informations. Si la Cour d'appel n'a pas été dérangée par cet élément, les juges de la Cour de cassation ont toutefois considéré que « constitue un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL »¹⁰ et que par conséquent « encourt la cassation l'arrêt qui, pour retenir la faute du salarié, se fonde uniquement sur des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un tel système alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats »¹¹.

L'information préalable du comité d'entreprise et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés constitue, avec l'obligation d'information préalable du salarié, des limites fondées sur le comportement passif de l'employeur au travers de son abstention d'agir. Ainsi, si l'employeur n'informe ni son salarié, ni le comité d'entreprise et la Commission nationale de l'informatique et des libertés, alors le moyen de preuve utilisé par l'employeur à l'encontre de son salarié ne pourra pas être recevable en justice. Dès lors, ces obligations revêtent une importance certaine car de ce manquement de l'employeur peut reposer toute l'issue d'un contentieux s'il n'avait pour seule arme que la preuve considérée comme illicite par les juges.

9 Ibidem

10 Cass. Soc. 8 octobre 2014, n° de pourvoi 13-14991

11 Ibidem

B) Des limites fondées sur le comportement actif de l'employeur

Par ailleurs, il existe une seconde série de limites quant à la loyauté probatoire de l'employeur. En effet, celle-ci est fondée sur le comportement actif du chef d'entreprise au travers de ses agissements qui peuvent être de quatre sortes. En ce sens, il conviendra tout d'abord d'étudier le respect de la légalité qui incombe à l'employeur en matière probatoire (1). En effet, c'est de cette exigence générale que découlent les limites relatives au comportement actif de l'employeur dans le cadre de la loyauté probatoire, parmi lesquelles se distinguent les stratagèmes et les mises en scène pour piéger le salarié (2), les filatures (3), la prise de connaissance des conversations téléphoniques (4) et les dissimulations de caméras (5).

1) Le non-respect de la légalité par l'employeur

Si la recherche de la preuve par l'employeur dans le contentieux du droit du travail suppose qu'il fasse preuve de loyauté, il est nécessaire à cet égard que ses agissements ne sortent pas du cadre de la légalité, c'est-à-dire de ce qui est autorisé par la loi. Dans cette perspective, soulignons que « la loyauté suppose le respect de la légalité : on ne doit pas commettre une infraction pour rapporter la preuve d'un fait »¹². Dès lors, l'employeur ne peut pas rapporter la preuve d'un fait qu'il reproche à son salarié s'il s'est placé dans une situation illégale afin de constituer les éléments probatoires dont il souhaite se servir à l'encontre de son salarié.

En outre, le respect de la légalité dans la recherche probatoire est une composante essentielle des règles du droit général de la preuve. Ainsi, cette exigence s'impose à toute personne voulant rapporter la preuve d'un fait à l'encontre d'une autre dans un procès. A cet égard, il convient de souligner l'article 9 du Code de procédure civile indiquant qu'« il incombe à chaque partie de

¹² A. LEBORGNE, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 546

prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »¹³. Cette limite procédurale revêt un intérêt d'autant plus grand quand elle s'inscrit dans le cadre d'un rapport de forces inégal, comme par exemple entre le salarié et l'employeur. En effet, ces deux protagonistes ne sont pas placés sur le même pied d'égalité en matière probatoire. Si l'employeur dispose de nombreux moyens techniques au premier titre desquels se placent les infrastructures relatives à la vidéosurveillance, le salarié dispose quant à lui de beaucoup moins de moyens pour défendre ses intérêts. De ce constat découle une logique animée d'équité voulant que le salarié, s'il ne dispose pas des mêmes moyens que l'employeur en matière de recherche de la preuve, puisse au moins faire face à des techniques probatoires qui ne sortent pas du champ légal. La loyauté probatoire qui doit être celle de l'employeur suppose donc bien le respect des règles légales quand ce dernier cherche à rapporter la preuve d'un fait de son salarié. C'est dans cette perspective que les stratagèmes, les mises en scènes pour piéger le salarié, les filatures, mais aussi les prises de connaissance de conversations téléphoniques ainsi que les dissimulations de caméras de vidéosurveillance, sont considérés comme des agissements à proscrire pour l'employeur en matière probatoire.

2) Les stratagèmes et les mises en scène pour piéger le salarié

L'employeur soupçonne parfois fortement l'un de ses salariés d'avoir un comportement malveillant à l'égard de l'entreprise qui, s'il était prouvé, permettrait de licencier la personne afin de s'en séparer et de faire cesser les agissements en question. Toutefois, si l'employeur fait état d'une forte conviction à l'encontre de son salarié, il est fréquent qu'il soit difficile pour lui de rapporter la preuve des faits reprochés. Par exemple, il est rare qu'un salarié commette des vols alors qu'il sait pertinemment que son employeur, se trouvant à proximité, soit susceptible de constater les faits à tout moment et de le sanctionner. C'est dans cette perspective que l'employeur peut être tenté de mettre en place des stratagèmes ou de réaliser des mises en scène afin de tendre un piège à son salarié et de pouvoir ainsi le prendre sur le fait accompli. Cependant, la jurisprudence a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur ce type de techniques probatoires.

13 Art. 9 du Code de procédure civile

A cet égard, on peut souligner un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 16 janvier 1991. Dans cette affaire, un employeur avait interdit à ses salariés de sortir de l'entreprise certains documents. Néanmoins, afin de pouvoir licencier un salarié pour faute lourde, l'employeur a fait envoyer les documents en question au domicile du salarié par le biais d'un intermédiaire et a fait constater la possession des documents par le salarié par voie d'huissier. Les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation ont alors estimé que « la loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute »¹⁴.

Aussi, l'employeur peut être tenté non pas d'utiliser un huissier de justice pour faire constater un fait fautif déguisé, mais de le convaincre de mettre en place un stratagème à l'encontre du salarié. A ce sujet, il convient de se pencher sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 mars 2008. Dans cette affaire, un employeur qui soupçonnait des agissements frauduleux de son salarié, avait convaincu un huissier de justice de réaliser des achats en espèces et avait par la suite procédé après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié en question, à un contrôle des caisses et du registre des ventes. Comme l'avait imaginé l'employeur, certains règlements en espèces qui avait été effectués par l'huissier de justice s'étaient avérés être absents lors du comptage de la caisse en fin de journée. L'employeur avait donc licencié le salarié pour faute grave à la suite du détournement d'espèces constaté. Les juges de la Cour de cassation ont toutefois estimé que « si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve »¹⁵ tout en précisant que « l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait eu recours à un stratagème pour confondre la salariée »¹⁶ et « qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve »¹⁷.

14 Cass. Soc. 16 janvier 1991, n° de pourvoi 89-41052

15 Cass. Soc. 18 mars 2008, n° de pourvoi 06-40852

16 Ibidem

17 Ibid

En outre, pour rapporter la preuve d'un fait fautif de son salarié, l'employeur utilise parfois l'aide de ses autres subordonnés. En effet, il faut à cet égard souligner un autre arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date lui-aussi du 18 mars 2008. Dans cette affaire, un salarié employé par EDF, pendant son temps de travail, aidait sa femme en assurant le service du restaurant tenue par cette dernière. L'employeur, soupçonnant ce type d'agissements, avait alors demandé à des cadres de l'entreprise EDF d'aller prendre leurs repas dans l'établissement en question en se faisant passer pour des simples clients, et de photographier le salarié en train de travailler pour le compte de son épouse. Sur la base de ces photographies, l'employeur avait alors relevé la faute du salarié et l'avait mis à la retraite d'office. Les juges de la Cour de cassation ont alors estimé que « les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve »¹⁸ et que « doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite »¹⁹.

Plus récemment, on peut souligner que la tendance de la jurisprudence se confirme quant à la question des stratagèmes et des mises en scènes de l'employeur établis pour piéger le salarié. La jurisprudence à ce sujet est également afférente à l'utilisation des lettres piégées. Dans une affaire rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 4 juillet 2012, la Poste avait de forts soupçons à l'encontre de l'un de ses facteurs sur le fait que ce dernier ouvre des lettres qui ne lui étaient pas destinées durant sa tournée. L'employeur a alors pris la décision de piéger les lettres en les dotant de la particularité de diffuser une encre bleue en cas d'ouverture. Par la suite, la Poste a finalement constaté, via ce procédé, que le salarié avait bien ouvert une lettre et a donc licencié le facteur en question. La Cour d'appel avait déclaré recevable la preuve ainsi obtenue en considérant que « la Poste, chargée d'une mission de service public, était tenue de garantir aux usagers le secret et l'intégrité des correspondances confiées »²⁰ et que par conséquent la Poste se devait de « mettre

18 Cass. Soc. 18 mars 2008, n° de pourvoi 06-45093

19 Ibidem

20 Cass. Soc. 4 juillet 2012, n° de pourvoi 11-30266

fin à des agissements frauduleux »²¹. Néanmoins, les magistrats de la Cour de cassation ont décidé que « si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal »²² et que, par conséquent, « constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve ainsi obtenu l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel »²³.

Par conséquent, il ressort de ces arrêts que « pour la Cour de cassation, la loyauté dans la recherche des preuves est aujourd'hui une règle d'or »²⁴ et « qu'on devine ce qui pour elle est le critère de la déloyauté : ce sont les mises en scène, les stratagèmes et la clandestinité, encore moins pardonnables lorsqu'ils émanent d'un auxiliaire de justice »²⁵.

3) Les filatures

L'employeur qui a la volonté de rapporter la preuve d'un fait fautif de son salarié pourrait également être tenté de faire suivre ce dernier par un tiers afin de s'assurer de ses agissements. A cet égard, l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 22 mai 1995 concerne une affaire dans laquelle un salarié devait exercer ses fonctions en dehors des locaux de l'entreprise. A la suite de forts soupçons à l'encontre de ce dernier qui aurait mené des actions allant à l'encontre de la société, l'employeur avait engagé un détective privé afin de procéder à une filature du salarié. A la suite de l'enquête menée, le détective privé avait rapporté la preuve à l'employeur des faits fautifs soupçonnés et ce dernier a alors licencié son salarié en se fondant sur la preuve ainsi obtenue. Les

21 Ibidem

22 Ibid

23 Ibid

24 R. PERROT, *La recherche loyale des preuves*, Procédure numéro 5, mai 2008, comm. 137

25 Ibidem

juges de la Cour de cassation ont alors estimé 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. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé un salarié, donc à l'insu de celui-ci, a décidé que les comptes rendus de filature constituaient un moyen de preuve illicite »²⁶.

Notons que cette analyse jurisprudentielle a régulièrement été confirmée comme en témoigne par exemple un autre arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 15 mai 2001. Dans cette affaire, un employeur avait fait appel au service d'une société de gardiennage afin que l'un de leur vigile procède à la surveillance d'un distributeur de boissons et de nourriture ainsi que des quais de l'établissement. Le vigile avait alors repéré quatre salariés de l'entreprise en train de dégrader les lieux sous surveillance et l'employeur les avait alors licencié pour faute grave. C'est dans la mesure où cette surveillance avait été cachée par l'employeur aux salariés que la défense de ces derniers reposait sur l'idée qu'ils avaient fait l'objet d'une filature. La chambre sociale de la Cour de cassation a alors considéré 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, ainsi qu'il résulte de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. Ayant relevé qu'une société avait fait appel, à l'insu du personnel, à une société de surveillance extérieure à l'entreprise pour procéder au contrôle de l'utilisation par ses salariés des distributeurs de boissons et sandwiches, la cour d'appel a décidé à bon droit que le rapport de cette société de surveillance constituait un moyen de preuve illicite »²⁷.

Par conséquent, faire procéder à la filature de son salarié pour rapporter la preuve d'un fait fautif de ce dernier constitue un moyen probatoire illicite et donc irrecevable devant les juridictions. En effet, ces décisions s'inscrivent dans l'idée que l'employeur ne peut pas, au travers de ses agissements, faire preuve de déloyauté dans la recherche de la preuve. Le salarié doit nécessairement avoir connaissance au préalable des moyens probatoires qui peuvent être engagés à son encontre.

26 Cass. Soc. 22 mai 1995, n° de pourvoi 93-44078

27 Cass. Soc. 15 mai 2001, n° de pourvoi 99-42219

4) La prise de connaissance des conversations téléphoniques

Dans la volonté de rapporter la preuve d'un fait fautif, certains employeurs ont déjà opté pour une solution visant à prendre connaissance des conversations téléphoniques du salarié. C'est autour de ce moyen probatoire que gravite l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 7 octobre 2004 même si cette affaire ne concernait pas directement une question de droit du travail, mais plus largement une problématique relative à la manière de rapporter la preuve en justice. Dans cet arrêt, les juges de la Cour de cassation ont considéré que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »²⁸. Il faut noter que cette position a été réaffirmée avec vigueur dans un arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 7 janvier 2011²⁹.

Soulignons également que la chambre sociale de la Cour de cassation s'est inscrite dans cette tendance dès qu'elle en a eu l'occasion comme en témoigne l'arrêt qu'elle a rendu le 16 décembre 2008. Dans cette affaire, un salarié avait été licencié après que son employeur ait pris connaissance en direct d'une conversation téléphonique qu'il avait avec un autre de ses collègues par le biais du haut-parleur du téléphone. La Cour d'appel avait considéré que le licenciement reposait bien sur une faute grave car la preuve ainsi rapportée était selon elle licite. Les juges du second degré se sont basés sur l'idée que l'écoute avait été faite sans enregistrement, à partir d'un poste téléphonique qui n'appartenait pas au salarié, et que par conséquent aucun dispositif de surveillance n'avait été mis en place et que l'écoute avait été rendue possible par « les propriétés ordinaires que possède de notoriété publique tout téléphone »³⁰. Néanmoins, les magistrats de la Cour de cassation ont estimé que « si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal et que l'écoute d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de son auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de

²⁸ Cass. Civ. 2^eème. 7 octobre 2004, n° de pourvoi 03-12653

²⁹ Cass. Ass. Plen. 7 janvier 2011, n° de pourvoi 09-14316 et 09-14667 (jonction)

³⁰ Cass. Soc. 16 décembre 2008, n° de pourvoi 07-43993

preuve »³¹.

5) Les dissimulations de caméras

L'employeur peut enfin souhaiter relever la faute de son salarié en le filmant sans que celui-ci ne s'en aperçoive afin d'optimiser au maximum ses chances d'enregistrer la faute du salarié qui agirait alors comme à son habitude.

A cet égard, il faut souligner l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 20 novembre 1991. Dans cette affaire, un employeur avait dissimulé une caméra dans une caisse de manière à surveiller le comportement de ses salariés sans que ces derniers s'en doutent. Après avoir constaté une faute de l'une de ses salariés grâce à l'un des enregistrements produits par cette caméra, l'employeur l'avait licencié. Les juges de la Haute juridiction ont alors considéré 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. Une cour d'appel ne peut donc, sans violer l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, retenir à l'encontre d'une salariée l'existence d'une faute grave, en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée, tandis qu'il résulte du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent »³².

Ainsi, qu'il s'agisse de limites fondées sur le comportement passif de l'employeur au travers de son abstention d'agir ou de limites basées sur le comportement actif de ce dernier au travers de ses agissements, nous verrons que ces barrières juridiques entraînent nécessairement un encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire.

31 Ibidem

32 Cass. Soc. 20 novembre 1991, n° de pourvoi 88-43120

Seconde section : L'encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire

Tout d'abord, nous remarquerons que les limites qui s'imposent lors de la recherche probatoire sont basées sur le principe d'interdiction du comportement déloyal de l'employeur (A). Nous soulignerons par la suite que cet encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire a pour conséquence d'établir une suprématie de l'exigence de loyauté probatoire face à celle des intérêts de l'entreprise (B).

A) L'interdiction du comportement déloyal de l'employeur

Après avoir relevé et expliqué les limites posées par la loi et par la jurisprudence quant à l'exigence de loyauté de l'employeur dans sa recherche probatoire, on peut constater qu'elles se répertorient en deux groupes distincts. A ce titre, des comportements actifs comme des comportements passifs sont prohibés par la loi et par la jurisprudence. Dès lors, ces limites permettent de sanctionner un panel très étendu de comportements que l'employeur ne peut se permettre d'adopter lorsqu'il cherche à rapporter la preuve contre son salarié. Cette double protection au bénéfice de ce dernier permet de le protéger d'une manière importante face à un employeur qui souvent détient bien plus de moyens techniques pour rapporter la preuve d'un fait. Comme à la manière du droit de la consommation, on a le sentiment que le droit de la preuve, lorsqu'il est associé au droit social, tend à vouloir protéger la partie la plus faible, c'est-à-dire celle qui ne dispose pas des mêmes options techniques, financières et juridiques que son adversaire.

En effet, qu'il s'agisse de limites par rapport au comportement passif ou actif de l'employeur, toutes conduisent à ce que ce dernier ne fasse pas preuve de déloyauté dans sa recherche probatoire. Autrement dit, le droit intervient ici afin que l'employeur, s'il a la chance de disposer d'un panel plus élargi dans le cadre probatoire que son salarié, ne lui réduise pas ses chances de pouvoir se défendre correctement en ne lui cachant pas les moyens probatoires dont il pourrait disposer contre lui le cas échéant.

Dès lors, un employeur, s'il est soucieux de vouloir éviter tout contentieux lorsqu'il rapporte une preuve en justice contre son salarié, doit nécessairement comparer son comportement, qu'il s'agisse d'une abstention ou d'un agissement, à l'exigence de loyauté probatoire que le droit lui impose. A cet égard, on peut souligner que la jurisprudence ne semble faire aucune distinction selon le type d'entreprise, d'employeur ou de salarié concerné par la problématique relative à la preuve. Dès lors, les juges semblent adopter une appréciation *in abstracto* du comportement de l'employeur, sans se soucier du contexte particulier dans lequel ce dernier pourrait s'inscrire à la différence d'une appréciation menée *in concreto*. Il résulte de cette idée que les juges ne font pas preuve d'indulgence, peu importe que le comportement déloyal de l'employeur était la seule manière de rapporter la preuve d'un fait qui conduirait à des conséquences négatives pour l'avenir de l'entreprise. C'est dans cette perspective qu'il conviendra d'étudier la balance des intérêts en présence qui est faite par la jurisprudence entre, d'une part, l'exigence de loyauté probatoire et, d'autre part, les intérêts de l'entreprise.

B) La suprématie de l'exigence de loyauté probatoire face à celle des intérêts de l'entreprise

L'interdiction du comportement déloyal de l'employeur a pour conséquence que ce dernier prouve le fait fautif de son salarié selon un mode opératoire prédéterminé par le droit, sous peine que la preuve produite soit considérée comme irrecevable par les juges. Dès lors, on peut déceler une tension entre deux concepts qui se distinguent notamment par leurs finalités respectives. A ce titre, le salarié est en droit d'exiger que la preuve à son encontre soit obtenue de manière loyale alors que l'employeur cherche avant toute chose à défendre les intérêts de l'entreprise. Par conséquent, ces deux volontés peuvent se trouver en opposition et notre étude doit se porter sur la mécanique qui les conjugue.

