

# L'admission des preuves illicites et déloyales : le point sur les dernières décisions



# L'admission des preuves illicites et déloyales : le point sur les dernières décisions

L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 22 décembre 2023<sup>1</sup> a eu l'effet d'un souffle sur les règles entourant l'admissibilité des preuves illicites ou déloyales dans un procès civil. Cette décision, rendue par l'assemblée plénière, « ouvre sur le temps d'après : celui du recul pour en mesurer pleinement l'effet de souffle, celui aussi des suites à lui donner. »<sup>2</sup>

Depuis cet arrêt de 2023, dont les principes ne sont pas encore clairement établis, la jurisprudence a eu l'occasion de mettre en pratique le contrôle exigé par la formation la plus solennelle de la haute juridiction.

En effet, l'étude de ces arrêts postérieurs à 2023 permet de dessiner plus précisément la méthode d'admissibilité des modes de preuves illicites ou déloyales au cours d'un procès civil. Si l'admissibilité de ces preuves reste l'exception, une variété de preuves jusqu'alors proscrites sont parvenues jusqu'aux procès civils.

## → Bref rappel sur l'admissibilité des preuves illicites et déloyales

### ■ Les preuves illicites d'abord

La preuve illicite se définit comme celle obtenue par une des parties en méconnaissance d'une obligation prévue par le droit. A l'origine, cette preuve était systématiquement écartée des débats.

1. Cass, AP, 22/12/23, N°20-648.

2. G.Loiseau, La preuve transgressive aux débats, CCE 2024, n° 3, Comm. 5, spéc. n° 20.

Un premier arrêt du 30 septembre 2020 dit « *Petit bateau* » a admis que l'atteinte à la vie privée de la salariée ne rendait pas la preuve illicite nécessairement irrecevable. En effet, celle-ci est admissible dès lors qu'elle est indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, et proportionnée au but poursuivi.

Cette position a été réaffirmée dans un arrêt du 25 novembre 2020 dit « *AFP* »<sup>3</sup>, qui admet - sous conditions - la preuve illicite contrevenant au respect de la vie privée d'un salarié, en produisant des données à caractère personnel.

Par la suite, la chambre sociale de la Cour de cassation est allée encore plus loin.

Dans un arrêt du 8 mars 2023, celle-ci a délivré un véritable mode d'emploi de l'admissibilité de la preuve illicite invoquée par l'employeur en présence d'une **atteinte à la vie personnelle du salarié** - et non plus simplement **des données personnelles**<sup>4</sup>.

➤ **Dans un premier temps**, en présence d'une preuve illicite, le juge doit s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur ayant permis d'obtenir la preuve litigieuse et vérifier les raisons concrètes qui justifient le recours à un dispositif d'une telle ampleur.

➤ **Dans un second temps**, le juge doit rechercher le caractère indispensable de la preuve illicite, en regardant s'il n'existait pas d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié pour parvenir à un résultat identique.

➤ **Dans un troisième temps**, le juge doit opérer une mise en balance et un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par l'employeur avec l'utilisation d'une preuve illicite et l'atteinte portée à la vie privée du salarié.

## ■ Les preuves déloyales ensuite

D'autre part, une preuve peut être considérée comme déloyale dès lors qu'elle a été recueillie à l'insu de la personne ou obtenue au terme d'un

---

3. Cass.soc. 25/11/20, n°17-19,523.

4. Cass.soc. 8/03/23, n°21-17802.

stratagème. Le principe de la loyauté de la preuve avait été admis par la chambre sociale<sup>5</sup>, et même affirmé par l'assemblée plénière en 2011<sup>6</sup>, à l'aune de la Convention européenne des droits de l'Homme et régulièrement réaffirmée depuis. Dès lors, la preuve déloyale était automatiquement déclarée irrecevable dans un procès civil.

À la suite de cela, la chambre sociale de la Cour de cassation a commencé à admettre des preuves déloyales, mais seulement dans certaines situations précises.<sup>7</sup>

C'est dans ce contexte que l'arrêt de l'assemblée plénière<sup>8</sup> du 23 décembre 2023 a opéré un revirement de jurisprudence.

L'assemblée plénière admet désormais que « *dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats.* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet la recevabilité de la preuve déloyale dans les mêmes conditions que celles posées pour la preuve illicite.

