



**AVIS de Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 674 du 22 décembre 2023 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 21-11.330

Décision attaquée : 17 novembre 2020 de la cour d'appel de Paris

la société Rexel Développement

C/

M. [F] [B]

La preuve tirée de la consultation de la messagerie intégrée au compte Facebook d'un salarié est-elle admissible lorsque cette correspondance personnelle a été consultée sur l'ordinateur du salarié mis à la disposition d'un collègue sur le lieu du travail, et remise par ce dernier à l'employeur ?

S'il s'agit bien là d'une question qui reste toujours d'actualité, elle est loin d'être nouvelle, tant ces questions de preuves tirées de la messagerie des salariés sont désormais récurrentes, comme opposant le droit à la preuve et le principe du secret des correspondances. Pour autant, chaque cas d'espèce a ses particularités qui permettent à la chambre de préciser sa jurisprudence, et celles de la présente affaire offrent un contexte inédit. L'employeur n'a en effet utilisé aucun procédé déloyal pour obtenir communication de la correspondance litigieuse qui sert de support au licenciement disciplinaire, puisqu'elle lui a été rapportée par le salarié intérimaire directement visé par les propos injurieux tenus, qui en a pris connaissance sur l'ordinateur professionnel du salarié qu'il remplaçait, lequel avait laissé son compte Facebook ouvert. Ce salarié tiers, qui n'a donc lui-même usé d'aucun stratagème, avait en revanche conscience qu'il prenait connaissance d'une correspondance privée qui

ne lui était pas destinée -même si elle le concernait directement. C'est pourquoi, à la motivation du jugement prud'homal qui retenait de la part de l'employeur une violation du secret des correspondances (page 3 avant-dernier paragraphe du jugement), la cour d'appel a préféré imputer cette violation au salarié tiers, et en tirer la conséquence «*que ce procédé d'obtention de la preuve était déloyal et illicite, peu import(ant) que l'employeur n'ait pas personnellement cherché à prendre connaissance de cette conversation ou n'ait pas consulté directement le compte litigieux*», en retenant donc une acception large du terme «obtention» depuis l'origine de celle-ci. C'est cette motivation que la chambre devra analyser au regard du **moyen unique en trois branches du pourvoi de l'employeur**.

Il soutient d'abord qu'en retenant que l'employeur avait obtenu la preuve des propos litigieux de manière déloyale, en violation du secret des correspondances, après avoir constaté qu'il n'avait usé d'aucun stratagème (**1^{re} branche**) et en jugeant inopérant le fait qu'il n'avait pas personnellement cherché à prendre connaissance de cette conversation ou n'ait pas consulté directement le compte litigieux (**2^e branche**), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé les articles 9 du code de procédure civile et L.1232-1, L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail.

Il ajoute qu'en tout état de cause, la cour d'appel, qui n'a pas recherché comme elle y était invitée si l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but poursuivi, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile (**3^e branche**)

L'arrêt attaqué et le pourvoi ont ceci d'intéressant qu'ils invoquent les deux limites posées traditionnellement au pouvoir de contrôle de l'employeur (et, par voie de conséquence, au droit à la preuve qui lui est désormais reconnu), à savoir le principe de loyauté dans l'administration de la preuve et le droit au respect de la vie privée, ce qui pourrait donner à la chambre l'occasion de les distinguer plus nettement que ne l'ont fait les juges du fond, puisque ceux-ci ont retenu, après les avoir rappelés l'un et l'autre (page 6 de l'arrêt) et s'être interrogés «*sur l'accès de l'employeur aux propos tenus sur le compte Facebook (du salarié) et la loyauté de l'administration de la preuve*», que ce procédé d'obtention de la preuve qui violait le secret des correspondances «*était déloyal et illicite*» (2^e paragraphe de la page 7) C'est ce à quoi tend le moyen qui les différencie plus nettement¹, et veut par ses deux premières branches obtenir une définition -ne serait-ce qu'en creux- de la déloyauté.

Avant d'exposer l'intérêt de cette distinction, il faut rappeler que pendant longtemps, les deux termes ne se distinguaient pas vraiment : indépendamment de l'étymologie

¹ encore que le mémoire ampliatif vient affirmer à son paragraphe VI que «*la loyauté de la preuve s'apprécie encore au regard du respect de la vie personnelle du salarié et de l'obligation pour l'employeur de ne pas «apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*» rappelé à l'article L.1121-1 du code du travail.»

de l'adjectif «déloyal»², le fondement même que la jurisprudence des différentes chambres civiles donnait à la notion de preuve déloyale était l'obligation pour *chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* posée par l'article 9 du code de procédure civile, et le premier arrêt de la chambre sociale généralement cité comme ayant retenu cette exigence, l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991³, parle d'ailleurs de preuve illicite et non déloyale.