A cet égard, remarquons que la loyauté dans la recherche de la preuve que doit respecter l'employeur est une exigence que l'on retrouve peu importe le support probatoire utilisé. Ainsi, est aussi bien concernée la preuve par image telle que la vidéosurveillance, la preuve sonore par le biais des enregistrements audio, ou encore par exemple les filatures. Cette omniprésence de la loyauté probatoire que doit respecter l'employeur dans sa recherche de la preuve conduit à ce qu'un nombre potentiellement important de comportements fautifs du salarié ne soit pas sanctionnés car l'employeur pourrait ne pas être en mesure de rapporter la preuve autrement que d'une manière déloyale. En effet, certains comportements du salarié ne peuvent se constater et donc se prouver qu'en surprenant ce dernier, qu'en le prenant sur le fait accompli, et donc la plupart du temps quand le salarié ne s'attend justement pas à être surveillé ou repéré. Ce cas de figure s'inscrit donc dans une situation où le salarié n'aurait pas été informé préalablement du procédé qui pourrait servir à rapporter la preuve d'un fait et donc dans une situation où l'employeur, s'il rapportait une telle preuve, verrait son comportement qualifié de déloyal en raison de l'absence d'information préalable qu'aurait du recevoir le salarié. Dès lors, on distingue aisément une difficulté et une tension accrue entre le respect de la loyauté probatoire dont doit faire preuve l'employeur et la nécessaire défense des intérêts de l'entreprise que bafoue le salarié lorsqu'il commet des fautes qui sont la plupart du temps préjudiciables à l'entreprise dans laquelle il travaille.

A ce titre, il faut souligner que peu importe le préjudice subi par l'entreprise suite à la faute d'un salarié. En effet, si l'employeur rapporte la preuve de manière déloyale, alors elle ne sera pas recevable en justice et le salarié ne sera pas inquiété car il pourra voir son licenciement annulé par les juges. Ce constat permet de distinguer une suprématie au bénéfice de la loyauté probatoire et donc du salarié face aux intérêts de l'entreprise défendus par l'employeur. Cette situation, qui résulte de l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit du travail, s'inscrit parfaitement dans le cadre traditionnel posé par la jurisprudence en matière sociale. En effet, le droit du travail est un droit globalement conçu comme étant protecteur du salarié face à l'employeur et les juges ont pour habitude de faire respecter cette dynamique.

Néanmoins, si cette position juridique est typiquement française, il est intéressant de la comparer à la vision de la célèbre école de Chicago et de son analyse économique du droit. Pour certains tenants de cette théorie, la matière juridique ne doit pas être un obstacle ou un frein au développement économique d'un pays, mais elle doit au contraire faciliter l'imbrication des rouages du monde des affaires et ne devrait notamment pas être préjudiciable aux entreprises. Autrement dit, les tenants de cette théorie défendent l'idée selon laquelle l'application du droit dans un pays ne devrait pas aboutir à un résultat anti-économique. Or, la position juridique française tenant à mettre en avant la protection du salarié face aux intérêts de l'entreprise, en cas de conflit entre ces deux principes lors de la recherche probatoire de l'employeur, s'inscrit à contre-courant de l'analyse économique du droit proposé par l'école de Chicago. La façon dont le droit français aborde l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit du travail permet donc d'encrener cette position française. Par conséquent, les choix opérés impactent indirectement le modèle social et économique du pays. C'est dans cette perspective que l'on peut constater tout l'enjeu et toute la problématique de l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit du travail en France.

Si cet enjeu est perceptible quant à la loyauté probatoire de l'employeur en matière de droit du travail, il l'est aussi lorsque la recherche de la preuve est confrontée à la vie privée du salarié.

Second chapitre : La recherche de la preuve par l'employeur face à la vie privée du salarié

Nous montrerons que la recherche de la preuve entretient une relation tumultueuse avec la vie privée du salarié. Ainsi, nous soulignerons tout d'abord que la recherche de la preuve par l'employeur est fortement limitée par ce concept (**Première section**). Par la suite, nous expliquerons qu'en résulte un encadrement des domaines de recherches probatoires pour l'employeur (**Seconde section**).

Première section : Les limites à la recherche de la preuve quant à la vie privée du salarié

Il existe plusieurs limites à la recherche de la preuve quant à la vie privée du salarié et elles peuvent faire l'objet d'une distinction entre elles. En ce sens, il conviendra tout d'abord d'étudier les limites relatives aux correspondances (A), puis celles concernant la vidéosurveillance (B) et enfin les limites portant sur la géolocalisation (C).

A) Les limites relatives aux correspondances

Les limites relatives aux correspondances ne peuvent être évoquées sans se référer tout d'abord au célèbre arrêt *Nikon* de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001 (1). Nous pourrions ainsi constater que cette jurisprudence a permis d'apporter une protection accrue pour le salarié face à l'employeur (2).

1) La jurisprudence fondamentale en matière de correspondances

Les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation ont rendu un arrêt fondamental qui a modelé le paysage du droit du travail français. En effet, l'arrêt *Nikon* de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 2 octobre 2001 « est le premier de la Haute juridiction à se prononcer sur le courrier électronique et sa confidentialité »³³. Or, il est indéniable que les correspondances électroniques ont vu leur importance s'accroître en matière de rapports entre les salariés et leurs employeurs de part la multiplication des échanges de mails au début des années 2000. On comprend dès lors l'importance que représentait cet arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'époque, de part l'idée qu'il s'agissait du premier à s'immiscer sur ce terrain, qui plus est sur un problème de recevabilité de la preuve en justice. En effet, les magistrats de la Haute juridiction ont du se pencher sur une affaire dans laquelle le salarié menait une activité professionnelle parallèle sur son lieu de travail par le biais d'échanges de mails avec un concurrent via l'ordinateur de la société. L'employeur avait alors découvert ces échanges de mails en consultant l'ordinateur qui avait été mis à la disposition du salarié. Les juges de la chambre sociale de Cour de cassation ont alors posé le principe selon lequel « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; l'employeur ne peut dès lors 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 »³⁴.

Dès lors, l'analyse de cet arrêt permet d'indiquer que « les messages électroniques personnels du salarié reçus sur sa messagerie professionnelle sont protégés par le principe du secret des correspondances »³⁵ qui découle lui-même du respect de la vie privée du salarié par l'employeur. Il faut noter que le raisonnement jurisprudentiel est intéressant dans la mesure où il érige en une sorte de principe global la protection de la vie privée du salarié dont peuvent découler certains corollaires comme le droit au secret des correspondances. Il est donc possible d'avancer l'idée selon laquelle le

33 A. LEPAGE, *La bataille du mail*, Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2011, comm. 120

34 Cass. Soc. 2 octobre 2001, n° de pourvoi 99-42942

35 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 28, 10 juillet 2007, 1537

droit au secret des correspondances occupe un rôle intermédiaire en tant que relais d'application d'un principe beaucoup plus large. C'est dans cette perspective qu'il est possible d'affirmer que la jurisprudence est ici venue limiter la recherche probatoire de l'employeur qui doit alors respecter la vie privée du salarié.

Par ailleurs, on peut évoquer l'idée selon laquelle la Haute juridiction a apporté ici une sorte de présomption d'irrecevabilité de la preuve au détriment de l'employeur. En effet, dès lors que ce dernier pénètre dans la sphère de la correspondance privée de son salarié et donc de sa vie privée, une présomption irréfragable d'irrecevabilité de la preuve en justice se crée et doit désormais s'imposer aux juges du fond avec l'arrêt *Nikon*. C'est par ce constat que l'on perçoit facilement que cette jurisprudence est très favorable au salarié.

2) Une jurisprudence très protectrice du salarié

Si nous sommes parvenus à démontrer que l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001 était défavorable à l'employeur, il est aisé d'apporter l'idée connexe selon laquelle cette jurisprudence est par opposition favorable au salarié. En effet, de part l'existence d'intérêts antagonistes, notamment en matière probatoire, tout ce qui est défavorable à l'employeur profite généralement au salarié. A cet égard, ce dernier voit son secret des correspondances et plus largement la protection de sa vie privée érigé en un sanctuaire inviolable que la Haute juridiction s'attache tout particulièrement à protéger contre les éventuels immixtions probatoires de l'employeur.

Également, on peut faire état d'une jurisprudence très protectrice du salarié dans la mesure où les juges de la Cour de cassation ont tout d'abord rendu leur décision au visa de l'article 9 du Code civil indiquant que « chacun a le droit au respect de sa vie privée »³⁶. Or, il faut remarquer que l'article 9

36 Art. 9 du Code civil

du Code civil est emprunt d'une certaine solennité dans la mesure où il a été utilisé par les juges pour encadrer notamment les questions de liberté d'expression, de droit à l'image ou encore de liberté sexuelle. Dès lors, on comprend que le fait d'avoir visé dans l'arrêt du 2 octobre 2001 un article emprunt d'une aussi grande prestance a permis aux juges de conférer une importance certaine à leur analyse et au respect dont doit faire preuve l'employeur dans sa recherche probatoire quant à la vie privée de son salarié. En outre, il est possible de parler d'une jurisprudence très protectrice du salarié eu égard au fait que les magistrats de la Haute juridiction ont visé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cet article précise que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »³⁷. C'est en ce sens qu'il est possible d'affirmer que l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 « révèle à quel point la chambre sociale de la Cour de cassation se montre soucieuse des intérêts du salarié »³⁸.

Enfin, remarquons que cet arrêt s'inscrit dans un souci de protection accrue du salarié eu égard aux faits de l'espèce. En effet, il faut rappeler tout d'abord dans cette affaire que l'employeur avait interdit préalablement au salarié l'utilisation de la messagerie à des fins personnelles pendant ses heures de travail. Or, il est clair que le salarié a outrepassé cette interdiction découlant du pouvoir de direction de l'employeur qui, comme nous le verrons par la suite, est pourtant reconnu au bénéfice légitime de l'employeur depuis des années.

Dans le même ordre d'idée, il faut remarquer que cette jurisprudence se détache de celle sur l'exigence d'information préalable du salarié afin que l'employeur rapporte la preuve de manière loyale par enregistrement de vidéosurveillance. En effet, dans l'arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 de la chambre sociale de la Cour de cassation, peu importe que le salarié ait été préalablement informé ou non du fait qu'il ne pouvait pas utiliser sa messagerie à des fins personnelles pendant ses heures de travail : l'employeur ne peut en aucun cas s'immiscer dans sa vie privée par le biais des correspondances personnelles. Ainsi, cet arrêt présente une forte volonté de protéger le salarié face aux intrusions probatoires de l'employeur au sein de sa vie privée.

37 Art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

38 A. LEPAGE, *La bataille du mail*, Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2011, comm. 120

Par ailleurs, en se penchant sur les faits de l'espèce, il est possible de constater que le salarié s'adonnait à une activité qui concurrençait son propre employeur pendant ses heures de travail. De manière totalement objective, on peut souligner qu'il s'agit forcément d'actions totalement nuisibles à l'employeur et aux intérêts de l'entreprise que ce dernier défend. A la vue de ce constat, il n'aurait sans doute pas choqué la doctrine que les juges de la Cour de cassation adoptent une solution inverse ou, du moins, plus nuancée par rapport à la présente qui se positionne dans un sens unique de protection du salarié par rapport à l'employeur. En effet, ce dernier est ici bien dépourvu de moyens probatoires face à un salarié nuisant clairement à l'entreprise pendant son temps de travail. Cette solution étant expliquée par les juges de la Haute juridiction uniquement par le respect de la vie privée du salarié dont doit faire preuve l'employeur, on comprend qu'il s'agit là d'une limite jurisprudentielle à la recherche probatoire de ce dernier tout à fait considérable.

B) Les limites relatives à la vidéosurveillance

Il est nécessaire également de se pencher sur la question de la vidéosurveillance au sein des entreprises. En effet, beaucoup de sociétés utilisent ce type de procédé afin notamment de surveiller leurs locaux et de prévenir les éventuels risques de cambriolage ou de braquage. Moyen de dissuasion, la caméra de vidéosurveillance a présenté également d'autres intérêts aux yeux des employeurs. A ce titre, ces derniers ont vu dans ce procédé un moyen de pouvoir rapporter la preuve d'un fait fautif de leur salarié servant de base à un licenciement. Néanmoins, la question de la vidéosurveillance soulève de nombreuses problématiques.

En effet, il faut bien comprendre tout d'abord que « la mise en place d'un système de vidéosurveillance peut se traduire par une remise en cause des droits et libertés du salarié. C'est d'abord la liberté d'expression qui est malmenée ; le salarié écouté et filmé ne peut pas discuter librement avec ses collègues de travail »³⁹. Surtout, la question de la preuve par vidéosurveillance

39 B. BOSSU, *Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 26, 28 juin 2011, 1313

vient se confronter à une problématique encore plus précise qui concerne cette fois-ci un domaine bien particulier. A cet égard, « la vidéosurveillance est également susceptible de porter atteinte à la vie privée du salarié »⁴⁰. Cette idée s'explique dans la mesure où « l'enregistrement continu des faits et gestes du salarié dans son activité professionnelle permet (...) de mettre en évidence des éléments qui ne relèvent pas de la sphère professionnelle, mais ressortent de la personnalité, de l'identité de l'individu »⁴¹. Ainsi, « en observant le moindre geste, la moindre expression du visage (un soupir, un geste de lassitude, un sourire...), le regard omniprésent de la caméra supprime tout espace d'intimité »⁴². C'est à cet égard qu'il convient de souligner l'article L 1121-1 du Code du travail qui indique 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 proportionnées au but recherché »⁴³. C'est ainsi que « l'exercice de la surveillance implique le respect d'un principe de proportionnalité »⁴⁴. C'est de ce principe que découle les limites relatives à la recherche de la preuve par l'employeur au moyen d'un système de vidéosurveillance.

Dans cette perspective, il convient de souligner la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en date du 17 juillet 2014. En effet, cette dernière a eu à connaître d'une affaire dans laquelle une société, par le biais d'un dispositif de vidéosurveillance, filmait de manière continue certaines zones dans lesquelles les salariés travaillaient, plus précisément l'accès aux vestiaires et à la salle de repos. La Commission nationale de l'informatique et des libertés a toutefois estimé que « l'objectif de protection des personnes assigné au dispositif est parfaitement légitime mais que les seules difficultés liées à l'exiguïté des locaux ne peuvent justifier une atteinte disproportionnée à la vie privée des salariés ou leur mise sous surveillance constante »⁴⁵. Ainsi, la

40 Ibidem

41 M. GREVY, *Dr. soc.* 1995, p. 330

42 A. CHIREZ et P. BOUGHANMI-PAPI, *Vidéosurveillance : droit à l'image et vie privée des salariés*, BS Lefebvre 1994, p. 570

43 Art. L 1121-1 du Code du travail

44 A. BAREGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, *La Semaine Juridique Social*, n° 41, 8 octobre 2013, 1393

45 CNIL, délibération du 17 juillet 2014, n° 2014-307

Commission nationale de l'informatique exerce un contrôle accru quant à l'atteinte à la vie privée du salarié lorsqu'un dispositif de vidéosurveillance est utilisé par l'employeur comme moyen probatoire.

C) Les limites relatives à la géolocalisation

La géolocalisation est un procédé permettant à l'employeur de localiser son salarié à tout moment et est très intéressant quand on étudie les rapports qu'entretiennent la recherche probatoire et le respect de la vie privée. C'est en ce sens qu'il conviendra tout d'abord de présenter l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 novembre 2011 (1). Par la suite, nous mettrons en évidence les deux types de critères que les juges dégagent dans cette jurisprudence qui, s'ils sont remplis, rendent la géolocalisation inutilisable comme mode de preuve pour l'employeur à l'encontre de son salarié. Dans cette perspective, il faudra s'intéresser aux critères relatifs à l'atteinte à la liberté du salarié (2), ainsi qu'au critère de la proportionnalité du but recherché vis-à-vis de l'atteinte à la vie privée du salarié (3).

1) La jurisprudence fondamentale relative à la géolocalisation

Certaines professions nécessitent, pour des raisons de sécurité notamment, que l'employeur localise ses salariés par *Global Positioning System* (GPS). Cependant, il existe d'autres emplois dans lesquels ce procédé est utilisé pour des raisons d'efficacité comme en ce qui concerne les professions de taxi par exemple. Si cela est tout à fait compréhensible en terme de recherche d'optimisation du temps de travail pour un employeur, ce dernier est toutefois confronté avec ce système à une problématique relative à la vie privée du salarié. En effet, le GPS est un système permettant de localiser en temps réel une personne avec une précision très accrue. On comprend dès lors que ce procédé puisse susciter des interrogations en matière de preuve dans le contentieux social.

A cet égard, le 3 novembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt très important relatif à la question de la preuve par la géolocalisation. Dans cette affaire, un salarié devait effectuer 35h de travail hebdomadaire mais était libre d'organiser son temps de travail de la manière qu'il souhaitait, à charge simplement pour lui de respecter le programme fixé et de rédiger un compte-rendu journalier servant de preuve à l'exécution de son activité. L'employeur a par la suite mis en place un système de géolocalisation sur le véhicule professionnel de son salarié afin de posséder une meilleure vision de l'organisation du temps de travail de ses salariés et d'optimiser au mieux les déplacements effectués. Toutefois, le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail car il reprochait à son employeur d'avoir calculé sa rémunération sur la base du système de géolocalisation du véhicule. Les juges de la Cour de cassation ont alors estimé que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. Un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés »⁴⁶. La Cour de cassation est donc venue par cet arrêt encadrer de manière très forte la preuve par géolocalisation en matière de droit du travail. Ainsi, il s'agit d'un procédé qui est depuis cet arrêt très rarement utilisé de part les critères exigeants pour le rendre licite qui ont été posés par la jurisprudence.

46 Cass. Soc. 3 novembre 2011, n° de pourvoi 10-18036

2) Les critères relatifs à l'atteinte à la liberté du salarié

Il faut souligner que les critères relatifs à l'atteinte à la liberté du salarié se subdivisent en deux. En effet, il conviendra de se pencher sur le critère de la finalité déclarée lors de la mise en place du système par l'employeur (*a*) avant d'étudier le critère d'absence de liberté du salarié dans l'organisation de son travail (*b*).

a) Le critère de la finalité déclarée lors de la mise en place du système

Tout d'abord, on peut souligner que la jurisprudence exige que le dispositif de géolocalisation n'ait pas été détourné de sa finalité initiale afin que la preuve recueillie par le système ne soit pas considérée comme illicite. A cet égard, on peut souligner que l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 novembre 2011 a repris l'analyse que la Commission nationale de l'informatique et des libertés avait eu dans sa délibération en date du 16 mars 2006. Lors de cette dernière, avaient été dégagées les finalités légitimes que peut poursuivre l'employeur en cas de géolocalisation d'un véhicule mis à la disposition du salarié. Ainsi, il peut s'agir de « la sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge, d'une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, du suivi et de la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule ou du suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens »⁴⁷. Dès lors, « l'esprit d'ensemble est clairement qu'un système de géolocalisation ne doit pas être un moyen de surveillance de la personne du salarié mais un instrument de mesure ou de contrôle de données objectivement appréciables »⁴⁸. On peut aussi souligner que l'arrêt du 3 novembre 2011 de la chambre sociale de la Cour de cassation « fait

47 CNIL, délibération du 16 mars 2006, n° 2006-066

48 G. LOISEAU, *La géolocalisation sous contrôle*, La Semaine Juridique Social n° 6, 7 février 2012, 1054

ressortir le rôle de la CNIL qui s'affirme comme un acteur majeur pour veiller au respect des droits et libertés des salariés dans un environnement numérique potentiellement invasif »⁴⁹.

b) Le critère d'absence de liberté du salarié dans l'organisation de son travail

Par ailleurs, il faut remarquer que le critère d'absence de liberté du salarié dans l'organisation de son travail, qui a été mis en avant par l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 novembre 2011, est également tiré de la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en date du 16 mars 2006. Avec ce critère, la preuve recueillie par l'employeur par un dispositif de géolocalisation sera considérée comme illicite si le salarié est libre de s'organiser comme il l'entend au cours de sa journée de travail. Il faut à cet égard souligner qu'il s'agit d'une limite importante à l'utilisation de ce procédé probatoire dans la mesure où c'est « lorsque le salarié bénéficie d'une large autonomie dans l'exercice de son activité que l'employeur a un intérêt objectivement certain de pouvoir le localiser pour s'assurer du respect de ses temps de travail »⁵⁰. Dès lors, cette condition « assèche en grande partie l'utilité de la finalité »⁵¹ du dispositif de géolocalisation.