C'est à l'aune de ce revirement qu'il s'agit d'analyser les arrêts rendus en 2024 par la Cour de cassation. Si les premières applications en droit du travail donnent des illustrations utiles de cette nouvelle méthode, d'autres branches du droit civil permettent également de mieux appréhender les exigences de l'assemblée plénière.

## → L'application du revirement en droit du travail

### ■ Des premières applications rigoureuses du nouveau principe

Les premiers arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, postérieurs au revirement de jurisprudence, laissent à penser que l'exception d'admissibilité de la preuve déloyale ou illicite sera strictement appliquée et contrôlée par la Cour, pour éviter ce que certains auteurs de doctrine qualifient de potentiel « *Far West* » probatoire.

5. Cass.soc.20/11/91, n°88-43.120.

6. Cass. AP. 07/01/11, n°09-14.316.

7. Cass.soc.31.03.15, n°13-24.410 / 09.11.16, n°16-10.203/30.10.20, n°19-12.058.

8. Il s'agit de la formation de jugement la plus solennelle de la Cour de cassation au sein de laquelle toutes les chambres sont représentées.

➤ **Dans un premier arrêt de la chambre sociale du 17 janvier 2024<sup>9</sup>**, un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en invoquant un harcèlement moral de son employeur. Dans son pourvoi, il fait grief à la cour d'appel d'avoir écarté une de ses pièces, la retranscription clandestine de son entretien avec les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (le CHSCT) de la société.

La Cour de cassation, après avoir rappelé les nouvelles règles d'admissibilité de la preuve déloyale, rejette le pourvoi.

Elle motive son rejet en ce que « *la cour d'appel qui a, d'une part relevé que le médecin du travail et l'inspecteur du travail avaient été associés à l'enquête menée par le CHSCT et que le constat établi par le CHSCT dans son rapport d'enquête du 2 juin 2017 avait été fait en présence de l'inspecteur du travail et du médecin du travail, d'autre part retenu, après avoir analysé les autres éléments de preuve produits par le salarié, que ces éléments laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral, faisant ainsi ressortir que la production de l'enregistrement clandestin des membres du CHSCT n'était pas indispensable au soutien des demandes du salarié, a légalement justifié sa décision.* »

Ici, la chambre sociale refuse l'admissibilité de la retranscription clandestine de l'entretien avec le CHSCT, au motif que la deuxième étape, celle du caractère indispensable fait défaut.

La Cour considère que d'autres éléments de preuve laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral, parmi lesquels le rapport d'enquête du CHSCT auquel avaient participé le médecin et l'inspecteur du travail. Ainsi, il n'apparaissait pas indispensable de produire la preuve déloyale.

➤ **Dans un autre arrêt du 14 février 2024<sup>10</sup>**, une salariée reproche à son employeur de l'avoir licenciée pour faute grave en se fondant sur un dispositif de vidéo-surveillance mis en place de manière illicite qui avait révélé des vols. Ce mode de preuve avait été admis par la cour d'appel.

La chambre sociale de la Cour de cassation se prononce cette fois-ci sur la recevabilité d'une preuve illicite. Elle rejette le pourvoi et motive sa décision en énonçant une formule identique à celle énoncée dans l'arrêt du 8 mars 2023, en reprenant le triptyque légitimité, nécessité et proportionnalité.

---

9. Cass.soc.17/01/24, n°22-17474.

10. Cass.soc.14/02/24, n°22-23.073.

Ainsi, la Cour s'interroge-t-elle d'abord sur la légitimité du but poursuivi, et ensuite sur la légitimité du procédé probatoire employé. Pour cela, elle observe les raisons concrètes justifiant d'y avoir recours. Dans le cas d'espèce, le but légitime poursuivi par l'employeur était le droit de veiller à la protection de ses biens.

Ici, après avoir constaté des anomalies dans les stocks, l'entreprise avait exclu l'hypothèse de vols par des clients en visionnant des enregistrements issus de la vidéo-surveillance. Elle pouvait donc légitimement soupçonner l'implication d'un salarié.

