



COUR DE CASSATION

**AVIS DE Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 227 du 8 mars 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 20-21.848

Décision attaquée : 22 septembre 2020 de la cour d'appel de Colmar

Compagnie des Transports Strasbourgeois

C/

M. [B] [T]

Un procès-verbal de police relevant à l'encontre d'un chauffeur de bus des infractions au code de la route résultant de vidéos enregistrées dans son bus, et adressées par l'employeur à la police à la suite de la plainte pour vol du chauffeur lui-même, peut-il constituer une preuve recevable dans le cadre de son licenciement disciplinaire, alors que l'employeur s'était engagé unilatéralement à ne pas utiliser les enregistrements à l'encontre des salariés ?

A l'inverse de la juridiction prud'homale qui a débouté le salarié en jugeant infondé le moyen tiré du caractère illégal et déloyal de l'utilisation du procès-verbal de police dont l'enregistrement vidéo est le support direct et exclusif, **l'arrêt infirmatif** a considéré que l'employeur ne pouvait utiliser loyalement pour fonder une procédure disciplinaire, en violation de ses propres engagements, le procès-verbal qui lui avait été remis irrégulièrement par la police et qui résultait de sa propre transmission illicite de l'enregistrement vidéo litigieux.

C'est cette motivation mêlant caractère illicite et caractère déloyal de la preuve qui est attaquée par **le moyen unique en deux branches du pourvoi de l'employeur**, lequel soutient, **dans sa première branche**, que l'illicéité du moyen de preuve n'entraînant pas nécessairement son rejet des débats, la cour d'appel, en omettant d'apprécier si

son utilisation avait porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, n'aurait pas légalement justifié sa décision au regard des articles 9 du code de procédure civile et 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, **dans sa seconde branche**, qu'en relevant que l'employeur n'avait pas lui-même sollicité le procès-verbal litigieux ni été à l'initiative de sa transmission, ce dont il résultait qu'il n'avait eu recours à aucun stratagème pour l'obtenir des services de police et avait agi sans déloyauté, la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles 9 et 1353 du code civil et 9 du code de procédure civile.

Relevons que le moyen ne conteste plus le caractère illicite, tel qu'il a été retenu par la cour d'appel, ni de la transmission des enregistrements vidéo par l'employeur à la police, -alors que ce caractère illicite ne peut résulter que de la violation de dispositions légales et non de ses propres engagements pris dans la charte interne et qu'on peut penser que l'employeur a dû répondre à la réquisition des enquêteurs (la cour d'appel relevant qu'il « a accepté de remettre »), ni de la communication du procès-verbal par la police, même si l'employeur est directement intéressé par celui-ci, ne serait-ce qu'en sa qualité de civilement responsable, tenu au paiement des contraventions commises par son préposé avec le véhicule de la société.

Nous nous contenterons donc d'examiner comme le fait le moyen **dans quelle mesure le caractère illicite et/ou déloyal de l'obtention du procès-verbal d'infraction peut faire obstacle à son utilisation comme moyen de preuve des griefs du licenciement.**

I. Si l'arrêt mélange parfois les deux notions de **preuve illicite et de preuve déloyale**, -notamment dans les 2^{ème} et 3^{ème} paragraphes de la page 5 suivant l'énoncé de la lettre de licenciement, qui retiennent que l'employeur ne pouvait utiliser loyalement un procès-verbal remis par la police de manière illicite-, sa conclusion est claire, puisqu'il affirme que « *l'utilisation de moyens de preuve illicites prive le licenciement de cause réelle et sérieuse* » (2^e paragraphe de la page 6). Et la **première branche** qui attaque ce point ne saurait être déclarée irrecevable car elle est de pur droit, le contrôle de proportionnalité relevant de l'office du juge, et tous les éléments de fait étant dans l'arrêt.

L'arrêt, qui a été rendu à l'époque même où la chambre amorçait son grand virage sur la recevabilité d'une preuve illicite, appelle nécessairement la cassation sur ce point, puisque désormais, vous affirmez, après la Cour européenne des droits de l'homme et ses arrêts Bărbulescu et López Ribalda, 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* »¹.

