

## [Jurisprudence] Quand illicéité ne rime pas avec irrecevabilité : un enregistrement vidéo illicite peut néanmoins être recevable, sous conditions

Réf. : Cass. soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, FS-B ([N° Lexbase : A45237B7](#))

N9716BYI



par Leslie Nicolăi, Avocat associé et Sabrina Haddad, Avocate collaboratrice , le 08-12-2021

**Mots clefs** : droit à la preuve • vidéosurveillance • consultation du CSE • droit au respect de la vie personnelle • contrôle de proportionnalité

L'arrêt du 10 novembre 2021 rappelle que l'employeur qui met en place un dispositif de vidéosurveillance dont la finalité, directe ou sous-jacente, est de contrôler l'activité des salariés, doit nécessairement en informer, au préalable, ses salariés et consulter les représentants du personnel. À défaut, la preuve recueillie par le biais de ce dispositif est illicite.

Ainsi, doit être déclarée comme illicite, la preuve recueillie *via* un système de vidéosurveillance n'ayant pas fait l'objet d'une information-consultation des représentants du personnel.

Toutefois, l'illicéité d'un dispositif ne rend pas nécessairement la preuve irrecevable. Le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

---

En l'espèce, une caissière employée au sein d'une pharmacie a fait l'objet d'un licenciement pour faute grave en raison de diverses fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. Il lui était reproché d'avoir :

- saisi une quantité de produits inférieure à ceux réellement vendus ;
- vendu des produits à un prix inférieur au prix de vente ;
- vendu des produits sans les enregistrer.

La matérialité de ces faits était corroborée par les enregistrements vidéo de la pharmacie réalisés par le biais d'un dispositif destiné à la protection et à la sécurité des biens et des personnes dans les locaux, seule finalité connue des salariés.

Considérant la preuve issue de ce dispositif comme illicite, en ce que la finalité sous-jacente de celui-ci n'avait pas été portée à sa connaissance ni soumise à l'information et à la consultation des représentants du personnel, la salariée a sollicité que son licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur arguait, quant à lui, du fait qu'il s'agissait d'un dispositif de vidéoprotection dont la seule finalité tendait à la protection et à la sécurité des biens et des personnes dans les locaux, ce dont les salariés étaient informés de sorte que les représentants du personnel n'avaient pas à être consultés.

La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a débouté la salariée de sa demande, estimant le mode de preuve licite, dès lors que la loi du 21 janvier 1995 autorise l'utilisation de systèmes de vidéosurveillance dans des lieux ou des établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol afin d'y assurer la sécurité des biens et des personnes, et que la salariée était informée de cette finalité. Elle a ainsi considéré que le licenciement était justifié.

La salariée s'est pourvue en cassation en se fondant notamment sur le caractère illicite de la preuve apportée par l'employeur.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel estimant que la preuve, apportée par le biais du dispositif de vidéosurveillance dont la finalité tendant au contrôle des salariés, n'ayant pas fait l'objet d'une information-consultation préalable des représentants du personnel, était illicite (I.). L'arrêt rappelle aussi la méthode d'analyse à appliquer par les juges du fond afin de statuer sur la recevabilité d'une preuve illicite (II.).

### **I. La preuve issue d'un dispositif de vidéosurveillance tendant à contrôler et à surveiller l'activité des salariés en l'absence d'information-consultation des représentants du personnel est illicite**

#### **A. Un dispositif de vidéosurveillance ayant pour finalité, même sous-jacente, le contrôle de l'activité des salariés doit nécessairement faire l'objet d'une information-consultation des représentants du personnel et d'une information des salariés**

La Cour de cassation rappelle, dans son arrêt du 10 novembre 2021, les conditions à respecter, par l'employeur, dans le cadre de la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance dont la finalité directe ou indirecte, est de contrôler et surveiller l'activité des salariés.

Dans cet arrêt, le débat entre les parties portait essentiellement sur la nature du dispositif installé par l'employeur.

La salariée considérait, en effet, sur le fondement des articles 32 de la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1978 ([N° Lexbase : L4048LQY](#)) et L. 442-6 du Code du travail applicable à Mayotte ([N° Lexbase : L1526HGM](#)),

dans sa version en vigueur au moment du litige, que le dispositif de vidéosurveillance avait notamment pour finalité de surveiller et contrôler l'activité des salariés. Par conséquent, selon elle, ce dispositif aurait dû être soumis à l'information et à la consultation des représentants du personnel.