Pour certains auteurs, l'examen de la légitimité du procédé utilisé, et par conséquent de l'atteinte aux droits des parties, « *participe davantage du contrôle de proportionnalité, dont elle constitue la première étape, que de la vérification du caractère indispensable de la production de la preuve* »<sup>11</sup>.

Autrement dit, cette étape du contrôle de légitimité du procédé probatoire oblige nécessairement le juge à se positionner d'emblée sur la gravité de l'atteinte exercée sur le salarié. Aussi, il serait étonnant de voir un procédé probatoire légitime et indispensable déclaré irrecevable en raison de la disproportion qu'il engendre dans l'équilibre des droits en présence. Espérons que le Cour de cassation viendra éclaircir cette légitime interrogation dans ses prochaines décisions..

La Cour de cassation va ensuite s'intéresser à l'appréciation du caractère indispensable de la preuve litigieuse. Après avoir exclu l'hypothèse de vols par des clients, confirmés par des inventaires présentant des écarts injustifiés, la responsable de la société avait décidé de suivre les produits lors de leur passage en caisse. Elle avait ensuite décidé de croiser les séquences vidéo sur lesquelles apparaissaient les ventes de la journée avec les relevés des journaux informatiques de vente.

Cette présentation par l'entreprise laissait donc à penser qu'il s'agissait du seul moyen à sa disposition pour démontrer l'origine des écarts constatés après des premières recherches restées infructueuses. Dans ce contexte, la Cour de cassation admet le caractère indispensable de ce moyen de preuve.

Une partie de la doctrine critique l'appréciation du caractère indispensable

---

11. Julie Klein, « *Admissibilité des preuves déloyales et illicites : premières applications du revirement de jurisprudence* », RTD Civ. 2024 p.470

de la preuve illicite, en ce qu'il peut parfois se confondre avec les circonstances ayant justifié son utilisation<sup>12</sup>.

Enfin, la Cour de cassation, aborde le troisième temps de l'analyse : le contrôle de proportionnalité entre la production de la vidéosurveillance par l'employeur et l'atteinte aux droits antinomiques du salarié.

La Cour a alors à arbitrer entre le droit de la salariée au respect de sa vie privée et le droit de l'employeur au bon fonctionnement de l'entreprise. Elle considère alors que « *le visionnage des enregistrements avait été limité dans le temps, dans un contexte de disparition de stocks, après des premières recherches restées infructueuses et avait été réalisé par la seule dirigeante de l'entreprise* ».

C'est donc le contexte du recours à la vidéosurveillance, ainsi que l'analyse de son usage dans le temps et des personnes y ayant accès, qui ont permis de considérer l'atteinte comme proportionnée.

À cet égard, la Cour estime que, après avoir constaté la « *mise en balance de manière circonstanciée* » réalisée par la cour d'appel, celle-ci avait « *pu déduire que la production des données personnelles issues du système de vidéosurveillance était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, de sorte que les pièces litigieuses étaient recevables* ».

➤ **Dans un autre arrêt du 25 septembre 2024<sup>13</sup>**, une salariée est licenciée pour avoir copié sur 5 clés USB trouvées dans son bureau un nombre considérable de fichiers de son entreprise, y compris certains relatifs à la fabrication et auxquels elle n'avait pas accès au vu de ses fonctions d'assistante commerciale. L'employeur avait fait cette découverte en ouvrant des clés USB trouvées dans le bureau de la salariée, sans sa présence et sans l'avoir appelée.

La cour d'appel ayant admis ce moyen de preuve dans les débats, la salariée a formé un pourvoi pour dénoncer l'illicéité de cette preuve.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et admet cette preuve. Selon elle, l'employeur agissait tout d'abord de façon légitime en voulant préserver la confidentialité de ses affaires. D'autre part, l'employeur justifiait du caractère indispensable de la preuve,

---

12. Julie Klein, *Ibidem*.

13. Cass.soc.25/09/24, n°23-13.992.

puisqu'il démontrait que le contrôle effectué sur les clés USB était légitime « au regard du comportement de la salariée qui, selon le témoignage de deux de ses collègues, avait, courant juin et juillet 2017, travaillé sur le poste informatique d'une collègue absente et imprimé de nombreux documents qu'elle avait ensuite rangés dans un sac plastique placé soit au pied de son bureau soit dans une armoire métallique fermée. »

Enfin, l'employeur justifiait du caractère proportionné de l'atteinte à la vie privée de la salariée, en ce « qu'il s'était borné à produire les données strictement professionnelles reproduites dans une clé unique après le tri opéré par l'expert qu'il avait mandaté à cet effet, en présence d'un huissier de justice, les fichiers à caractère personnel n'ayant pas été ouverts par l'expert et ayant été supprimés de la copie transmise à l'employeur, selon procès-verbal de constat en date du 11 septembre 2017 ».