A condition, toutefois, d'étendre le contrôle de proportionnalité à d'autres cas que l'atteinte à la vie personnelle, -que, dans cet arrêt, les dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version

¹ Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 17-19.523 (collecte des adresses IP)

antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, venaient protéger-, possibilité que conteste le mémoire en défense et qui est discutée par une partie de la doctrine qu'il cite. Car dans notre présente affaire, le salarié ne soutenait nullement qu'il avait été porté atteinte à son droit à la vie personnelle, puisqu'il savait parfaitement qu'il était filmé dans son bus et qu'il a lui-même indiqué à la police (selon le jugement prud'homal page 6), lors de l'enregistrement de sa plainte pour vol, «que la CTS disposait de caméras mais que pour les visionner, il fallait un dépôt de plainte». L'atteinte à la vie privée n'est donc pas en question ici, le système dont émane la preuve n'étant d'ailleurs pas une vidéosurveillance mais une vidéoprotection. Et la preuve litigieuse n'étant pas directement les enregistrements vidéo mais le procès-verbal de police, le raisonnement tenu ou plus exactement les critères retenus ne peuvent être exactement ceux de l'affaire Lopez Ribalda.

Mais on ne voit pas pourquoi seul le droit à la vie personnelle pourrait être mis en balance avec le droit à la preuve. La balance des intérêts à laquelle se livre la CEDH a vocation à jouer en cas d'atteinte à n'importe quel droit fondamental qu'elle protège, -ici le droit à la preuve de l'employeur, tiré du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales- et non pas seulement en cas de conflit entre des droits fondamentaux opposés.

Ce n'est donc pas avec le droit à la vie privée du salarié que les juges devront faire la balance du droit à la preuve de l'employeur mais avec le caractère équitable de la procédure prise dans son ensemble.

Si la règle doit être étendue à d'autres cas d'illicéité, on peut s'interroger cependant sur son application aux pièces obtenues en violation d'un **secret légalement protégé**. A cet égard, le secret professionnel demeure, jusqu'ici, une limite infranchissable, pénalement réprimée (a.226-13 du code pénal) et à l'intangibilité duquel ne peut faire échec le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Civ.1^{ère} 4 juin 2014, n°12-21244). Mais le secret médical, pourtant particulièrement sensible, a déjà été mis en balance par la Cour de cassation avec le droit à la preuve, dans un arrêt d'abord discret de la 1^{ère} chambre du 2 mars 2004, Bull n°69, puis par la chambre commerciale par l'arrêt de consécration du contrôle de proportionnalité (Com.15 mai 2007, n°06-10.606, Bull n°130), solution qui peut s'appuyer sur la position de la CEDH ([L.L. c. France, 10 octobre 2006, req. N°7508/2](#)), qui considère d'ailleurs le secret médical comme un aspect du droit au respect de la vie privée. La chambre commerciale exerce le même contrôle à l'égard du secret bancaire (Com, 15 mai 2019, n°18-10491), auquel la CJUE ne reconnaît pas, il est vrai, un caractère «illimité» ([aff.C-580/13](#)).

Pourrait-on trouver ici derrière la violation de l'article R.156-1 du code de procédure pénale relevée par la cour d'appel une atteinte au **secret de l'enquête pénale, auquel ne pourrait faire échec le droit à la preuve** ? L'arrêt ne le mentionne pas et il n'est pas consacré par les textes réglementaires qu'il cite, -lesquels ne concernent que la communication des pièces de l'enquête-, mais par l'article 11 du cpp, cité pourtant dans les conclusions du salarié (page12), lequel indiquait avoir déposé plainte de ce chef, - sans préciser la suite qui avait pu lui être donnée. Si vous décidiez de qualifier l'atteinte de violation du secret de l'enquête, il convient de noter que la CEDH a déjà mis en balance ce droit avec d'autres comme le droit à l'information² en exerçant un contrôle de proportionnalité, ce dernier étant une composante de la liberté d'expression