Au contraire, l'employeur considérait qu'il avait mis en place un dispositif de vidéoprotection tel qu'encadré par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 ([N° Lexbase : L64161CM](#)) modifiée, codifiée depuis dans le Code de la sécurité intérieure aux articles L. 251-1 ([N° Lexbase : L5281ISE](#)) et suivants et R. 251-1 ([N° Lexbase : L2148LZL](#)) et suivants. Il soutenait, en conséquence, que sa mise en place ne nécessitait pas d'information et de consultation des représentants du personnel. Il ajoutait, par ailleurs, qu'en tout état de cause, la salariée avait été individuellement informée de l'existence de ce dispositif.

Les juges du fond ont débouté la salariée de ses demandes considérant qu'elle ne pouvait « exciper de l'illicéité des enregistrements recueillis grâce au système de vidéoprotection installé dans les locaux de la pharmacie, faute de consultation préalable des représentants du personnel, en ce que ni la loi, ni la jurisprudence n'imposaient une telle obligation [pour ce type de dispositif] et qu'en tout état de cause, les salariés avaient été suffisamment informés de la présence du système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie par note de service datée du 27 novembre 2015 ».

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en ce qu'elle a violé l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version applicable, ensemble l'article 1134 du Code civil, devenu les articles 1103 ([N° Lexbase : L0822KZH](#)) et 1104 ([N° Lexbase : L0821KZG](#)) dudit code, considérant que ce dispositif permettait **également de contrôler et de surveiller l'activité des salariés et avait été utilisé par l'employeur afin de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement la salariée, ce dont il résultait que l'employeur aurait dû informer les salariés et consulter les représentants du personnel sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, ce moyen de preuve tiré des enregistrements de la salariée était illicite.**

La Cour de cassation reprend, à ce sujet, la jurisprudence classique applicable en la matière [\[1\]](#). Les dispositifs de surveillance des salariés doivent nécessairement faire l'objet :

- d'une information des salariés concernés, préalablement à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel de la (ou des) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement ;
- d'une information-consultation des représentants du personnel, 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.

À défaut de respecter ces conditions, le moyen de preuve versé aux débats doit être considéré comme illicite et écarté [\[2\]](#).

L'arrêt du 10 novembre 2021 s'inscrit donc dans le droit fil de la jurisprudence en la matière en s'attachant à l'usage effectif d'un système de vidéosurveillance installé et non à sa vocation affichée à l'origine, afin de juger de sa licéité ou non.

Par conséquent, il incombe à tout employeur d'identifier préalablement la ou les finalités du dispositif de vidéosurveillance utilisé afin d'appliquer la procédure adéquate, et ainsi se prévaloir des preuves qui pourraient en être issus.

## **B. Pour analyser si l'usage des images issues d'un dispositif de surveillance est licite, il convient de vérifier la finalité même indirecte qui peut en être faite par l'employeur**

Au cas d'espèce, les caméras de vidéoprotection installées dans la pharmacie filmaient notamment l'activité des salariés pendant l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, elles permettaient un contrôle de leur activité, peu importe que

ces dispositifs n'aient pas eu à l'origine cette finalité.

La solution aurait toutefois pu être différente si la vidéoprotection avait permis d'identifier des faits fautifs commis en dehors de l'activité normale de la salariée.

Ainsi, dans un arrêt en date du 18 novembre 2020 [3], la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi en cassation de la salariée fondé sur le caractère illicite de la preuve issue d'un dispositif de vidéosurveillance.

Une salariée avait été licenciée pour faute grave après avoir été aperçue sur des images de vidéosurveillance en train de dérober un porte-carte perdu par un client dans les locaux de l'entreprise.

Celle-ci avait reproché à son employeur d'avoir utilisé ces enregistrements à l'appui de son licenciement alors que ni elle, ni les institutions représentatives du personnel, n'avaient été informées avant la mise en place de ce dispositif et en particulier, sur ses finalités aux fins de contrôler l'activité des salariés.

La Cour de cassation avait jugé que le système de vidéosurveillance était licite au motif que ce système :

- avait été installé pour assurer la sécurité du magasin,
- n'enregistrait pas les activités des salariés sur un poste de travail déterminé
- et n'avait pas été utilisé pour contrôler l'intéressée dans l'exercice de ses fonctions.