Si l'appréciation du caractère proportionné par les juges n'appelle pas de commentaires particuliers, l'examen du caractère indispensable semble quant à lui curieux au vu de la légèreté des indices dont disposait l'employeur sur le comportement fautif de la salariée.

Au vu des premières jurisprudences postérieures à celle de l'assemblée plénière, il semble que la chambre sociale de la Cour de cassation entende opérer un contrôle strict de la nouvelle règle d'admissibilité des modes de preuves illicites ou déloyales. Il est à noter qu'à ce stade, c'est la deuxième étape de l'admissibilité des preuves illicites ou déloyales, à savoir le caractère indispensable de la preuve, qui conduit les juges du fond à écarter certaines preuves déloyales des débats<sup>14</sup>.

Pour l'heure, les juges du fond considèrent la preuve comme n'étant pas indispensable en ce que d'autres éléments de preuve, moins attentatoires aux libertés, étaient de nature à établir les faits allégués.

Si une application stricte de la nouvelle règle d'admissibilité et un contrôle lourd par la chambre sociale de la Cour de cassation se dessinent, une souplesse dans son application tend aussi à s'inscrire selon le régime de la preuve en question.

---

14. CA Versailles.06/03/24, RG 21/03617/ CA Toulouse.05/04/24, RG'22/02913/ CA Rennes.10/04/24, RG'19/02887/ CA Riom. 16.04.24, RG'22/00124/ CA Versailles. 2.05.24, RG' 22/00280/ CA Amiens. 22.05.24, RG n°23/02797.

## ■ Une méthode plus souple en cas d'aménagement de la charge de la preuve ?

Une tendance semble se dessiner dans la jurisprudence quant à l'admissibilité de la preuve illicite ou déloyale, en fonction de la partie qui s'en prévaut ainsi que de l'objet de la preuve en question.

➤ Dans un arrêt de la chambre sociale du 10 juillet 2024<sup>15</sup>, une salariée agit contre son licenciement en invoquant un harcèlement moral de son employeur. Et pour prouver les pressions et le harcèlement subis, elle tente de verser aux débats l'enregistrement clandestin d'un entretien avec son employeur.

La cour d'appel déboute la salariée et rejette la pièce dans la mesure où, contrairement à ce que soutient la salariée, elle avait d'autres choix que d'enregistrer l'entretien avec son employeur pour prouver la réalité du harcèlement subi depuis plusieurs mois, le caractère indispensable de cette preuve faisant ainsi défaut.

De plus, la cour d'appel estime que cet enregistrement clandestin, contraire au principe de la loyauté dans l'administration de la preuve, doit être écarté des débats, en ce que l'atteinte portée aux principes protégés n'est ici pas strictement proportionnée au but poursuivi.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel. Selon elle, ne revenant pas au salarié de prouver le harcèlement moral, il appartenait à la cour d'appel de vérifier plus précisément si l'enregistrement clandestin n'était pas indispensable pour apporter la preuve d'éléments permettant de présumer l'existence d'un harcèlement.

La salariée invoquait notamment cet enregistrement au titre des éléments permettant de présumer l'existence de ce harcèlement, seule possibilité pour elle de prouver les pressions exercées par l'employeur pour qu'elle accepte une rupture conventionnelle.

Ainsi, une forme de souplesse dans la méthode d'admissibilité de la preuve déloyale ou illicite semble se dessiner. Si la partie qui se prévaut de l'exception d'admissibilité d'une preuve litigieuse, doit non pas rapporter la preuve d'un harcèlement mais « se contenter » de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de ce comportement, il semble que le

---

15. Cass.soc.10/07/24, n°23-14.900.

caractère indispensable de la preuve litigieuse puisse être plus facilement admis pour un salarié. Ceci en considérant la difficulté pour la partie faible au contrat de travail de prouver ces agissements dès lors qu'il s'agit du seul élément probatoire.

