



N° H2020648

Décision attaquée : 28 juillet 2020 de la cour d'appel d'Orléans

la société Abaque bâtiment services
C/
M. [Y] [B]

rapporteur : Dominique Ponsot

RAPPORT

Valant avis 1015 sur l'éventualité d'un rejet par substitution de motifs
de la première branche du second moyen du pourvoi principal
Et proposition de rejet de certains griefs
par une décision non spécialement motivée

| |
|---|
| <p>Arrêt attaqué : 28 juillet 2020 (pas de signification au dossier) Pourvoi : 25 septembre 2020 M.A. : 25 janvier 2021 (demande art. 700 du CPC : 3 500 euros) requête 1009-1 CPC : 11 février 2021 ordonnance 1009-1 CPC (rejet) : 24 juin 2021 M.D. et P.I. : 24 août 2021 (demande art. 700 du CPC : 4 000 euros) Mémoire complémentaire demandeur : 21 septembre 2022</p> |
|---|

Plan

1 - Rappel des faits et de la procédure

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 – Le pourvoi principal de l'employeur

2.1.1 – Le premier moyen

2.1.2 – Le second moyen

2.2 – Le pourvoi incident du salarié

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 – Questions classiques de procédure civile et de droit du travail

4.1.1 – Sur le pourvoi principal

4.1.1.2 – Premier moyen (Visa des conclusions d'appel)

4.1.1.2 – Second moyen – deuxième et troisième branches
(Appréciation de la faute grave)

4.1.2 – Sur le pourvoi incident (Preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires)

4.2 – L'admissibilité d'une preuve « déloyale »

4.2.1 – Premières vues

4.2.1.1 – Tentative de définition de la preuve déloyale

4.2.1.2 – Fondement et justifications de la mise à l'écart des preuves déloyales

4.2.2 – Position traditionnelle de la jurisprudence interne

4.2.2.1 – En droit privé en général

4.2.2.2 – En droit du travail

4.2.2.3 – En matière pénale

4.2.3 – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) : consécration d'un *droit à la preuve*

4.2.4 – Le droit de l'Union

4.2.5 – Eléments de droit comparé

4.2.6 – L'émergence d'un droit à la preuve en droit interne français

4.2.6.1 – En droit civil et commercial

4.2.6.2 – En droit du travail

4.2.7 – Application au cas d'espèce

4.2.8 – Observations complémentaires

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [B] a été engagé à compter du 14 octobre 2013 en qualité de responsable commercial Grands Comptes par la société Abaque bâtiment services (la société ABS). Il a été convenu entre les parties qu'il exercerait son activité depuis son domicile.

Par lettre du 28 septembre 2016, il a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, lequel s'est tenu le 7 octobre 2016. Il a été licencié pour faute grave le 16 octobre 2016.

Le 7 novembre 2016, l'employeur a saisi le conseil de prud'hommes demandant la condamnation du salarié à lui payer une somme à titre de dommages et intérêts pour non-exécution du préavis et des sommes en réparation de préjudices liés à l'absence de restitution des documents commerciaux.

Reconventionnellement, le salarié a demandé que son licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse, que son niveau hiérarchique soit repositionné et que l'employeur soit condamné à diverses sommes en conséquence, ainsi qu'au paiement de rappels de salaires d'heures supplémentaires.

Par un jugement du 22 décembre 2017, le conseil de prud'hommes, statuant sur les seules demandes du salarié dès lors que l'employeur n'avait pas comparu à l'audience de jugement, a, notamment :

- jugé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse ;
- condamné l'employeur au paiement de sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, de rappel de salaire correspondant à la période de mise à pied et congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement, d'indemnité d'occupation à des fins professionnelles et d'indemnité de procédure ;
- débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Par l'arrêt attaqué du 28 juillet 2020, la cour d'appel d'Orléans, a notamment :

- confirmé le jugement, sauf en ce qu'il a dit que la demande tendant à l'irrecevabilité de pièces était sans objet, a requalifié le licenciement de M. [B] en licenciement pour cause réelle et sérieuse et l'a débouté de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif ;
- déclaré irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écarté en conséquence les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par celui-ci ;

- dit que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ;
- condamné l'employeur à verser au salarié la somme de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi qu'à une indemnité de procédure ;
- débouté l'employeur de sa demande de dommages et intérêts pour absence de remise de fichiers commerciaux et données commerciales collectées par le salarié.

Le 25 septembre 2020, l'employeur s'est pourvu en cassation contre cet arrêt et le salarié a formé un pourvoi incident.

Par un arrêt du 1^{er} février 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 – Le pourvoi principal de l'employeur

Il comporte deux moyens

2.1.1 – Le premier moyen

La société ABS fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écarter en conséquence les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par celui-ci, dire que le licenciement de M. [B] est sans cause réelle et sérieuse, la condamner à lui payer les sommes de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 8 000 euros au titre de l'indemnité de préavis, 800 euros de congés payés afférents, 1 536,89 euros au titre de la mise à pied conservatoire, 153,69 euros de congés payés afférents et 3 166,67 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal, rejeter sa demande de dommages et intérêts pour absence de remise des fichiers commerciaux et données commerciales, ordonner en application de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement par la société ABS à Pôle emploi des indemnités de chômage payées à M. [B] à la suite de son licenciement, dans la limite de trois mois et lui ordonner de remettre à M. [B], dans un délai de trente jours à compter de la signification de l'arrêt, un certificat de travail et une attestation destinée à Pôle emploi conformes à cette décision et ce, passé ce délai, sous astreinte de 15 euros par jour de retard et par document, alors :

que le juge est tenu de respecter les termes du litige tels qui lui sont présentés dans les dernières conclusions des parties ; qu'en l'espèce, la société ABS avait régularisé des écritures récapitulatives n°11 en date du 16 avril 2020 ; qu'en déclarant statuer aux termes des dernières conclusions de la société ABS remises au greffe le 29 octobre 2018, sans tenir compte des écritures ultérieures du 16 avril 2020, quand la clôture de la procédure est intervenue le 5 mai 2020 (arrêt p 4), et que ces conclusions du 16 avril 2020 développaient de nouveaux moyens et produisaient dix nouvelles pièces, la cour d'appel a violé, ensemble, les articles 4 et 16 et 954 du code de procédure civile.

2.1.2 – Le second moyen

La société ABS fait le même grief à l'arrêt, alors :

1° que l'enregistrement audio, même obtenu à l'insu d'un salarié, est recevable et peut être produit et utilisé en justice dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits du salarié, qu'il est indispensable au droit à la preuve et à la protection des intérêts de l'employeur et qu'il a pu être discuté dans le cadre d'un procès équitable ; qu'en écartant des débats les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par la société ABS, qui démontraient que M. [B] avait expressément refusé de fournir à son employeur le suivi de son activité commerciale, ce au motif erroné et insuffisant qu'elles ont été obtenues par un procédé déloyal et à l'insu du salarié, la cour d'appel a violé les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2° que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis ; que la gravité de la faute s'apprécie en fonction des circonstances tenant aux fonctions du salarié fautif, au caractère répété de ses agissements et aux conséquences qui en résultent pour l'employeur ; que lorsqu'il exerce des fonctions commerciales à distance, le refus réitéré d'un salarié de fournir un suivi de ses activités à l'employeur, place celui-ci dans l'impossibilité d'avoir une visibilité sur les prospections en cours ou à venir et constitue une faute grave ; qu'en retenant en l'espèce qu'à le supposer avéré, le grief d'absence de transmission du suivi d'activité ne constituait pas une faute grave, quand il résultait des constatations de l'arrêt que l'employeur en avait fait la demande à plusieurs reprises et connaissait des difficultés économiques, ce dont il résultait que ce manquement réitéré de ce responsable commercial chargé des grands comptes avait des conséquences sur l'avenir de l'entreprise et que les faits étaient d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement sans préavis, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres

constatations, a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

3° que l'existence de difficultés économiques est en soi insuffisante pour justifier la requalification d'un licenciement pour motif personnel en licenciement pour motif économique déguisé et, en conséquence sans cause réelle et sérieuse, lorsqu'il n'est pas constaté une suppression ou transformation de l'emploi du salarié ou une modification, refusée par ce dernier, d'un élément essentiel du contrat de travail ; qu'en relevant également qu'il résulte des pièces versées aux débats que la société ABS était bien en proie à des difficultés économiques, sans constater que l'emploi de M. [B] avait été supprimé ou transformé ou qu'il avait refusé la modification d'un élément essentiel de son contrat de travail, la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige.

2.2 – Le pourvoi incident du salarié

En un moyen unique divisé en trois branches, M. [B] fait grief à l'arrêt attaqué de rejeter sa demande de rappel de salaire sur heures supplémentaires et de congés payés afférents, alors :

1° qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; qu'en énonçant, pour débouter M. [B] de sa demande de rappel de salaire, que l'intéressé, pour étayer ses dires, produisait seulement des relevés d'heures établis par ordinateur, qui n'étaient corroborés par aucun autre élément et que les éléments produits par ce dernier n'étaient ainsi pas de nature à étayer ses prétentions, lorsque le salarié, qui n'était pas tenu d'étayer sa demande de rappel d'heures supplémentaires, devait seulement présenter des éléments au soutien de celle-ci, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2° qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; que le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du code du travail ; que la cour d'appel qui, bien qu'elle ait constaté que M. [B] avait produit des relevés d'heures établis par ordinateur, a néanmoins, pour débouter l'exposant de sa demande en paiement

d'heures supplémentaires, retenu que ces relevés n'étaient corroborés par aucun autre élément et que le salarié travaillait principalement à son domicile ce qui lui laissait une autonomie dans l'organisation de ses journées de travail, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations dont il résultait au contraire que le salarié avait présenté, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il avait accomplies auquel l'employeur, tenu d'assurer le contrôle des heures effectuées, pouvait répondre et, faisant ainsi peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

3°/ que les juges du fond sont tenus, pour accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis, d'examiner tous les éléments de preuve fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en se bornant, pour débouter l'exposant de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, à énoncer que les relevés d'heures produits par le salarié n'étaient corroborés par aucun autre élément, sans analyser, fût-ce sommairement, la copie des nombreux courriels professionnels envoyés en dehors des horaires habituels de travail du salarié et parfois même les week-ends ou la nuit, versée aux débats par l'exposant en pièce n° 15 de son bordereau de communication de pièces, dont ce dernier faisait spécialement état dans ses écritures d'appel (p. 21), la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi principal (première branche du second moyen) pose la question de l'admissibilité en justice d'une preuve constituée par l'enregistrement, réalisé à l'insu de leur auteur, de propos tenus par une personne à laquelle ces propos sont opposés dans le cadre d'une procédure civile.

Les autres griefs (des pourvois principal et incident) relèvent quant à eux de questions classiques de procédure civile et de droit du travail.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 – Questions classiques de procédure civile et de droit du travail

4.1.1 – Sur le pourvoi principal

4.1.1.2 – Premier moyen (Visa des conclusions d'appel)

➤ *Proposition de rejet par une décision non spécialement motivée*

La société ABS reproche à la cour d'appel d'avoir statué au terme de ses conclusions déposées au greffe de la cour d'appel le 29 octobre 2018, sans tenir compte de ses écritures ultérieures, déposées le 16 avril 2020, soit avant la clôture, intervenue le 5 mai 2020.

Réponse

Il résulte certes de la combinaison des articles 4 et 954 du code de procédure civile que la cour d'appel doit se prononcer sur les dernières conclusions régulièrement déposées.

Toutefois, le visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date n'est nécessaire que si le juge n'expose pas succinctement leurs prétentions respectives et leurs moyens ([Ch. Mixte., 6 avril 2007, pourvoi n° 05-16.375, Bull. Ch. Mixte, n° 2](#)).

Ainsi, l'erreur commise sur le visa de la date des dernières conclusions n'a pas de conséquence :

- lorsqu'il résulte des motifs de l'arrêt que la cour d'appel a bien statué au vu des dernières conclusions ([2^e Civ., 26 juin 2014, pourvoi n° 13-11.635, Bull. II, N° 158](#)) ;
- lorsque les prétentions et moyens repris par l'arrêt n'ont pas été modifiés par les dernières conclusions ([2^e Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 09-72.900](#) ; [Com., 11 juin 2014, pourvoi n° 13-18.338](#)) et que la cour d'appel, qui en a rappelé les termes, a statué sur l'ensemble des prétentions formulées et des moyens soulevés ([1^{re} Civ., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-19.572](#) ; [1^{re} Civ., 4 janvier 2017, pourvoi n° 15-19.070](#)).

Il en va, en revanche, différemment si les dernières conclusions complétaient la précédente argumentation de la partie concernée ([1^{re} Civ., 10 juill. 2014, pourvoi n° 13-16.941](#)) ou complétaient ses productions ([1^{re} Civ., 11 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.669](#) ; [1^{re} Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-26.956](#)), et qu'il ne résulte pas de sa décision que la cour d'appel ait pris ces éléments en considération.

En l'espèce, il doit tout d'abord être observé que l'employeur ne prétend pas que la cour d'appel n'aurait pas exposé succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. De même, il n'est pas allégué que l'exposé des moyens développés par l'employeur,

auquel a procédé la cour d'appel dans les motifs de l'arrêt, ne correspondrait pas à ceux figurant dans les dernières conclusions.