49 Ibidem

50 Ibid

51 Ibid

3) Le critère de la proportionnalité du but recherché vis-à-vis de l'atteinte à la vie privée du salarié opérée

En outre, il faut souligner que la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 2011 est venue reprendre un autre critère qui avait été décelé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés dans sa délibération du 16 mars 2006. A cet égard, l'employeur ne pourra pas utiliser la preuve recueillie par un dispositif de géolocalisation si le but recherché n'est pas proportionnel à l'atteinte à la vie privée du salarié opérée. C'est dans cette perspective que s'inscrit la Cour de cassation quand cette dernière souligne « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen »⁵². Il faut remarquer que c'est justement ici que se loge la problématique relative à la vie privée du salarié dans la mesure où, tout d'abord, le procédé de la géolocalisation génère une crainte de le placer « sous une surveillance continue qui, quand bien même elle est subie par le salarié en connaissance du contrôle exercé, ne peut manquer d'être intrusive »⁵³. C'est dans cette dynamique que « risque est aussi, et surtout, que ce contrôle de la vie professionnelle, pour en comptabiliser le temps, déborde sur la vie privée »⁵⁴. On comprend dès lors qu'il est « impératif que le salarié ait la possibilité de désactiver le dispositif lorsqu'il n'agit pas dans le cadre de son travail, notamment s'il est autorisé à utiliser le véhicule à des fins privées »⁵⁵, ce que la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 2011 vise de manière implicite dans le critère qu'elle met ainsi en lumière.

Ainsi, nous avons souligné que la limite apposée par la jurisprudence en matière de géolocalisation comporte en elle-même plusieurs critères. S'ils sont indépendants les uns des autres, il faut toutefois bien comprendre que l'arrêt du 3 novembre 2011 de la chambre sociale de la Cour de cassation donne aux juges du fond une sorte de guide pour pouvoir apprécier la licéité du procédé probatoire. Il s'en dégage l'idée qu'ils devront dorénavant regarder chaque critère, dont celui

⁵² Cass. Soc. 3 novembre 2011, n° de pourvoi 10-18036

⁵³ G. LOISEAU, *La géolocalisation sous contrôle*, La Semaine Juridique Social n° 6, 7 février 2012, 1054

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ Ibid

relatif à l'atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié, pour juger de la recevabilité de la preuve en justice ainsi obtenue. C'est dans cette perspective que l'on peut déceler la mise en place par la Haute juridiction de conditions cumulatives à l'utilisation de la géolocalisation comme procédé probatoire en matière sociale et que l'on peut donc affirmer que cette limite ne nécessite pas exclusivement une atteinte à la vie privée du salarié pour s'appliquer. Autrement dit, il faut que toutes les conditions posées par la jurisprudence soient respectées par l'employeur s'il est désireux de rapporter la preuve d'un fait de son salarié par le biais de la géolocalisation. Il s'agit donc d'une limite très importante et très contraignante pour l'employeur dans la mesure où le défaut d'un seul critère rend le procédé probatoire illicite. Dès lors, il s'agit d'une sécurité importante pour la vie privée du salarié dans la mesure où la géolocalisation sera un procédé probatoire difficilement utilisable pour l'employeur. Par conséquent, il en résulte que l'intrusion dans la vie privée du salarié sera peu fréquemment admissible.

De surcroît, soulignons que la doctrine est incertaine quant à la portée de ce dernier critère mis en avant par la chambre sociale de la Cour de cassation et des conséquences qu'il implique. A ce titre, faut-il « le concevoir en termes de fiabilité »⁵⁶ ou « doit-on comprendre que tout autre moyen même moins efficace doit évincer la géolocalisation dès l'instant où il est moins attentatoire aux droits et libertés du salarié ? »⁵⁷. La question est posée et n'est pas vide de conséquence pour l'employeur qui est alors placé dans une véritable situation d'insécurité juridique. En effet, « le degré d'incertitude que présente cette condition est ainsi regrettable car c'est la situation de l'employeur qui, cette fois, n'est pas sécurisée s'il a recours à un dispositif de géolocalisation sans être assuré de la licéité du procédé pour contrôler la durée du travail »⁵⁸. S'il apparaît que le manque de précision quant à ce critère place l'employeur dans une situation d'insécurité juridique, il faudra également, dans une deuxième section, souligner que les limites que nous avons exposé quant à la recherche de la preuve par l'employeur confronté à la vie privée du salarié impliquent nécessairement un encadrement des domaines de recherches qui s'offrent à lui dans le cadre probatoire.

56 Ibid

57 Ibid

58 Ibid

Seconde section : L'encadrement des domaines de recherches probatoires de l'employeur

Les limites à la recherche de la preuve quant à la vie privée du salarié freinent considérablement l'intrusion de l'employeur dans ce domaine (A). Cet encadrement des domaines de recherches probatoires de l'employeur a pour conséquence d'établir une suprématie de l'exigence de protection du salarié face à celle des intérêts de l'entreprise (B).

A) La difficile intrusion de l'employeur au sein de la vie privée du salarié

L'intrusion de l'employeur au sein de la vie privée du salarié lorsqu'il cherche un moyen de prouver la faute de ce dernier est rendue difficile par les limites que nous avons préalablement souligné. A cet égard, il est important de remarquer que la jurisprudence vient non plus sanctionner un comportement type de l'employeur comme en matière de loyauté probatoire, mais cette fois-ci un domaine spécifique dans lequel il ne peut s'introduire aisément. Dans cette perspective, on peut également mettre en avant l'idée qu'il s'agit d'une protection accrue dans la mesure où se distinguent plusieurs types de limites. A cet égard, la vie privée du salarié est protégée d'une triple manière. En effet, la protection s'applique vis à vis des correspondances, de la vidéosurveillance mais aussi de la géolocalisation.

Peu importe les limites concernées, toutes conduisent à ce que l'employeur ne puisse pas s'introduire aisément dans le domaine de la vie privée du salarié. Dès lors, un employeur voulant éviter tout contentieux doit nécessairement éviter ce domaine de recherche dans lequel la preuve peut se loger. Par conséquent, son champ d'action dans la recherche probatoire est considérablement limité. Cette affirmation a d'autant plus d'importance lorsqu'on l'a conjugué avec le type d'appréciation qui est réalisé par les juges. A cet égard, tout comme en matière de loyauté

probatoire, on peut souligner que la jurisprudence ne fait aucune distinction selon le type d'entreprise, d'employeur ou de salarié concerné par la problématique relative à la preuve confrontée la vie privée. Dès lors, on peut souligner que les juges semblent adopter une appréciation *in abstracto* de l'intrusion qui est faite par l'employeur au sein de la vie privée de son salarié, sans se soucier du contexte particulier dans lequel le chef d'entreprise pourrait s'inscrire à la différence d'une appréciation menée *in concreto*. Il résulte de cette idée que les juges ne font pas preuve d'indulgence, peu importe que le fait de s'immiscer au sein de la vie privée du salarié était la seule manière de rapporter la preuve d'un fait conduisant à des conséquences négatives pour l'avenir de l'entreprise. Soulignons toutefois que si cette analyse s'impose en matière de correspondances, le constat nécessite d'être plus nuancé lorsque l'on se penche sur le moyen probatoire de la géolocalisation. En effet, les juges paraissent ici adopter une approche *in concreto* de l'intrusion réalisée par l'employeur au sein de la vie privée du salarié en examinant si l'atteinte à cette dernière est proportionnelle au but recherché. Néanmoins, il n'en résulte pas pour autant une protection amoindrie du salarié face à l'employeur car comme nous l'avions souligné, l'utilisation de ce procédé probatoire est rendu difficile de part la multiplicité des critères que doit respecter l'employeur afin que la preuve par géolocalisation ne soit pas rendue irrecevable devant les tribunaux.

En ce qui concerne la question de la vidéosurveillance, l'analyse de la jurisprudence actuelle ne permet pas d'être fixé avec certitude sur le type d'appréciation que pourraient mener les juges à cet égard. En effet, lorsqu'il existe une problématique relative à la vidéosurveillance et à la preuve, les juges ont, la très grande majorité du temps, à ne traiter que de la question de la loyauté probatoire de l'employeur sans se prononcer sur l'éventuelle atteinte à la vie privée du salarié car le moyen de preuve est alors immédiatement écarté en raison du comportement de l'employeur. S'il n'est par conséquent pas possible de souligner avec certitude le type d'appréciation qui est mené par les juges à ce sujet, on peut toutefois émettre une hypothèse au regard de la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en date du 16 mars 2006 que nous avons étudié. On pourrait ainsi parler d'une appréciation qui devrait être menée *in concreto* par les juges, dans la mesure où la Commission nationale de l'informatique et des libertés met clairement en avant l'idée que la recherche de la preuve par un dispositif de vidéosurveillance ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'atteinte à la vie privée du salarié. On remarque ainsi que ce constat fait écho à nos précédents développements en matière de géolocalisation et il s'agit de la raison pour laquelle il nous est possible d'avancer cette hypothèse. Quand bien même l'appréciation serait

effectivement menée *in concreto* en matière de vidéosurveillance, la recherche de la preuve par l'employeur à l'aide d'un tel dispositif reste difficile en raison de la barrière que représente la vie privée du salarié et que le chef d'entreprise doit absolument prendre en considération, ce qui constitue en tout état de cause un frein important à la recherche probatoire de l'employeur.

Il résulte de ces constatations que la recherche de la preuve dans le cadre de la vie privée du salarié est rendue difficile, ce qui comporte des répercussions au niveau de la balance qui existe entre la protection du salarié et celle des intérêts de l'entreprise défendus par l'employeur.

B) La suprématie de la protection du salarié face à celle des intérêts de l'entreprise

L'employeur doit prouver le comportement fautif du salarié sans porter atteinte à la vie privée de ce dernier sous peine que la preuve ainsi rapportée soit considérée comme illicite par les juges. Le fait que cette exigence occupe une place aussi importante dans la recherche de la preuve pour l'employeur conduit à ce qu'un nombre potentiellement important de fautes du salarié ne soit pas sanctionné car il ne pourra pas en rapporter la preuve autrement qu'en s'immiscant dans la vie privée de l'intéressé. En effet, « au civil, la preuve obtenue en violation du secret des correspondances est considérée comme illicite par les juges. Or, bien souvent, cette preuve est la seule preuve dont dispose l'employeur pour établir la faute du salarié comme c'était le cas dans l'affaire *Nikon* où les messages saisis établissaient la preuve de l'activité parallèle du salarié »⁵⁹.

De ces constatations résulte l'idée que la jurisprudence a posé une sorte de déséquilibre entre la protection du salarié et les intérêts de l'entreprise qui sont défendus par l'employeur. En effet, c'est clairement une suprématie de l'exigence du respect de la vie privée du salarié face à celle des intérêts de la société qui se dégage. Ainsi, on peut mettre par exemple en avant l'idée que « le secret

⁵⁹ F. BITAN, *Messagerie électronique de l'entreprise : le pouvoir de contrôle de l'employeur à l'épreuve du secret des correspondances*, Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2004, étude 15

des correspondances soumet à rude épreuve le pouvoir de contrôle de l'employeur sur les courriers électroniques de ses salariés et menace l'indispensable équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés »⁶⁰. De la même manière, « l'inviolabilité des correspondances privées place incontestablement le pouvoir de contrôle de l'employeur dans une situation de vulnérabilité »⁶¹.

Comme nous l'avions souligné en ce qui concerne les limites relatives à la loyauté probatoire, les solutions tirées par la jurisprudence peuvent aboutir à des résultats anti-économiques selon la thèse développée par l'analyse économique du droit notamment issue de l'école de Chicago. Néanmoins, il faut remarquer que les conclusions dégagées par la jurisprudence s'inscrivent parfaitement dans un cadre très protecteur du salarié typique du droit du travail français. Néanmoins, cette position typiquement française est-elle toujours d'actualité ? A tout le moins, est-elle toujours aussi marquée ?

A cet égard, il convient de souligner que la doctrine aime écrire à ce sujet, ce qui laisse entrevoir d'autres éléments sur lesquels il conviendra de se pencher. Ainsi, et en ce qui concerne par exemple l'analyse prétorienne relative aux correspondances, « si la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine sont favorables à cette qualification, il faut souligner que tel n'est pas l'avis de spécialistes du droit de l'informatique et des télécommunications qui ont démontré avec pertinence que le mél d'entreprise ne remplissait aucun des critères objectif (les caractères propres du message acheminé) et subjectif (la volonté des correspondants de lui conserver un caractère confidentiel) de la correspondance privée et qu'à ce titre, il ne devait pas bénéficier du secret des correspondances »⁶². Ainsi, on peut se poser par exemple la question de savoir « si le pouvoir de contrôle est capable de résister au sacro-saint principe du secret des correspondances afin de préserver les intérêts légitimes de l'entreprise et par là même de ses salariés »⁶³ ? De manière plus générale, on peut s'interroger de la façon suivante : « faut-il systématiquement écarter une preuve des débats lorsqu'elle a été obtenue

60 Ibidem

61 Ibid

62 Ibid

63 Ibid

de manière illicite ? »⁶⁴. Remarquons à cet égard que « selon une partie de la doctrine, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation encourage la déloyauté du salarié et détourne le droit à la vie privée de sa finalité. Ainsi lorsque le salarié invoque le droit à la vie privée pour échapper à la sanction de son comportement, il abuse de son droit en le détournant de sa finalité. Ce dernier n'a pas été institué pour couvrir les agissements indécents ; en conséquence, il conviendrait de rechercher un meilleur équilibre entre la vie privée du salarié et le pouvoir de surveillance de l'employeur »⁶⁵.

C'est dans cette perspective que nous nous pencherons sur l'étude de la recherche de la preuve par l'employeur perçue comme une quête en expansion et justifiée par le pouvoir de contrôle légitime de ce dernier.

64 A. BAREGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 41, 8 octobre 2013, 1393

65 Ibidem

Seconde partie : La recherche de la preuve par l'employeur : une quête en expansion et justifiée par son pouvoir de contrôle

Le pouvoir de contrôle que l'employeur possède à l'égard de ses salariés a des conséquences importantes dans le cadre probatoire. En effet, il permet non seulement à l'employeur de voir sa recherche de la preuve justifiée (**Premier chapitre**) mais aussi facilitée (**Second chapitre**).

Premier chapitre : Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme justificatif à la recherche de la preuve

Nous montrerons que le pouvoir de contrôle de l'employeur peut être perçu comme un justificatif à la recherche de la preuve dans la mesure où ce pouvoir poursuit la défense des intérêts de l'entreprise (**Première section**) et qu'il permet par conséquent d'atténuer les limites probatoires auxquelles l'employeur est confronté (**Seconde section**).

Première section : Le pouvoir de contrôle de l'employeur poursuivant la défense des intérêts de l'entreprise

Nous soulignerons tout d'abord que l'employeur a nécessairement pour rôle de défendre les intérêts de son entreprise (**A**). Par la suite, nous nous pencherons sur l'idée que le pouvoir de contrôle de l'employeur permet à ce dernier d'y parvenir (**B**).

A) La nécessaire défense des intérêts de l'entreprise par l'employeur

Tout employeur consciencieux que son entreprise prospère a pour volonté de réaliser des bénéfices et de faire des économies sur une vision à long terme (1). Ces deux objectifs sont étroitement liés au jeu du droit de la preuve en droit du travail et peuvent consolider la volonté de l'employeur de licencier son salarié (2).

1) Des intérêts à long terme de nature économique

Tout d'abord, il faut souligner qu'une entreprise, afin de pouvoir survivre et continuer à se développer, a constamment besoin de réaliser des économies ainsi que des bénéfices. C'est en ce sens que l'on peut parler d'intérêts de nature économique que poursuit alors le chef d'entreprise, autrement dit l'employeur. En effet, c'est ce dernier qui a concrètement la charge et la volonté la plus importante de voir l'entreprise prospérer.

Or, si seul l'employeur prend lui-même les décisions les plus importantes pour l'avenir de l'entreprise, il n'est néanmoins pas l'unique acteur au sein de cette dernière. Effectivement, le chef d'entreprise emploie également des salariés qui peuvent être amenés à commettre des erreurs, des fautes, que celles-ci soient intentionnelles ou non. Peu importe la nature de ces dernières, les préjudices occasionnés pour l'entreprise par le salarié peuvent parfois être considérables. A ce titre, les erreurs commises par le salarié peuvent directement créer des pertes financières ou avoir un impact indirect lorsque le salarié commet une faute pouvant entacher l'image et la réputation de l'entreprise pour laquelle il travaille avec un manque à gagner considérable pour cette dernière. Par ailleurs, la défense des intérêts de l'entreprise est amplifiée par le fait que l'employeur possède une

vision à long terme de la stabilité de la société, ce qui crée chez lui la volonté de licencier au plus vite son salarié qui ne répond pas aux exigences établies afin que les répercussions financières durent le moins longtemps possible.

Dès lors, parce que l'employeur doit protéger les intérêts économiques de l'entreprise, il n'a parfois pas d'autres choix que de se séparer du salarié qui, par ses fautes, porterait considérablement préjudice à l'entreprise. Cependant, le droit français, pour autoriser un employeur à se séparer de son salarié, prévoit des règles de licenciement très strictes qu'il se doit de respecter sous peine de voir sa décision remise en cause par la justice. Au premier rang de ces règles se nichent notamment des problématiques de preuve et c'est dans cette mesure que se situe le lien étroit qu'il existe entre le droit de la preuve, le droit du travail et les intérêts de l'entreprise.

2) Des intérêts justifiant la volonté de licencier le salarié

Les intérêts économiques et à long terme que sont ceux de l'employeur quant à la prospérité de son entreprise peuvent guider ce dernier dans le choix de se séparer du salarié qui par ses fautes occasionnent des préjudices importants à l'entreprise. Néanmoins, si la volonté de l'employeur de se séparer de son salarié peut être sans équivoque, la réalisation de cette dernière n'en est pas moins aisée car l'employeur doit respecter un certain nombre de règles du droit du licenciement au premier rang desquelles le droit de la preuve exige de respecter notamment la vie privée du salarié et la loyauté probatoire. On comprend donc qu'il existe une tension certaine entre d'une part la protection des intérêts de l'entreprise et d'autre part la protection du salarié. A cet égard, on peut souligner «l'indispensable conciliation des intérêts de l'entreprise avec les droits et libertés de la personne »⁶⁶ que le droit français recherche.