Cet assouplissement du caractère indispensable avait déjà été formulé dans l'arrêt du 17 janvier 2024 énoncé plus tôt.

Dans cet arrêt précité, la retranscription clandestine de l'entretien avec le CHSTC n'avait pas été considérée comme indispensable pour laisser présumer, et non prouver, un harcèlement moral, en raison de la participation de la médecine du travail dans le rapport du CHSTC.

Ainsi la Cour de cassation avait considéré « *après avoir analysé les autres éléments de preuve produits par le salarié, que ces éléments laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral, faisant ainsi ressortir que la production de l'enregistrement clandestin des membres du CHSCT n'était pas indispensable au soutien des demandes du salarié, a légalement justifié sa décision.* »

➤ **De même, un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 2024<sup>16</sup> réaffirme la volonté de la haute juridiction d'opérer un contrôle lourd**, et non simplement de motivation, sur les juges du fond concernant l'admissibilité des preuves illicites ou déloyales.

Dans cet arrêt, une cour d'appel rejette la demande d'indemnisation du salarié au titre d'un harcèlement moral. Elle refuse également la pièce de la salariée constituée d'un procès-verbal de constat d'huissier de justice contenant des enregistrements de conversations téléphoniques entre le salarié et sa hiérarchie, opérés à l'insu de cette dernière. Là encore, la cour d'appel affirme que cette preuve déloyale n'était pas indispensable pour prouver le harcèlement dont serait victime la salariée.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel pour les mêmes raisons que dans la décision du 10 juillet 2024, en ce qu'il appartenait à la cour d'appel « *de vérifier si la preuve litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve du salarié et si l'atteinte au respect de la vie personnelle de l'employeur n'était pas strictement proportionnée au but poursuivi* ». Il revenait à la cour de vérifier le caractère indispensable de la preuve pour

---

16. Cass.soc. 02/05/24, n°22-16.603.

établir des éléments de fait laissant présumer le harcèlement, et non pour prouver le harcèlement.

Il est encore trop tôt pour affirmer nettement qu'un assouplissement des règles d'admissibilité des preuves illicites ou déloyales se dessine en cas d'aménagement de la charge de la preuve et selon la qualité des parties. Cependant, cette direction qui semble être empruntée par la Cour de cassation reviendrait à suivre les préconisations du Défenseur des droits. Celui-ci estime que la prise en compte des enregistrements clandestin « *est la seule manière pour les victimes de pouvoir démontrer la réalité des faits allégués.* »<sup>17</sup>

Le revirement de jurisprudence de l'assemblée plénière dessine également des perspectives nouvelles dans les autres branches du droit civil ayant des impacts, directs ou indirects en matière sociale

## → L'application du revirement dans les autres branches du droit civil

### ■ L'application dans le cadre des mesures d'instruction

➤ **Mesures d'instruction ordonnées au fond.** Pour rappel, l'article 144 du Code de procédure civile énonce que « *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer.* »

Se pose alors la question des conséquences de l'arrêt de l'assemblée plénière sur l'office du juge dans les mesures d'instruction.

➤ **Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 octobre 2024**<sup>18</sup>, permet d'illustrer ces évolutions. Un représentant du personnel avait saisi la juridiction prud'homale, alléguant avoir fait l'objet d'une discrimination syndicale en matière d'évolution salariale et professionnelle.

Pour établir la réalité de ces allégations, en application de l'article 144 du Code de procédure civile et par un jugement « *avant dire droit* », les juges du fond avaient ordonné à l'employeur de communiquer au salarié les histo-

17. Def. Droits, avis n°18-03, 25.01.18, relatif au harcèlement sexuel, p. 18.

18. Cass. 2civ.03.10.24, n°21-20.979.

riques de carrière de 9 de ses collègues, ainsi que leurs bulletins de paie de décembre de chaque année sur les 10 dernières années d'exercice.