En se reportant aux conclusions récapitulatives du 16 avril 2020 on peut constater qu'elles diffèrent sur deux points de celles du 29 octobre 2018, visées dans l'arrêt d'appel :

- un rappel, pages 7 et 8, d'une autre procédure prud'homale en cours entre le salarié et l'employeur, dont il n'est pas tiré d'arguments ;
- la mention, pages 10 et 11, d'éléments et de nouvelles pièces relatives à l'existence, pour les années antérieures à 2016, de documents de suivi transmis, éléments dont la cour d'appel fait état dans les motifs de sa décision (p. 6, paragraphe 4)

Dans ces conditions, le grief n'apparaît pas fondé et il est proposé de rejeter ce premier moyen par une décision non spécialement motivée.

4.1.1.2 – Second moyen – deuxième et troisième branches (Appréciation de la faute grave)

➤ *Proposition de rejet par une décision non spécialement motivée*

- Selon la deuxième branche, la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail en retenant qu'à le supposer avéré, le grief d'absence de transmission du suivi d'activité ne constituait pas une faute grave.

Or, selon le moyen, il résulte des constatations de l'arrêt que l'employeur en avait fait la demande à plusieurs reprises et connaissait des difficultés économiques, ce dont il résultait que ce manquement réitéré de ce responsable commercial chargé des grands comptes avait des conséquences sur l'avenir de l'entreprise et que les faits étaient d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement sans préavis.

- Selon la troisième branche, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail en relevant qu'il résulte des pièces versées aux débats que la société ABS était en proie à des difficultés économiques, sans constater que l'emploi de M. [B] avait été supprimé ou

transformé ou que celui-ci avait refusé la modification d'un élément essentiel de son contrat de travail.

Réponse

La faute grave est définie comme celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ([Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.867, Bull. V, N° 146](#) ; [Soc., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-20.333](#))

Elle résulte d'une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail qui rend impossible le maintien dans l'entreprise ([Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.077](#)). Les juges du fond doivent, pour retenir la faute grave, caractériser en quoi le ou les faits reprochés au salarié rendent impossible son maintien dans l'entreprise. La charge de la preuve de la faute grave pèse sur l'employeur ([Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.204, Bull. V, N° 306](#) ; [Soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-27.779](#))

La Cour de cassation exerce, en matière de faute grave, un contrôle léger sur la qualification apportée aux faits par les juges du fond ([Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.168](#) ; [Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-11.696](#)).

Mais la caractérisation des agissements est appréciée souverainement par les juges du fond ([Soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-16.832](#) ; [Soc., 8 décembre 2015, pourvoi n° 14-10.159](#))

Par ailleurs, les juges du fond doivent rechercher la véritable cause du licenciement, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement ([Soc., 10 avril 1996, pourvoi n° 93-41.755](#)). Cette recherche doit être menée lorsque le salarié soutient que le licenciement est en réalité décidé pour un autre motif ([Soc., 26 mai 1998, pourvoi n° 96-41.062, Bull. V, N° 276](#) ; [Soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 08-43.729](#)).

Si les juges du fond estiment que le licenciement a été prononcé pour une cause étrangère à celle invoquée dans la lettre de licenciement, il est dépourvu de cause réelle et sérieuse ([Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-48.341](#) ; [Soc., 22 janvier 2014, pourvoi n° 12-22.621](#)). Enfin, le fait pour les juges du fond de retenir les motifs énoncés dans la lettre de licenciement comme constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement peut valoir réponse, implicite et suffisante, aux conclusions arguant de la fausseté de la cause de licenciement ([Soc., 4 juill. 2007, pourvoi n° 05-45.977](#) ; [Soc., 21](#)

[novembre 2012, pourvoi n° 11-23.054](#) ; [Soc., 26 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.912, 16-18.080](#)).

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'employeur avait demandé au salarié de lui remettre des documents de suivi d'activité et qu'il a décidé le lendemain de le convoquer à un entretien préalable à son licenciement ; elle a considéré que l'absence de transmission immédiate par le salarié ne permettait pas de conclure que la poursuite du contrat de travail était impossible. Elle a par ailleurs constaté qu'était en outre reprochée au salarié une baisse importante de ses prospections de clients mais a considéré que ceci relevait d'une insuffisance de résultats et non d'un manquement fautif.

Le moyen, en sa deuxième branche vise donc à remettre en cause ces appréciations souveraines.

Par ailleurs, en sa troisième branche, le moyen critique des motifs surabondants de l'arrêt : en effet, la cour d'appel, même si elle a effectivement relevé que la société ABS était en proie à des difficultés économiques (p. 6, § 3), n'a aucunement retenu que le licenciement aurait, en réalité, eu autre motif que celui énoncé dans la lettre de licenciement, notamment économique : l'arrêt s'est limité à retenir que ni la réalité de la faute grave ni aucun manquement fautif n'étaient démontrés, pour en conclure que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse (arrêt p. 7, § 9).

Dans ces conditions, les deux griefs n'apparaissent pas fondés et il est proposé de les rejeter par une décision non spécialement motivée.

4.1.2 – Sur le pourvoi incident (Preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires)

L'article L. 3171-4 du code du travail¹ prévoit un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié des heures de travail effectuées. Les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de

¹ **Article L. 3171-4.** – En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

travail, sont quant à elles prévues par les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du même code.

Depuis un arrêt du 25 février 2004 ([Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441, Bull. V, n° 62](#)), la Cour de cassation jugeait que si la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à *étayer* sa demande.

Elle a par la suite précisé, par un arrêt du 24 novembre 2010 ([Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, Bull. V, N° 266](#)), qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié *d'étayer* sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés, de façon à permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments. Une jurisprudence s'est ensuite développée pour apprécier si tel ou tel élément pouvait être considéré comme suffisamment précis.

Ainsi, ont été considérés comme constituant des éléments suffisamment précis, notamment, des décomptes d'heures ([Soc., 3 juill. 2013, pourvoi n° 12-17.594](#) ; [Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-14.494](#)), des relevés de temps quotidiens ([Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 11-27.709](#)), un tableau ([Soc., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-14.466](#)), ou encore des fiches de saisie informatique enregistrées sur l'intranet de l'employeur contenant le décompte journalier des heures travaillées ([Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.743](#)).

Puis, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un litige collectif portant sur l'enregistrement du temps de travail journalier et des éventuelles heures supplémentaires réalisées, est venue affirmer que :

Les articles 3, 5 et 6 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système

permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur. ([CJUE, arrêt du 14 mai 2019, CCOO C-55/18](#)).

Afin de se mettre en parfaite conformité avec le droit de l'Union, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence ([Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919](#)) en abandonnant la notion d'étalement de sa demande par le salarié, trop souvent source de confusion avec celle de preuve, pour n'exiger plus que la présentation d'éléments par celui-ci, et en mettant en parallèle l'accent sur les obligations pesant sur l'employeur quant au contrôle des heures de travail effectuées.

11. Il résulte de ces dispositions (les articles L. 3171-2 à L. 3171-4 du code du travail), qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Dans le commentaire fait de cette décision au rapport annuel 2020 (p. 130), il est précisé que :

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.

La chambre sociale de la Cour de cassation marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires.

Dans le prolongement de cet arrêt, la Cour de cassation a explicité le contrôle exercé sur la notion « d'éléments suffisamment précis » quant aux heures de travail que le salarié prétend avoir

accomplies ([Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° 17-31.046](#)). La note explicative relative à cet arrêt précise :

S'agissant d'une obligation découlant de l'article 6 du code de procédure civile, relatif à l'obligation d'alléguer les faits nécessaires au succès des prétentions, et non de l'article L. 3171-4 du code du travail, relatif à la preuve des heures travaillées, la précision des éléments produits doit être examinée au regard de cet objectif d'organisation du débat judiciaire. Cette précision n'est ni de la même nature, ni de la même intensité que celle qui pèse par ailleurs sur l'employeur dans le cadre de son obligation de contrôle de la durée du travail.

Sur la base des éléments ainsi fournis, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenu de préciser le détail de leur calcul, l'importance des heures supplémentaires accomplies et fixent les créances salariales s'y rapportant ([Soc., 18 mars 2020](#) et [27 janvier 2021](#) précités, solution constante depuis notamment [Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-11.886, Bull. V, N° 296](#)).

*

En l'espèce, pour rejeter la demande en paiement d'heures supplémentaires, la cour d'appel s'est déterminée par les motifs suivants :

Pour étayer ses dires, le salarié produit seulement des relevés d'heures établis par ordinateur, qui ne sont corroborés par (aucun) autre élément. En outre, il est acquis qu'il travaillait principalement à son domicile ce qui lui laissait une autonomie dans l'organisation de ses journées de travail.

Les éléments produits par M. [B] ne sont ainsi pas de nature à étayer ses prétentions.

Ces motifs sont critiqués par le moyen sous trois aspects :

- Selon la première branche du moyen unique du pourvoi incident, la cour d'appel aurait violé l'article L. 3171-4 du code du travail en exigeant du salarié qu'il étaye sa demande ;
- Selon la deuxième branche, la cour d'appel aurait également violé ce texte en rejetant la demande, alors qu'elle constatait que le salarié avait présenté des relevés d'heures établis par ordinateur ;
- Selon la troisième branche, la cour d'appel aurait méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile en énonçant que les relevés d'heures produits par le salarié n'étaient corroborés par aucun autre élément, sans analyser, fût-ce sommairement, la copie des nombreux courriels professionnels

envoyés en dehors des horaires habituels de travail du salarié et parfois même les week-ends ou la nuit, produits aux débats.

L'assemblée plénière devra apprécier si, au regard des principes dont il a été fait le rappel, les motifs de l'arrêt encourent les griefs énoncés au moyen.

4.2 – L'admissibilité d'une preuve « déloyale »

4.2.1 – Premières vues

Selon l'adage classique, *Idem non esse et non probari*² : aussi longtemps qu'il ne peut être prouvé, en effet, un droit demeure une simple virtualité. Un droit subjectif ne peut être exercé par celui qui s'en prétend titulaire que s'il démontre l'ensemble des faits et circonstances le lui permettant.

Cependant, la fin ne peut justifier tous les moyens, et, de longue date, des règles gouvernant l'admissibilité des preuves sont venues encadrer les possibilités de prouver les faits nécessaires au succès d'une prétention. En d'autres termes, la *légalité des preuves* est venue tempérer le principe de *liberté des preuves*.

C'est le principe qu'énonce, de manière générale en matière civile, l'article 9 du code de procédure civile :

Article 9. – il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

Si on laisse de côté les règles relatives à la preuve littérale (articles 1359 et suivants du code civil auxquels s'ajoutent de nombreuses dispositions législatives ou réglementaires plus ou moins éparses imposant une preuve écrite), dans le domaine des faits juridiques, dont la preuve est en principe libre, des limites ont parfois été posées par la loi afin d'éviter certains excès.

C'est ainsi que, en matière de divorce, l'article 259 du code civil énonce le principe de la liberté des preuves en lui apportant une première limite, à savoir que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux ; l'article 259-1 du même code complète ce dispositif en excluant les éléments de preuve obtenus par violence ou par fraude, et l'article 259-2 écarte quant à lui les constats dressés à la demande des parties lorsqu'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

² Que l'on peut traduire par *C'est la même chose de ne pas être et de ne pas être prouvé.*

Mais en dehors des cas, au demeurant en nombre restreint, où la loi apporte des limites expresses à la liberté des preuves en matière de faits juridiques, il est revenu à la jurisprudence de dégager progressivement un principe plus général de loyauté de la preuve.

Lors de la réforme du droit des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), des modifications et des compléments ont été apportés aux dispositions du code civil régissant la preuve des obligations : l'opportunité aurait pu être saisie d'énoncer quelques principes généraux et fondateurs sur la loyauté des preuves, mais tel n'a pas été le choix du législateur, ce que certains commentateurs ont pu regretter.³

Cette origine prétorienne ne facilite pas la définition du contenu et du périmètre du principe de loyauté des preuves, ce qui incite à rechercher quel peut en être le fondement.

4.2.1.1 – La notion de preuve déloyale : tentative de définition

L'étymologie du mot loyal, d'où est dérivée la loyauté, est trompeuse : loyal serait issu du latin *legalis*, conforme à la loi, lui-même formé sur la racine *lex*, la loi.

Or, la loyauté, telle qu'elle est envisagée à propos d'une preuve, renvoie à des règles et des principes ne procédant pas directement de la loi. Pour le juriste, la *loyauté* s'oppose, sous cet aspect, à la *licéité*.⁴

Le dictionnaire de l'Académie française donne du reste une coloration morale à la loyauté, présentée comme synonyme de « respect de la vérité, fidélité à la parole donnée, aux engagements pris, droiture, honnêteté ».

Ainsi, une preuve loyale apparaît comme celle que l'on peut s'attendre à voir produite en justice, qui a été constituée et recueillie sans artifice ni stratagème, et qui n'a pas pour unique dessein de placer l'adversaire dans une situation d'infériorité en le manipulant ou en créant un effet de surprise.

³ V. G. Lardeux, *Commentaire du Titre IV bis nouveau du livre III du code civil intitulé « De la preuve des obligations » ou l'art de ne pas réformer*, Dalloz 2016, P. 850.

⁴ Sur la difficulté de tracer la frontière entre preuves *illicites* et preuves *déloyales*, v. *infra*, § 4.2.8).