66 B. BOSSU, *Rupture du contrat de travail, témoignage en justice et correspondance privée*, La Semaine Juridique Social n° 39, 25 septembre 2007, 1716

C'est dans cette perspective qu'il convient de se pencher sur l'arrêt *Léger* que la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu le 20 novembre 1991. Dans cette affaire, un employé d'une société de gardiennage avait été, hors de son temps de travail, interpellé par le service d'ordre d'un centre commercial car il venait d'y voler des marchandises. Son employeur l'avait alors licencié pour faute grave. La défense du salarié reposait notamment sur l'idée que « le comportement délictueux imputé au salarié, extérieur à l'entreprise et étranger à l'exécution de son travail, est insusceptible de constituer une faute grave »⁶⁷. Néanmoins, les magistrats de la Haute juridiction ont préféré retenir l'idée selon laquelle « si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »⁶⁸. On comprend ainsi que « la notion de trouble objectif permet de résoudre les conflits pouvant survenir entre l'autonomie du salarié dans sa vie personnelle et les intérêts légitimes de l'entreprise »⁶⁹. De manière plus technique, on peut souligner que les juges doivent s'attacher à analyser « qu'en premier lieu le trouble ne soit pas subjectif, ce qui suppose qu'il provoque une réelle impossibilité de maintenir la relation de travail, et, en second lieu, que le trouble soit suffisamment caractérisé au regard de la finalité de l'entreprise et des fonctions occupées dans l'entreprise par le salarié »⁷⁰.

Par conséquent, les intérêts économiques sur une vision à long terme de l'entreprise que défend l'employeur peuvent constituer une motivation pour ce dernier de se séparer de son salarié. C'est dans cette mesure qu'il convient désormais d'étudier avec quel moyen l'employeur peut parvenir à protéger ces intérêts.

67 Cass. Soc. 20 novembre 1991, n° de pourvoi 89-44605

68 Ibidem

69 B. BOSSU, *Rupture du contrat de travail, témoignage en justice et correspondance privée*, La Semaine Juridique Social n° 39, 25 septembre 2007, 1716

70 Ibidem

B) Le pouvoir de contrôle légitime de l'employeur comme arme juridique protectrice

C'est dans la mesure où le pouvoir de contrôle de l'employeur peut être qualifié de légitime (1) que cette faculté intervient pleinement au soutien des intérêts de l'entreprise (2) et qu'elle constitue par conséquent une arme juridique protectrice pour l'employeur.

1) La légitimité du pouvoir de contrôle de l'employeur

Tout d'abord, il convient de se pencher sur les origines du pouvoir de contrôle afin d'étudier la légitimité de cette faculté qui est reconnue à l'employeur. A cet égard, il faut souligner l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 novembre 1996. Les juges de la Haute juridiction ont posé un attendu de principe fondamental indiquant que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné »⁷¹. Dès lors, c'est le lien de subordination juridique entre l'employeur et son salarié qui génère un pouvoir général de direction en faveur de l'employeur. C'est de cette faculté que découle alors le pouvoir de contrôle de l'employeur vis-à-vis de son salarié.

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 juillet 2002, a rendu une autre décision importante quant à l'origine du pouvoir de direction de l'employeur dont est issu le pouvoir de contrôle de ce dernier. A ce titre, les juges de la Haute juridiction ont souligné que le pouvoir de direction de l'employeur est « né du contrat de travail »⁷². On peut donc souligner que quand un contrat de travail est conclu entre le salarié et son employeur, ce dernier dispose de la

⁷¹ Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° de pourvoi 94-13187

faculté, de part le lien de subordination juridique qui s'en dégage, de diriger son salarié et notamment de contrôler son activité.

Par conséquent, on constate que le pouvoir de contrôle de l'employeur peut être qualifié de légitime car il fait pleinement partie des facultés qui sont reconnues à ce dernier. Il convient désormais de s'interroger quant à l'étendue de ce pouvoir et quant à la manière dont il vient au soutien des intérêts de l'entreprise.

2) Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme soutien aux intérêts de l'entreprise

Le pouvoir de contrôle de l'employeur est non seulement légitime mais également une prérogative importante au bénéfice de l'employeur. En effet, c'est grâce à cette faculté que ce dernier peut arriver à déceler des fautes ou des erreurs de son salarié qui vont à l'encontre des intérêts poursuivis par l'entreprise. Ainsi, « l'employeur, titulaire du pouvoir de direction, doit être en mesure de vérifier que le salarié exécute correctement sa prestation de travail »⁷³. A cet égard, il faut souligner que c'est bien en surveillant les agissements de ses salariés que l'employeur pourra, le cas échéant, décider de se séparer d'eux en les licenciant par exemple. Il faut alors noter que c'est dans la mesure où le pouvoir de contrôle de l'employeur permet de protéger les intérêts de l'entreprise qu'il est possible de dire que cette prérogative est une arme juridique protectrice pour l'employeur.

Dès lors, la défense des intérêts de l'entreprise et le pouvoir de contrôle de l'employeur sont deux notions qui sont inséparables. Par conséquent, si la recherche probatoire menée par l'employeur est justifiée par la nécessaire défense des intérêts de l'entreprise dont il doit être l'acteur, elle l'est

72 Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° de pourvoi 00-42368

73 B. BOSSU, *L'employeur peut consulter les SMS des téléphones portables professionnels*, La Semaine Juridique Social n° 17-18, 28 avril 2015, 1155

également par l'utilisation de son pouvoir de contrôle qui permet d'y parvenir. Ainsi, c'est parce que le pouvoir de contrôle de l'employeur poursuit la défense des intérêts de l'entreprise que l'on peut souligner que cette faculté peut être analysée comme un véritable justificatif à la recherche de la preuve. Toutefois, si le pouvoir de contrôle de l'employeur présente une telle nature, il convient désormais de se pencher sur la manière dont cette faculté est utilisée pour parvenir à cette fin. A cet égard, il conviendra d'étudier les atténuations aux limites dans la recherche de la preuve de l'employeur qui sont basées sur le pouvoir de contrôle de ce dernier.

Seconde section : Le pouvoir de contrôle atténuant les limites probatoires de l'employeur

Nous montrerons tout d'abord que le pouvoir de contrôle de l'employeur a permis à la jurisprudence de poser des atténuations aux limites qu'elle avait préalablement fixé quant à la recherche de la preuve confrontée à la loyauté probatoire dont doit faire preuve l'employeur (A). Par la suite, nous nous pencherons sur l'idée qu'elle en a fait de même relativement aux limites en matière de vie privée du salarié (B).

A) Les atténuations aux limites relatives à la loyauté de l'employeur

Tout d'abord, nous constaterons que, contrairement à ce qu'avait semblé admettre la Cour de cassation sans nuance possible, il existe des atténuations aux limites relatives à la loyauté de l'employeur dans sa recherche probatoire. Elles reposent ainsi sur le détournement de la finalité déclarée lors de la mise en place du système par l'employeur (1) et sur la mise à l'écart de l'information préalable du salarié (2).

1) Le détournement de la finalité déclarée lors de la mise en place du système

Après avoir vigoureusement défendu la loyauté dont devait faire preuve l'employeur dans sa recherche de la preuve, la Cour de cassation a finalement affiné sa jurisprudence. A cet égard, il conviendra de souligner et d'étudier deux importantes décisions qui peuvent se percevoir comme un allègement de l'exigence qu'avaient au préalable mis en évidence les magistrats de la Haute juridiction.

A ce titre, la chambre sociale de la Cour de cassation a tout d'abord rendu un arrêt le 14 mars 2000 relatif à une affaire dans laquelle un salarié se livrait pendant le temps de travail à des jeux de hasard avec des tiers tels que des paris sportifs. Il a alors été licencié pour faute grave par son employeur. Soulignons que la défense du salarié reposait notamment sur l'idée que « si les enregistrements des conversations téléphoniques des salariés, ne sont pas illicites à la condition d'avoir été portées à la connaissance des intéressés, en revanche, la cour d'appel, qui retient que M. X... avait été informé de cette pratique lors de la réunion du 24 juin 1994, bien que l'objet de cette réunion fut seulement d'informer les salariés d'écoutes téléphoniques des opérateurs, pour permettre de justifier en cas de litige avec un client des ordres reçus, et nullement d'informer les salariés de la

mise sur écoute de leurs conversations personnelles, de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles L. 120-2 et L. 121-8 du Code du travail »⁷⁴. Les juges de la Haute juridiction ont alors finalement considéré que « l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; que seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite ; que la cour d'appel, qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable »⁷⁵. Il ressort donc de cet arrêt que l'employeur a la faculté de s'écarter de la finalité initiale du dispositif de surveillance afin de rapporter la preuve à l'encontre de son salarié.

En outre, il faut souligner l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 2011. En l'espèce, un salarié qui exerçait la profession de barman avait été licencié pour avoir omis d'encaisser des consommations. L'employeur avait découvert ces faits après s'être penché sur les enregistrements de caméras vidéosurveillance placées au-dessus du bar. La défense du salarié reposait notamment sur l'idée « que pour refuser d'écarter les preuves obtenues par caméra-vidéo, la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, affirmer, d'un côté, que le système vidéo n'avait pas été détourné de son objet en ayant servi à surveiller et à contrôler le travail de M. X... et, de l'autre côté, que ces caméras vidéos avaient été installées pour répondre à un impératif de sécurité des personnes et des biens et qu'en relevant ainsi elle-même que le système vidéo n'avait pas pour objet la surveillance et le contrôle du travail des salariés, s'est abstenue de tirer les conséquences légales qui s'imposaient de ses propres constatations »⁷⁶. Les magistrats de la Haute juridiction ont toutefois tranché le litige en affirmant que « la cour d'appel, qui a relevé que l'ensemble du personnel de la brasserie et du bar du casino avait été avisé de la présence de caméras de vidéo-surveillance fonctionnant en permanence conformément aux prescriptions réglementaires en la matière, a, répondant ainsi aux conclusions et sans avoir à effectuer des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, décidé à juste titre que les enregistrements vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite »⁷⁷. Ainsi, il ressort encore clairement que l'employeur a la possibilité de

74 Cass. Soc. 14 mars 2000, n° de pourvoi 98-42090

75 Ibidem

76 Cass. Soc. 2 février 2011, n° de pourvoi 10-14263

77 Ibidem

s'écarter de la finalité initiale du dispositif de surveillance afin de rapporter la preuve à l'encontre de son salarié.

Toutefois, il faut remarquer que le résultat ainsi souligné de cette analyse de la Cour de cassation s'obtient obligatoirement à la condition que l'employeur ait informé au préalable le salarié de la présence d'une caméra de vidéosurveillance au sein de l'entreprise. C'est uniquement si cette exigence est respectée que l'employeur peut alors se servir de l'enregistrement vidéo pour rapporter la preuve d'un fait fautif de son salarié. Par conséquent, cela veut aussi dire que la seule information préalable du salarié de l'existence d'un dispositif de caméras vidéosurveillance suffit à lui seul à rendre possible l'utilisation du dispositif par l'employeur à l'encontre de son salarié, peu importe la finalité qui avait été déclarée par l'employeur à la Commission nationale de l'informatique et des libertés et à son salarié. C'est dans cette perspective que l'on peut parler d'une atténuation à l'exigence de loyauté dans la recherche probatoire de l'employeur de part le détournement de la finalité déclarée lors de la mise en place du système. Ainsi, « cette jurisprudence qui admet que l'employeur puisse s'écarter de la finalité initiale du dispositif de surveillance pour établir la faute d'un salarié, semble peu respectueuse de l'obligation de loyauté qui doit gouverner la relation de travail »⁷⁸. En effet, il faut bien comprendre ici que le salarié peut désormais avoir le sentiment de s'être fait piéger dans la mesure où il pensait que telle ou telle caméra ne servirait qu'à assurer la sécurité de l'établissement face à des intrusions extérieures par exemple et en aucun cas ne pourrait jouer en sa défaveur en vue de prouver un comportement fautif dont il est l'auteur. Dès lors, on peut considérer qu'il s'agit d'un affaiblissement certain de l'exigence de loyauté probatoire dont doit faire preuve l'employeur.

78 B. BOSSU, *Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié*, La Semaine Juridique Social n° 26, 28 juin 2011, 1313

2) La mise à l'écart de l'information préalable du salarié

Il convient également de se pencher sur un phénomène qui semble encore plus attentatoire à la loyauté probatoire dont doit faire preuve l'employeur. A cet égard, il sera important de souligner que la mise à l'écart de la nécessaire information préalable du salarié est observable au travers de différentes atténuations. Nous constaterons ainsi qu'une d'entre elles a été consacrée pour la vidéosurveillance effectuée dans un seul but de surveillance du lieu dans lequel les salariés n'ont pas accès (*a*). Nous observerons qu'une autre tient au contrôle de l'activité du salarié sans mise en place d'un dispositif spécifique de vidéosurveillance par l'employeur (*b*). Par ailleurs, il faudra mettre en évidence qu'une atténuation à l'information préalable du salarié s'attache à la présomption de connaissance de l'enregistrement (*c*). Enfin, nous soulignerons l'atténuation qui a été consacrée en cas de contrôle d'un service interne à l'entreprise chargé de cette mission (*d*).

a) L'atténuation consacrée pour la vidéosurveillance effectuée dans un seul but de surveillance du lieu dans lequel les salariés n'ont pas accès

Si la Cour de cassation a développé plusieurs atténuations à l'exigence de loyauté probatoire de l'employeur lorsqu'il cherche à rapporter la preuve contre son salarié, l'une des plus subtiles concerne sans doute celle relative à la vidéosurveillance effectuée dans un seul but de surveillance du lieu dans lequel les salariés n'ont pas accès. A cet égard, il convient de souligner une saga jurisprudentielle très intéressante.

Tout d'abord, il est nécessaire d'analyser un premier arrêt en date du 31 janvier 2001 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, un salarié qui exerçait la profession de chauffeur routier a été licencié après que son employeur se soit penché sur les enregistrements des caméras de vidéosurveillance. Ces derniers montraient le salarié en train de détourner de la marchandise de l'entreprise et ils étaient issus d'une caméra de vidéosurveillance placée dans local

dans lequel le salarié ne devait pas travailler. La défense du chauffeur routier reposait notamment sur l'idée « qu'en admettant que l'employeur ait pu recourir, pour établir le fait reproché au salarié, à un mode de preuve illicite, à savoir l'installation, à l'insu des salariés, d'un système de vidéosurveillance, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil et l'article L. 120-2 du Code du travail »⁷⁹. Dans cet arrêt, les juges ont toutefois posé le principe selon lequel « l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les employés ne travaillent pas »⁸⁰. Dès lors, « la preuve résultant d'un enregistrement vidéo effectué à partir d'une caméra installée dans un entrepôt dans lesquels les salariés ne travaillent pas est donc licite »⁸¹. La doctrine n'a alors pas tardé à réagir en décelant ici « l'ébranlement »⁸² de l'obligation d'information préalable du salarié. Il s'agit véritablement d'une atténuation considérable dans la mesure où la jurisprudence exclut de manière explicite du champ de la loyauté les recherches probatoires de l'employeur dans un cas précis. La jurisprudence ne se place plus ici dans une logique selon laquelle la finalité déclarée lors de la mise en place du système peut être détournée par l'employeur afin de rapporter la preuve d'un fait de son salarié mais véritablement dans une approche tendant à exclure l'exigence d'information préalable du salarié et de la même manière la loyauté probatoire de l'employeur envers son salarié. Par ailleurs, il faut noter que cette jurisprudence a créé une certaine insécurité juridique dans la mesure où « le tempérament apporté à l'obligation d'information préalable par l'arrêt du 31 janvier 2001 n'a pas manqué, en effet, de susciter des interrogations quant aux contours de la notion d'entrepôts ou autres locaux de rangements ou de la notion de salariés qui ne travaillent pas »⁸³.

Par la suite, est intervenu l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 avril 2005.

79 Cass. Soc 31 janvier 2001, n° de pourvoi 98-44290

80 Ibidem

81 S. BEAL, *Vidéosurveillance : précisions apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation ?*, La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n° 38, 22 septembre 2005, 1394

82 L. MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, D. 2007. Chron. 1035

83 S. BEAL, *Vidéosurveillance : précisions apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation ?*, La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n° 38, 22 septembre 2005, 1394

Dans cette affaire, quatre salariés ont été licenciés par leur employeur relativement à des faits que ce dernier avait pu constater en prenant connaissance des enregistrements de vidéosurveillance d'une entreprise cliente dans laquelle les salariés étaient intervenus. La défense des salariés était notamment basée sur l'idée que « l'utilisation d'un moyen de surveillance qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, quels qu'en soient les motifs, constitue un moyen de preuve illicite »⁸⁴ et « qu'en considérant que les bandes vidéo enregistrées sur les lieux de travail des salariés constituaient un moyen de preuve des griefs de l'employeur alors que les salariés n'avaient pas été avisés de l'existence de ce dispositif de contrôle, la cour d'appel a violé les articles 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 121-8 du Code du travail »⁸⁵. Les juges de la Cour de cassation ont toutefois considéré que « si l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle de l'activité professionnelle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, il peut leur opposer les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels ils n'ont pas accès, et n'est pas tenu de divulguer l'existence des procédés installés par les clients de l'entreprise »⁸⁶. Il faut remarquer que cette décision « présente l'intérêt de confirmer le tempérament à la règle de l'obligation d'information préalable admis par une décision du 31 janvier 2001 »⁸⁷. Cette décision vient donc apporter encore plus de solidité à l'atténuation relative à l'obligation d'information préalable du salarié qui pèse sur l'employeur en matière probatoire. Ainsi, « parce que la caméra vidéo n'avait pas eu pour but de surveiller l'activité des salariés, l'employeur n'était pas tenu d'informer préalablement les salariés de l'existence de ce procédé de surveillance chez son client »⁸⁸.

84 Cass. Soc. 19 avril 2005, n° de pourvoi 02-46295

85 Ibidem

86 Ibid

87 S. BEAL, *Videosurveillance : précisions apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation ?*, La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n° 38, 22 septembre 2005, 1394

88 Ibidem

En outre, il faut souligner qu'en plus de confirmer l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 31 janvier 2001, les magistrats de la Haute juridiction, dans leur décision du 19 avril 2005, sont venus apporter une précision importante. En effet, « la dispense d'information préalable n'est plus limitée aux seuls dispositifs de surveillance placés dans les lieux dans lesquels les salariés ne travaillent pas mais plus strictement aux locaux auxquels les salariés n'ont pas accès et où ils sont censés n'avoir aucune activité, professionnelle ou non »⁸⁹. Cette précision est importante dans la mesure où elle tend à prévoir un plus large panel de cas qui pourraient poser problème. Effectivement, « il y a des lieux dans l'entreprise auxquels les salariés ont accès mais où ils ne travaillent pas »⁹⁰.

b) L'atténuation tenant au contrôle de l'activité du salarié sans mise en place d'un dispositif spécifique de vidéosurveillance

Par ailleurs, une autre atténuation à l'exigence d'information préalable du salarié a été apportée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. A cet égard, les magistrats de la Haute juridiction ont rendu un arrêt le 26 avril 2006 dans lequel ils ont précisé que « la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite »⁹¹.

Par conséquent, il en résulte que « lorsque le contrôle de l'activité s'opère sans mise en place d'un dispositif spécifique de surveillance, l'information du salarié n'est pas requise »⁹². L'analyse des juges de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui a guidé la solution du 26 avril 2006,

89 Ibid

90 Ibid

91 Cass. Soc. 26 avril 2006, n° de pourvoi 04-43582

s'explique par le fait que le salarié ne peut pas ignorer qu'il peut être surveillé par son employeur physiquement présent et par conséquent en mesure de relever un fait allant à son encontre. Nous ne sommes pas ici dans une situation de contrôle et de preuve rapportée par un dispositif spécifique dédié, comme la vidéosurveillance, mais seulement sur le terrain d'une situation dans laquelle l'employeur présent sur les lieux constate de ses propres yeux une faute commise par son salarié. Dès lors, il n'est pas nécessaire que l'employeur prévienne au préalable son salarié qu'il est en mesure de relever un fait fautif à son encontre de cette manière.

c) L'atténuation tenant à la présomption de connaissance de l'enregistrement

Au fil des affaires et des questions de droit qui lui ont été soumises, la Cour de cassation a dû se pencher sur des nouvelles problématiques en matière probatoire et a donc dû affiner sa jurisprudence. En ce sens, il conviendra de mettre en perspective la question de la présomption de connaissance de l'enregistrement par le salarié qui a été traitée par la jurisprudence au travers de plusieurs arrêts.