L'employeur a contesté ce jugement en brandissant le droit à la protection des données personnelles de ces salariés, garanti par le RGPD. En effet, une décision de la CJUE en date du 2 mars 2023<sup>19</sup> estime que le RGPD s'applique à la production en justice de preuves contenant des données personnelles, et impose au juge national de « *prendre en compte les intérêts des personnes concernées et de les pondérer en fonction des circonstances de chaque espèce, du type de procédure en cause en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité ainsi que, en particulier, de celles résultant du principe de la minimisation des données* ».

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation devait décider de transposer ou non ces exigences dans le droit national.

Après avoir saisi la chambre sociale d'un avis<sup>20</sup>, la deuxième chambre civile confirme que le RGPD s'applique en l'espèce. La mesure d'instruction litigieuse n'est licite que si elle est fondée sur le droit national, qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée, et qu'elle garantit l'un des objectifs du RGPD. Ici l'objectif du RGPD poursuivi est celui de son article 23, à savoir la protection de l'indépendance de la justice et des procédures judiciaires et l'exécution des demandes de droit civil.

La Cour de cassation estime que ces conditions sont remplies dans les faits d'espèces : le droit national prohibe la discrimination, impose au salarié, en cas de litige, de présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence de cette discrimination et permet au juge de prononcer des mesures d'instruction soumises à un contrôle de proportionnalité. Enfin, la Cour de cassation fixe l'office du juge saisi d'une telle demande. Il lui appartient :

« - *d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas **nécessaire à l'exercice du droit à la preuve** de la discrimination alléguée et **proportionnée au but poursuivi**, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont **indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi**, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicité ;».*

19. CJUE. 02.03.23, n°C-268/21.

20. Cass.soc. 24.04.24, n°21-20.979 D.

La Cour oblige ensuite le juge à cantonner le périmètre de production des pièces, à respecter le principe de minimisation des données personnelles et à faire l'injonction aux parties de n'utiliser de ces données que dans le cadre de leur actions civiles.

Ainsi, les mesures d'instruction nécessitant le respect du RGPD sont admissibles, **dès lors qu'elles répondent à la triple exigence de la preuve illicite ou déloyale, en plus des critères inhérents à l'utilisation du RGPD.**

➤ **Mesures d'instruction ordonnées avant tout procès.** D'autre part, l'article 145 du Code de procédure civile énonce 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.* »

Ce texte permet de solliciter l'intervention du juge avant tout procès. Se pose alors la question des conséquences de l'arrêt de l'assemblée plénière sur l'office du juge dans les mesures d'instruction, notamment celles dites *in futurum*.

L'intervention préalable du juge exclut une manœuvre de la part d'une partie, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur la loyauté de la preuve. En revanche, la licéité de la preuve est bien au cœur du débat dès lors que le juge sollicité peut ordonner des mesures d'instruction pourvu qu'elles soient « *légalement admissibles* ».

Pour rappel, un arrêt de la chambre sociale en date de 2020 exigeait déjà le respect du triptyque « *légitime, indispensable et proportionnel* » concernant les mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 CPC attentatoire à la vie personnelle du salarié<sup>21</sup>.

➤ **Un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 13 juin 2024<sup>22</sup> est venu rappeler un principe déjà établi en jurisprudence.** Dans la mise en balance des intérêts antinomiques en présence, le juge « *ne peut refuser d'ordonner une mesure d'instruction au motif que le demandeur ne rapporte pas la preuve de faits que cette mesure a pour objet d'établir* », et ne peut faire peser sur le requérant « *la charge de la preuve d'un fait que la mesure demandée avait précisément pour objet de rapporter* ».

21. Cass.soc. 16/12/20, n° 19-17637

22. Cass.2civ.13/06/24, n°22-10.321.

➤ **En outre, un arrêt de la même chambre du 2 mai 2024<sup>23</sup>** est venu réaffirmer que « *constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». Cette prohibition des mesures d'investigation générales perdure après l'arrêt de l'assemblée plénière.

➤ **Un arrêt de la chambre commerciale du 27 mars 2024<sup>24</sup>**, est venu préciser la notion d'empêchement légitime d'une mesure d'instruction sur le sujet du secret bancaire.

Une demande est formulée par un particulier sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Il avait obtenu la communication de documents relatifs à deux chèques émis par son père décédé. La cour d'appel a rétracté ladite ordonnance et le particulier a formé un pourvoi en cassation contre cette décision de rétractation.