² CEDH, Gde ch., 29 mars 2016, Bédar / Suisse, n°56925/08, cité au rapport

protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, pour la CEDH, il n'existe pas de droit au secret de l'enquête absolu, elle le mettra toujours en balance avec le droit à la preuve s'il y a lieu. Le fait que le procès-verbal ait été communiqué irrégulièrement à l'employeur par la police ne saurait donc suffire à l'écartier des débats, et l'arrêt encourt en conséquence la **cassation sur la première branche du moyen.**

Il restera donc à la cour d'appel de renvoi de **rechercher si la production du procès-verbal litigieux était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et si l'atteinte qu'elle pouvait porter au caractère équitable de la procédure dans son ensemble était proportionnée au but poursuivi.**

En effet, il ne m'apparaît pas possible ni souhaitable que vous effectuiez vous-mêmes ce contrôle à ce stade en vous substituant aux juges du fond qui n'y ont pas procédé.

Ajoutons que contrairement à ce que soutient le mémoire en défense, la jurisprudence a posé une double limite à la possibilité pour une partie (et pas seulement l'employeur) de produire une pièce obtenue de manière illicite.

Certes, il lui faut justifier d'abord de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de défendre sa cause par d'autres moyens -ici de faire la preuve des griefs invoqués à l'encontre du salarié par un autre moyen de preuve. S'il n'est assurément pas suffisant de relever que l'employeur ne produisait aucune autre pièce, la cour d'appel aura à rechercher si la production du procès-verbal s'avérait ou **non indispensable** à la défense de ses intérêts. Or le mémoire en défense, s'il soutient à l'envi que l'employeur disposait de son pouvoir de contrôle et de surveillance dont il aurait dû user à l'égard de ses chauffeurs de bus, se garde bien de préciser comment ledit pouvoir, inhérent au pouvoir hiérarchique de l'employeur, peut s'exercer lorsque le salarié exécute son travail **en dehors de l'entreprise** : l'employeur peut surveiller son cariste qui circule au sein de l'entreprise sur son chariot mais un chauffeur de bus ou de poids lourd ne peut être contrôlé à son volant à distance que par un appareil automatique (chronotachygraphe, vidéosurveillance, géo-localisation)...ou par des agents de police ou de gendarmerie.

Mais le contrôle de proportionnalité est loin de se limiter à cette seule vérification, l'employeur devant aussi justifier que l'atteinte portée aux intérêts ou aux droits de l'autre partie est **proportionnée** au but légitime qu'elle poursuit. Et la balance à faire intervient à ce niveau, qui se fera in concreto, en fonction des circonstances. Nul doute à mon sens que dans cette pesée des intérêts de chaque partie, **leur légitimité** doit être l'élément prédominant à prendre en considération. Il est bien évident que l'employeur ne pourrait utiliser une preuve obtenue de manière illicite pour établir un manquement véniel aux obligations contractuelles par le salarié, sans impact, direct ou même simplement virtuel, sur la bonne marche de l'entreprise. Or ici, le caractère légitime du but poursuivi et des intérêts défendus par l'employeur est assurément ce qui fait le moins débat, tant la sécurité des passagers et usagers de la route risquait nécessairement d'être impactée par la conduite dangereuse de son chauffeur qui maniait son téléphone en conduisant (sans parler de sa sécurité propre à laquelle l'employeur est également tenu de veiller en vertu de son obligation de sécurité) et constitue assurément un intérêt légitime à défendre et protéger.

II. Mais il reste que l'arrêt est également motivé par le caractère déloyal de la preuve et que la question qui se pose peut se dédoubler ainsi -même si **la seconde branche** du moyen se limite à sa première partie- : **y a-t-il eu comportement déloyal de l'employeur et, si tel était le cas, suffirait-il à écarter la preuve des débats ?** Il faut bien saisir en effet que jusqu'à présent, la chambre n'a pas été amenée à se prononcer sur la nécessité d'une mise en balance des droits en matière de preuve déloyale, si bien que si vous reteniez cette qualification en l'espèce sans vous prononcer sur le second point, votre réponse pourrait **rendre sans objet l'examen de la première branche**. Sauf à ce que vous profitiez de l'occasion pour rappeler que dès lors qu'il y a atteinte à un droit protégé par la Convention, elle donne lieu à contrôle de proportionnalité.