Sans doute doit-on voir dans une preuve obtenue sous la contrainte ou la menace une preuve déloyale : l'irrecevabilité d'une telle preuve ne fera guère débat, et la difficulté sera essentiellement de démontrer la réalité et l'intensité des violences physiques ou morales exercées.⁵

Mais l'essentiel du sujet, en matière civile, se situe ailleurs : il concerne des preuves recueillies à l'insu de celui auquel on les oppose, ou par fraude.

S'exprimant à propos de la preuve en droit du travail (mais le propos semble pouvoir être étendu au droit privé dans son ensemble), J.-Y. Frouin considère que la loyauté de l'administration de la preuve recouvre concrètement trois hypothèses :⁶

- les preuves obtenues par l'utilisation d'un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance ;
- les preuves obtenues par l'utilisation d'un stratagème ;
- les preuves obtenues par fraude ou moyen frauduleux.

En étant plus concret encore, les procédés suivants sont ceux qui reviennent le plus communément dans les dossiers soumis aux cours et tribunaux :

- l'enregistrement, à l'insu de celui qui les tient, de propos tenus au cours d'une conversation téléphonique, d'un entretien ou d'une réunion ;
- le captage d'images fixes ou animées à l'insu de la personne concernée, en particulier des enregistrements vidéos clandestins ;
- des filatures et autres procédés de surveillance ou de suivi à distance (balises GPS...) ;
- des provocations à la preuve, réalisées par exemple sous la forme de « visites mystères ».

⁵ De façon tout à fait paradoxale, on peut avancer l'idée que, une fois la preuve ainsi extorquée, la partie victime de violences ou de menaces se trouvera dans une situation moins défavorable que celle à laquelle on oppose une preuve recueillie à son insu : en effet, ne pouvant ignorer les faits qu'elle a subis, elle pourra mieux anticiper le moment où les preuves qui lui ont été arrachées seront utilisées contre elle, et préparer sa défense.

⁶ J.-Y. Frouin, *Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi*, Revue de Jurisprudence Sociale (RJS) 2023, n° 5, p. 7.

Il paraît important, sur ce dernier point, de prêter attention à la nuance existant entre ce qui relève d'une provocation à la preuve (consistant à placer la personne concernée dans la situation où elle va apporter à son insu la preuve de faits qui se sont déjà produits) et la provocation à la commission de faits que l'on souhaite, simultanément, prouver.⁷

De ce point de vue, la technique dite des visites mystères est un peu ambivalente en ce qu'elle tend à la fois à provoquer la commission des faits incriminés et à recueillir leur preuve. Ceci explique peut-être la sévérité avec laquelle cette technique est reçue par la jurisprudence (v. *infra*, § 4.2.2.1).

Concernant les preuves obtenues par fraude ou par un moyen frauduleux, elles diffèrent de celles évoquées précédemment en ce que le moyen utilisé ne vise pas à la constitution d'une preuve qui n'existe pas encore, mais à l'obtention d'une preuve existante. La situation la plus commune est celle du vol, du détournement ou de la conservation indue de documents, soit auprès de la personne contre laquelle ils seront invoqués, soit auprès de tiers.

Peut-on ranger les témoignages anonymes parmi les preuves déloyales ? Certains auteurs semblent déduire le caractère de preuve déloyale du fait que le défendeur ne peut effectivement exercer ses droits de la défense face à une accusation anonyme.⁸

On peut néanmoins soutenir que c'est l'atteinte à l'équité du procès et la rupture dans l'égalité des armes⁹ qui justifient que le témoignage anonyme soit considéré avec circonspection, et non, intrinsèquement, la déloyauté de la preuve. Le témoignage anonyme rompt l'égalité des armes en privant la partie à laquelle on l'oppose de la possibilité d'attaquer le témoignage en démontrant, par exemple, que le témoin prétendu ne peut avoir constaté par lui-même les éléments dont il fait état.

On verra du reste que le témoignage anonyme n'est pas considéré comme irrecevable par la jurisprudence civile, mais seulement

⁷ En matière pénale, la distinction entre déloyauté tenant à la provocation à la commission de l'infraction et provocation déloyale à la preuve a été illustrée par l'affaire opposant notamment MM. [G] et [H] ([Ass. Plén., 9 décembre 2019, pourvoi n° 18-86.767](#) : v. en particulier l'avis du premier avocat général F. Desportes).

⁸ S. Ranc et A. Charbonneau, *La recevabilité des témoignages à visage (dé)couvert*, Bulletin Joly travail juin 2023, p. 16.

⁹ En ce sens, G. Lardeux, *La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question*, D. 2023, 898, n° 40

insuffisant ou incomplet, puisqu'il doit être corroboré par d'autres éléments, ce qui est peut-être l'indice d'une moindre indignité (v. *infra*, § 4.2.2.1).

Retenons provisoirement des développements qui précèdent que la déloyauté de la preuve ne se réduit pas à un critère unique.

Toutefois, il apparaît que le fait que la preuve soit constituée à l'insu de la personne concernée est un critère central, qui se retrouve à propos des enregistrements clandestins, des filatures, des visites mystères... A partir du moment où la personne concernée est informée (ou ne peut pas ignorer) qu'un procédé permettant de recueillir des preuves à son encontre est à l'œuvre, la preuve cesse d'être déloyale. Elle peut, certes, demeurer *illicite*, si des formalités n'ont pas été respectées (par exemple, l'information du comité d'entreprise, la déclaration à une autorité en charge de la protection des données personnelles) ou si la finalité des enregistrements a été détournée (v. *infra*), mais elle n'est pas déloyale et ne devrait pas être considérée comme telle.

Concernant les preuves obtenues par fraude, volées ou détournées par un moyen frauduleux, la déloyauté tient à ce que la volonté de leur dépositaire de leur assigner un certain usage a été violée ou trahie par celui qui les produit en justice.

4.2.1.2 – Fondement et justifications du principe de loyauté des preuves

L'idée générale est que la justice cesserait de remplir sa fonction pacificatrice si elle devait tolérer que les plaideurs aient recours à des procédés condamnables pour apporter la preuve de leurs droits. En ce sens, la loyauté des preuves entretient des liens étroits avec le principe de loyauté des débats¹⁰ qui, s'il n'a pas été érigé en principe directeur du

¹⁰ N. Fricero et P. Julien définissent la loyauté des débats comme *la droiture et la probité attendue du plaideur en vers le juge et son adversaire* (D. 2006, p. 545, commentant 1^{re} Civ., 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044, Bull. 2005, I, n° 241, qui vise expressément ce principe)

Souvent invoqué par les parties au soutien de leur mémoire, ce principe n'a en réalité été que rarement retenu (Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 09-71.764, Bull. 2011, IV, n° 35 ; Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-71.764, Bull. 2011, IV, n° 120 ; 3^e Civ., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-14.778) et plus rarement encore sanctionné (Soc., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.778) par la Cour de cassation, à l'exception notable du contentieux fiscal (Com., 30 août 2023, pourvoi n° 21-12.307 ; Com., 6 novembre 2019, pourvoi n° 17-26.985 ; Com., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-11.861 ; Com., 25 mars 2014, pourvoi n° 12-27.612, Bull. 2014, IV, n° 60 ; Com., 26 février 2013, pourvoi n° 12-13.877, Bull. 2013, IV, n° 30 ; Com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-30.396, Bull. 2012, IV, n° 119).

procès comme le préconisait par exemple le rapport Magendie¹¹, connaît une illustration notable avec l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou *estoppel*.¹²

Ainsi, pour G. Lardeux (Rep. Dall. Civ, Preuve : règles de preuve § 402), le principe de loyauté des preuves serait indissociable de l'idée même de justice :

Si la Cour de cassation a jugé bon de le reconnaître, c'est au nom de la dignité de la justice qui ne pourrait que perdre toute crédibilité en admettant de fonder ses décisions sur des preuves obtenues déloyalement. Quelle légitimité pourrait être celle des jugements s'ils permettaient de justifier des comportements trompeurs, voire malhonnêtes ? La ruse et la trahison à l'origine de la preuve seraient inconciliables avec la notion même de justice.

Dans le même sens, P. Adam (Revue de droit du travail 2023 p. 156 et s), considère que « *la justice se déshonorerait en laissant proliférer en son sein des comportements cauteleux* ».

La dignité de la justice, à laquelle fait écho le serment prêté par les juges, et sa crédibilité constituent donc le fondement premier du principe de loyauté des preuves.¹³

On verra toutefois que ce fondement est en voie de régression, la justice pénale ne s'interdisant plus d'examiner, sous certaines conditions, des preuves recueillies de façon déloyale par une partie privée (v. *infra*, § 4.2.2.3).

Par ailleurs, ce fondement est décrié par certains commentateurs qui se demandent, à rebours, « *où est la crédibilité d'une justice qui*

¹¹ Ce défaut de consécration a ses partisans. Ainsi, R. Perrot, RTDCiv. 2006, p. 151, considère que « *la loyauté échappe à tout repère objectif* » ce qui la rend impropre à être érigée « *au rang d'un principe directeur, comme une notion autonome ayant sa propre force contraignante* ». Dans le même sens, L. Cadet, La légalité procédurale en matière civile, BICC 15 mars 2006.

¹² Voir notamment : Ass. plén., 27 février 2009, pourvoi n° 07-19.841, Bull. n°1 ; Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, Bull. no 132 ; 1re Civ., 4 janvier 2017, pourvoi n° 15-19.070 ; 2e Civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-29.202, Bull., II, n° 144 ; 1re Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 16-27.823 ; Com., 5 juin 2019, pourvoi n° 17-20.761 ; 3e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-17.737 ; 3e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-17.737 ; Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, Bull. 2015, V, n° 173.

¹³ L'article 2858 du code civil du Québec consacre expressément ce fondement :

Article 2858. – Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

exige de ses juges de rendre une décision délibérément contraire à la vérité ? ».¹⁴

De manière plus pragmatique, on peut aussi avancer l'idée que l'administration de la preuve d'un droit ne devrait pas produire de conséquences plus graves ou plus préjudiciables aux intérêts d'autrui que ce que l'absence de reconnaissance du droit subjectif en question entraîne pour celui qui s'en prétend titulaire. A quoi bon démontrer un droit si la paix sociale est davantage perturbée par sa démonstration que par son sacrifice ?

En d'autres termes, le droit à la preuve devrait se situer dans un rapport de proportionnalité avec le droit substantiel en cause et avec les droits de la partie adverse (v. ci-après, § 4.2.3).

Cette question se pose tout particulièrement, lorsque le droit substantiel en cause a été lui-même atteint par une attitude déloyale (par exemple en matière de concurrence) : la protection de la *loyauté de la preuve* entre alors en tension avec la protection (des opérateurs économiques ou des consommateurs) contre des *pratiques déloyales*.¹⁵

S'agissant plus spécifiquement des enregistrements clandestins, la déloyauté tient à ceci que la partie à laquelle on oppose ses propres propos ne les aurait peut-être pas tenus si elle avait su qu'elle était enregistrée. L'idée sous-jacente est qu'une personne ne peut agir à son détriment sans avoir conscience de la portée de ses propos.¹⁶

En quelque sorte, l'enregistrement clandestin opère un déplacement du contexte, en faisant entendre dans un prétoire des propos qui n'avaient pas vocation à l'être ou qui, à tout le moins, n'y auraient pas été tenus.

4.2.2 – Position traditionnelle de la jurisprudence interne

¹⁴ B. Bossu, *Loyauté et contrat de travail*, in *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p. 133, citant G. Lardeux.

¹⁵ V. G. Lardeux Rep. Dall. Civ, Preuve : règles de preuve § 404, à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 7 janvier 2011 (v. *infra*), qui considère que « *On peut dès lors regretter que la loyauté exigée sur le plan probatoire fasse triompher la déloyauté sur le fond du droit.* »

¹⁶ Cette considération n'est pas sans faire songer au *droit de ne pas s'auto-incriminer*, en matière répressive.

La position traditionnelle de la jurisprudence interne sur l'admissibilité des preuves déloyales et, spécialement, sur celle des enregistrements clandestins, révèle une ligne de partage assez nette entre la jurisprudence civile au sens large, et la jurisprudence rendue en matière pénale.

En effet, alors que les preuves déloyales sont traditionnellement jugées irrecevables en matière civile, elle ne sont pas écartées de plein droit par le juge pénal, à condition toutefois que l'autorité publique n'y prenne aucune part.

4.2.2.1 – En droit privé général

En règle générale, toute preuve considérée comme déloyale est irrecevable, et le support qui la matérialise est écarté des débats, sans qu'il y ait lieu d'examiner si elle a pu être débattue.

Ainsi la jurisprudence condamne-t-elle le stratagème consistant à envoyer un client factice pour recueillir des éléments de preuve auprès d'un concurrent ([Com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-13.365](#))

En matière de « visites mystères », la chambre commerciale condamne le procédé consistant, pour un syndicat professionnel à faire appel aux services de tiers rémunérés pour une mise en scène de nature à faire douter de la neutralité de leur comportement à l'égard de la société visée et approuve une cour d'appel d'avoir considéré que les attestations et autres documents produits avaient été obtenus de manière déloyale et étaient donc irrecevables ([Com., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.670](#) ; [Com., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.669](#))

La deuxième chambre civile est sur la même ligne en approuvant une cour d'appel d'avoir rétracté une ordonnance sur requête désignant un huissier de justice aux fins d'investigations et de constatations auprès d'opticiens exploitant des points de vente sous des enseignes concurrentes et autorisant cet huissier de justice à ne faire état de l'ordonnance le commettant et fixant sa mission qu'une fois cette dernière accomplie ([2^e Civ., 26 septembre 2013, pourvoi n° 12-23.387](#)).