Si les deux principes, celui de loyauté et celui de respect de la vie privée, qui nous viennent du droit civil général ont été introduits ensuite en même temps dans le code du travail, ce n'est pas directement sous l'angle de la preuve mais pour régler les relations de travail. C'est la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 qui a assigné cette double limite au pouvoir de contrôle compris dans le pouvoir de direction de l'employeur : d'une part, le respect des libertés individuelles et du droit à la vie privée du salarié -déjà protégé par l'article 9 du code civil- a été inscrit à l'article L.1121-1 (ancien L.120-2), d'autre part, le principe de la loyauté a été mis en oeuvre par les articles L.1222-4 et L.1221-9 (ancien L.121-8) qui disposent qu'«*aucune information concernant personnellement un salarié (ou un candidat à un emploi) ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance*». C'est sans doute parce que cette «transposition» dans notre code du travail de l'idée de transparence dans la collecte de données personnelles au travail répondait plus à la nécessité de limiter le pouvoir de surveillance de l'employeur du fait du développement des outils technologiques dans l'entreprise qu'à une exigence probatoire que la jurisprudence de la chambre a maintenu la notion de preuve déloyale pour des raisons d'efficacité, afin également de pouvoir écarter des preuves obtenues par des moyens, sinon illicites stricto sensu, du moins inacceptables au regard de la morale, ce qui rend la notion plus subjective et donc plus complexe à appréhender. La loyauté probatoire a donc acquis valeur d'obligation juridique, sanctionnée en cas de non-respect, mais à géométrie variable selon les chambres de la Cour, tant dans sa caractérisation que dans sa finalité.

Car en matière pénale, la défense de l'intérêt général et la recherche de la vérité des faits légitiment l'efficacité probatoire comme ils expliquent la procédure inquisitoire, et le principe de la légalité des preuves, prescrit par l'article 9 du code de procédure civile, s'efface devant celui de la liberté de la preuve, posé par l'article 427 du code de procédure pénale. D'où une appréciation toute différente de la recevabilité de la preuve déloyale, qui est admise si la preuve a été remise par des particuliers aux services d'enquête⁴ et qui n'est rejetée lorsqu'elle émane des autorités publiques que si celles-ci ont provoqué la commission de l'infraction mais non si elles n'ont cherché qu'à

² «loyal» vient du latin «legalis», c'est-à-dire «conforme à la loi», «à ce qui est requis par la loi», selon le Robert, formule que l'on retrouve dans l'article 9 n°pc

³ Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n°88-43.120, Bull n°519,

⁴ Crim., 27 janv. 2010, n°09-83.395 : «*Aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire des parties.*»

constater une infraction préexistante ou à identifier ses auteurs⁵. C'est donc la finalité du procédé (provocation à l'infraction ou provocation à la preuve) qui doit permettre de déterminer s'il est déloyal.

Devant les chambres civiles d'une façon générale, où seuls des intérêts privés sont en jeu, «l'éthique prime sur l'efficacité probatoire», comme l'a relevé un auteur⁶, et c'est la nature même du procédé utilisé pour l'obtention de la preuve qui permet de conclure à sa déloyauté. Devant la chambre sociale, le principe interdit à l'employeur non seulement les preuves obtenues par le biais d'un stratagème⁷, -notion que l'on retrouve dans toute la jurisprudence de la Cour y compris devant la chambre criminelle-, mais les procédés de preuve clandestins, comme l'a posé l'Assemblée plénière dans son arrêt du 7 janvier 2011⁸, sur lequel il est important de s'arrêter pour comprendre la jurisprudence actuelle de la chambre.

Il faut en effet souligner qu'en jugeant qu' *«Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve»*, la Cour a cassé l'arrêt de rébellion de la cour d'appel de Paris présidée par son premier Président qui avait effectué un contrôle de proportionnalité au nom du droit à un procès équitable. L'avocat général Petit avait pourtant conclu au rejet du pourvoi en rappelant que la CEDH laisse à la liberté des Etats la question de l'administration de la preuve sous réserve d'un contrôle strict de l'équité du procès, et que depuis son arrêt Schenk c/ Suisse du 1er juillet 1988, relatif à des enregistrements téléphoniques recueillis illégalement, en matière pénale comme en matière civile, elle énonce qu'*«elle ne saurait exclure par principe, in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale»* et qu'il importe seulement de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable.