En comparaison avec les faits de l'arrêt du 18 novembre 2020, les faits de l'arrêt commenté étaient les suivants :

- le système de vidéoprotection avait été installé pour assurer la sécurité du magasin,
- il enregistrait les activités des salariés sur un poste de travail déterminé
- et il avait été utilisé pour contrôler l'intéressée dans l'exercice de ses fonctions.

Au regard de ces éléments, la Cour de cassation a estimé que le dispositif de vidéoprotection permettait également un contrôle de l'activité des salariés, et qu'en l'absence de respect de la procédure de consultation des représentants du personnel, les enregistrements tirés de ce dispositif constituaient un moyen de preuve illicite.

## **II. Une preuve illicite n'est pas nécessairement irrecevable**

### **A. De l'irrecevabilité automatique d'une preuve jugée illicite...**

Toute personne a le droit au respect de sa vie privée [4]. Ce principe, érigé au rang des normes à valeur constitutionnelle dès 1995 sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [5], s'est trouvé ébranler par l'essor des nouvelles technologies, lesquelles impactent la vie personnelle du salarié au travail.

C'est pourquoi, tant le législateur que les magistrats sont venus, au fil des années, bâtir un arsenal juridique tendant à protéger le salarié de l'ingérence de l'employeur dans sa sphère privée.

Ainsi, sur le fondement des articles 9 du Code civil ( [N° Lexbase : L3304ABY](#) ) et du Code de procédure civile ( [N° Lexbase : L1123H4D](#) ), 6 ( [N° Lexbase : L7558AIR](#) ) et 8 ( [N° Lexbase : L4798AQR](#) ) de la CESDH, 32 de la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1975 et L. 1121-1 du Code du travail ( [N° Lexbase : L0670H9P](#) ), les Hauts magistrats considéraient qu'une preuve issue d'un dispositif de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés jugée illicite au regard des règles de droit applicable devait être systématiquement rejetée des débats [6].

Cela avait donc pour conséquence, dans l'hypothèse où la preuve obtenue illicitement était le seul moyen d'établir la matérialité d'une faute à l'origine d'un licenciement, de voir ce dernier privé de cause réelle et sérieuse. L'analyse des juges du fond se faisait donc en une seule et unique étape, consistant à juger de la licéité ou non d'une preuve issue d'un dispositif provenant des NTIC.

## **B. ...à leur potentielle recevabilité après un contrôle de proportionnalité**

Jusqu'en 2020, la Cour de cassation posait le principe selon lequel une preuve issue d'un dispositif NTIC illicite était nécessairement irrecevable. Cette position rigoriste a récemment été infléchie sous l'impulsion de la jurisprudence de la CEDH.

Dans un arrêt en date du 17 octobre 2019, la CEDH considérait ainsi que pour déterminer « si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 ou en violation du droit interne a privé le procès du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question » [7].

En d'autres termes, un moyen de preuve, même illicite, peut être considéré comme recevable s'il est démontré que l'atteinte portée au droit à la vie personnelle d'une personne physique est justifiée par la nécessité d'un procès équitable et du respect des droits de la défense.

Ces principes ont trouvé application à l'occasion de deux arrêts rendus par la Cour de cassation en 2020 dans lesquels les éléments de preuves recueillis par l'employeur portaient atteinte à la vie personnelle du salarié, mais étaient indispensables à l'exercice du droit à la preuve, c'est-à-dire les seuls moyens de prouver les faits fautifs [8].

La Cour de cassation avait en effet considéré qu'« en application des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'illicéité d'un moyen de preuve, [...] n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi » [9].

Ces arrêts ont défini une méthode d'analyse de la recevabilité de la preuve, les juges devant :

- en premier lieu, s'interroger sur la licéité ou non de la preuve ;
- en cas d'illicéité, s'interroger sur la recevabilité de la preuve au regard du caractère équitable de la procédure dans son ensemble.

Ce faisant, la Cour de cassation crée en outre un parallélisme entre les droits des employeurs et ceux des salariés en matière de droit à la preuve, ces derniers pouvant produire en justice des documents obtenus déloyalement s'il est établi que les documents en cause sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur à l'occasion de son licenciement [10].