A cet égard, il faut mettre en évidence l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 11 mars 1998. Dans cette affaire, un salarié avait été licencié après que son employeur se soit basé sur les relevés de facturation de la ligne professionnelle qu'utilisait son subordonné, en constatant notamment l'utilisation abusive de l'outil de travail à des fins personnelles. La défense du salarié reposait notamment sur l'idée « que constitue un moyen de preuve illicite la mise en œuvre, par l'employeur, d'un dispositif de contrôle des salariés lorsqu'il n'a pas été porté préalablement à leur connaissance »⁹³ et « qu'en ne recherchant pas si le salarié avait été préalablement informé de la mise en œuvre d'un dispositif de contrôle des communications téléphoniques par l'employeur, la

92 B. BOSSU, *Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 26, 28 juin 2011, 1313.

93 Cass. Soc. 11 mars 1998, n° de pourvoi 96-40147

cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles 9 du nouveau Code de procédure civile »⁹⁴. Toutefois, les magistrats de la Cour de cassation ont indiqué que « ne constitue pas un mode de preuve illicite la production par l'employeur des relevés de facturation téléphonique qui lui ont été adressés par la société France Télécom pour le règlement des communications correspondant au poste du salarié »⁹⁵. Ainsi, l'employeur a parfaitement le droit de produire des relevés de facturation téléphonique du poste de son salarié qui lui ont été adressées par la société France Télécom et il s'agit d'un moyen de preuve parfaitement licite et totalement recevable en justice.

Cette solution jurisprudentielle est explicable par une présomption qui, si elle n'a pas été explicitement dégagée par les juges, peut toutefois être lue en filigrane. En effet, « la preuve n'est pas obtenue à l'insu du salarié car il ne peut pas ignorer que le propriétaire d'une ligne téléphonique est en droit d'obtenir un relevé de ses facturations détaillées »⁹⁶. Autrement dit, la technique utilisée, constituée par les relevés de facturation de téléphone adressés au propriétaire d'une ligne, suppose un enregistrement implicite que personne, ni même le salarié, ne peut ignorer. C'est de ce constat que découle une présomption de connaissance de l'enregistrement à l'égard des relevés de facturation du téléphone du poste de travail du salarié adressés au titulaire de la ligne, c'est-à-dire l'employeur, et fournis à l'époque par France Télécom. Même en 1998, époque à laquelle a été rendue la décision, l'immense majorité des personnes disposait d'au moins un téléphone à leur domicile et par conséquent une très grande proportion de salariés étaient coutumiers des procédés de facturation de France Télécom. Si ce constat est évident, il constitue sans doute toutefois le fil conducteur qui a guidé les magistrats de la Haute juridiction dans leur raisonnement juridique. Il en résulte que, même si le procédé n'a pas été porté au préalable à la connaissance du salarié, cela n'est pas gênant et ne constitue pas un mode de preuve illicite et irrecevable en justice car il ne constitue pas une entorse, selon les juges de la Cour de cassation, au principe de loyauté qui doit guider l'employeur dans sa recherche probatoire contre son salarié. C'est en ce sens que la présomption de connaissance de l'enregistrement posée par la jurisprudence s'entend comme une mise à l'écart de l'information préalable du salarié.

94 Ibidem

95 Ibid

96 B. BOSSU, *Le SMS n'est pas un mode de preuve déloyal*, La Semaine Juridique Social, n° 31, 31 juillet 2007, 1601

Par ailleurs, il faut souligner que cet arrêt a été confirmé par un autre de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 15 mai 2001, ce qui donne encore plus de poids à l'atténuation ainsi consacrée. Comme dans l'affaire jugée en 1998 par la Haute juridiction, une salariée avait été licenciée après que son employeur ait pris connaissance des relevés de facturation France Télécom de la ligne professionnelle mise à sa disposition et de l'utilisation privée qui en avait été faite. La défense de la salarié reposait notamment sur l'idée 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 mettre en œuvre des moyens de surveillance non préalablement portés à la connaissance des salariés, et ainsi se constituer contre eux des preuves illicites »⁹⁷ et « que la surveillance des numéros de téléphone appelés constitue, si cette surveillance est dissimulée, une surveillance illicite, portant atteinte à la liberté individuelle d'un salarié »⁹⁸. Les magistrats de la Cour de cassation ont finalement expliqué que « la vérification par la société d'un relevé de ses communications téléphoniques fourni par France Télécom ne constituait pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance des salariés »⁹⁹. Notons que l'on peut aisément imaginer que le raisonnement jurisprudentiel serait identique quel que soit l'identité de l'opérateur de téléphonie aujourd'hui.

En outre, il convient de mettre en avant un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 janvier 2014. Cette décision est relative à une affaire dans laquelle un salarié engagé en tant que chauffeur routier avait été licencié après que son employeur ait pris connaissance du chronotachygraphe de son camion, lequel avait été modifié afin de majorer son temps de service et de rémunération. Il faut préciser qu'un chronotachygraphe est un appareil électronique enregistreur de vitesse, de temps de conduite et d'activités. Il ne s'agit pas véritablement d'un GPS mais le chronotachygraphe s'en rapproche toutefois de part certaines de ses fonctionnalités. Notons par ailleurs que la défense du salarié reposait notamment sur l'idée que le dispositif n'avait pas fait l'objet d'une déclaration préalable à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les magistrats de la Cour de cassation ont toutefois estimé dans cette affaire « qu'il résulte des

97 Cass. Soc. 15 mai 2001, n° de pourvoi 99-42937

98 Ibidem

99 Ibid

Règlements (CEE) n° 3821/85 du Conseil du 20 décembre 1985 et (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 que les entreprises de transport routier doivent équiper leurs véhicules d'un chronotachygraphe, sous peine de sanctions pénales. Il en résulte que l'absence de déclaration de cet appareil à la commission nationale de l'informatique et des libertés ne saurait priver l'employeur de la possibilité de se prévaloir, à l'égard du salarié chauffeur routier, des informations fournies par ce matériel de contrôle dont le salarié ne peut ignorer l'existence »¹⁰⁰. Dès lors, on décèle ici une autre présomption dégagée par la jurisprudence selon laquelle le salarié aurait forcément connaissance de l'enregistrement, ce qui permet d'écarter l'information préalable de la Commission nationale de l'informatique et des libertés dans cette affaire. Remarquons que si le pourvoi du salarié ne mettait pas en avant le défaut d'information préalable à son égard, on peut toutefois relever qu'à la vue de l'attendu de principe rendu par les juges, la solution aurait sans doute été sensiblement la même dans la mesure où ils estiment que le salarié ne pouvait légitimement prétendre ignorer l'existence d'un tel système de contrôle. On peut donc rapprocher cette solution de la jurisprudence relative aux relevés de facturation de France Télécom utilisés par l'employeur à l'encontre de son salarié.

d) L'atténuation consacrée en cas de contrôle d'un service interne à l'entreprise chargé de cette mission

Il faut souligner enfin que la jurisprudence est venue récemment apporter une atténuation à l'obligation d'information préalable du salarié dont doit faire preuve l'employeur dans le cadre probatoire. A cet égard, il faut se pencher sur l'arrêt qui a été rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 5 novembre 2014.

100 Cass. Soc. 14 janvier 2014, n° de pourvoi 12-16218

Dans cette affaire, un employeur avait confié à des cadres de l'entreprise la charge d'observer les équipes de contrôle dans un service public de transport dans leur travail au quotidien sur les amplitudes et les horaires de travail. Notons que l'employeur n'avait pas prévenu au préalable les équipes de contrôle de l'observation dont ils allaient faire l'objet. A la suite de cette observation, des rapports ont été dressés par les cadres de l'entreprise et l'employeur a alors pris connaissance de plusieurs fautes signalées à l'encontre d'un des salariés. Il a alors décidé de le licencier pour faute grave. La défense du salarié reposait toutefois sur l'idée « qu'une filature organisée par un employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un mode de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »¹⁰¹. Les magistrats de la Haute juridiction ont néanmoins souligné que « le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite »¹⁰². Par conséquent, on comprend que la Cour de cassation écarte ici l'exigence d'information préalable du salarié dans le cadre de la recherche probatoire de l'employeur en cas de contrôle d'un service interne à l'entreprise chargé de cette mission.

Ainsi, qu'il s'agisse d'atténuations relatives au détournement de la finalité déclarée lors de la mise en place du système ou de la mise à l'écart de l'information préalable du salarié, toutes reposent sur le même point commun : le fait qu'elles soient justifiées par le pouvoir de contrôle de l'employeur. C'est en étudiant les atténuations aux limites jurisprudentielles relatives à la vie privée, qui reposent elles aussi sur la même similitude, qu'il conviendra d'expliquer ce constat essentiel.

101 Cass. Soc. 5 novembre 2014, n° de pourvoi 13-18427

102 Ibidem

B) Les atténuations aux limites relatives à la vie privée du salarié

Les atténuations aux limites relatives à la vie privée du salarié conviennent elles aussi d'être mises en évidence. Dans cette perspective, il faudra souligner la relative protection de la vie privée du salarié quant à ses correspondances (1), quant aux enregistrements sonores (2) et quant aux enregistrements vidéos dont il peut faire l'objet (3). Nous constaterons alors par la suite que ces atténuations sont justifiées par le pouvoir de contrôle de l'employeur (4).

1) La relative protection de la vie privée du salarié quant à ses correspondances

Si l'arrêt *Nikon* de la Cour de cassation a permis de consacrer le respect par l'employeur de la vie privée du salarié quant à ses correspondances sur son lieu de travail, nous montrerons également que cet arrêt s'inscrit en réalité au départ d'une saga jurisprudentielle qui n'a pas fini aussi bien qu'elle n'avait commencé pour le salarié.

Il faut remarquer tout d'abord que de nombreuses critiques doctrinales ont vu le jour après l'arrêt du 2 octobre 2001 de la chambre sociale de la Cour de cassation. A cet égard, il a notamment été écrit que « le secret des correspondances devrait avoir comme limite la réception du message par son destinataire qui, après l'ouverture de ce message, décide de le conserver ou de le supprimer »¹⁰³. Certains ont même pensé qu'en s'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la chambre sociale de la Cour de cassation avait à tout prix voulu éviter une censure de la

103 P. LANGLOIS, *Courrier électronique et vie privée au travail*, Recueil Dalloz, 2001, p. 3286

Cour européenne des droits de l'Homme en optant pour la solution la plus protectrice des droits de l'Homme. A cet égard, certains ont senti que « le vent souffle de plus en plus fort au sein de notre Cour Suprême, contrôle Strasbourgeois oblige »¹⁰⁴.

Néanmoins, la chambre sociale de la Cour de cassation a par la suite atténué sa position initiale à plusieurs reprises. A cet égard, elle a rendu un premier arrêt le 17 mai 2005 qu'il convient de souligner. Dans cette affaire, après avoir découvert des photos érotiques dans le tiroir du bureau de son salarié, un employeur avait voulu vérifier le contenu du disque dur de l'ordinateur de ce dernier et avait alors trouvé des dossiers du même type qui figuraient sous un fichier intitulé *perso*. L'employeur avait alors décidé de licencier son salarié pour faute grave. Les arguments de l'employeur reposaient notamment sur l'idée que « lorsqu'il a ouvert les fichiers de l'ordinateur du salarié, il ne l'a pas fait dans le cadre d'un contrôle systématique qui aurait été effectué en son absence et alors qu'un tel contrôle n'était permis ni par le contrat de travail, ni par le règlement intérieur, mais bien à l'occasion de la découverte des photos érotiques n'ayant aucun lien avec l'activité de M.X, ce qui constituait des circonstances exceptionnelles l'autorisant à contrôler le contenu du disque dur de l'ordinateur, étant rappelé que l'accès à ce disque dur était libre, aucun code personnel n'ayant été attribué au salarié pour empêcher toute autre personne que son utilisateur d'ouvrir les fichiers »¹⁰⁵. Les juges de la Haute juridiction ont alors expliqué que « sauf risque ou événement 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 »¹⁰⁶. On peut ainsi remarquer que « la consultation du contenu du disque dur de l'ordinateur d'un salarié est facilitée, puisqu'elle peut intervenir à n'importe quel moment. S'il s'agit de fichiers clairement identifiés comme personnels, l'employeur devra alors simplement les ouvrir en présence du salarié ou en l'ayant appelé. En cas de risque ou d'événement particulier, cette condition n'est même plus obligatoire »¹⁰⁷. Force est de constater qu'il s'agit d'un

104 J. RAVANAS, *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail*, Recueil Dalloz, 2003, p. 1305

105 Cass. Soc. 17 mai 2005, n° de pourvoi 03-40017

106 Ibidem

107 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Sociale n° 28, 10 juillet 2007, 1537

revers conséquent pour la jurisprudence *Nikon* du 2 octobre 2001 de la chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, alors que cet arrêt ne laissait aucune ouverture à l'employeur car il ne pouvait en aucun cas prendre connaissance des correspondances de son salarié, la jurisprudence du 17 mai 2005 relativise considérablement la portée du principe qui avait été dégagé. Avec cet arrêt, l'employeur est désormais en mesure d'apporter la preuve d'un fait fautif du salarié par le biais des correspondances émises ou reçues par ce dernier.

La saga jurisprudentielle relative aux correspondances au travail a par la suite évolué dans un sens encore moins favorable au salarié. En effet, il faut se pencher à cet égard sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 octobre 2006. Dans cette affaire, un salarié avait été licencié pour faute grave par son employeur après avoir empêché l'accès à ce dernier à ses dossiers commerciaux sur son poste informatique de travail. Les magistrats de la Haute juridiction ont alors posé le principe selon lequel « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence »¹⁰⁸. Ainsi, on peut souligner que les juges ont posé une sorte de présomption au bénéfice de l'employeur. En effet, les fichiers créés par le salarié sur son poste professionnel doivent normalement être considérés comme professionnels avec cet arrêt. Par conséquent, ils peuvent être ouverts par l'employeur et ce dernier peut légitimement s'en servir de preuve en justice contre son salarié. Il s'agit d'une présomption car sans la mention du caractère personnel du fichier, ce dernier est considéré comme étant professionnel.

Dans le même ordre d'idée, il est nécessaire de se pencher sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mai 2007. Dans cette affaire, « un employeur soupçonnait un salarié de s'adonner à des manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente. Pour être en mesure d'en apporter la preuve, l'employeur avait besoin d'accéder au contenu de certains messages personnels émis ou reçus par le salarié depuis sa messagerie professionnelle. Comment se ménager alors un moyen de preuve licite compte tenu du principe posé par l'arrêt Nikon ? »¹⁰⁹ Telle

108 Cass. Soc 18 octobre 2006, n° de pourvoi 04-48025

109 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social n° 28, 10 juillet 2007, 1537

était la problématique à laquelle était confronté l'employeur qui a toutefois « obtenu du président d'un tribunal de grande instance, sur requête, une ordonnance autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis par elle à la disposition du salarié et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé avec deux personnes identifiées, étrangères à l'entreprise et avec lesquelles elle lui prêtait des relations constitutives, à son égard, de manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente »¹¹⁰. La Cour d'appel avait toutefois rétracté l'ordonnance et annulé le procès verbal dressé par l'huissier en retenant que « la mesure d'instruction sollicitée et ordonnée a pour effet de donner à l'employeur connaissance de messages personnels émis et reçus par le salarié »¹¹¹ et que de ce fait la mesure d'instruction « porte atteinte à une liberté fondamentale et n'est pas légalement admissible »¹¹². Les juges de la Cour de cassation ont néanmoins expliqué 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 »¹¹³. Dès lors, cela constitue une solution pour l'employeur quand celui-ci a un doute sur les fichiers personnels du salarié dans la mesure où il peut désormais solliciter « une expertise *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile »¹¹⁴. Il faut préciser qu'une expertise *in futurum* est notamment une expertise en vue d'éviter un dépérissement des preuves et l'article 145 du Nouveau Code procédure civile précise 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 en référé »¹¹⁵. Ainsi, « la Cour de cassation, avec l'arrêt du 23 mai 2007, offre aux employeurs la possibilité de se ménager un moyen de preuve licite »¹¹⁶. On peut également préciser que « l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile pose deux conditions à l'obtention

110 Cass. Soc. 23 mai 2007, n° de pourvoi 05-17818

111 Ibidem

112 Ibid

113 Ibid

114 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social n° 28, 10 juillet 2007, 1537

115 Art. 145 du Code de procédure civile

d'une expertise préventive : l'existence d'un motif légitime et le caractère légalement admissible de la mesure d'instruction »¹¹⁷. Dès lors, il est important de souligner que « la Cour de cassation considère que la protection des correspondances du salarié doit se concilier avec les moyens procéduraux auxquels l'employeur peut légitimement avoir recours. Le contrôle opéré par le juge, notamment sur le motif légitime avancé par l'employeur pour justifier sa demande, est de nature à assurer la protection de la vie privée du salarié, d'autant que la mesure sera réalisée avec le concours d'un tiers habilité, le plus souvent un huissier de justice. Précisons toutefois que ce n'est pas l'intervention d'un huissier ou d'un expert qui rend la consultation licite, mais son autorisation par une décision de justice. Le juge fera d'autant plus facilement droit à la demande d'un employeur que celle-ci sera précise »¹¹⁸.

Par conséquent, on peut constater qu'il existe un vrai rééquilibrage entre l'employeur et le salarié par rapport à l'arrêt *Nikon* que la Cour de cassation avait rendu en 2001. Il est même possible de parler d'un déséquilibre qui est désormais au bénéfice de l'employeur car il appartient dorénavant au salarié de prouver que sa correspondance était bien personnelle et non pas professionnelle grâce à la mention « personnel » sur ses fichiers. On peut ainsi souligner un basculement de la charge de la preuve au bénéfice de l'employeur sur le terrain des correspondances émises ou reçues par le salarié sur son lieu de travail.

Également, on peut mettre en avant le fait que la chambre sociale de la Cour de cassation soit de plus en plus pointilleuse sur ce sujet au détriment du salarié lorsque l'on analyse l'arrêt qu'elle a rendu le 4 juillet 2012. Cette jurisprudence est relative à une affaire dans laquelle le salarié avait stocké sur le disque dur de son ordinateur professionnel des fichiers contenant des vidéos pornographiques. Après que l'employeur en ait eu connaissance, ce dernier avait licencié son salarié pour faute grave. La défense du salarié reposait notamment sur l'idée que « la seule mention de «données personnelles» sur l'élément informatique en cause suffit à en interdire le libre accès à

116 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social n° 28, 10 juillet 2007, 1537

117 Ibidem

118 Ibid

l'employeur »¹¹⁹. Les magistrats de la Haute juridiction ont toutefois estimé que « la dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient »¹²⁰. Ainsi, selon l'analyse de la Cour de cassation, chaque fichier aurait du contenir la mention « personnel » et pas simplement le disque dur contenant ces fichiers qui, quant à eux, ont été présumés comme étant professionnels par l'employeur qui étaient alors parfaitement en droit d'en prendre connaissance et, le cas échéant, amener à s'en servir contre son salarié comme moyen de preuve de sa faute afin de le licencier.