Il doit être souligné en premier lieu que la lettre de licenciement n'est **pas fondée** sur les enregistrements vidéo -on peut penser à la lecture de la lettre que l'employeur n'a même pas eu connaissance de leur contenu- mais sur le procès-verbal de police relevant plusieurs infractions au code de la route à l'encontre du salarié. Cet élément a toute son importance car l'arrêt relève que l'employeur ne pouvait, **sans déloyauté**, utiliser les constats tirés par la police des enregistrements vidéos pour fonder une procédure disciplinaire, en violation de ses propres engagements pris à l'article 3.3 de la Charte de vidéoprotection, aux termes duquel il s'engageait « **à ne pas recourir au système de vidéoprotection pour apporter la preuve d'une faute du salarié** ».

Or on ne peut, à mes yeux, assimiler le comportement de l'employeur qui, à la réception d'un procès-verbal de police relevant diverses infractions au code de la route à l'encontre d'un de ses chauffeurs de bus dans l'exercice de ses fonctions, le sanctionne disciplinairement, à celui de l'employeur qui, *proprio motu*, va visionner les enregistrements en violation de son engagement, soit pour y trouver la confirmation de ses soupçons à l'égard de l'un d'eux, soit, pire, pour se préconstituer une preuve en allant «à la pêche» d'infractions, par une modification véritablement déloyale de la finalité du système de vidéo pour contrôler systématiquement le comportement au volant de ses chauffeurs, -ce «fishing» étant le seul comportement véritablement prohibé par la CEDH, que l'article L.1121-1 du code du travail a toujours permis d'écarter. L'employeur ne s'est trouvé dans aucun de ces cas et n'a pas non plus «délégué» à la police le soin de relever des infractions à l'encontre de l'intéressé, puisque les juges du fond ont relevé qu'il n'était pas à l'origine de la transmission de la vidéo à la police. Contrairement à ce qu'a pu considérer la cour d'appel, cela ne revient pas à la même chose, car l'employeur n'a pas «recouru» au système de vidéoprotection. La chambre n'aura donc pas à s'interroger sur la portée du manquement de l'employeur à son engagement ou sa qualification de déloyal, car il n'y a pas eu, à mon sens, de sa part manquement.

Relevons de surcroît que comme l'a très bien résumé le président Frouin dans son article sur «*la loyauté de la preuve en droit du travail*» cité au rapport, la jurisprudence de la chambre distingue trois hypothèses de preuves considérées comme déloyales en raison de leur obtention soit de manière clandestine, soit au moyen d'un stratagème, soit au moyen d'une fraude, la tromperie à l'égard de l'autre partie étant à chaque fois plus poussée.³ Or dans notre cas, rien de clandestin ni de frauduleux : l'employeur n'a

³ La violence, qui va manifestement au-delà de la simple déloyauté, ne trouve pas sa place dans cette définition comme on la trouve dans la jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile en matière de divorce, laquelle se fonde sur les articles 259 et 259-1 du code civil pour écarter des SMS lus sur le portable du conjoint à l'insu de celui-ci dans les seuls cas de leur obtention par violence ou fraude : par ex. Civ.1ere, 17 juin 2009, n°07-21.796, Bull n°132

pas obtenu le procès-verbal par un quelconque stratagème puisqu'il n'a eu **aucun rôle actif** que suppose, à mon sens, nécessairement la déloyauté, et les enregistrements eux-mêmes n'avaient rien d'occulte puisque c'est le salarié qui en avait fait état en déposant plainte pour vol. Par conséquent, là-encore, le comportement de l'employeur n'entre pas dans la définition jurisprudentielle de l'obtention déloyale de la preuve. C'est d'ailleurs la position que la chambre a adoptée dans son arrêt publié du 30 septembre 2020, n°19-12.058 (Petit Bateau), où elle retient que la remise «spontanée» d'un courriel par une salariée à l'employeur ne constitue pas un stratagème -même si elle relève de surcroît que celle-ci était «*autorisée à y accéder*», ce qui laisse entendre qu'il pourrait y avoir déloyauté par ricochet, en quelque sorte, ce qui m'apparaît discutable, puisque c'est l'obtention par celui qui se prévaut de la preuve qui doit être déloyale, non sa production.