S'agissant du contrôle de proportionnalité, il doit s'effectuer selon les principes suivants. La preuve illicite pour être recevable doit :

- être indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et donc revêtir un caractère déterminant dans la caractérisation de la matérialité des faits reprochés au salarié ;

- être strictement proportionnée au but poursuivi.

Le contrôle de proportionnalité des juges du fond devra donc se faire, en procédant à une balance des intérêts en jeu, afin de justifier ou non d'une atteinte au droit à la vie personnelle du salarié au profit du droit à la preuve, au regard du droit à un procès équitable.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 10 novembre 2021, en matière de vidéosurveillance, s'inscrit dans la lignée de ces arrêts.

Celui-ci, sans se prononcer sur la recevabilité de la preuve issue du dispositif de vidéosurveillance utilisé - la cour d'appel ayant conclu, à tort, à sa licéité - reprend le principe posé par ces précédents arrêts.

Elle invite la cour d'appel à opérer ce contrôle de proportionnalité en leur dictant la méthode à suivre afin de juger de la recevabilité ou non d'une preuve illicite.

Dans notre espèce, les juges du fond ne se sont pas livrés à un tel contrôle puisqu'ils ont estimé, tant en première instance qu'en appel, qu'il s'agissait d'un dispositif de vidéoprotection qui ne contrevenait pas aux règles applicables en matière de surveillance des salariés.

Au-delà, les constatations faites par ces derniers ne permettaient pas de procéder au contrôle de proportionnalité.

Or, et comme le rappelait l'avocat général dans cette affaire, « il incombe au juge du fond, juges du fait et du droit de procéder, dans un premier lieu à la mise en balance des intérêts en présence en considération des éléments de fait qu'ils apprécient souverainement [\[11\]](#) », ce que certaines cours d'appel effectuent déjà en reprenant la méthode instaurée par les deux arrêts de 2020 [\[12\]](#).

Ainsi, en cassant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion et en revoyant cette affaire auprès de la même juridiction, dans une composition différente, la Cour de cassation invite les juges du fond à contrôler la licéité ou non de la preuve du dispositif de vidéosurveillance et, en cas d'illicéité, sa potentielle recevabilité aux débats.

---

[\[1\]](#) Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120 ([N° Lexbase : A9301AAQ](#)) ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, FS-P+B ([N° Lexbase : A8544DP7](#)) ; Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, FS-P+B ([N° Lexbase : A5276IAN](#)).

[\[2\]](#) Cass. soc., 7 juin 2006 n° 04-43.866, FS-P+B ([N° Lexbase : A8544DP7](#)) ; Cass. soc., 18 novembre 2020 n° 19-15.856, F-D ([N° Lexbase : A501937Z](#)).

[\[3\]](#) Cass. soc., 18 novembre 2020, n° 19-15.856, F-D ([N° Lexbase : A501937Z](#)).

[\[4\]](#) C. civ., art. 9 ([N° Lexbase : L3304ABY](#)) et CESDH, art. 8 ([N° Lexbase : L4798AQR](#)).

[\[5\]](#) Inscription du droit au respect de la vie privée dans la Constitution, 13ème législature.

[\[6\]](#) Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120 ([N° Lexbase : A9301AAQ](#)) ; Cass. soc., 20 septembre 2018, n° 16-26.482, FS-D ([N° Lexbase : A6568X7E](#)).

[\[7\]](#) CEDH, 17 octobre 2019, Req. n° 1874/13 ([N° Lexbase : A3700ZRH](#)), § 151.

[\[8\]](#) Réseaux sociaux (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, FS-P+B+R+I [N° Lexbase : A41383W8](#)) et exploitation des adresses IP visitées par le salarié (Cass. soc., 25-11-2020, n° 17-19.523, FP-P+B+R+I [N° Lexbase : A5510379](#)).

[\[9\]](#) Cass. soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, FS-B ([N° Lexbase : A45237B7](#)).

[\[10\]](#) Pour mémoire, un salarié peut produire en justice des documents obtenus déloyalement s'il établit que les documents en cause étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige qui l'opposait à son employeur à l'occasion de son licenciement (Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, FS-P+B [N° Lexbase : A0895NGA](#)).

**[11]** Avis de l'avocat général du 25 novembre 2021, p. 10.

**[12]** En ce sens : CA Bourges, ch. sociale, 26 mars 2021, n° 19/01169.

*© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*