Enfin, il convient de se pencher sur une autre façade relative aux correspondances, à savoir le cas du *Short Message Service*, plus généralement connus sous le nom de SMS. A cet égard, il faut souligner l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 10 février 2015. Dans cette affaire, l'employeur soupçonnait son salarié de se faire débaucher par une autre entreprise au moyen de SMS reçus sur son portable professionnel qui avait été mis à sa disposition par l'employeur. Les salariés étant prévenus préalablement du fait que les messages reçus sur ce type d'appareil pourraient être ouverts et lus par l'employeur, ce dernier a obtenu la preuve des démarches de débauchage soupçonnées en consultant les SMS automatiquement archivés. La chambre commerciale de la Cour de cassation a alors considéré que « les messages écrits ("short message service" ou SMS) envoyés ou reçus 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 »¹²¹. Dès lors, on constate que la jurisprudence en matière de SMS est calquée sur celle en matière de mails. Il en résulte l'idée selon laquelle l'analyse prétorienne actuelle en matière de correspondances est homogène et tend à relativiser la protection de la vie privée du salarié face à la recherche probatoire de l'employeur dans le cadre du droit du travail. En effet, « mettant ses pas dans ceux de la chambre sociale de la Cour de cassation, la chambre commerciale décide donc d'étendre la présomption de caractère professionnel des outils mis à la disposition du salarié par l'entreprise aux SMS »¹²².

119 Cass. Soc. 4 juillet 2012, n° de pourvoi 11-12502

120 Ibidem

121 Cass. Com. 10 février 2015, n° de pourvoi 13-14779

2) La relative protection de la vie privée du salarié quant aux enregistrements sonores

La protection de la vie privée du salarié quant aux enregistrements sonores peut être qualifiée de relative. En effet, en se penchant sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 23 mai 2012, on s'aperçoit que les magistrats de la Haute juridiction sont venus quelque peu bouleverser le sanctuaire de la vie privée du salarié face aux recherches probatoires de l'employeur par le biais de la question des enregistrements sonores. A cet égard, il faut souligner que cette affaire concernait une salariée qui avait été licenciée pour faute grave après que son employeur ait découvert le fait qu'elle avait enregistré les conversations qui se déroulaient au sein de la société à l'aide d'un dictaphone. La Cour d'appel avait estimé que « le directeur ayant découvert le dictaphone de la salariée en mode enregistrement dans les locaux de l'entreprise, il était fondé à le retenir et à en écouter immédiatement l'enregistrement en l'absence de la salariée mais en présence de plusieurs témoins et que le fait pour un cadre d'enregistrer de façon illicite des conversations de bureau à l'insu de ses collègues et d'occasionner ainsi un certain émoi et un climat de méfiance ou de suspicion contraire à l'intérêt de la société constitue une faute grave »¹²³. Les juges de la Cour de cassation ont toutefois cassé et annulé l'arrêt d'appel en estimant 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 »¹²⁴. On peut néanmoins souligner que « dans le cadre de son pourvoi, la salariée faisait valoir qu'en prenant connaissance des propos contenus dans son dictaphone personnel, l'employeur avait porté atteinte à sa vie privée »¹²⁵, ce que n'ont toutefois pas retenu les juges de la Cour de cassation. Ainsi, « lorsque l'employeur prend connaissance du contenu du dictaphone personnel du salarié, c'est ce dernier qui en est le propriétaire. Permettre à l'employeur d'en prendre connaissance à la seule condition que le salarié soit présent ou dûment

122 B. BOSSU, *L'employeur peut consulter les SMS des téléphones portables professionnels*, La Semaine Juridique Social n° 17-18, 28 avril 2015, 1155

123 Cass. Soc. 23 mai 2012, n° de pourvoi 10-23521

124 Ibidem

125 B. BOSSU, *Dictaphone, loyauté et vie privée du salarié*, La Semaine Juridique Social, 11 septembre 2012, n° 37, 1371

appelé risque d'être particulièrement fâcheux pour la vie privée »¹²⁶.

Par conséquent, on peut avancer l'idée selon laquelle la relative protection du salarié quant aux enregistrements sonores contribue à atténuer les limites qui s'imposent à l'employeur dans le cadre de sa recherche probatoire contre le salarié en considération de la vie privée de ce dernier.

3) La relative protection de la vie privée du salarié quant aux enregistrements visuels

S'il existe une relative protection de la vie privée du salarié quant aux correspondances et aux enregistrements sonores de ce dernier, on peut souligner également le même cas de figure en ce qui concerne les enregistrements visuels via les dispositifs de vidéosurveillance.

En effet, on peut tout d'abord mettre en avant l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 juillet 1992. Dans cette affaire, des salariés avaient été poursuivis en justice par leur employeur pour abus de confiance après que ce dernier ait constaté des infractions lors des opérations de caisse à l'aide d'une caméra qu'il avait placé à l'intérieur d'une bouche d'aération à l'intérieur du local d'un service après-vente. La défense des salariés reposait notamment sur l'idée 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 et de paroles, à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »¹²⁷. Les juges de la Cour de cassation ont toutefois estimé « qu'aucun texte de procédure pénale n'interdit la production par le plaignant à l'appui de sa plainte

126 Ibidem

127 Cass. Crim. 23 juillet 1992, n° de pourvoi 92-82721

de pièces de nature à constituer des charges contre des personnes visées dans celle-ci, lesdites pièces ne constituant pas des actes de l'information susceptibles d'être annulés. Il appartient aux juridictions répressives d'en apprécier la valeur au regard des règles relatives à l'administration de la preuve des infractions »¹²⁸.

En outre, on peut se pencher sur l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 avril 1994 dans lequel « une caméra qui avait été dissimulée dans une officine de pharmacie et révélait qu'un salarié s'était approprié des sommes d'argent au cours d'une manipulation de caisse occasionnée par son activité professionnelle, avait permis de rompre son contrat de travail »¹²⁹. La défense du salarié reposait notamment sur le fait que « l'enregistrement continu d'un salarié à son insu dans une officine de pharmacie est illicite et porte nécessairement atteinte à l'intimité de sa vie privée dès lors surtout que pareille mesure ne cesse pas en dehors des heures d'ouverture au public »¹³⁰. Les magistrats de la Cour de cassation ont toutefois précisé « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale »¹³¹. Ainsi le salarié n'a pas pu « invoquer l'illicéité dudit enregistrement et, partant, une atteinte à l'intimité de sa vie privée »¹³² aussi bien dans l'affaire du 23 juillet 1992 que dans celle-ci.

Qu'il s'agisse d'atténuations quant à la loyauté dont doit faire preuve l'employeur ou quant à la protection de la vie privée du salarié, il faut souligner qu'elles font état d'un point commun essentiel. A cet égard, il faut mettre en avant le fait que ces atténuations sont toutes basées sur le pouvoir de contrôle de l'employeur. De manière plus précise, les atténuations aux limites jurisprudentielles que

128 Ibid

129 C. PUIGELIER, *Contrôle et surveillance des salariés dans l'entreprise : étendue du pouvoir de contrôle de l'employeur à l'aide de moyens licites*, La Semaine Juridique Édition Générale, n° 6, 7 février 2001, II, 10472

130 Cass. Crim. 6 février 1994, n° de pourvoi 93-82717

131 Ibidem

132 C. PUIGELIER, *Contrôle et surveillance des salariés dans l'entreprise : étendue du pouvoir de contrôle de l'employeur à l'aide de moyens licites*, La Semaine Juridique Édition Générale, n° 6, 7 février 2001, II, 10472

nous avons préalablement mis en évidence ont pour origine le souhait de l'employeur de protéger au mieux les intérêts de l'entreprise. A ce titre, l'employeur a du au fil du temps trouver de nouvelles solutions afin de contourner les règles qui avait été émises par la jurisprudence par le passé. En effet, les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation semblaient avoir pour ligne directrice la protection du salarié face à son employeur, notamment en matière probatoire. Cette volonté avait pour conséquence logique de ne pas assez protéger les intérêts de l'entreprise défendus par l'employeur. C'est toutefois en usant d'avantage de son pouvoir de contrôle que l'employeur a pu apporter à la jurisprudence de nouvelles occasions de revoir sa copie initiale. C'est dans cette perspective que la Haute juridiction est venue finalement atténuer son point de vue original en offrant à l'employeur une plus grande tolérance lors de sa recherche probatoire à l'encontre du salarié. Dès lors, on comprend que l'employeur s'est servi de son pouvoir de contrôle comme d'un justificatif à la recherche de la preuve car cette faculté lui permet de défendre les intérêts de son entreprise au travers de la surveillance qu'il exerce à l'égard des faits et gestes de ses salariés. C'est en usant de son pouvoir de contrôle afin de protéger les intérêts de l'entreprise que l'employeur a justifié sa recherche probatoire et a donc suscité chez les juges la volonté d'atténuer les limites qu'ils avaient préalablement établi relativement à la vie privée du salarié et au comportement loyal de l'employeur. Par conséquent, c'est dans cette mesure que l'on peut avancer l'idée selon laquelle le pouvoir de contrôle de l'employeur intervient comme un justificatif à la recherche probatoire de ce dernier en droit du travail.

Dans le même ordre d'idée, il conviendra dans un dernier chapitre de se pencher sur l'idée que le pouvoir de contrôle de l'employeur, en plus de justifier la recherche probatoire de ce dernier à l'encontre de son salarié, tend également à la faciliter.

Second chapitre : Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme moteur à une recherche de la preuve de plus en plus facilitée

Nous soulignerons que le pouvoir de contrôle de l'employeur peut s'entendre comme un moteur à une recherche de la preuve de plus en plus facilitée dans la mesure où il entraîne l'amointrissement de la protection du salarié lors de la recherche probatoire de l'employeur (**Première section**), ce qui conduira à souligner l'existence d'une tendance visant à faire basculer le rapport de forces en droit du travail entre le salarié et son employeur de part l'imbrication de ce droit avec le droit de la preuve (**Seconde section**).

Première section : La protection amoindrie du salarié lors de la recherche de la preuve par l'employeur

Nous soulignerons que l'amointrissement de la protection du salarié lors de la recherche de la preuve par l'employeur est la résultante de la plus grande liberté que ce dernier possède grâce à son pouvoir de contrôle (**A**), ce qui tend à établir un équilibre entre la prise en compte de la protection du salarié et les intérêts défendus par l'employeur lors de la recherche de la preuve (**B**).

A) La plus grande liberté dans la recherche de la preuve comme résultante du pouvoir de contrôle de l'employeur

Si le pouvoir de contrôle de l'employeur permet de justifier la recherche de la preuve, il permet également de la faciliter et il convient de se pencher sur le mécanisme qui en est à l'origine. A cet égard, il faut mettre en avant l'idée selon laquelle le pouvoir de contrôle de l'employeur offre à ce dernier une plus grande liberté dans sa recherche probatoire contre son salarié.

En effet, le pouvoir de contrôle donne tout d'abord à l'employeur un panel de possibilités afin de repérer les fautes de ses salariés, comme par exemple la divulgation d'informations secrètes, la constitution d'une entreprise concurrente pendant la durée du contrat de travail ou encore les erreurs et les graves négligences. Ceci représente un atout majeur pour l'employeur dans le cadre de sa recherche probatoire. Effectivement, il dispose de plusieurs facultés qui sont issues de son pouvoir de contrôle afin d'exercer une surveillance sur ses salariés et cela n'est pas sans conséquence quant à la protection du salarié dans le cadre probatoire. Effectivement, plus l'employeur utilise son pouvoir de direction avec ampleur, plus la protection du salarié risque de s'affaiblir. A cet égard, il faut avoir à l'esprit l'essor des nouvelles technologies notamment marqué par le développement des outils informatiques tels par exemple les ordinateurs ou encore les nouveaux espaces de stockage comme les disques durs. De manière encore plus récente, on peut mettre en avant l'arrivée des réseaux sociaux sur Internet qui ont eux aussi créé des nouveaux terrains de développement pour le pouvoir de contrôle de l'employeur. En effet, les réseaux sociaux offrent un formidable espace d'expression, d'échanges d'idées et tendent à se calquer sur les rapports humains du monde réel. Dès lors, la loi mais aussi la jurisprudence ont du et devront encore intervenir sur ces nouveaux terrains afin de cantonner ou non le pouvoir de contrôle de l'employeur. Il en résulte l'idée selon laquelle cette faculté présente en elle un potentiel accru tendant à la déstabilisation de la protection du salarié car elle offre plus de liberté à ce dernier dans le cadre de sa recherche probatoire.

Par ailleurs, soulignons que ce constat doit être analysé avec l'idée que le pouvoir de contrôle de l'employeur a d'ores et déjà eu des répercussions quant à la protection du salarié en matière probatoire. En effet, alors que la jurisprudence avait établi des limites quant au comportement déloyal de l'employeur lorsqu'il tend à rapporter la preuve d'un fait ou lorsqu'il tente d'y parvenir en s'immiscant dans le cadre de la vie privée du salarié, le pouvoir de contrôle de l'employeur a entraîné une modification de l'analyse prétorienne en la matière. A cet égard, cette faculté a entraîné des atténuations aux limites qui avaient préalablement été apportées par les magistrats car ces derniers ont davantage pris en considération les intérêts protégés par le pouvoir de contrôle de l'employeur. Ainsi, en matière de loyauté probatoire ou de respect de la vie privée, le salarié a vu sa protection amoindrie par le jeu de cette faculté reconnue au chef d'entreprise car ce dernier dispose désormais d'une plus grande liberté dans la recherche de la preuve face aux limites qui avaient initialement été fixées, au point même de les atténuer.

Notons qu'il est possible de comprendre le cheminement qui a été celui des magistrats de la Haute juridiction lorsque l'on prend conscience du fait « qu'il est juste de convenir qu'il est parfois bien difficile de se ménager une preuve lorsque l'on se trouve confronté à des comportements illicites qui s'abritent derrière une opacité qui est un défi à la transparence judiciaire »¹³³. A cet égard, et quand on s'attache par exemple aux limites qui avaient été décelées quant au comportement déloyal de l'employeur, on peut souligner que « la loyauté procédurale ne doit pas non plus devenir le tremplin à des opérations condamnables, ignorées du juge faute de preuve. Toute la difficulté réside dans la conciliation de ces deux impératifs »¹³⁴. De la même manière, lorsque l'on se penche sur les limites qui avaient été consacrées par la jurisprudence en matière de vie privée du salarié et plus précisément sur le contournement de ces dernières qui avaient été proposées par l'employeur avec l'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile par exemple, on peut noter que « lorsqu'un employeur doute fortement de la loyauté d'un salarié, le caractère non contradictoire de la procédure apparaît comme essentiel. Dans ce cas de figure, l'effet de surprise est primordial. En effet, si le salarié était informé de l'engagement d'une procédure visant à consulter ses messages personnels, il aurait tout le loisir d'effacer l'ensemble des preuves compromettantes contenues dans son ordinateur avant même que la décision judiciaire soit rendue »¹³⁵. Il faut toutefois remarquer que, si la jurisprudence a certes offert plus de liberté à l'employeur dans sa recherche de la preuve

133 R. PERROT, *La recherche loyale des preuves*, Procédures numéro 5, Mai 2008, comm. 137

134 Ibidem

en se basant sur son pouvoir de contrôle et sur les intérêts protégés via cette faculté, on peut néanmoins souligner que « cette procédure permet donc de concilier le principe du respect de la vie personnelle du salarié, grâce à l'intervention du juge, qui va examiner la motivation de l'employeur, et le droit de l'employeur d'apporter de manière licite la preuve d'actes déloyaux commis par le salarié »¹³⁶. Dès lors, dans leur nouvelle analyse, les juges ne laissent pas complètement de côté l'impératif de protection du salarié.

Il n'en résulte pas moins que la situation dans le cadre de la recherche de la preuve a considérablement été modifiée par le changement de cap de l'analyse prétorienne. A cet égard, il est certain que le pouvoir de contrôle de l'employeur a offert plus de libertés à ce dernier dans sa recherche probatoire, ce qui a atténué la protection du salarié et par la même occasion engendré plus de facilités pour le chef d'entreprise aux fins de rapporter la preuve contre ses salariés. Il faut remarquer que ce constat n'est pas sans importance sur la question de l'équilibre entre les intérêts de l'employeur face à la protection du salarié dans le cadre probatoire et c'est dans cette perspective qu'il conviendra d'étudier avec plus de précisions la modification ainsi opérée.

135 S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 28, 10 juillet 2007, 1537

136 Ibidem

B) La prise en compte équilibrée des intérêts du salarié et de l'employeur lors de sa recherche de la preuve

Il ressort de nos précédents développements l'idée selon laquelle la balance entre la protection du salarié et les intérêts de l'employeur semblait pencher du côté du salarié dans le cadre probatoire. Toutefois, il faut remarquer que les analyses jurisprudentielles ont désormais bien évolué. En effet, qu'il s'agisse des atténuations aux limites dégagées quant à la loyauté probatoire de l'employeur ou de celles relatives aux limites inhérentes au respect de la vie privée du salarié, la jurisprudence est venue mettre un terme à l'hémorragie qu'elle avait créé vis-à-vis des intérêts de l'entreprise. A cet égard, on peut par exemple souligner relativement à la protection de la vie privée du salarié, que «dans le prolongement du mouvement de limitation progressive du champ d'application de la vie privée au travail, on assiste aujourd'hui à un élargissement sensible de la présomption de caractère professionnel applicable aux données et aux fichiers informatiques »¹³⁷. Il en résulte plus largement l'idée selon laquelle on « assiste actuellement à un mouvement d'extension du pouvoir de contrôle patronal au détriment de la vie privée du salarié »¹³⁸.

C'est donc dans cette perspective que l'on peut parler d'une prise en compte désormais équilibrée entre la protection du salarié et les intérêts défendus par l'employeur dans le cadre de la recherche probatoire de ce dernier. En effet, la prise en compte des intérêts de l'entreprise accusait un sérieux retard face à la protection accordée par les juges de la Cour de cassation au salarié. C'est en facilitant la recherche de la preuve par l'employeur par le biais de son pouvoir de contrôle que les magistrats de la Haute juridiction ont cessé de constamment protéger le salarié lors de cette quête menée par le chef d'entreprise. Par conséquent, il en résulte que l'employeur se voit reconnaître désormais certains droits dans sa recherche probatoire qui lui ont permis de se retrouver au même niveau que le salarié et sur le même pied d'égalité que ce dernier, lorsque les juges doivent se pencher sur une problématique relative à la preuve en matière de droit du travail. Autrement dit, les intérêts défendus par l'employeur sont désormais pris en considération avec autant d'importance que

¹³⁷ A. BAREGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 41, 8 octobre 2013, 1393

¹³⁸ Ibidem

l'est la protection du salarié par les magistrats de la Haute juridiction. En effet, alors que les facultés reconnues à l'employeur en matière de recherche de la preuve se sont accrues, la défense du salarié dans le cadre probatoire s'est inévitablement affaiblie, et un équilibre entre les deux types d'intérêts s'est alors dessiné.