Toujours en matière de clients fictifs, la chambre commerciale a considéré, dans une hypothèse où une ordonnance sur requête autorisant un huissier de justice à procéder à un constat avait fait l'objet d'une rétractation, que des attestations établies à cette occasion, bien que celles-ci auraient pu être établies hors la présence de l'huissier, constituaient des éléments qui, faute d'avoir été loyalement obtenus,

devaient être écartés des débats ([Com., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-18.088](#))

Plus généralement, la jurisprudence voit un procédé déloyal dans le fait, pour un constat d'huissier, d'annexer des documents extraits d'un précédent constat, et approuve une cour d'appel d'avoir écarté la preuve ainsi obtenue ([Com., 7 juill. 2015, pourvoi n° 14-18.823](#) ; [Com., 9 octobre 2012, pourvoi n° 10-28.718](#)).

Concernant les filatures, celles-ci sont traditionnellement considérées comme des preuves déloyales ([2^e Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-11.412, Bull. II, N° 78](#)). Toutefois, la jurisprudence tend à considérer comme recevables des preuves obtenues au moyen d'une filature réalisée sur la voie publique ([1^{re} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, Bull. I, N° 224](#))¹⁷. Etant désormais appréciées à travers le prisme de l'atteinte au droit au respect à la vie privée, droit expressément reconnu par l'article 9 du code civil, les filatures apparaissent dès lors plutôt relever d'une problématique d'illicéité plutôt que de déloyauté.

Concernant les témoignages anonymes, ils ont donné lieu à un contentieux nourri en matière de visites domiciliaires, notamment fiscales : la chambre commerciale considère de longue date qu'il n'est pas interdit au juge, saisi d'une demande d'autorisation de visite domiciliaire et de saisie sur le fondement de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales, de faire état d'une déclaration anonyme dès lors que cette déclaration lui est soumise au moyen d'un document établi par les agents de l'Administration et signé par eux, permettant ainsi d'en apprécier la teneur, et qu'elle est corroborée par d'autres éléments d'information décrits et analysés par lui ([Com., 13 janvier 1998, pourvoi n° 96-30.097, Bull. IV, N° 22](#) ; [Com., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-30.063, Bull. IV, N° 118](#) ; [Com., 12 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.573](#) ; [Com., 3 juill. 2019, pourvoi n° 17-26.510](#)).

Ainsi la seule production de déclarations anonymes ne peut suffire à établir la présomption de pratiques permettant d'autoriser des

¹⁷ V. cependant [1^{re} Civ., 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.612, Bull. N° 143](#), où il a été considéré que le récit d'activités observées à partir de la voie publique en direction du balcon de la personne concernée constituait une atteinte à sa vie privée.

visites et saisies. Mais, dès lors que des éléments viennent corroborer cette déclaration anonyme, celle-ci n'a pas lieu d'être écartée.¹⁸

Notons que la chambre criminelle retient la même solution à propos des visites et saisies réalisées en vue d'établir des pratiques anti-concurrentielles (v. notamment [Crim., 27 février 2013, pourvoi n° 12-80.338](#)).

En matière de pratiques restrictives de concurrence (et s'agissant, cette fois, du fond), la chambre commerciale considère également que le juge ne peut se fonder uniquement ou de manière déterminante sur des déclarations recueillies anonymement pour estimer rapportée la preuve de l'existence d'une soumission des fournisseurs aux clauses contractuelles en cause ([Com., 11 mai 2022, pourvoi n° 19-22.242](#)).¹⁹

C'est également en ce sens que se prononce la chambre sociale en matière disciplinaire ([Soc., 4 juill. 2018, pourvoi n° 17-18.241, Bull. V, N° 136](#)).

S'agissant des enregistrements clandestins de conversations, téléphoniques ou non, leur irrecevabilité à titre de preuve a été affirmée de manière constante par les différentes chambres civiles de la Cour de cassation ([2° Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, Bull. I](#) ; [2° Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n° 12-17.875](#) ; [Com., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.525](#) ; [Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913](#) ; [Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-17.147, Bull. IV, n° 112](#)).

Cette solution a été réaffirmée solennellement par l'assemblée plénière dans une décision emblématique, où, se prononçant à la suite d'une résistance de la cour d'appel de Paris à la solution retenue par la chambre commerciale dans l'arrêt précité du [3 juin 2008](#), la Cour de cassation a considéré que des enregistrements réalisés à l'insu des participants à une entente anti-concurrentielle par l'un d'eux et remis aux enquêteurs du Conseil de la concurrence constituaient un procédé

¹⁸ Rappelons qu'en la matière, ces témoignages anonymes ne visent pas à prouver un droit substantiel, mais à constituer des présomptions de fraude fiscale, justifiant la mesure de visite et saisie.

¹⁹ Cette solution rejoint la position dégagée par la CEDH dans l'arrêt [arrêt Schenk c. Suisse](#) (cf. *infra*, § 4.2.3).

déloyal rendant irrecevable leur production à titre de preuve ([Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, Bull. Ass. Plén., N° 1](#)).²⁰

Il paraît important de souligner que, dans cette affaire, l'assemblée plénière a expressément condamné le raisonnement adopté par la cour d'appel de Paris qui, s'inspirant de la jurisprudence de la CEDH (v. *infra*, § 4.2.3), avait considéré que les enregistrements litigieux, recueillis dans des conditions déloyales, ne devaient pas pour autant être exclus et privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais devait s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément était opposé, et en recherchant si la production des éléments de preuve litigieux avait concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense.

Cette décision de l'assemblée plénière apparaît constituer un point d'orgue, les chambres civiles de la Cour de cassation n'ayant plus, depuis lors, eu à se prononcer par des décisions spécialement motivées sur l'admissibilité d'enregistrements clandestins.²¹

Observons enfin qu'en matière de divorce, les dispositions particulières du code civil relatives à l'admissibilité des preuves (v. *supra*) ont conduit à admettre des preuves qui, en dehors de ce contexte, ne l'auraient pas forcément été.

C'est ainsi qu'ont pu être admises des photographies et cassettes mettant en scène des pratiques sexuelles qui auraient été dérobées au mari par son épouse, dès lors que celui-ci avait été en mesure d'en discuter l'origine et qu'il n'avait pas été constaté que l'épouse les avait obtenues dans des conditions irrégulières au regard de l'article 259-1 du code civil ([2^e Civ., 15 avril 1999, pourvoi n° 97-15.278](#)). De même, ont été déclarés recevables des courriels et un rapport d'enquête privée

²⁰ Au préalable, l'assemblée plénière a précisé que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence. Pour des commentaires plus complets de cette décision, v. notamment M. Malaurie-Vignal, *Écoutes téléphoniques et procédure devant l'Autorité de la concurrence*, JPC E n° 4, 27 Janvier 2011, 1053 ; V. Vigneau, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation ; La loyauté dans l'administration de la preuve*, Rec. Dalloz 2011 p.618.

²¹ On réservera le cas où la réalisation d'un enregistrement clandestin a été jugé comme constituant une manœuvre contraire à la loyauté, à la délicatesse et à la probité exigées d'un avocat, et quelle pouvait servir de fondement à la sanction disciplinaire prise à son égard ([1^{re} Civ., 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.400](#)).

établissant les relations injurieuses pour le mari entretenues par l'épouse avec un tiers ([1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, Bull. I, N° 213](#)). Idem pour des SMS ou minimessages ([1^{re} Civ., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-21.796, Bull. I, N° 132](#)), ou la production du journal intime de l'épouse, qu'elle prétendait lui avoir été subtilisé par son mari ([2^e Civ., 6 mai 1999, pourvoi n° 97-12.437, Bull. II, N° 85](#)). Ont encore été déclaré admissibles comme preuve de l'existence de relations adultérines des examens sanguins révélant que le mari ne peut être le père de certains des enfants communs ([1^{re} Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-12.736, Bull. I, N° 113](#)).

4.2.2.2 – En droit du travail

Les relations de travail constituent un domaine complexe où interagissent des rapports individuels entre le salarié et l'employeur, mais également des devoirs de l'employeur envers l'ensemble de ses salariés, notamment de sécurité. De même, si l'entreprise constitue par nature un lieu de travail, ceci n'exclut pas la reconnaissance d'une sphère privative au bénéfice de chaque salarié.

Ces questions ont pris un relief particulier avec le développement de technologies permettant l'enregistrement ou la collecte de données personnelles, et également la généralisation des ordinateurs, particulièrement s'ils sont portables, et des équipements de téléphonie mobile.

Prenant acte de ce que les salariés peuvent être soumis à des dispositifs de collecte et de traitement automatisé de données personnelles ou placés sous des dispositifs de surveillance par ailleurs légitimes, le code du travail prévoit, à titre de garantie à la préservation des intérêts du salarié, son information préalable, à la fois individuellement et, s'il y a lieu, via le conseil social et économique (CSE).

Ainsi, l'article L. 1222-4 du code du travail (anciennement l'article L. 121-8) dispose que « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».²²

²² Il est permis de penser que ce texte vise avant tout des dispositifs qui ne concernent pas spécifiquement le salarié en cause (à la différence, par exemple, de l'enregistrement ponctuel d'une conversation téléphonique ou d'un entretien individuel). L'obligation légale d'informer préalablement le salarié de l'existence d'un dispositif collectant des informations le concernant personnellement pose par ailleurs la question de savoir si les données qui viendraient à être collectées à son insu constitueraient des preuves *illégal*es ou *déloyal*es.

De même, l'article L. 2312-38 du même code (anciennement L. 432-2-1) prévoit l'obligation d'informer le CSE, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, des traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Ce même article prévoit également l'obligation d'informer et de consulter le CSE, 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.

Ajoutons à ce qui précède que l'exigence de loyauté des preuves, en droit du travail, se fonde également sur le fait que la relation de travail est elle-même soumise à une obligation de loyauté découlant de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (article L. 1222-1 du code du travail)

Dans ce contexte, mais au seul visa de l'article 9 du code de procédure civile, la chambre sociale a posé le principe que si l'employeur a le droit de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soit les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite ([Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bull. V, 1991 V N° 519](#), à propos de caméras de surveillance).

Par la suite, elle a nuancé cette position en approuvant une cour d'appel d'avoir retenu comme preuve de vols commis par un salarié des enregistrements vidéos, après avoir constaté que le système de vidéosurveillance avait été installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandise et qu'il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé ([Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, Bull. V, N° 28](#)). De même, elle a considéré que l'employeur pouvait opposer aux salariés des preuves recueillies par les systèmes de surveillance de locaux auxquels ils n'avaient pas accès et n'était pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par un client de l'entreprise ([Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, Bull. V, N° 141](#)).

Concernant les filatures, la chambre sociale a, dans un premier temps, déduit leur caractère illicite du fait que ce dispositif de contrôle n'avait pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ([Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078](#)). Par la suite, au visa des articles 8 de la CSDH et 9 du code civil (outre l'article 9 du code de procédure civile) elle a considéré que, de manière générale, l'atteinte ainsi portée à la vie privée du salarié ne pouvait être justifiée, en raison de son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ([Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, Bull. V, N° 352](#)).

En revanche, elle admet la simple surveillance d'un salarié sur son lieu de travail par son employeur ([Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582, Bull. V, N° 145](#)) ou par un inspecteur des recettes de l'entreprise ([Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-44.612](#)) ne constituent pas des procédés illicites, même en l'absence d'information préalable du salarié. Il en est de même du contrôle de l'activité du salarié par un huissier de justice ([Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.898](#)) ; v. également pour des constatations purement matérielles réalisées dans un lieu ouvert au public : [Soc., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.392](#)).

Toujours au visa de l'article 9 du code de procédure civile, la chambre sociale sanctionne le stratagème consistant pour l'employeur à mandater des collaborateurs pour se rendre comme simples clients dans le restaurant tenu par l'épouse du salarié afin de constater que celui-ci y assure le service, en partie pendant ses heures de travail ([Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, Bull. V, N° 6](#)).

Plus généralement elle considère 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. Une cour d'appel ne peut donc, pour juger que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse, retenir à l'encontre du salarié des faits résultant d'une provocation de l'employeur ([Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-41.052](#)).

La jurisprudence considère également que des documents produits par le salarié après avoir été appréhendés frauduleusement constituent en principe des preuves irrecevables. Toutefois, la simple allégation de fraude par l'employeur ne suffit pas ([Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-41.111](#)). En outre, des documents frauduleusement soustraits à l'employeur ne devaient pas de ce seul fait être écartés des débats, dès lors qu'ils contenaient des informations dont le personnel pouvait avoir normalement connaissance ([Soc., 2 décembre 1998, pourvoi n° 96-44.258, Bull. V, N° 535](#)).

S'agissant de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, la chambre sociale a posé en principe qu'un enregistrement effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués constituait un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ([Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, Bull. V, N° 101](#) ; [Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, Bull. V, n° 85](#)). Et elle a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté des débats des enregistrements effectués par le salarié à l'insu de son correspondant ([Soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-45.814](#)).

En revanche, lorsque les salariés ont été informés que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, la chambre sociale a admis que les écoutes réalisées puissent constituer un mode de preuve valable ([Soc., 14 mars 2000](#) précité) ; dans le même esprit, mais pour des raisons différentes, elle admet la production de SMS, en considérant que leur auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ([Soc., 23 mai 2007](#) précité). Idem pour des messages téléphoniques vocaux ([Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738, Bull. V, n° 31](#)). Poursuivant cette logique, elle a considéré que la production de courriels adressée par l'employeur ou par le salarié n'était pas illicite, l'auteur ne pouvant ignorer qu'ils sont enregistrés et conservés dans le système informatique ([Soc., 1^{er} juin 2017, pourvoi n° 15-23.522, Bull. V, N° 99](#)).