La Cour de cassation, rejette le pourvoi après avoir relevé que le défunt n'était pas client de la banque et que le demandeur ne démontrait pas l'existence d'un potentiel litige, que ce fût avec le bénéficiaire des chèques ou avec l'établissement bancaire.

Cependant, selon certains auteurs<sup>25</sup>, il est implicitement admis que le secret peut être écarté si l'existence d'un litige avec un sociétaire de la banque est démontrée et si les fautes commises par cette dernière sont définies. Avec prudence, la doctrine estime que la fragilité du secret bancaire, susceptible d'être mis à l'écart, se dessine dès lors que l'on se trouve dans un procès mettant en cause la responsabilité d'une banque, voire sa seule implication.<sup>26</sup>

Le secret bancaire n'est pas l'obstacle le plus fréquent dans le contentieux du droit du travail. Cependant, cet arrêt illustre l'hypothèse selon laquelle, dans une situation précise, un empêchement légitime peut être écarté selon le droit antagoniste invoqué.

### ■ L'application en droit commercial

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est elle aussi positionnée à la suite de l'arrêt de l'assemblée plénière sur l'admissibilité des preuves illicites ou déloyales. Si ces jurisprudences ne sont pas directement applicables dans le contentieux du travail, certains thèmes abordés peuvent

23. Cass.civ. 02/05/24, n°22-12.473

24. Cass.com.27.03.24, n°22-15.797.

25. Xavier Lagarde. *Preuve illicite et preuve déloyale, premières applications* Recueil Dalloz 2024 p.1725

26. Xavier Lagarde, *Ibidem*.

alimenter la réflexion quant à certains droits antinomiques invoqués par l'employeur.

➤ **Un arrêt de la chambre commerciale du 5 juin 2024<sup>27</sup>** précise dans quelle mesure le droit à la preuve peut l'emporter sur le secret des affaires. Une société exerçant son activité sous le régime de la franchise reproche à une autre des actes de concurrence déloyale. Cette autre entreprise est franchiseur à la tête d'un réseau distinct de celui auquel appartient la société demanderesse.

À l'appui de ses demandes, elle obtient sans le consentement du défendeur, le guide confidentiel établi par ce dernier et dans lequel on trouve conseils et méthodes d'évaluation aux fins d'améliorer la rentabilité des points de vente exploités par les franchisés.

L'arrêt attaqué retient que ce document doit être protégé par le secret des affaires et condamne la société demanderesse au versement de dommages intérêts en réparation du préjudice moral subi par la société défenderesse du fait de la violation de ses secrets d'affaires.

La cour d'appel estime que la société demanderesse « *savait ou aurait dû savoir que ce document leur avait été remis sans le consentement de la société défenderesse et en méconnaissance d'une obligation de confidentialité à laquelle étaient tenues les sociétés appartenant au réseau dirigé par ce franchiseur.* » L'entreprise condamnée forme un pourvoi en cassation.

Dans un premier temps, la chambre commerciale approuve la cour d'appel ayant estimé la pièce litigieuse couverte par le secret des affaires.

Cependant, à la lecture conjointe des articles L. 151-8, 3<sup>o</sup>, du Code de commerce et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la haute juridiction reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « *si la pièce produite était indispensable pour prouver les faits allégués de concurrence déloyale et si l'atteinte portée par son obtention ou sa production au secret des affaires de la société Domino's Pizza n'était pas strictement proportionnée à l'objectif poursuivi.* »

Pour la doctrine, dans certains cas, le droit à la preuve peut constituer un intérêt légitime prenant le dessus sur le secret des affaires, mais seulement

---

27. Cass.com. 05.06.24, n°23-10.954.

lorsque « *cette production est indispensable à son exercice et que l'atteinte est strictement proportionnée au but poursuivi* »<sup>28</sup>.

Il sera donc intéressant de suivre le positionnement de la cour d'appel de renvoi en ce que le secret des affaires est une notion floue, nécessitant d'être encadrée par la jurisprudence.

Cela ouvre également des pistes de stratégies contentieuses...



---

28. Julie Klein, *Le secret des affaires à l'épreuve du droit à la preuve*, RTD Civ. 2024 p.708.