► **Je suis donc d'avis de casser également l'arrêt sur la seconde branche du moyen**, -sans que vous ayez à vous interroger, comme a pu le faire une partie de la doctrine, sur la nécessité ou non d'appliquer au principe de la loyauté dans l'administration de la preuve la «mise en pesée» avec le droit à la preuve par un contrôle de proportionnalité.

Si la chambre devait malgré tout considérer qu'il y a eu déloyauté de la part de l'employeur à se fonder indirectement sur le contenu des enregistrements vidéo contrairement à son engagement (et donc à retenir le caractère déloyal non pas de **l'obtention** mais de la **production** de la preuve), elle devrait cependant également sur ce point, me semble-t-il, imposer un contrôle de proportionnalité puisque **quelle que soit la qualification que l'on donne à la preuve litigieuse, illicite ou déloyale, son rejet par principe des débats constitue une atteinte au droit à la preuve conventionnellement protégé.**

On aurait pu considérer qu'au-delà de cette atteinte, il y avait en l'espèce conflit entre deux droits concurrents à la preuve, celui du salarié et celui de l'employeur, en incluant le principe de loyauté probatoire dans le droit à un procès équitable prévu à l'article 6. Mais la CEDH n'a pas consacré de principe de loyauté probatoire qui découlerait du droit à un procès équitable. Elle décide que «*Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s'agit (i.e. par stratagème). Il lui incombe seulement de rechercher si le procès a présenté dans l'ensemble un caractère équitable.*» (CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c/ Suisse, req. n°10862/84, point 46). Le droit de la preuve s'est définitivement effacé devant le droit à la preuve.

Reste donc une simple balance des droits respectifs des parties, balance qui, comme l'a relevé le professeur Adam dans son commentaire à la revue Droit social 2022, ne doit donc pas se voir opposer un quelconque empêchement, car la déloyauté probatoire n'est pas toujours du côté que l'on croit et en faire un «obstacle infranchissable», pour reprendre ses propos, en y voyant en droit du travail un moyen de rééquilibrer la relation entre employeur et salarié pourrait bien gêner la chambre un jour ou l'autre dans une affaire de harcèlement moral ou sexuel où la preuve des agissements peut être difficile à obtenir de manière «loyale» par le salarié. La jurisprudence de la chambre s'est déjà orientée dans cette voie pour lui permettre de se défendre (Soc.30 juin 2004, n°02-41771, Bull n°187).

Il faut prendre conscience en effet que ce qui, consciemment ou inconsciemment, peut nous pousser à voir dans la preuve déloyale une limite à ne pas franchir n'est ni plus ni moins que l'aspect immoral de son obtention (aspect moral qui, au demeurant, ne me paraît pas, une fois encore, être présent ici). Or la moralité des parties sur le fond du droit n'est pas forcément la même que sur le plan probatoire, la doctrine a eu l'occasion de le souligner⁴. Si d'autres auteurs ont à juste titre souligné le danger que ce contrôle de proportionnalité *-a fortiori* lorsqu'il se fonde sur la notion de «procès équitable»-, pourrait faire courir aux systèmes juridiques fondés de droit écrit et donc à la sécurité juridique, il faudra donc l'appliquer en veillant minutieusement à ce qu'il permette que le fond du droit prenne le pas sur les simples règles de preuve, notamment, comme je l'ai dit précédemment, au travers de la légitimité des intérêts en présence, et «d'apporter une réponse adéquate à la situation litigieuse», comme le rappelait le juge Mattias Guyomar («*Le contrôle du contrôle*», [Revue Justice Actualités déc.2020](#)).

► **Je suis donc en conclusion à la cassation sur les deux branches du moyen.**

⁴ G. Lardeux, rép. de droit civil, Preuve, cité au rapport