Il serait fâcheux de considérer que cette harmonie obtenue pour l'employeur face au salarié dans le cadre probatoire n'a d'intérêt que pour la matière du droit de la preuve. En effet, cet équilibre engendre des conséquences importantes dans le cadre du droit du travail. Ainsi, si la balance des intérêts en présence lors de la querelle probatoire s'est équilibrée, il sera intéressant dans une dernière section d'étudier l'impact engendré par ce constat quant au rapport de forces en droit social entre l'employeur et le salarié considérés dans sa globalité.

Seconde section : Vers un basculement du rapport de forces en droit du travail de part l'imbrication du droit de la preuve

Nous partirons tout d'abord du constat que le droit du travail a historiquement offert un cadre juridique protecteur au salarié face à l'employeur (A). Enfin, nous soulignerons que l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail conduit à atténuer cette défense qui était traditionnellement celle du salarié (B).

A) Le cadre juridique historiquement protecteur du salarié réalisé par le droit du travail

Dans la perspective de souligner au mieux les conséquences engendrées par l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail, il convient préalablement de se pencher sur l'historique du droit du travail français et plus précisément sur la tendance qui a marqué les rapports entre le salarié et l'employeur. A cet égard, il est nécessaire de mettre en évidence le fait que le droit du travail a, au fil du temps, apporté des améliorations considérables pour les salariés mais aussi une protection de plus en plus accrue face à l'employeur. C'est ainsi que deux moteurs ont participé au façonnement d'un cadre juridique protecteur du salarié : la loi (1) mais aussi la jurisprudence (2).

1) Un environnement légal inscrit dans une tendance protectrice du salarié

Tout d'abord, il convient de souligner brièvement les grandes lois qui ont marqué le droit du travail français et qui sont révélatrices du fait que cette matière s'est historiquement inscrite dans une tendance de protection du salarié face à l'employeur. A cet égard, on peut tout d'abord mettre en évidence l'instauration du droit de grève par la loi du 25 mai 1864. Il faut noter que cette prérogative a progressivement pris de l'ampleur comme en témoigne son instauration dans le préambule de la Constitution, d'autant plus depuis la décision *Liberté d'association* rendue le 16 juillet 1971 par le Conseil constitutionnel qui a reconnu la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958 et donc par la même occasion du droit de grève.

Par ailleurs, on peut mettre en évidence dans la même perspective l'autorisation des syndicats professionnels par la loi *Waldeck-Rousseau* en date du 21 mars 1884, la création de l'inspection du travail par la loi du 2 novembre 1892, la création du Code du travail par la loi du 28 décembre 1910, ou encore la loi en date du 25 mars 1919 autorisant les conventions collectives et mettant en avant

leur suprématie sur le contrat de travail.

On peut par exemple également souligner, après la période du gouvernement de Vichy, la création des comités d'entreprises par l'ordonnance du 22 février 1945 et par la loi du 16 mai 1946, la loi instituant la médecine du travail en date du 11 octobre 1946, ou encore la création du salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) par la loi du 11 février 1950 puis la création du salaire minimum interprofessionnel de croissance par la loi du 21 janvier 1970.

Plus récemment, on peut par ailleurs mettre en avant la loi *Aubry* du 13 juin 1998 qui a permis la réduction générale de la durée du travail à 35 heures dans les entreprises ou encore et à titre d'exemple la loi du 18 mai 2010 visant à garantir des justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement.

Dès lors, ces quelques exemples tendent à montrer que le droit du travail, au fil du temps et au travers des diverses réformes, s'est globalement inscrit dans une tendance de protection du salarié face à l'employeur. En effet, de nombreuses lois apportant des nouveaux droits et des nouvelles prérogatives au salarié ont permis à ce dernier d'être protégé face à l'employeur au travers d'un cadre légal qui lui était de plus en plus favorable. S'il est vrai toutefois que la loi en date du 20 août 2008 a modifié la fonction initiale de la négociation collective qui permet désormais d'apporter des règles moins favorables pour les salariés que celles prévues dans le Code du travail au travers des conventions collectives, il est toutefois possible d'affirmer que le droit du travail français s'inscrit dans une tendance globale qui vise à protéger le salarié. En effet, à la manière du droit de la consommation protégeant le consommateur face aux professionnels, le droit du travail se place lui aussi dans une dynamique globale de protection de la partie la plus faible au contrat.

Par conséquent, le salarié dispose d'une protection importante face à l'employeur grâce à l'action de la loi. Il convient désormais de s'intéresser aux répercussions historiques de la jurisprudence sur les relations entre l'employeur et le salarié.

2) Un environnement jurisprudentiel inscrit dans une tendance protectrice du salarié

Si la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, à la manière de n'importe quelle haute chambre de la Haute juridiction, a pu faire état de flux et de reflux en terme de tendances, il apparaît néanmoins qu'elle s'est toujours globalement inscrite dans un rôle tendant à protéger le salarié face à l'employeur. Sans écarter formellement et pour autant les intérêts de ce dernier, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu des arrêts dans plusieurs domaines qui laissent entrevoir la tendance dans laquelle elle s'inscrit. A cet égard, on peut facilement souligner sa jurisprudence en matière d'interprétation des conditions relatives à la reconnaissance d'un harcèlement moral ou sexuel qui tend à protéger bon nombre de salariés face aux abus de leurs employeurs ou encore sa jurisprudence relative aux licenciements sans cause réelle et sérieuse que les juges n'hésitent pas à qualifier ainsi quand l'employeur n'a pas fait l'effort nécessaire à la démonstration des faits reprochés au salarié.

En outre, la jurisprudence a également par exemple fait état d'un arrêt très important qui a marqué avec vigueur sa posture de défenseur des salariés placés dans une situation précaire face à l'employeur. A cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu deux arrêts le 10 juillet 1996¹³⁹ dans lesquels les magistrats ont distingué la modification du contrat de travail, qui nécessite l'accord du salarié, et la modification des conditions de travail qui découle du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, une modification concernant la qualification du travailleur, le lieu de travail, la durée du contrat ou la rémunération du salarié nécessite obligatoirement l'accord de ce dernier. Il en résulte inévitablement que cette solution constitue une protection accrue pour le salarié face à l'employeur qui pourrait profiter de la situation précaire de ce dernier afin de lui imposer un changement de son contrat de travail qu'il ne pourrait refuser dans l'optique de conserver son emploi.

139 Cass. Soc. 10 juillet 1996, n° de pourvoi 93-40966 et Cass. Soc. 10 juillet 1996, n° de pourvoi 93-41137

Par ailleurs, il faut également souligner par exemple l'article L 1235-1 du Code du travail qui indique, concernant la cause de licenciement, que « si un doute subsiste, il profite au salarié »¹⁴⁰. Dès lors, il faut comprendre que si les juges ne sont pas assurés de la réalité du motif invoqué par l'employeur à l'origine du licenciement du salarié, alors il doit être analysé comme étant sans cause réelle et sérieuse afin de protéger le salarié. De la même manière, on peut mettre en avant qu'en cas de conflits de normes, c'est le principe de la règle la plus favorable au salarié qui s'appliquera. Ainsi, « ce principe, qui ne figure expressément dans aucun texte, se retrouve transcrit en droit positif dans des textes légaux qui autorisent, à propos de chacune des sources du droit du travail, la possibilité de déroger dans un sens plus favorable aux salariés à une source supérieure »¹⁴¹. On comprend dès lors qu'en cas de conflit entre plusieurs normes applicables, les juges doivent être guidés par ce principe fondamental et favorable au salarié qui est même pour certains « l'âme du droit du travail »¹⁴² ou encore « la pièce maîtresse de la combinaison des normes en droit du travail »¹⁴³. Ces exemples rendent compte de la dynamique qui anime les juges en matière de droit du travail : un point d'honneur consiste à mettre en avant et à protéger les intérêts du salarié face à l'employeur.

Ainsi, comme nous l'avons souligné, le contexte légal et le cadre jurisprudentiel peuvent être qualifiés d'historiquement protecteurs des intérêts du salarié face à l'employeur. Dès lors, on comprend qu'en terme de rapport de forces, si l'avantage appartenait initialement à l'employeur face au salarié placé dans une situation précaire car il tient le plus souvent à conserver son emploi à tout prix, la loi mais aussi la jurisprudence sont venues encadrer la matière du droit du travail. Par la même occasion, ces deux dynamiques se sont placées en soutien du salarié dans son rapport de

140 Art. L1235-1 du Code du travail

141 F. BARDY, *Rapport du Conseiller rapporteur à la Cour de cassation*, relativement à Ass. Plén. 24 octobre 2008, n° de pourvoi 07-42799

142 Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, Paris 1989, p. 243

143 A. CHEVILLARD, *Droit social*, n° 4, avril 1993

force avec l'employeur, jusqu'à même inverser la tendance initiale et créer un déséquilibre au profit du salarié en matière de droit du travail. On peut d'ailleurs ici réaliser un rapprochement avec la protection qui est offerte au consommateur face au professionnel en droit de la consommation afin de cibler au mieux cette idée. Autrement dit, le droit du travail a historiquement mis l'accent sur la protection du salarié face aux intérêts de l'employeur et c'est de ce constat que se dégage l'idée selon laquelle le rapport de forces traditionnel entre ces deux protagonistes est juridiquement orienté en faveur du salarié. Il convient désormais de se pencher sur les conséquences relatives à ce rapport qui ont été engendrées par l'évolution du jeu du droit de la preuve en matière de droit du travail.

B) L'atténuation du cadre juridique protecteur du salarié de part le jeu du droit de la preuve

L'évolution de l'analyse prétorienne quant à l'imbrication du droit de la preuve dans le cadre du droit du travail tend à atténuer le cadre juridique historiquement protecteur du salarié. En effet, elle s'inscrit non seulement dans une tendance visant à modifier le rapport de forces qui existe entre le salarié et l'employeur de manière globale (1) et de surcroît se confirme relativement aux nouvelles problématiques apportées par le développement des réseaux sociaux sur Internet (2).

1) La modification du rapport de forces en droit du travail de part le jeu du droit de la preuve

Dans la mesure où le cadre légal et la jurisprudence étaient globalement favorables au salarié en matière de droit du travail, les juges ont dans un premier temps appliqué la même logique quant aux questions de preuve en matière sociale. Dès lors, c'est dans cette dynamique que des jurisprudences comme l'arrêt *Nikon* de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 2 octobre 2001 ont été rendues. C'est dans cette logique que des arrêts perçus par la doctrine comme ultra-protecteurs des salariés face à leurs employeurs ont été semés dans le paysage juridique français. Finalement, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de preuve appliquée aux relations de travail n'a fait que reprendre son analyse en matière de droit du travail et n'a fait que s'inscrire à nouveau dans la tendance qui était la sienne.

Toutefois, il faut mettre en avant l'idée que la jurisprudence de la Haute juridiction, en matière de droit du travail, a connu une période primordiale avec les atténuations aux limites qui avait été préalablement fixées à l'encontre de la recherche probatoire menée par l'employeur. A la manière des arrêts qui ont atténué la loyauté dont devait faire preuve l'employeur dans sa recherche de la preuve à l'égard du salarié ou des arrêts qui ont amoindri la protection de la vie privée de ce dernier face à l'intrusion de l'employeur, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un virage important en matière de protection salariale. Avec les atténuations dégagées par les magistrats de la Haute juridiction, la protection du salarié face à l'employeur en terme de recherche probatoire s'est inévitablement amoindrie dans la mesure où ces atténuations ont permis à l'employeur de rapporter plus facilement la preuve à l'encontre du salarié. Dans cette perspective, alors que la tendance juridique était favorable au salarié face à la recherche probatoire de l'employeur, la jurisprudence a renversé sa dynamique afin de s'inscrire dans une tendance plus modérée et plus compréhensive vis-à-vis des intérêts défendus par l'employeur. Dès lors, il faut souligner que ce virage a nécessairement eu des répercussions en terme de rapport de forces entre le salarié et l'employeur dans la mesure où ce dernier dispose ainsi désormais de moyens plus importants afin de rapporter la preuve d'un fait fautif de son salarié. Par voie de conséquence, les atténuations aux limites préalablement posées par la chambre sociale de la Cour de cassation ont redéfini le rapport de forces global entre l'employeur et son salarié. En effet, le droit du travail est

irrigué par le jeu du droit de la preuve et tend dorénavant à ne plus graviter sans cesse autour de la volonté de protection de la partie la plus faible au contrat de travail qui animait pourtant à l'origine les fondements du droit social.

Néanmoins, peut-on parler d'un changement qui s'inscrit dans une tendance certaine ou peut-on au contraire souligner un changement relatif qui n'aurait pas vocation à s'installer dans le temps de manière inévitable ?

2) La confirmation de la tendance jurisprudentielle par l'analyse relative aux réseaux sociaux

La jurisprudence sur les réseaux sociaux permet d'obtenir une idée de la qualité du changement opéré par l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail. En effet, l'analyse prétorienne à cet égard doit être mise en perspective dans la mesure où elle constitue un excellent indicateur de la tendance actuelle en matière de liberté octroyée à l'employeur dans le cadre probatoire à l'encontre de son salarié. En effet, le développement du célèbre réseau social Facebook a eu pour conséquence indirecte d'offrir à l'employeur une véritable mine d'or d'informations sur ses salariés. Effet pervers non désiré, il s'agit pourtant bien d'une réalité que le géant américain a apporté et qu'il faut désormais prendre en considération sur le terrain du droit de la preuve appliqué au droit du travail. En effet, « comme le montre chaque jour l'actualité, si Internet a permis de donner une nouvelle dimension à la liberté d'expression, on a aussi assisté à une remise en cause de la vie privée ou encore de l'honneur. Ces dérives n'ont pas épargné le monde de l'entreprise ; les blogs et les réseaux sociaux contiennent parfois des propos remettant gravement en cause la probité d'un dirigeant ou la réputation d'une entreprise »¹⁴⁴. C'est dans cette perspective que l'on peut souligner que la jurisprudence sur les réseaux sociaux est un excellent baromètre quant à la tendance dans laquelle les juges souhaitent s'inscrire en matière d'imbrication du droit de la preuve en droit du travail. En

144 B. BOSSU, *Le salarié, le réseau social et l'injure*, La Semaine Juridique Social n° 23, 4 Juin 2013, 1237

effet, l'incroyable essor d'Internet et des réseaux sociaux constitue la plus récente et grande menace à laquelle les salariés s'exposent face à leurs employeurs en considération du fait que ce phénomène touche des millions de personnes en France et donc des millions de travailleurs, aussi bien actuels que futurs.

A cet égard, ce phénomène est complexe dans la mesure où « le statut des éléments relevés sur les réseaux sociaux demeure sujet à discussion et engendre des difficultés en matière de preuve »¹⁴⁵. Dans cette perspective, on peut mettre en avant un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 avril 2013. Il s'agit de l'unique arrêt rendu par la Haute juridiction en lien avec cette problématique qui avait été jusqu'à lors traitée par les juridictions inférieures. Dans cette affaire, la gérante d'une société avait assigné son ancienne salariée en paiement de dommages-intérêts et en prescription de diverses mesures d'interdiction et de publicité, pour avoir publié sur Facebook des propos que l'employeur avait qualifié d'injures publiques. La défense de l'employeur reposait notamment sur le fait « que les informations publiées sur un site de réseau social, qui permet à chacun de ses membres d'y avoir accès à la seule condition d'avoir été préalablement agréé par le membre qui les a publiées, sont publiques »¹⁴⁶. Autrement dit, les arguments de l'employeur gravitaient autour de l'idée selon laquelle toutes les informations publiées sur Facebook par un salarié sont publiques et ne rentrent donc pas dans la sphère du secret des correspondances privées du salarié, ce qui permettrait à l'employeur de les exploiter au titre des preuves qu'il peut légitimement produire en justice. Dès lors, on comprend tout l'enjeu que représentait cet arrêt de part la qualification privée ou publique des informations publiées sur Facebook par un salarié, et plus largement sur un réseau social. A cet égard, les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation ont affirmé que « ne constituent pas des injures publiques celles diffusées sur un compte de réseau social accessible aux seules personnes agréées, en nombre très restreint, par l'auteur des propos injurieux, et qui forment entre elles une communauté d'intérêts »¹⁴⁷.

145 F. JETHA, *Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 13, 31 mars 2015, 1110

146 Cass. Civ. 1ère. 10 avril 2013, n° de pourvoi 11-19530

147 Ibidem

Parallèlement, il faut remarquer que plusieurs jugements prud'homaux et arrêts de cours d'appel ont estimé par exemple que « Monsieur X... a choisi dans le paramètre de son compte, de partager sa page Facebook avec “ses amis et leurs amis”, permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société Y..., qu'il en résulte que ce mode d'accès à Facebook dépasse la sphère privée et qu'ainsi la production aux débats de la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère fondé du licenciement. Dès lors, l'employeur n'a pas violé le droit au respect de la vie privée de la salariée »¹⁴⁸. Lorsque la doctrine rapproche ce type d'analyse avec l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 avril 2013, elle en déduit la dynamique qui est adoptée par la jurisprudence en matière d'imbrication entre la preuve en droit du travail et les réseaux sociaux. A cet égard, on peut souligner que le caractère licite de l'intrusion probatoire de l'employeur dans le réseau social numérique de son salarié est nuancé selon le paramétrage de compte utilisé par ce dernier. C'est ainsi « que l'employeur ne peut se prévaloir des propos d'un salarié tenus sur un réseau social paramétré de manière restrictive, privée. Ainsi, s'agissant du réseau social Facebook par exemple, lorsque le mur est public ou encore est ouvert aux amis des amis, l'employeur peut se prévaloir des propos tenus par le salarié sur ce mur. En revanche, il ne peut pas le faire si le mur n'est accessible qu'aux amis du salarié »¹⁴⁹.

Par ailleurs, on peut remarquer que « par leur sévérité dans l'application des critères de paramétrage permettant de distinguer ce qui relève de l'espace privé et de l'espace public, les juges prud'homaux et les magistrats professionnels transmettent un avertissement aux salariés et les invitent à faire attention à tout ce qu'ils disent sur Facebook qui pourra se retourner contre eux »¹⁵⁰. Dès lors, il s'agit d'une jurisprudence en demi-teinte pour la protection du salarié face aux intrusions de l'employeur dans le cadre de sa recherche de la preuve. En effet, le compte Facebook du salarié n'est pas protégé *ipso facto* face à l'employeur. Ainsi, tout dépend du respect ou non de certaines conditions de paramétrage du compte par le salarié. Dès lors, s'il est vrai que cette jurisprudence protège tout de même la vie privée du salarié si ce dernier a pris la peine de paramétrer son compte

148 Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-853

149 A. HEILLY, *Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants*, La Semaine Juridique Social, n° 42, 14 octobre 2014, 1393

150 A. BELLO, *Le licenciement pour motif tiré de Facebook : un changement... dans la continuité*, La Semaine Juridique Social n° 26, 26 Juin 2012, 1280

en conséquence, il faut avoir à l'esprit qu'il n'en va pas de même pour bon nombre de travailleurs qui ne prennent pas assez en considération les dangers et les dérives d'Internet. S'il est vrai également que nul n'est censé ignorer la loi, il serait utopique de penser pour autant que tous les salariés utilisant les réseaux sociaux ont connaissance de cette direction jurisprudentielle. Il résulte de cette analyse prétorienne la possibilité pour l'employeur de s'immiscer dans un cadre que les juges considèrent comme public, mais qui en réalité se révèle être privé dans l'esprit du salarié. Par conséquent, cette jurisprudence permet indirectement à l'employeur de s'immiscer dans le cadre de la vie privée de certains salariés qui, lorsqu'ils publient des critiques parfois virulentes sur leurs employeurs, sont très loin d'imaginer les conséquences néfastes qui pourraient s'en dégager à leur rencontre. De surcroît, même face à un salarié soucieux de se protéger face à son employeur, la réponse apportée par la jurisprudence peut présenter des risques pour le respect de sa vie privée. En effet, « s'agissant des réseaux sociaux, toute la difficulté est de savoir si on peut, ou non, caractériser une communauté d'intérêts »¹⁵¹. A cet égard, « la question reste néanmoins complexe car même si l'intéressé réserve à ses seuls amis l'accès à son compte, ceux-ci peuvent être fort nombreux »¹⁵². Dès lors, « la Cour de cassation a donc raison d'insister sur la nécessité de vérifier que les personnes agréées sont en nombre très restreint »¹⁵³. Néanmoins, on peut légitimement se demander à partir de combien d'amis sur un réseau social les juges considéreraient qu'il ne s'agit plus d'un nombre restreint pour encore pouvoir parler de sphère privée du salarié. Si on comprend qu'il appartiendra aux juges du fond de statuer souverainement sur ce point, l'incertitude juridique qui s'en dégage est tout de même conséquente pour les salariés et par la même occasion pour leur vie privée. Par ailleurs, la tendance étant au développement de l'utilisation des réseaux sociaux et parallèlement à la multiplication des contacts virtuels, la protection apportée par la jurisprudence à l'égard du salarié qui navigue sur les réseaux sociaux risque pour ce dernier de ne pas s'appliquer dans la majorité des cas.