4.2.2.3 – En matière pénale

Il s'agira seulement de donner ici de brèves indications sur la question particulière des enregistrements clandestins réalisés par des particuliers ou des personnes privées.

Se fondant sur l'article 427 du code de procédure pénale²³, la chambre criminelle a, de longue date, une position beaucoup plus favorable à la production d'enregistrements privés²⁴ effectués à l'insu de l'autre partie, en autorisant la production de ces éléments, dès lors qu'ils peuvent être discutés contradictoirement.

La chambre criminelle juge de façon constante que les enregistrements de conversations privées réalisés par un particulier à l'insu de ses interlocuteurs ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation ([Crim., 28 avril 1987, pourvoi n° 86-96.621, Bull. crim, n° 173](#) ; [Crim., 11 février 1992, pourvoi n° 91-86.067, Bull. crim, N° 66](#) ; [Crim., 30 mars 1999, pourvoi n° 97-83.464](#) ; [Crim., 13 octobre 2004, pourvoi n° 03-](#)

²³ **Code de procédure pénale – Article 427 :**

Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.

Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.

²⁴ Il en va tout autrement des enregistrements réalisés par des agents de l'autorité publique, auxquels est opposable le principe de la loyauté de la preuve.

[81.763, Bull. crim, n° 243](#) ; [Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, Bull. crim. 2007, n° 27](#) ; [Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, Bull. crim., n° 27](#) ; [Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, Bull. crim, n° 64](#)).

Plus généralement, la chambre criminelle considère qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve produits par un particulier au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, et qu'il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire des parties ([Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559](#) ; [Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395](#)).

Ceci vaut pour des enregistrements produits par une partie pour sa défense ([Crim., 11 février 1992](#) précité), mais également pour des enregistrements produits par une victime agissant par la voie pénale ([Crim., 31 janvier 2007](#) précité).

En revanche, la participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée porte atteinte aux principes du procès équitable et de la loyauté des preuves ([Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° 16-80.820, n° 244](#)). Cette solution a été consacrée par l'assemblée plénière ([Ass. plén., 10 novembre 2017, pourvoi n° 17-82.028, Bull. Ass. plén., N° 2](#)).

4.2.3 – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) : la consécration d'un *droit à la preuve*

D'une manière générale, la CEDH considère que les règles relatives à l'admissibilité des preuves, à leur administration ou à leur force probante relèvent des droits nationaux ; elle conçoit son rôle en la matière comme se limitant à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu un caractère équitable, et ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale ([CEDH, arrêt du 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, n° 10862/84](#) ; [CEDH, arrêt du 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c. France \[GC\], n° 25444/94](#)).

La Cour est, certes, peu favorable aux preuves obtenues de manière frauduleuse ou illégale, mais elle considère qu'il n'en résulte pas nécessairement une violation de l'article 6 de la Convention, si la preuve litigieuse n'était pas la seule et se trouvait corroborée par d'autres éléments également pris en considération par la juridiction nationale : ainsi, dans l'arrêt [Schenk c. Suisse](#) précité (§ 48), rendu à

propos d'un enregistrement produit dans une procédure pénale, la Cour a indiqué qu'elle *attache aussi du poids à la circonstance que l'enregistrement téléphonique n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation*. Elle a réitéré cette position dans l'affaire [CEDH, arrêt du 10 mars 2009, Bykov c. Russie, n° 4378/02](#) (§ 98), où était en cause des enregistrements clandestins réalisés au domicile de l'intéressé (pour des filatures réalisées en matière civile, v. [CEDH, arrêt du 18 octobre 2016, Vukota-Bojić c. Suisse, n° 61838](#), § 99, en anglais seulement).

Cependant, dans une décision fondatrice du 10 octobre 2006 ([CEDH, arrêt du 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02](#)), la CEDH a posé les principes d'un droit à la preuve autonome, et précisé son articulation avec les droits fondamentaux avec lesquels il est susceptible de se trouver en conflit.

Ainsi, l'ingérence (notamment au droit au respect de la vie privée) doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. En d'autres termes, le but légitime poursuivi doit être proportionné à l'atteinte portée, ainsi qu'il résulte du paragraphe suivant :

43. Il reste à examiner si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire proportionnée au but légitime poursuivi. Pour ce faire, la Cour est amenée à trancher le conflit existant en l'espèce entre, d'une part, le droit d'une partie à un procès, de surcroît demanderesse (en l'espèce B.V., alors l'épouse de T.A.), de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable et, d'autre part, le droit à l'intimité de l'autre partie qui peut imposer à l'Etat l'obligation positive de faire obstacle à l'utilisation d'éléments de preuve susceptibles de porter atteinte à son droit à la vie privée. De part et d'autre, il s'agit de droits qui méritent a priori un égal respect, ce qui amène la Cour à examiner l'ensemble de la situation.

En l'occurrence, l'arrêt L.L. c. France concernait la production en justice, dans le cadre d'une procédure de divorce, d'un document médical révélant une pathologie alcoolique chez l'époux.

La Cour a constaté que l'ingérence en cause trouvait son fondement dans le mode d'administration des preuves dans une procédure de divorce (ici, l'article 259-1 du code civil), qu'elle visait la protection des droits et libertés d'autrui (protéger les droits de l'épouse qui cherchait à obtenir le divorce aux torts exclusifs de son conjoint, en établissant une corrélation entre le caractère violent de celui-ci et son alcoolisme pathologique).

Toutefois, la Cour a considéré que la production de ce document constituait une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée qui n'était pas proportionnée au but recherché et n'était donc pas « nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui », dans la mesure où cette pièce n'a pas été déterminante du prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'époux, les juridictions nationales s'étant fondées sur d'autres éléments (témoignages relatifs aux habitudes alcooliques de l'époux, certificats médicaux faisant état de la réalité des violences dont l'épouse était victime). La Cour a, en particulier, relevé que ce n'est que de façon subsidiaire et surabondante que les juridictions nationales ont invoqué la pièce médicale litigieuse pour fonder leurs décisions, et qu'elles auraient pu l'écartier tout en parvenant à la même conclusion.

La CEDH a réitéré sa position dans une décision du 13 mai 2008 ([CEDH, arrêt du 13 mai 2008, N.M. et T.A. c. Belgique, n° 65097/01](#)) dans laquelle étaient produites des lettres échangées par l'époux avec un tiers révélant son homosexualité, ce dont l'épouse entendait tirer la conséquence que la poursuite de la vie commune était devenue impossible.

Elle a toutefois considéré en l'espèce que l'ingérence constituée par la production de ces lettres était nécessaire dans une vie démocratique, c'est-à-dire proportionnée au but légitime poursuivi, à savoir le droit pour une personne mariée de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves –, afin de mettre fin au lien matrimonial, lorsque la poursuite de la vie commune n'est plus possible.

Concernant le caractère nécessaire des preuves produites, la Cour a certes relevé que le tiers n'avait jamais contesté la réalité de sa relation avec l'époux, mais a considéré qu'on ne pourrait déterminer, *a posteriori*, l'attitude qui aurait été celle de l'époux si les pièces n'avaient pas été produites ou avaient été écartées. La cour a, en outre relevé que le fait que les lettres litigieuses avaient été jointes au dossier de l'affaire et y figuraient encore ne leur conférait pas un caractère public, eu égard au caractère restreint de l'accès à des dossiers de ce type.

Toujours en matière de divorce, elle a décidé que l'admission par les juridictions nationales de la production par l'époux de messages électroniques échangés par son épouse sur un site de rencontre ne violait pas l'article 8 de la Convention ([CEDH, arrêt du 7 septembre 2021, M. P. C. Portugal, n° 27516](#)). Estimant de pas devoir remettre en cause les conclusions auxquelles étaient parvenues les juridictions nationales pour décider que l'accès aux messages litigieux n'était pas

frauduleux, la CEDH a considéré que la production de ces éléments était pertinente pour apprécier la situation personnelle des conjoints et de la famille, et que les effets de leur divulgation sur la vie privée de l'épouse avaient été limités puisque les messages n'avaient été divulgués que dans le cadre d'une procédure civile à la publicité limitée.

Dans le domaine particulier des relations de travail, la CEDH a également considéré que les autorités nationales étaient tenues de mettre en balance les intérêts divergents en cause, à savoir, d'un côté, le droit du requérant au respect de sa vie privée et, de l'autre, le droit de contrôle, y compris les prérogatives disciplinaires, exercé par l'employeur en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

Elle l'a fait à propos de la surveillance par l'employeur des communications du salarié sur *Yahoo Messenger* ([CEDH, arrêt du 5 septembre 2017, Bărbulescu c/Roumanie \[GC\], n° 61496/08](#)), d'enregistrements réalisés par vidéo surveillance ([CEDH, arrêt du 17 octobre 2019, López Ribalda et autres c. Espagne, n° 1874/13 et 8567/13](#)), et de l'utilisation par l'employeur de données issues du système de géolocalisation équipant un véhicule mis à disposition du salarié pour ses déplacements professionnels ([CEDH, arrêt du 13 décembre 2022, Florindo De Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal, n° 26968/16](#)).

L'affaire [Bărbulescu c/Roumanie](#) a été l'occasion pour la CEDH de poser un certain nombre de critères permettant au juge de vérifier concrètement si les mesures de surveillance de la correspondance et des autres communications au sein de l'entreprise se sont accompagnées de garanties suffisantes contre les abus. Ainsi, elle considère qu'il devrait être tenu compte des facteurs suivants (§ 121) :

- i) L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de surveillance de sa correspondance et de ses autres communications ainsi que de la mise en place de telles mesures ?
- ii) Quels ont été l'étendue de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée de l'employé ?
- iii) L'employeur a-t-il avancé des motifs légitimes pour justifier la surveillance de ces communications et l'accès à leur contenu même ?
- iv) Aurait-il été possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs que l'accès direct au contenu des communications de l'employé ?
- v) Quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé qui en a fait l'objet ?

vi) L'employé s'est-il vu offrir des garanties adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance de l'employeur avaient un caractère intrusif ?

Dans cette affaire, la CEDH a en particulier constaté qu'il n'apparaissait pas que le salarié avait été informé de la nature et de l'étendue de la surveillance opérée, ni de la possibilité que l'employeur ait accès au contenu de ses communications. Elle a ensuite notamment considéré que les juridictions nationales n'avaient pas suffisamment vérifié la présence de raisons légitimes justifiant la mise en place des communications du salarié, ni examiné de manière suffisante si le but poursuivi par l'employeur aurait pu être atteint par des méthodes moins intrusives que l'accès au contenu même des communications du requérant.

Elle en a déduit que les autorités nationales n'avaient pas protégé de façon adéquate le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance et qu'elles n'avaient, dès lors, pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu, occasionnant une violation de l'article 8 de la Convention.

Ces critères ont été repris dans l'affaire [López Ribalda et autres c. Espagne](#).

Dans cette dernière affaire toutefois, procédant à la première étape de mise en balance entre le droit des salariées au respect de leur vie privée et la faculté pour leur employeur d'assurer la protection de ses biens et le bon fonctionnement de son entreprise, notamment en exerçant son pouvoir disciplinaire, la CEDH a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée à l'article 8 de la Convention.

S'agissant de la violation alléguée au droit à un procès équitable, la CEDH a relevé que les requérantes avaient eu accès aux enregistrements et eu la possibilité d'en contester l'authenticité, et a ajouté que les enregistrements litigieux n'ont pas constitué le seul élément sur lequel le juge national s'est fondé, ce dont elle a tiré la conséquence que l'utilisation comme preuve des enregistrements obtenus par vidéosurveillance n'avaient, en l'espèce, pas porté atteinte au caractère équitable de la procédure.

Dans l'affaire [Florindo De Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal](#), la CEDH s'est également référée aux critères dégagés dans l'affaire [Bărbulescu c/Roumanie](#), mais elle a considéré qu'en l'espèce, le juge national avait mis en balance de manière circonstanciée le droit du salarié au respect de sa vie privée et le droit de son employeur de veiller

au bon fonctionnement de l'entreprise, en tenant compte du but légitime qui était poursuivi par l'entreprise, à savoir le droit de veiller au contrôle des dépenses afférentes aux véhicules de l'entreprise confiés à des salariés. Elle a, en particulier, constaté qu'il était établi que le salarié avait été informé que tout véhicule était équipé d'un dispositif GPS, et en a conclu que les autorités nationales n'avaient pas manqué à l'obligation positive qui leur incombait de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée.

Quant à l'atteinte alléguée au droit à un procès équitable, la Cour a considéré que le salarié avait pu contester les preuves et notamment la part des déplacements personnels et professionnels retenus par l'employeur par les enregistrements au regard du kilométrage parcouru, et a par ailleurs constaté que le juge national ne s'était pas uniquement fondé sur les données de géolocalisation. Elle en a conclu que l'utilisation comme preuves des données de géolocalisation relatives au kilométrage parcouru par le requérant dans son véhicule de fonction n'avait pas porté atteinte à l'équité de la procédure.