L'Assemblée plénière a donc refusé de suivre cette position, dans cette matière il est vrai un peu particulière, à la limite du pénal et du civil, où des enregistrements clandestins avaient été utilisés pour prononcer une sanction alors que l'Autorité de la concurrence a des pouvoirs d'investigation propres, et jusqu'à présent, la Cour de cassation dans son ensemble, hormis la chambre criminelle qui a sa jurisprudence propre comme il vient d'être vu, n'est pas revenue sur cette position de refus d'exercer un contrôle de proportionnalité en cas de preuve déloyale. Ainsi, la première chambre civile, au visa du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, a décidé, en l'absence même de stratagème, que le droit à un procès équitable commande que la personne qui assiste l'huissier instrumentaire lors de l'établissement d'un procès-

⁵ Ass. Plén., 9 décembre 2019, n°18-86767, publié

⁶ Hanane SEFIANE, « *La pratique du client mystère en droit de la concurrence et la loyauté de la preuve* », *Contrats Concurrence Consommation n° 1*, Janvier 2016, étude 1.

⁷ Soc. 18 mars 2008, n°06-40.852, Bull. n°65 ; Soc. 4 juillet 2012, n°11-30.266, Bull. n°208

⁸ Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n°09-14.667, 09-14.316, Bull. 2011, Ass. Pl. n°1,

verbal de constat en matière de contrefaçon de droits d'auteur soit indépendante de la partie requérante (1^{re} Civ., 25 janv. 2017, n°15-25.210, Bull. n° 20) La deuxième chambre civile a adopté la même solution, dans le cadre d'une action en concurrence déloyale : 2e Civ., 5 déc. 2019, n°18-24.511 et 2e Civ., 5 déc. 2019, n°18-20.709) La chambre commerciale, traditionnellement encline à exercer ce contrôle de proportionnalité⁹, est d'abord restée dans la même ligne (Com., 18 nov. 2008, n°07-13.365), jusqu'à un arrêt relatif à la pratique des «clients mystère» en matière de concurrence déloyale qualifiée de stratagème déloyal (Com., 10 novembre 2021, pourvoi n°20-14.669) qui laisse malgré tout entrevoir une évolution, puisqu'à la critique de l'absence de contrôle de proportionnalité il est répondu qu'il n'avait pas été demandé à la cour d'appel de procéder à la recherche invoquée, -ce qui ne l'exclut donc pas. Mais il suffit qu'une filature soit critiquée sous l'angle non plus de la déloyauté mais de l'atteinte à la vie privée pour que la 1^{ère} chambre (1^{re} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n°11-17.476, Bull. n°224) comme la chambre commerciale (1^{er} décembre 2021, pourvoi n°19-22.135) la soumettent à un contrôle de proportionnalité et valident finalement ce procédé de surveillance et de preuve traditionnellement considéré comme déloyal puisque clandestin.

La chambre sociale suit la même position, depuis son évolution de jurisprudence sur la recevabilité d'une preuve illicite, en affirmant de façon constante, après la Cour européenne des droits de l'homme et ses arrêts Bărbulescu et López Ribalda, que : «Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.» (Soc.30 septembre 2020, pourvoi n°19-12.058, Petit Bateau, publié) et que : *«en application des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'illicéité d'un moyen de preuve (...) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi»* (Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19.523 ; Soc., 10 novembre 2021, n°20-12.263, publié) Mais vous n'avez pas eu l'occasion à ce jour de vous prononcer sur la nécessité d'une mise en balance des droits en matière de preuve déloyale, l'arrêt Petit Bateau précité, s'il continue d'affirmer le principe de la loyauté probatoire, n'ayant pas eu à répondre à cette question qui ne lui était pas posée.

Mais il est bien évident que l'intérêt jusqu'ici à distinguer les deux notions puisque leur régime juridique était différent, -seule la preuve déloyale restant «irrecevable» en tout

⁹ elle s'est montrée la première plus pragmatique en admettant (Com., 15 mai 2007, Bull n°130) «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, le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence".

état de cause à l'inverse de la preuve illicite-, pourrait bien disparaître si vous décidiez d'étendre ce contrôle de proportionnalité à la première. Or à mon sens, comme le soutient une grande partie de la doctrine¹⁰, **il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard preuve illicite et preuve déloyale**. L'arrêt de l'assemblée plénière de 2011, antérieur aux deux derniers arrêts de la CEDH Bărbulescu et López Ribalda qui ont fait évoluer votre jurisprudence, ne peut plus constituer la doctrine de la Cour alors que la CEDH impose aux juges d'effectuer la balance des intérêts dans tous les cas de figure. On ne voit pas bien d'ailleurs ce qui justifierait qu'une preuve obtenue en violant la loi puisse suivre un régime plus favorable à son admission que celle obtenue par un stratagème, -du moins si celui-ci ne provoque pas le comportement à prouver. On pense par exemple au cas d'une salariée harcelée moralement ou sexuellement par un collègue qui produirait les enregistrements téléphoniques effectués à l'insu du harceleur : son droit à la preuve doit lui permettre de faire état d'une preuve qui serait, dans la jurisprudence actuelle, qualifiée de déloyale et donc non admise.