151 A. BAREGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, La Semaine Juridique Social n° 41, 8 Octobre 2013, 1393

152 Ibidem

153 Ibid

Dans cette perspective, on peut donc avancer l'idée selon laquelle la jurisprudence actuelle relative à la recherche probatoire sur les réseaux sociaux du type Facebook n'est pas favorable au salarié, et tend à remettre en cause au moins l'une des deux protections au bénéfice de ce dernier que nous avons évoqué tout au long de notre étude. A cet égard, c'est le respect de la vie privée du salarié par l'employeur dans sa recherche probatoire qui semble menacé. Ainsi, cette analyse prétorienne s'inscrit dans une tendance qui vise à favoriser les intérêts de l'employeur dans le cadre de sa recherche de la preuve face à la protection du salarié. On constate par conséquent que cette dernière s'amenuise face à la prise en considération de plus en plus importante de la jurisprudence pour les intérêts défendus par l'entreprise et par l'employeur au travers de son pouvoir de contrôle. C'est dans cet ordre d'idée que l'on peut souligner que la tendance jurisprudentielle actuelle, de part l'excellent indicateur représenté par l'analyse prétorienne sur les réseaux sociaux en plein essor, a pour conséquence de participer à l'élaboration d'un nouvel équilibre entre les protagonistes du droit du travail. Ainsi, le jeu du droit de la preuve dans cette matière tend à modifier le rapport de forces entre le salarié et son employeur. Si, comme nous l'avons montré, le droit se souciait initialement de protéger le salarié face à son employeur, il tend aujourd'hui à rééquilibrer la situation de part le jeu du droit de la preuve afin d'apporter une réponse plus égalitaire, voir potentiellement plus soucieuse des intérêts de l'employeur et de l'entreprise par rapport aux protections accordées au salarié. C'est autour de cette réflexion que gravite l'idée selon laquelle le droit de la preuve appliquée à la matière du droit du travail tend à faire basculer le rapport de forces entre le salarié et l'employeur, et par la même occasion tend à redéfinir l'essence même du droit du travail, initialement conçu comme extrêmement protecteur du salarié.

Conclusion

Il résulte de ces développements l'idée selon laquelle il est certain que l'imbrication entre le droit de la preuve et le droit du travail, quand on l'étudie au travers de la manière dont l'employeur peut ou non mener sa quête probatoire à l'encontre de son salarié, entraîne de grandes conséquences en matière de politiques sociales. En effet, selon le degré de prise en considération du pouvoir de contrôle de l'employeur et des garanties qui sont celles du salarié, c'est l'essence même du droit du travail qui peut se voir confirmée ou bouleversée. Il ressort également de notre étude que la tendance actuelle semble être celle d'une meilleure compréhension des intérêts défendus par l'employeur. A cet égard, il faut noter que c'est avant tout la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui semble avoir révisée ses priorités et qui s'inscrit désormais dans un mouvement tendant à prendre avec plus d'importance les impératifs des entreprises françaises, quitte à délaisser parfois le salarié. Cette situation est inhabituelle pour cette partie faible au contrat de travail qui a toujours été par le passé très globalement soutenu par la plupart des magistrats de la Haute juridiction. On ne peut qu'être tenté d'établir un rapprochement entre cette tendance jurisprudentielle et la situation économique actuelle de la France et de ses entreprises que l'on peut parfois qualifier de relativement difficile. En effet, le juge aurait-il désormais le désir, au travers de ses décisions, d'offrir à l'employeur plus d'indulgence, plus de facilité lors de sa recherche de la preuve à l'encontre de son salarié ? La jurisprudence aurait-elle fait le choix de privilégier le chef d'entreprise au détriment du salarié afin de lui faciliter à l'avenir la tâche probatoire dans la perspective qu'il puisse défendre au mieux les intérêts recherchés par sa société ? Ce qui est toutefois certain, c'est que l'analyse prétorienne actuelle quant à l'imbrication du droit de la preuve en droit du travail tend à modifier le rapport de forces qui existe entre l'employeur et son salarié. Ainsi, à tout le moins de manière indirecte et involontaire, la jurisprudence s'inscrit désormais dans une dynamique tendant à redéfinir la protection qui doit être accordée au salarié dans une entreprise face à son employeur. Ce constat n'est pas sans conséquence lorsque l'on rappelle que le travail représente pour l'immense majorité des Français un élément primordial de leur vie et, qu'à ce titre, la manière dont il est régi par le droit entraîne inévitablement de lourdes implications. Ainsi, alors que le droit français proposait une conciliation des intérêts en présence en faveur du salarié, il semble tendre désormais vers un avantage donné à l'employeur et aux entreprises. Cette tendance jurisprudentielle est-elle simplement le témoin de flux et de reflux qui ne laisseront pas de marque indélébile sur la paysage juridique et social français ou bien, au contraire, est-elle le précurseur

d'une nouvelle politique sociale ? Il faut noter que la réponse à cette question ne peut être donnée dans l'immédiat mais qu'il conviendra de suivre avec attention les évolutions de la situation économique de la France et plus largement de l'Europe qui pourraient à cet égard avoir des impacts importants. Soulignons enfin que notre étude aura permis de mettre en valeur toute la richesse et tout l'intérêt inhérent au droit qui, d'un problème strictement juridique représenté par la façon dont l'employeur peut rapporter ou non la preuve d'un fait à l'encontre de son salarié, a cette faculté de soulever des interrogations beaucoup plus larges, et qui concernent en fin de compte un panel très conséquent d'individus.

Bibliographie

I) Textes législatifs nationaux et européens

- Article 9 du Code civil
- Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
- Article 9 du Code de procédure civile
- Article 145 du Code de procédure civile
- Article L 1121-1 du Code du travail
- Article L 1222-4 du Code du travail
- Article L1235-1 du Code du travail
- Article L 2323-32 du Code du travail

II) Textes doctrinaux et rapports

- A. BAREGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 41, 8 octobre 2013, 1393
- S. BEAL, *Accès aux messages électroniques personnels du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 28, 10 juillet 2007, 1537
- S. BEAL, *Vidéosurveillance : précisions apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation ?*, La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n° 38, 22 septembre 2005, 1394
- A. BELLO, *Le licenciement pour motif tiré de Facebook : un changement... dans la continuité*, La Semaine Juridique Social n° 26, 26 Juin 2012, 1280
- F. BITAN, *Messagerie électronique de l'entreprise : le pouvoir de contrôle de l'employeur à l'épreuve du secret des correspondances*, Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2004, étude 15
- B. BOSSU, *Dictaphone, loyauté et vie privée du salarié*, La Semaine Juridique Social, numéro 37, 11 septembre 2012, 1371
- B. BOSSU, *L'employeur peut consulter les SMS des téléphones portables professionnels*, La Semaine Juridique Social n° 17-18, 28 avril 2015, 1155
- B. BOSSU, *Le salarié, le réseau social et l'injure*, La Semaine Juridique Social n° 23, 4 Juin 2013, 1237
- B. BOSSU, *Le SMS n'est pas un mode de preuve déloyal*, La Semaine Juridique Social, n° 31, 31 juillet 2007, 1601
- B. BOSSU, *Rupture du contrat de travail, témoignage en justice et correspondance privée*, La Semaine Juridique Social, n° 39, 25 septembre 2007, 1716
- B. BOSSU, *Vidéosurveillance et preuve de la faute du salarié*, La Semaine Juridique Social, n° 26, 28 juin 2011, 1313
- F. BARDY, *Rapport du Conseiller rapporteur à la Cour de cassation*, relativement à Ass. Plén. 24 octobre 2008, n° de pourvoi 07-42799
- Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, Paris 1989, p. 243
- A. CHEVILLARD, *Droit social*, n° 4, avril 1993
- A. CHIREZ et P. BOUGHANMI-PAPI, *Vidéosurveillance : droit à l'image et vie privée des salariés*, BS Lefebvre 1994, p. 570

- M. GREVY, *Dr. soc.* 1995, p. 330
- A. HEILLY, *Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants*, *La Semaine Juridique Social*, n° 42, 14 octobre 2014, 1393
- F. JETHA, *Liberté d'expression et manquements aux obligations du salarié*, *La Semaine Juridique Social*, n° 13, 31 mars 2015, 1110
- V. LAMOINE, *La preuve en matière prud'homale, des règles adaptées à un droit vivant*, Rapport remis à la Commission Droit social du 22 septembre 2014, Introduction, p.1
- P. LANGLOIS, *Courrier électronique et vie privée au travail*, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3286
- A. LEBORGNE, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, *RTD civ.* 1996, p. 546
- A. LEPAGE, *La bataille du mail*, *Communication Commerce électronique* n° 11, novembre 2011, comm. 120
- G. LOISEAU, *La géolocalisation sous contrôle*, *La Semaine Juridique Social* n° 6, 7 février 2012, 1054
- L. MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, *D.* 2007. Chron. 1035
- R. PERROT, *La recherche loyale des preuves*, *Procédure* numéro 5, mai 2008, comm. 137
- C. PUIGELIER, *Contrôle et surveillance des salariés dans l'entreprise : étendue du pouvoir de contrôle de l'employeur à l'aide de moyens licites*, *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 6, 7 février 2001, II, 10472
- J. RAVANAS, *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail*, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1305

III) Jurisprudences et délibérations

- Cass. Soc. 16 janvier 1991, n° de pourvoi 89-41052
- Cass. Soc. 20 novembre 1991, n° de pourvoi 88-43120
- Cass. Soc. 20 novembre 1991, n° de pourvoi 89-44605
- Cass. Crim. 23 juillet 1992, n° de pourvoi 92-82721
- Cass. Crim. 6 février 1994, n° de pourvoi 93-82717
- Cass. Soc. 22 mai 1995, n° de pourvoi 93-44078
- Cass. Soc. 10 juillet 1996, n° de pourvoi 93-40966
- Cass. Soc. 10 juillet 1996, n° de pourvoi 93-41137
- Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° de pourvoi 94-13187
- Cass. Soc. 11 mars 1998, n° de pourvoi 96-40147
- Cass. Soc. 14 mars 2000, n° de pourvoi 98-42090
- Cass. Soc. 15 mai 2001, n° de pourvoi 99-42219
- Cass. Soc. 15 mai 2001, n° de pourvoi 99-42937
- Cass. Soc. 2 octobre 2001, n° de pourvoi 99-42942
- Cass. Soc. 31 janvier 2001, n° de pourvoi 98-44290
- Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° de pourvoi 00-42368
- Cass. Civ. 2 ème. 7 octobre 2004, n° de pourvoi 03-12653
- Cass. Soc. 19 avril 2005, n° de pourvoi 02-46295
- Cass. Soc. 17 mai 2005, n° de pourvoi 03-40017

- CNIL, délibération du 16 mars 2006, n° 2006-066
- Cass. Soc. 26 avril 2006, n° de pourvoi 04-43582
- Cass. Soc. 7 juin 2006, n° de pourvoi 04-43866
- Cass. Soc. 18 octobre 2006, n° de pourvoi 04-48025
- Cass. Soc. 23 mai 2007, n° de pourvoi 05-17818
- Cass. Soc. 18 mars 2008, n° de pourvoi 06-40852
- Cass. Soc. 18 mars 2008, n° de pourvoi 06-45093
- Cass. Soc. 16 décembre 2008, n° de pourvoi 07-43993
- CNIL, délibération du 16 avril 2009, n° 2009-201
- Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-853
- Cass. Ass. Plen. 7 janvier 2011, n° de pourvoi 09-14316 et 09-14667 (jonction)
- Cass. Soc. 2 février 2011, n° de pourvoi 10-14263
- Cass. Soc. 3 novembre 2011, n° de pourvoi 10-18036
- Cass. Soc. 23 mai 2012, n° de pourvoi 10-23521
- Cass. Soc. 4 juillet 2012, n° de pourvoi 11-30266
- Cass. Soc. 4 juillet 2012, n° de pourvoi 11-12502
- Cass. Civ. 1ère. 10 avril 2013, n° de pourvoi 11-19530
- Cass. Soc. 14 janvier 2014, n° de pourvoi 12-16218
- CNIL, délibération du 17 juillet 2014, n° 2014-307
- Cass. Soc. 8 octobre 2014, n° de pourvoi 13-14991
- Cass. Soc. 5 novembre 2014, n° de pourvoi 13-18427
- Cass. Com. 10 février 2015, n° de pourvoi 13-14779

TABLES DES MATIERES

Page de garde	p1
Remerciements.....	p2
Sommaire.....	p3
Introduction.....	p4
Première partie/ La recherche de la preuve par l'employeur : une quête soumise à un encadrement juridique solide.....	p8
Premier chapitre/ La recherche de la preuve par l'employeur face au principe de loyauté probatoire.....	p9
Première section/ Les limites à la recherche de la preuve quant à la loyauté de l'employeur....	p9
A/ Des limites fondées sur le comportement passif de l'employeur.....	p10
1. L'information préalable du salarié.....	p10
2. L'information préalable du comité d'entreprise et de la CNIL.....	p13
B/ Des limites fondées sur le comportement actif de l'employeur.....	p15
1. Le non-respect de la légalité par l'employeur.....	p15
2. Les stratagèmes et les mises en scènes pour piéger le salarié.....	p16
3. Les filatures.....	p19
4. La prise de connaissance des conversations téléphoniques.....	p21
5. Les dissimulations de caméras.....	p22
Seconde section/ L'encadrement des comportements de l'employeur en matière probatoire..	p23
A/ L'interdiction du comportement déloyal de l'employeur.....	p23
B/ La suprématie de l'exigence de loyauté probatoire face à celle des intérêts de l'entreprise.....	p25
Second chapitre/ La recherche de la preuve par l'employeur face à la vie privée du salarié.....	p27
Première section/ Les limites à la recherche de la preuve quant à la vie privée du salarié.....	p27
A/ Les limites relatives aux correspondances.....	p27
1. La jurisprudence fondamentale en matière de correspondances.....	p28
2. Une jurisprudence très protectrice du salarié.....	p29

B/ Les limites relatives à la vidéosurveillance.....	p31
C/ Les limites relatives à la géolocalisation.....	p33
1. La jurisprudence fondamentale relative à la géolocalisation.....	p33
2. Les critères relatifs à l'atteinte à la liberté du salarié.....	p35
a) Le critère de la finalité déclarée lors de la mise en place du système.....	p35
b) Le critère d'absence de liberté du salarié dans l'organisation de son travail.....	p36
3. Le critère de la proportionnalité du but recherché vis-à-vis de l'atteinte à la vie privée du salarié opérée.....	p37
Seconde section/ L'encadrement des domaines de recherches probatoires de l'employeur.....	p39
A/ La difficile intrusion de l'employeur au sein de la vie privée du salarié.....	p39
B/ La suprématie de la protection du salarié face à celle des intérêts de l'entreprise.....	p41
Seconde partie/ La recherche de la preuve par l'employeur : une quête en expansion et justifiée par son pouvoir de contrôle.....	p44
Premier chapitre/ Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme justificatif à la recherche de la preuve.....	p45
Première section/ Le pouvoir de contrôle de l'employeur poursuivant la défense des intérêts de l'entreprise.....	p45
A/ La nécessaire défense des intérêts de l'entreprise par l'employeur.....	p46
1. Des intérêts à long terme de nature économique.....	p46
2. Des intérêts justifiant la volonté de licencier le salarié.....	p47
B/ Le pouvoir de contrôle légitime de l'employeur comme arme juridique protectrice....	p49
1. La légitimité du pouvoir de contrôle de l'employeur.....	p49
2. Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme soutien aux intérêts de l'entreprise..	p50
Seconde section/ Le pouvoir de contrôle atténuant les limites probatoires de l'employeur.....	p51
A/ Les atténuations aux limites relatives à la loyauté de l'employeur.....	p52
1. Le détournement de la finalité déclarée lors de la mise en place du système.....	p52
2. La mise à l'écart de l'information préalable du salarié.....	p55

a) L'atténuation consacrée pour la vidéosurveillance effectuée dans un seul but de surveillance du lieu dans lequel les salariés n'ont pas accès.....	p55
b) L'atténuation tenant au contrôle de l'activité du salarié sans mise en place d'un dispositif spécifique de vidéosurveillance.....	p58
c) L'atténuation tenant à la présomption de connaissance de l'enregistrement..	p59
d) L'atténuation consacrée en cas de contrôle d'un service interne à l'entreprise chargé de cette mission.....	p62
B/ Les atténuations aux limites relatives à la vie privée du salarié.....	p64
1. La relative protection de la vie privée du salarié quant à ses correspondances.....	p64
2. La relative protection de la vie privée du salarié quant aux enregistrements sonores..	p70
3. La relative protection de la vie privée du salarié quant aux enregistrements visuels..	p71
Second chapitre/ Le pouvoir de contrôle de l'employeur comme moteur à une recherche de la preuve de plus en plus facilitée.....	p74
Première section/ La protection amoindrie du salarié lors de la recherche de la preuve par l'employeur.....	p74
A/ La plus grande liberté dans la recherche de la preuve comme résultante du pouvoir de contrôle de l'employeur.....	p75
B/ La prise en compte équilibrée des intérêts du salarié et de l'employeur lors de sa recherche de la preuve.....	p78
Seconde section/ Vers un basculement du rapport de forces en droit du travail de part l'imbrication du droit de la preuve.....	p79
A/ Le cadre juridique historiquement protecteur du salarié réalisé par le droit du travail.....	p80
1. Un environnement légal inscrit dans une tendance protectrice du salarié.....	p80
2. Un environnement jurisprudentiel inscrit dans une tendance protectrice du salarié.....	p82
B/ L'atténuation du cadre juridique protecteur du salarié de part le jeu du droit de la preuve.....	p84
1. La modification du rapport de force en droit du travail de part le jeu du droit de la preuve.....	p85
2. La confirmation de la tendance jurisprudentielle par l'analyse relative aux réseaux sociaux.....	p86

Conclusion.....	p91
Bibliographie.....	p93
I/ Textes législatifs nationaux et européens.....	p93
II/ Textes doctrinaux et rapports.....	p94
III/ Jurisprudences et délibérations.....	p96