Des développements qui précèdent, on peut retenir qu'en présence d'une ingérence avérée au droit au respect de la vie privée, la CEDH n'admet que la preuve qui porte atteinte à ce droit puisse être prise en considération par le juge national que si elle a été déterminante de la solution du litige ; dans le cas contraire les autorités nationales manquent à leur obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention. Il en est de même lorsque le juge national n'a pas mis en balance de façon adéquate le droit au respect de la vie privée et le droit concurrent de l'auteur de l'atteinte portée à la vie privée d'autrui.

Lorsque, en revanche, le juge national a mis en balance de manière circonstanciée les droits en conflit et qu'il n'en résulte pas de violation de l'article 8 de la Convention, il y a seulement lieu de s'assurer que chaque partie s'est vu offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Tel est le cas si la partie à laquelle est opposée la preuve litigieuse a eu la possibilité de la discuter ou qu'elle ne constitue pas le seul élément sur lequel le juge national a fondé sa décision.

Ensuite, on peut constater que, dans ses décisions, la CEDH ne se réfère pas à une notion de loyauté des preuves mais appréhende cette question uniquement sous l'angle de la licéité ou de la légalité. Ceci s'explique par le fait que, la CEDH raisonne nécessairement au regard d'atteintes aux droits fondamentaux dont elle doit assurer la

protection et qu'elle n'a pas à interagir directement sur les règles d'admissibilité des preuves, qui relèvent des droits nationaux.²⁵

Enfin, on peut relever que la CEDH n'apparaît pas, au regard des recherches effectuées pour les besoins du présent rapport, s'être prononcée sur une violation du droit à la preuve dans une situation où le juge national aurait déclaré irrecevable la preuve produite.

4.2.4 – Le droit de l'Union

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est peu abondante sur cette question. Toutefois, on peut discerner une approche comparable à celle de la CEDH, mettant en l'occurrence en balance le droit fondamental à un recours effectif, garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et le secret bancaire, dans un arrêt du 16 juillet 2015, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg*, [C-580/13](#)²⁶.

Dans cette affaire, en effet, la CJUE a, en substance, considéré qu'une disposition nationale autorisant de manière illimitée et inconditionnelle un établissement bancaire à exciper du secret bancaire pour refuser de fournir des informations sur le nom et l'adresse du titulaire d'un compte, était de nature à entraîner, en l'espèce, une atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif, et en définitive, à la protection de la propriété intellectuelle (au regard de l'article 8 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle).²⁷

C'est, en réalité, surtout la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne (TUE) qui retiendra l'attention. Dans une décision du 8 septembre 2016 ([aff. T-54/14](#)), connue sous le nom d'arrêt *Goldfish*, le TUE a admis la recevabilité, à titre d'éléments de preuve d'une entente

²⁵ En ce sens, P. Adam, *Sur la recevabilité d'un moyen de preuve illicite - Nouvelle variation sur le droit à la preuve*, *Droit social* 2022, p. 81 : « Pour pouvoir appréhender la preuve clandestine, le juge européen doit donc nécessairement la rattacher à la violation d'une prérogative substantielle garantie par la Convention dont il est le gardien ».

²⁶ V. C. Kleiner, *La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice : un message pour les juridictions françaises ?* D. 2015, 2168 ; Th. Bonneau, *Secret bancaire - Le secret bancaire à l'épreuve de la CJUE*, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, juillet 2016, repère 4.

²⁷ A noter que dans deux décisions récentes, la Cour de cassation a mis en balance le secret bancaire et le droit à la preuve, faisant prévaloir ce dernier, respectivement, en faveur de la banque ([Com., 4 juill. 2018, pourvoi n° 17-10.158](#)) et du client ([Com., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491](#)). V. ci-après § 4.2.6.1).

anticoncurrentielle, d'enregistrements secrets de conversations téléphoniques réalisés par l'une des entreprises parties à l'entente. En l'occurrence, les enregistrements litigieux avaient été obtenus par enquêteurs de la Commission européenne lors d'une inspection effectuée dans les locaux de cette entreprise.²⁸

La solution ainsi retenue dans l'arrêt *Goldfish* anticipait sur la Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, dite directive ECN +, dont le considérant 73 est ainsi rédigé :

- (73) Les preuves constituent un volet important de la mise en œuvre des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les ANC [*autorités nationales de concurrence*] devraient avoir la possibilité d'examiner des preuves pertinentes, qu'elles soient soumises par écrit, oralement, sous une forme électronique ou enregistrée. Ces preuves devraient inclure la possibilité de prendre en compte les enregistrements dissimulés effectués par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas des autorités publiques, pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'unique source de preuve. Cette possibilité devrait s'entendre sans préjudice du droit d'être entendu et sans préjudice de la recevabilité de tout enregistrement effectué ou obtenu par des autorités publiques. De même, les ANC devraient avoir la possibilité de considérer les messages électroniques comme des preuves pertinentes, indépendamment du fait qu'ils se révèlent non lus ou qu'ils aient été supprimés.

Cet objectif a été repris dans le corps de la directive d'une manière moins explicite :

Article 32. – Recevabilité des preuves devant les autorités nationales de concurrence

Les États membres veillent à ce que les types de preuves recevables devant une autorité nationale de concurrence comprennent les documents, les déclarations orales, les messages électroniques, les enregistrements et tout autre élément contenant des informations, quel qu'en soit la forme et le support.

²⁸ Il est intéressant de souligner que, dans cette affaire, l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 janvier 2011 est le seul élément mis en avant par la partie poursuivie pour établir que la production de tels enregistrements serait interdite à titre de preuve dans certains États membres (cf § 75).

Il est à noter que cette directive a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, qui a ajouté un second alinéa à l'article L. 463-1 du code de commerce, ainsi rédigé :²⁹

Article L. 463-1

[...]

Les pratiques dont l'Autorité de la concurrence est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve.

On peut donc déduire de ce qui précède que la solution adoptée par l'assemblée plénière le 7 janvier 2011 soulève désormais une difficulté, en matière de pratiques anti-concurrentielles, au regard du droit de l'Union.³⁰

4.2.5 – Eléments de droit comparé ³¹

Que ceci constitue leur tradition juridique ou que celle-ci ait été influencée par la jurisprudence de la CEDH, il s'avère les Etats dont le système de preuve a été étudié ne prévoient pas de principe inflexible de non-admissibilité des preuves illicitement obtenues, et ce, tant en matière civile que pénale.

Les règles en vigueur dans ces Etats admettent que des preuves illicitement obtenues puissent être produites en justice, mais à la condition que cela ne porte pas une atteinte aux droits de la personnalité ou au droit au respect de la vie privée de la personne à laquelle la preuve est opposée. Si tel est le cas, un contrôle de proportionnalité est alors requis, et la mise en balance de la nécessité de rapporter la preuve avec le droit auquel il est porté atteinte doit être effectuée et spécialement motivée.

Dans le détail, on relèvera qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale subordonne, en matière civile, l'admission en justice de preuves portant atteinte au droit de la personnalité à

²⁹ Ce ajout a été qualifié d'*elliptique* et de *beaucoup moins précis que ce commandait la directive*, et devrait être lu à la lumière des considérant 73 et article 32 de la directive ECN + (D. Bosco, *Pratiques anticoncurrentielles - Transposition française de la directive ECN + : vers une mise en œuvre plus efficace de l'antitrust*, Contrats Concurrence Consommation n° 7, juillet 2021, comm. 121).

³⁰ V. M. Mekki, *Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ?*, D. 2016. L'Autorité de la concurrence, dans une décision n° 16-D-21 du 6 octobre 2016, a du reste adopté une position s'inspirant de la jurisprudence de la chambre criminelle, en décidant que le respect du contradictoire suffisait à rendre la preuve recevable (à propos de documents détournés par des salariés).

³¹ Les développements qui suivent sont issus d'une étude réalisée en juillet 2023 par le bureau des droits fondamentaux, du droit de l'Union et du droit comparé du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, sur un échantillon de pays comprenant l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, les Pays-Bas, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Slovaquie).

l'exigence qu'elle revête une importance particulière pour la réalisation du droit d'une partie, au-delà du « simple » intérêt à la preuve, qui existe toujours.³²

De façon plus spécifique, en droit du travail, la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*) a eu à se prononcer sur l'utilisation d'enregistrements réalisés à partir d'un système de vidéosurveillance et procède ainsi à une distinction selon que la vidéosurveillance est autorisée sur la Loi fédérale sur la protection de données : ainsi, les enregistrements réalisés à partir d'une vidéosurveillance non autorisée par cette loi ne peuvent être utilisés, même indirectement, par exemple en procédant à l'audition de témoins sur le contenu des enregistrements.³³

En Belgique, en matière civile, après avoir appréhendé la question de la recevabilité d'une preuve d'origine déloyale sous l'angle de la charge de la preuve (en imposant à celui qui invoque la mauvaise foi de la personne qui est en possession de la preuve litigieuse, solution transposée de la bonne foi présumée du possesseur d'une chose mobilière), la jurisprudence a, par un arrêt du 14 juin 2021, étendu la solution antérieurement dégagée en matière pénale (arrêt Antigone du 14 octobre 2003), selon laquelle :

La circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu illicitement a en principe pour seule conséquence que le juge ne peut prendre ni directement ni indirectement cet élément en considération lorsqu'il forme sa conviction : soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ; soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ; soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

En Finlande, où les mêmes dispositions relatives à la preuve régissent le domaine civil et le domaine pénal, l'article 25 du chapitre 17 du code de procédure judiciaire comporte un dernier alinéa ainsi rédigé :

Dans les autres cas, la juridiction peut également utiliser des preuves obtenues illégalement, à moins que cette utilisation ne compromette le déroulement d'une procédure équitable, en tenant compte de la nature de l'affaire, de la gravité de la violation de la loi lors de l'obtention des preuves, de l'importance de la méthode d'obtention des preuves par rapport à leur crédibilité, des preuves pour trancher l'affaire, ainsi que les autres circonstances.

³² Bundesverfassungsgericht (BVerfG), arrêt du 9 octobre 2002, 1 BvR 1611/96, §§ 55

³³ Bundesarbeitsgericht, arrêt du 28 mars 2019, 8 AZR 421/17, §§ 30 à 33.

Aux Pays-Bas, la preuve en matière civile est régie par l'article 152 du code de procédure civile, qui prévoit que :

- 1- *La preuve peut être administrée par tout moyen, sauf si la loi en dispose autrement.*
- 2- *L'appréciation des preuves est laissée à la discrétion du tribunal, sauf si la loi en dispose autrement.*

Se fondant sur cet article, la Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*) a décidé dans un arrêt du 18 avril 2004 que « *dans les procédures civiles, il n'y a pas de règle générale prévoyant que le tribunal peut ignorer les preuves obtenues illégalement* », qu' « *en principe, l'intérêt général à ce que la vérité soit révélée en justice, ainsi que l'intérêt des parties à pouvoir rendre leurs prétentions plausibles devant le tribunal l'emporte sur l'importance de l'exclusion des éléments de preuve* » et que « *l'exclusion de ces éléments de preuves n'est justifiée que s'il existe des circonstances supplémentaires* ».

En République tchèque, la Cour constitutionnelle a, dans un arrêt du 9 décembre 2014, consacré l'obligation d'effectuer un test de proportionnalité dans les procédures civiles au cours desquelles des preuves illégales sont produites. Il est à noter que cette affaire a été rendue dans un litige où un salarié opposait à son employeur un enregistrement clandestin révélant la véritable raison de son licenciement.

La Cour a notamment constaté que le salarié n'avait pas d'autre élément de preuve à sa disposition, de sorte que la protection de son droit à un procès équitable devait prévaloir sur le fait que l'enregistrement contenait des propos de nature personnelle. Elle a par ailleurs souligné, dans le cas particulier des litiges relatifs au droit du travail, la nécessité de protéger la partie la plus faible.

Au Royaume Uni, la procédure civile exclut traditionnellement toute faculté pour les juges d'écarter des débats des éléments de preuve au motif que ces derniers ont été obtenus de manière illicite, déloyale ou inappropriée.

Cette règle générale a été énoncée par Lord Denning dans un arrêt *Helliwell vs. Piggott-Sims* de la manière suivante : « *il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire du juge en matière civile* » (« *there should be no discretion in civil proceedings* »).³⁴

³⁴ *Helliwell v Piggott-Sims* [1980] FSR 356 (CA), at 357

La doctrine anglaise considère en effet traditionnellement que « le fait d'admettre toutes les preuves pertinentes, quelle que soit la manière dont elles ont été obtenues, a pour objectif de maximiser la capacité du procès civil à produire une *vérité* judiciaire et signifie que toute exclusion de preuve doit être justifiée ». Seuls les éléments « à faible valeur probatoire » (*evidence of little probative value*) peuvent être exclus de manière discrétionnaire, ainsi que les éléments obtenus sous l'effet de la torture (qui « *risqueraient de déshonorer l'administration judiciaire* »).³⁵

A cet égard, l'entrée en vigueur des Règles de procédure civile en 1998, qui a notamment introduit la possibilité pour le tribunal de contrôler et d'exclure certaines preuves (article 32.1 relatif à la compétence des juridictions en matière de contrôle des preuves), n'a pas eu d'effet tangible sur la pratique des juges, qui demeure très imprégnée par le principe traditionnel de recevabilité générale de l'ensemble des éléments probatoires pertinents. Cette position s'est notamment illustrée dans une affaire où un enquêteur agissant pour le compte d'un assureur de son employeur, s'était rendu au domicile d'une salariée en se faisant passer pour un agent commercial et l'avait filmée à l'aide d'une caméra cachée. La juridiction d'appel a considéré qu'il s'agissait d'une preuve pertinente, que la salariée avait reçu des copies de l'enregistrement et n'avait ainsi pas été piégée, et que le fait qu'une preuve ait été obtenue de manière illégale ou inappropriée ne la rendait pas irrecevable en règle générale.³⁶

En Slovénie, enfin, il n'existe pas de disposition de procédure civile traitant de l'admissibilité des preuves obtenues illégalement. C'est donc sur le fondement de l'article 15 de la Constitution slovène, relatif à la limitation des droits, que les juges apprécient l'admissibilité de telles preuves.