Pour revenir à notre affaire, il n'est pas certain que les circonstances de l'affaire comme la rédaction du moyen soient idéales pour fixer la jurisprudence de la chambre sur cette dernière question. Les deux premières branches vous demandent en effet de définir ce qu'il faut entendre par preuve déloyale et donc de bien circonscrire le manquement susceptible d'être reproché à l'employeur. S'il s'agit d'une violation du principe de loyauté probatoire, il doit alors y avoir caractérisation de la part des juges d'un stratagème c'est-à-dire d'un montage, d'une manoeuvre, d'une mise en scène dans l'obtention de la preuve, puisqu'il n'est pas question ici d'un simple procédé occulte. Or **la seule déloyauté finalement retenue par la cour d'appel est la violation du secret des correspondances**, puisque l'employeur s'est servi de messages trouvés et remis par le collègue remplaçant le salarié sur son ordinateur professionnel, échangés avec une autre salariée sur la messagerie de son compte Facebook laissé ouvert. On peut déjà s'interroger sur la déloyauté du comportement du collègue lui-même qui n'a usé d'aucun stratagème pour ouvrir la messagerie et s'est contenté de prendre connaissance indiscretement du nouveau message. De la part de l'employeur, la réponse me paraît encore plus claire, puisqu'il ne peut à mon sens y avoir de déloyauté en matière civile qui ne suppose une démarche personnelle pour obtenir une preuve à laquelle on ne peut pas régulièrement avoir accès et qui n'existe pas puisque la preuve litigieuse lui a été spontanément remise par un autre salarié (soc., 30 septembre 2020, n°19-12058)

Pour autant, l'employeur n'en a pas moins porté ainsi atteinte à la vie privée du salarié titulaire du compte Facebook et plus précisément au secret des correspondances, ce

¹⁰ Cf. *Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile* - Chapitre 221 - Preuves à conserver – Didier Cholet – 2021-2022, n°221-91 : « Désormais, ce droit à la preuve, dès lors qu'il est fondamental, permet de produire une preuve alors même que cette preuve va à l'encontre d'un autre droit fondamental de même valeur. Le juge doit alors exercer un contrôle de proportionnalité. Il doit vérifier que cet élément de preuve est nécessaire pour l'exercice du droit à la preuve et que la production est proportionnée aux intérêts en présence. Une preuve pourra donc être admise même si elle est illicite ou déloyale et contraire au droit fondamental, si l'atteinte à ce dernier droit est nécessaire et proportionnée. Elle ne le sera pas si la preuve peut être obtenue par d'autres moyens ou si le droit en question est préférable ». Voir encore G. Lardeux, Répertoire de droit civil, Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux, n°407, cité au rapport

qu'a jugé la cour d'appel mais sans exercer de contrôle de proportionnalité, comme il lui était demandé (page 16 des conclusions de l'employeur) Il faut relever qu'elle en avait elle-même rappelé la nécessité (page 6 de l'arrêt, 8^e paragraphe) mais qu'elle n'a pas cru devoir l'effectuer puisqu'elle retenait le caractère déloyal de la preuve. Or les juges auraient dû, conformément à la jurisprudence de la CEDH, effectuer un contrôle de proportionnalité stricto sensu : «*Lorsque surgit un conflit entre deux droits également protégés par la Convention, il faut opérer une mise en balance des intérêts en jeu*» ([arrêt M.P./Portugal, 7 décembre 2021, n°27516/14](#))

▸ Je pense donc en conclusion que la **cassation de l'arrêt** qui s'impose peut se faire **de deux manières**. Soit en deux temps, en relevant d'abord que la cour d'appel, en retenant un procédé d'obtention de la preuve déloyal alors qu'elle avait constaté qu'il n'était pas établi que l'employeur ait usé d'un quelconque stratagème, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, puis en rappelant qu'il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi, et que la cour d'appel, en ne procédant pas à cette recherche, a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

Il serait cependant regrettable de laisser passer l'occasion d'abandonner la différence de régime qui n'a plus de sens entre preuve illicite et preuve déloyale et de procéder à l'évolution de votre jurisprudence qu'exige la jurisprudence de la CEDH et qu'appelle la doctrine en en soulignant la logique juridique. Vous pourriez ainsi **casser directement sur la 3^e branche** en ce que la cour d'appel, en relevant que l'employeur avait violé le secret des correspondances sans procéder à la recherche réclamée, a ainsi privé de base légale sa décision. Tel est le sens de mon avis.