Les principaux critères de cette appréciation ont été dégagés par la Cour constitutionnelle slovène dans un arrêt en date du 7 octobre 2004 dans lequel était question de l'admission du témoignage d'une

³⁵ Allen-Franks A. (2023), *Discretion to exclude improperly obtained evidence in civil proceedings in England and Wales.*, Legal Studies 43, 66-85, <https://doi.org/10.1017/lst.2022.23>

³⁶ Engand and Wales Court of appeal, 4 février 2003, Jones c. Université de Warwick, 2003, EWCA Civ. 151, WLR 954 . Dans cette affaire, Lord Woolf, qui siégeait, a rendu une opinion dissidente considérant que la solution était cohérente avant l'entrée en vigueur des Règles de procédure civile, en 1998, mais que cette approche devait sormais être modifiée en raison des changements intervenus.

personne qui avait écouté une conversation téléphonique qui avait été enregistrée et produite devant le tribunal en tant que preuve.³⁷

Ainsi, lorsque les preuves ont été obtenues en violation du droit au respect de la vie privée d'une personne, elles ne peuvent être prises en considération que si elles ont pour but l'exercice d'un droit protégé par la Constitution et doivent alors être soumises à un test de proportionnalité.

Dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité, les juridictions slovènes se réfèrent directement à la jurisprudence de la CEDH.³⁸

4.2.6 – L'émergence d'un *droit à la preuve* en droit interne français

L'émergence d'un *droit à la preuve* venant en conflit avec des droits fondamentaux (droit au respect de la vie privée...) avec lesquels il doit se concilier dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, s'est manifestée de façon parallèle dans la jurisprudence des différentes chambres civiles, et a récemment connu une consécration marquée dans la jurisprudence travailliste.

4.2.6.1 – En droit civil et commercial

Une première manifestation du test de proportionnalité d'une preuve illicite apparaît dans une affaire où la cour d'appel avait accordé des dommages et intérêts au dirigeant d'une société commerciale pour violation du droit à l'intimité de sa vie privée en raison de la production de certificats médicaux et ordonnances intéressant son état de santé, dans un litige où se posait la question de savoir si l'intéressé avait été empêché d'exercer ses fonctions en raison de son état de santé et si certains de ses proches avaient exercé à sa place des pouvoirs dont ils ne disposaient pas. Cette décision a été cassée au visa des articles 6 et 8 de la CSDH, faute pour la cour d'appel de s'être interrogée sur la légitimité et la proportionnalité de l'atteinte ainsi portée à la vie privée du dirigeant. Dans un chapeau intérieur, la chambre commerciale énonce que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » ([Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. IV, N° 130](#)).

³⁷ Cour constitutionnelle slovène, décision du 7 octobre 2004, Up-472/02.

³⁸ Cour suprême slovène, arrêt du 10 novembre 2016, VSRS VIII 156/2016.

A son tour, la première chambre civile est venue censurer une cour d'appel pour avoir admis la production aux débats d'un document touchant à la vie privée des enfants de l'une des parties, sans caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché ([1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, Bull. I, N° 230](#)).

Cette même chambre a, au contraire, censuré une cour d'appel pour avoir écarté des débats une missive susceptible de porter atteinte à l'intimité de la vie privée des personnes concernées et au secret des correspondances, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de la partie à l'origine de cette production, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ([1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. I, N° 85](#)).

Peu après, la première chambre a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'une filature organisée par un assureur pour contrôler et surveiller les conditions de vie de la victime d'un accident, organisée sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et qui ne visait qu'à apprécier la mobilité et l'autonomie de l'intéressé, ne constituaient pas des atteintes disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés ([1^{re} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, Bull. I N° 224](#)).

En écho à la solution rendue par la CJUE le 8 septembre 2016 (Affaire Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg, [C-580/13](#) précitée), la chambre commerciale a admis que le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier ne constituait pas nécessairement un empêchement légitime au sens de l'article 11 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait fait ressortir que la production litigieuse, indispensable à l'exercice par le client de son droit à la preuve dans le procès qui l'opposait à la banque et dans lequel il recherchait la responsabilité de celle-ci pour avoir commis des fautes à l'occasion de l'octroi des crédits en cause, était proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ([Com., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-27.969](#)). Symétriquement, elle a censuré une cour d'appel qui avait estimé qu'une banque n'était pas autorisée à lever le secret bancaire en produisant les relevés de compte de sa cliente, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice, par la banque, de son

droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ([Com., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-10.158](#)).

Très récemment, enfin, cette même chambre a approuvé une cour d'appel d'avoir refusé d'écartier des débats le rapport effectué par un détective privé dont il ressortait que les conditions de la surveillance privée de l'établissement concurrent ainsi effectuée n'avaient pas porté une atteinte disproportionnée à la vie privée de son dirigeant et que la production de cette pièce était nécessaire à la préservation des droits du demandeur. Toutefois, la décision a été cassée, dès lors que la cour d'appel s'était exclusivement fondée sur le rapport établi par le détective privé ([Com., 1^{er} décembre 2021, pourvoi n° 19-22.135](#)).

4.2.6.2 – En droit du travail

Les prémices d'une évolution peuvent être discernées dans un arrêt où la chambre sociale a admis qu'un salarié, *lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur*, puisse produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions ([Soc., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-41.720, Bull. V, n° 187](#) ; solution réitérée ultérieurement : [Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-20.526, Bull. V, 2012, V, n° 341](#)).

Puis, de façon plus nette, la chambre sociale a considéré que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. Il s'agissait en l'espèce de fichiers non expressément référencés comme personnels par la salariée, contenus dans l'ordinateur mis à sa dispositions par l'employeur ([Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, Bull. V, N° 129](#)).

Néanmoins, l'émergence d'un *droit à la preuve* dans la jurisprudence de la chambre sociale n'apparaît que dans une affaire où se posait la question de savoir si des délégués du personnel pouvaient produire en justice des éléments intéressant le décompte des repos compensateurs et portant atteinte à la vie personnelle du salarié. La chambre sociale a considéré que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdisait pas à un syndicat de produire ces documents en justice, ajoutant que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie

personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ([Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. V, N° 209](#)).

Puis, dans une affaire où une salariée avait publié sur son compte privé *Facebook* des photographies prises lors de la présentation confidentielle d'une nouvelle collection d'une grande marque de bonneterie en méconnaissance d'une clause de confidentialité figurant à son contrat de travail, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel d'avoir, au terme d'un examen concret de la situation, considéré que la production de cet élément portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, en l'occurrence la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires ([Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.058](#), affaire *Petit Bateau*). Au préalable, la Cour avait relevé que si, en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve, la cour d'appel avait, en l'espèce, constaté que la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par une autre salariée de l'entreprise, autorisée à accéder comme « amie » au compte privé *Facebook* de la salariée mise en cause, et avait pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal.

Cette affaire emblématique marque une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, qui n'exige plus seulement que la preuve soit *nécessaire*, mais *indispensable* à l'exercice du droit à la preuve.

La solution retenue laisse par ailleurs entendre que la preuve aurait été déloyale si elle avait été obtenue par une personne n'ayant pas accès aux publications effectuées sur le compte privé *Facebook* de la salariée en tant qu'*ami*.³⁹

Cette décision a été suivie d'une autre, rendue au profit de salariés qui, s'estimant victime de discrimination syndicale, souhaitent avoir communication d'informations sur la classification et la rémunération d'autres salariés de l'entreprise ([Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.648](#) ; dans le même sens, v. également [Soc., 22](#)

³⁹ Cette question a suscité des réserves de la part de certains commentateurs : « Outre le fait qu'en pratique la remise peut avoir été suscitée par l'employeur, cette décision conduit à s'interroger sur le sens de la loyauté. Dès lors que le contractant n'est pas à l'origine de l'atteinte à la vie privée, doit-on considérer qu'il est nécessairement de bonne foi s'il utilise l'élément relevant de la vie privée ? que se serait-il passé si l'employeur avait demandé à ce salarié d'aller recueillir des informations ? Ne suffit-il pas alors à l'employeur de demander à certains salariés d'aller à la pêche aux informations ? » (B. Bossu La semaine juridique éd. G - N° 6 - 8 février 2021 p. 288).

[septembre 2021, pourvoi n° 19-26.144](#)) ; dans ces différents cas, la chambre sociale a exigé que la preuve litigieuse soit *indispensable* à l'exercice du droit à la preuve.

Cette exigence d'une preuve indispensable a été reprise à propos de l'exploitation par l'employeur de fichiers de journalisation permettant d'identifier indirectement une personne physique ([Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19.523](#)).

Enfin, lors d'une audience de section dédiée à ces questions (où a du reste été décidé le renvoi devant l'assemblée plénière du présent pourvoi ainsi que du pourvoi n° 21-11.330), la chambre sociale a consacré le droit à la preuve dans plusieurs domaines :

- Dans une première affaire, la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, portant sur les bulletins de salaire d'autres salariés de l'entreprise, portait atteinte à la vie personnelle de ces salariés mais était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, à savoir la défense de l'intérêt légitime de la salariée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ([Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-12.492](#)).
- Elle a, de même, censuré une cour d'appel pour ne pas avoir recherché si la production, à titre de preuve du caractère réel et sérieux d'un licenciement, d'informations provenant du système de *badgeage* à l'entrée des locaux de l'entreprise, n'était pas indispensable à l'exercice du droit de la preuve de l'employeur et si l'atteinte au respect de la vie personnelle de la salariée n'était pas strictement proportionnée au but poursuivi. Le caractère illicite de ces éléments en cause était lié au non-respect de la finalité des données collectées par l'employeur, qui avait opéré un rapprochement entre les données issues du système de badge et les déclarations virtuelles effectuées sur les postes informatiques ([Soc., 8 mars 2023, pourvois n° 21-20.797 et n° 21-20.798](#)).
- En revanche, elle a rejeté le pourvoi d'un employeur en considérant qu'il résultait des constatations de la cour d'appel, selon lesquelles celui-ci disposait d'autres éléments de preuve qu'il n'a pas versés aux débats, que les enregistrements de vidéosurveillance litigieux n'étaient pas indispensables à l'exercice de son droit à la preuve et étaient donc irrecevables ([Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-17.802](#)).

*

On peut donc constater que les différentes chambres civiles de la Cour de cassation n'écartent plus *a priori* les preuves considérées

comme illicites, mais les soumettent désormais à un test de proportionnalité. Trois observations complémentaires peuvent être effectuées à cet égard.

- En premier lieu, comme il a été vu, la preuve litigieuse doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve : de ce point de vue, cette jurisprudence s'inscrit strictement dans la jurisprudence [L.L. c. France](#) précitée de la CEDH, cependant que dans les autres affaires, la CEDH paraît attacher une certaine importance au fait que la juridiction s'est fondée sur d'autres preuves, ce qui a également été l'approche du TUE dans l'affaire *Goldfish*.⁴⁰
 - En deuxième lieu, seules des preuves expressément considérées comme illicites ont été jugées comme potentiellement recevables, à condition de satisfaire au test de proportionnalité : aucune décision de la Cour de cassation n'apparaît, en l'état, s'être prononcée sur des preuves déloyales *strico sensu* pour les soumettre au test de proportionnalité.
 - En dernier lieu et spécialement au regard du présent pourvoi, les différentes chambres civiles n'apparaissent pas s'être prononcées sur la recevabilité d'enregistrements réalisés à l'insu de la personne à laquelle cette preuve est opposée, depuis l'affaire examinée par l'assemblée plénière le 7 janvier 2011.⁴¹
- 4.2.7 – Application au cas d'espèce

Les motifs critiqués de l'arrêt sont les suivants :

Aux termes de l'article 9 du code de procédure civile, chaque partie doit prouver les faits qu'elle invoque conformément à la loi.

Il en résulte que même si la preuve est libre en matière prud'homale, son administration doit être loyale.

⁴⁰ A noter que le Conseil d'Etat semble sur la même ligne : dans un arrêt du 16 juillet 2014 (n° 355201, publié au Lebon), il a validé des poursuites disciplinaires exercées contre un agent municipal en constatant que la révocation prononcée n'était pas fondée uniquement sur l'enquête diligentée par un cabinet de détective privé, mais sur d'autres éléments de preuve figurant au dossier.

Signalons que, dans l'affaire précitée [1^{er} décembre 2021](#), la chambre commerciale a considéré que le rapport établi par un détective privé était, comme tel, recevable, mais que la cour d'appel ne pouvait se fonder exclusivement sur cet élément.

⁴¹ Notons que, pour ce qui le concerne, le Conseil d'Etat a admis la possibilité pour le conseil de discipline d'une université de se fonder sur la transcription de conversations téléphoniques enregistrées à l'insu d'un enseignant par l'une de ses enseignantes : CE, 4^{ème} chambre, 21 juin 2019, n° 424593 inédit.

Si devant la juridiction pénale, les enregistrements peuvent être admis comme mode de preuve, un employeur ne peut sans déloyauté enregistrer à son insu un salarié pour pouvoir ensuite établir la réalité de la faute grave qu'il compte invoquer dans le cadre d'un licenciement.

Les faits que la S.A.R.L. Abaque Bâtiments Services reproche à M. [B] ne peuvent caractériser des infractions pénales puisqu'ils concernent le défaut de transmission de son activité commerciale, l'effondrement de son portefeuille clients et le refus d'appliquer les consignes. Il en résulte que les pièces précitées n'ont d'autre but que de démontrer la réalité de la faute grave invoquée par l'employeur ; la cour dit qu'elles ont été obtenues par un procédé déloyal et qu'elles sont donc irrecevables. Elles sont écartées des débats.

Le **mémoire en demande** rappelle que le principe est celui de la liberté de la preuve, tempéré par l'article 9 du code de procédure civile sur le fondement duquel la Cour de cassation a dégagé un principe de loyauté des preuves conduisant à considérer comme déloyales et en conséquence irrecevables les preuves obtenues par l'utilisation de procédés clandestins, de stratagèmes ou par fraude.

Il note cependant que cette solution se distingue nettement de celle adoptée par les juridictions pénales.

Surtout, il souligne que la jurisprudence de la CEDH s'attache à vérifier si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, et notamment si la partie contre laquelle est versée une preuve jugée déloyale a eu la possibilité de remettre en question l'authenticité et la qualité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation.

Il ajoute que la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation tend à consacrer cette solution et invite à une évolution de l'office du juge en ce qui concerne la recevabilité des preuves jugées illicites.

Le **mémoire en demande** considère donc que la cour d'appel n'a pas, en l'espèce, respecté les principes dégagés par la CEDH, d'autant que le salarié ne soutenait nullement que les enregistrements litigieux avaient porté atteinte à un quelconque de ses droits fondamentaux, notamment à sa vie privée, que le système de surveillance ainsi mis en place par l'employeur répondait à un but précis, limité dans le temps et dans l'espace, et que d'autres éléments de fait, que la cour d'appel n'a pas pris en considération, étaient avancés par l'employeur pour démontrer que le salarié avait commis une faute grave, de nature à justifier son licenciement sans préavis.

En réponse, **le mémoire en défense** fait valoir que la Cour de cassation juge de manière constante que l'enregistrement d'une conversation à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue.

Il observe que la seule exception à ce principe est la preuve d'une infraction pénale devant les juridictions pénales, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

4.2.8 – Observations complémentaires.

L'assemblée plénière est donc invitée à réexaminer sa jurisprudence du 7 janvier 2011 ayant déclaré irrecevables des enregistrements réalisés à l'insu de la personne contre laquelle ces éléments de preuve sont produits dans le cadre d'une procédure civile, en l'occurrence, à l'occasion d'une procédure prud'homale.

Certains enjeux concrets d'une possible évolution méritent d'être rappelés.

Tout d'abord, même si, en définitive les preuves recueillies s'avèrent ne pas franchir le test de proportionnalité, la perspective qu'elles puissent y parvenir ne pourra qu'encourager les plaideurs à tenter leur chance en recourant massivement à des enregistrements clandestins et à toute autre forme de procédés déloyaux, afin de se préconstituer des preuves.⁴²

L'admissibilité de preuves jugées déloyales est donc de nature à entraîner une modification des comportements, avec la prolifération des procédés de surveillance et d'enregistrement, laquelle pourrait créer un « *risque de marchandisation à outrance des modes de preuve* », avec le développement d'officines spécialisées.⁴³

Ensuite, il est incontestable que la mise en balance du droit à la preuve du demandeur avec les droits de la partie adverse, perçue

⁴² A propos du risque que l'employeur passe par le biais de ses salariés pour obtenir *sans déloyauté* des éléments issus de leur profil Facebook, B. Bossu observe (*Op. cit.*) : « *Il n'est pas non plus certain que la qualité de vie dans une entreprise soit renforcée si chaque salarié, se sentant investi d'une mission de « justicier », communique à l'employeur des éléments qui, même s'ils révèlent une atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise, remettent en cause la vie privée d'un de ses collègues de travail* ».

⁴³ H. Barbier, RTD Civ. 2022 p.135 : *Loyauté de la preuve et pratique du « client mystère »*.

comme *une délicate opération de pesage*,⁴⁴ introduit au sein du litige un débat préliminaire complexe, cependant que le principe d'irrecevabilité des preuves déloyales, outre qu'il agit préventivement en dissuadant les plaideurs de produire des preuves jugées déloyales, permet d'écarter les éléments litigieux au terme d'un examen *prima facie*.

Les choix à opérer sont donc susceptibles d'avoir un impact non négligeable sur l'office des juges du fond et, autant le dire, sur les charges leur incombant. De ce point de vue, il convient de conserver à l'esprit que « *la vérité judiciaire présente encore la caractéristique notable de devoir être affirmée dans un temps limité. [...] C'est donc une vérité raisonnable et de nature à éteindre rapidement le conflit que l'institution judiciaire doit imposer* ».⁴⁵

Ces éléments étant rappelés, il importe de résumer, sans prétendre à l'exhaustivité, les principaux éléments mis en avant en faveur d'une évolution du droit positif concernant l'admissibilité des preuves dites déloyales.

➤ Mettre le droit français en conformité avec la jurisprudence de la CEDH

Cet objectif n'appelle pas de commentaire particulier, sinon pour observer à nouveau (cf. § 4.2.3 et la note en bas de page n° 25) que le fait que la CEDH se réfère au caractère illicite des preuves concernées répond à la nécessité pour la CEDH de rattacher la problématique de preuve à la violation d'un droit fondamental dont elle a pour mission d'assurer le respect, mais n'implique pas que des preuves considérées comme *déloyales* au regard du droit national ne seraient pas concernées.

➤ Soumettre au même régime preuves illicites et déloyales en matière civile

De nombreux commentateurs soulignent la difficulté de tracer une ligne de partage claire entre preuves déloyales et preuves illicites, une preuve déloyale étant toujours susceptible de heurter un principe ou un droit expressément consacrés par la loi.

D'aucuns voient du reste une forme d'artifice à appréhender une preuve sous l'angle de l'illicéité pour permettre le cas échéant son

⁴⁴ P. Adam, *Op. cit.*

⁴⁵ J.-F. Cesaro, *Avant-propos*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, *La preuve*, p. 85.

admissibilité⁴⁶ : l'arrêt *Petit Bateau* ([Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.058](#), précité) apparaît révélateur de cette difficulté en donnant à penser que la solution dépendrait du rôle actif ou passif de l'employeur dans l'obtention de la preuve litigieuse.⁴⁷

Par ailleurs, s'il paraît acquis qu'un enregistrement clandestin, sauf s'il est réalisé à partir d'un dispositif poursuivant d'autres finalités, constitue une preuve déloyale, la notion de *stratagème*, utilisée à propos des filatures, des visites mystères, voire de certains constats d'huissiers, apparaît beaucoup plus floue.⁴⁸

➤ mettre en cohérence la jurisprudence en matière civile avec la jurisprudence en matière criminelle

Certains des auteurs précédemment cités s'interrogent tout d'abord sur les raisons pour lesquelles la soumission des preuves à un débat contradictoire apparaît suffisante en matière pénale alors que tel n'est pas le cas en matière civile.

En outre, cette différence de régime fait surgir une difficulté lorsqu'une preuve est produite dans un dossier civil, après avoir été déclarée recevable, en dépit de son caractère déloyal, dans une procédure pénale. La question s'est illustrée à propos d'une affaire dans laquelle un salarié avait porté des coups à un tiers, lequel avait filmé la scène à l'aide de son téléphone portable. Les enregistrements ayant été retenus comme preuve des faits dans le cadre d'une procédure pénale par une décision devenue définitive, la chambre sociale a considéré qu'en vertu de l'autorité absolue au civil des décisions rendues sur le fond en matière pénale, le salarié ne pouvait plus invoquer l'illicéité du mode de preuve jugé probant par le juge pénal ([Soc., 21 septembre 2022, pourvoi n° 20-16.841](#)). Certains auteurs y décèlent une *voie de contournement* du principe de loyauté des preuves.⁴⁹

⁴⁶ V. P. Adam, *Revue de droit du travail* 2023 p.156 et s., qui observe : *C'est donc de façon médiate, par l'intermédiaire de la protection de la vie privée/vie personnelle, que la Cour de cassation place la loyauté sous l'emprise du droit à la preuve.*

⁴⁷ V. B. Bossu *La semaine juridique* éd. G - N° 6 - 8 février 2021 cité en note en pas de page n° 35.). Dans le même sens, v. S. Sereno, *Réflexions sur le droit à la preuve en matière prud'homale*, *Gaz. Pal.* 30 mai 2023 - n° 18 p. 63 ; C. Lhomond - *Revue de droit du travail* 2023 p.156 et s.

⁴⁸ En ce sens, G. Lardeux, *Rep. Dall. Civ, Preuve : règles de preuve* § 410 et s.

⁴⁹ S. Sereno, *Réflexions sur le droit à la preuve en matière prud'homale*, *Gaz. Pal.* 30 mai 2023 - N° 18 p. 63. V. Également J. Klein, *RTD Civ.* 2023 p.167 ; J. Mouly : *Droit social* 2022 p.1052, *Autorité absolue de la chose jugée au pénal versus loyauté de la preuve au civil*. Ce dernier auteur observe qu'il existe deux régimes de preuve pour les fautes du salarié constituant une infraction pénale, selon que cette faute a ou non fait l'objet d'une décision de condamnation définitive devant le juge pénal, et souligne que ceci ne peut qu'inciter les employeurs à agir préalablement par la voie pénale.

A ceci on peut ajouter que la difficulté, pour les salariés, de prouver des faits de harcèlement ou de discrimination devant le juge prud'homal ou civil, ne peut que les inciter à agir par la voie pénale.

➤ Rapprocher la vérité judiciaire de la vérité factuelle

Cette considération, longtemps passée au second plan, s'avère de plus en plus constituer un facteur de meilleure acceptation des décisions de justice ; la part grandissante prise par les technologies de la communication dans l'établissement de la vérité factuelle et le rôle des réseaux sociaux dans le débat public font que l'aspiration des citoyens à davantage de vérité est de plus en plus difficile à concilier avec un régime de preuve laissant délibérément de côté des preuves pour des motifs qui ne sont pas toujours bien compris du grand public. Ceci est en outre de nature à alimenter certaines thèses complotistes.⁵⁰

➤ Rééquilibrer des positions procédurales en matière de droit du travail

D'un côté, il est généralement observé que le régime défavorable attaché aux preuves déloyales agit principalement au détriment de l'employeur qui se trouve ainsi empêché de prouver des faits.⁵¹

D'un autre côté, certains agissements subis par les salariés (harcèlement, discriminations) sont par nature difficile à prouver, ce qui incite à élargir les modes de preuve admissibles.⁵²

⁵⁰ En ce sens, P. Adam (*Op. cit.*), qui observe : *C'est que dans nos sociétés modernes, la demande de vérité ne peut que progresser. Plus elle est attaquée (les diverses théories du complot), plus elle devient désirable. Et ce désir paraît à chacun - à tort ou à raison ; à tort sans doute plus qu'à raison - de plus en plus réalisable (le numérique qui envahit nos vies « s'érige comme une puissance aléthique » : E. Sadin, L'intelligence artificielle ou l'enjeu du siècle, L'Échappée, 2019) et transforme nos représentations mentales et nos attentes sociales). Et donc plus désirable encore... Pourquoi alors renoncer à la découvrir devant un tribunal ? Certainement pas au nom d'une exigence de loyauté, qui, pour beaucoup, n'est qu'expression normative d'une morale d'un autre temps. Le capitalisme de finance, l'hyper-individualisme consumériste, la « gouvernance par les nombres » (A. Supiot, La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France [2012-2014]), Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015) l'ont peu à peu érodée, n'en laissant subsister que la partie nécessaire à la reproduction du système économique assurant et légitimant la domination des puissants.*

⁵¹ V. C. Lhommond, *Op. cit.* : « Ce conflit apparaît, en effet, pleinement déséquilibré en matière sociale. Le droit à la preuve de l'employeur ne l'emporte jamais contre une preuve déloyale, quels que soient les intérêts en présence dans le litige. Autrement dit, la déloyauté de l'employeur constitue toujours un obstacle infranchissable à la recevabilité de la preuve ».

⁵² Le Défenseur des droits se prononce à cet égard en faveur de la recevabilité devant le juge civil des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel et plus largement de harcèlement discriminatoire (Défenseur des droits, « Consultation citoyenne sur les discriminations : Recommandations et propositions », 2021, p. 14).

*

L'assemblée plénière est donc invitée, au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent à examiner le bien-fondé des pourvois principal et incident.

Dans l'éventualité où elle déciderait d'abandonner sa jurisprudence sur la question de la recevabilité des enregistrements litigieux, elle aurait à s'interroger sur le point de savoir s'il y a lieu de renvoyer sur ce point l'affaire devant une cour d'appel de renvoi pour procéder au test de proportionnalité ou si la Cour de cassation ne peut pas y procéder elle-même. Le présent rapport vaut avis 1015 afin de permettre aux parties de présenter leurs observations sur l'éventualité d'un rejet par substitution de motifs sur ce grief.

Nombre de projets préparés : 3 avec des variantes.
