



## **RAPPORT DE M. BARINCOU, CONSEILLER**

**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]**

---

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

M. [T] a été engagé, le 4 janvier 1999, par la société Compagnie des transports strasbourgeois (CTS) en qualité de conducteur. La relation de travail était soumise à la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs du 11 avril 1986.

Ayant constaté la disparition d'un bloc de tickets de bus dans un véhicule qui lui était attribué, le salarié a porté plainte auprès des services de police. Pour les besoins de l'enquête ensuite diligentée, son employeur a remis aux services de police les bandes du système de vidéoprotection équipant les bus conduits par le salarié.

Le 19 septembre 2016, les services de police ont indiqué à l'employeur qu'ils avaient constaté, en regardant ces enregistrements, que le salarié avait commis des infractions au code de la route et fumé dans le bus. Ils lui ont remis une copie du procès-verbal de leur enquête le relatant.

Le même jour, à la suite de cette révélation, l'employeur a notifié au salarié une mise à pied conservatoire, l'a convoqué à un entretien préalable et l'a invité à se présenter

devant le conseil de discipline en vue d'un éventuel licenciement. Le salarié a été licencié pour faute grave le 4 octobre 2016.

Le 12 juin 2018, le salarié a saisi la juridiction prud'homale afin que ce licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 30 septembre 2019, le salarié a été débouté de toutes ses demandes. Par arrêt infirmatif du 22 septembre 2020, la cour d'appel de Colmar a jugé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a formé un pourvoi le 13 novembre 2020.

Il a déposé un mémoire ampliatif le 15 mars 2021 (article 700 : 3 000 euros).

Le salarié a déposé un premier mémoire en défense le 18 mai 2021 (article 700 : 4 000 euros) puis un second le 28 septembre 2021.

La procédure paraît régulière.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié les sommes de 275,84 euros à titre de rappel de salaire correspondant à la mise à pied, outre 27,58 euros de congés payés afférents, 5 239,88 euros à titre d'indemnité de préavis, outre 523,98 euros de congés payés afférents, 12 008,06 euros à titre d'indemnité de licenciement, 35 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et, en application de l'article L.1235-4 du code du travail, à rembourser à l'organisme intéressé, dans la limite de six mois, les indemnités chômage versées au salarié du jour de son licenciement à celui de la décision, alors :

« 1°) l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats ; que le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance les droits du salarié et le droit de l'employeur à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments obtenus illicitement à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte aux droits du salarié, à la supposer établie, soit proportionnée au but poursuivi ; qu'en jugeant le licenciement sans cause réelle et sérieuse du seul fait de l'utilisation, en tant que moyen de preuve, d'un procès-verbal de police illicite car communiqué à un tiers à la procédure pénale sans autorisation et rédigé à partir d'enregistrements transmis aux services de police en violation de la Charte de la vidéoprotection applicable dans l'entreprise, sans constater que la production du procès-verbal de police constatant les infractions commises par le salarié sur son lieu et pendant son temps de travail portait une atteinte disproportionnée aux droits du salarié et n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de la société CTS, la cour d'appel, qui a statué par un motif impropre à justifier l'irrecevabilité de la pièce litigieuse aux débats, n'a pas justifié légalement 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 ;

2°) si, en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour obtenir une preuve, l'utilisation d'un procès-verbal qui lui a été spontanément communiqué par les services de police constitue un procédé loyal d'obtention de la preuve ; qu'en jugeant que la société CTS ne pouvait loyalement utiliser les constats tirés par la police dans le procès-verbal car communiqué à un tiers à la procédure pénale sans autorisation et rédigé à partir

d'enregistrements transmis aux services de police en violation de la Charte de la vidéoprotection de l'entreprise, quand elle constatait expressément que la CTS n'avait pas elle-même sollicité le procès-verbal litigieux aux services de police ni été à l'initiative de sa transmission, ce dont elle déduisait qu'elle n'avait eu recours à aucun stratagème pour l'obtenir et avait agi sans déloyauté, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 9 et 1353 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile. »

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

Recevabilité d'une preuve illicite  
Loyauté de la preuve.

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

La Cour de cassation exclut, en matière civile, le recours à des procédés de preuve déloyaux ou illicites (Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.667, Bull., n° 1).

A ce titre, selon une jurisprudence ancienne, constante et convergente, les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation déclaraient irrecevables les éléments de preuve tirés d'enregistrements, audio ou vidéo, opérés à l'insu des personnes dont les paroles ou les images sont ainsi captées de même, par exemple, que les filatures de salariés réalisées dans le cadre de leur vie privée ou encore les documents volés et obtenus de manière illicite. (Voir, par exemple : Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull., n° 519 ; 2e Civ., 7 octobre 2004, n° 03-12.653, Bull., n° 447 ; Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull., n° 85 ; Com., 3 juin 2008, n° 07-17.147, Bull., n° 112 ; 1re Civ., 17 juin 2009, n° 07-21.796, Bull., n° 132 ; Com., 10 février 2015, n° 13-14.779, Bull. n° 20 ; Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull., n° 208).

De cette règle, régulièrement rappelée par la chambre sociale, par exemple au sujet d'enregistrements vidéo de salariés réalisés à leur insu (Soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, Bull., n° 2) ou d'informations collectées par un système informatique non déclaré à la CNIL (Soc. 8 octobre 2014, n° 13-14.991, Bull., n°230), il résultait que, si une faute n'était établie qu'au moyen d'une preuve illicite, le licenciement fondé sur cette faute se trouvait nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

La jurisprudence a en outre précisé qu'un système de surveillance « ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL » (Soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, Bull., n° 247).

A titre d'illustration de la jurisprudence de la chambre sociale, il peut être intéressant, pour l'examen du présent pourvoi, de citer un arrêt qui approuve la décision d'une cour d'appel ayant écarté des aveux, consécutifs à l'exploitation d'images extraites d'un système de vidéosurveillance illicite, faute pour l'employeur d'en avoir informé les salariés :

*Attendu, selon l'arrêt attaqué (Angers, 27 septembre 2016), qu'engagée le 23 septembre 2004 par la société L. en qualité d'employée polyvalente, Mme B. a été licenciée pour faute grave par lettre du 27 octobre 2011 ;*

*Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de le condamner à payer à la salariée diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail, alors, selon le moyen :*

*1°/ que si les preuves obtenues par un système de vidéosurveillance sont illicites lorsqu'il n'est pas démontré que le salarié aurait eu connaissance de la mise en place d'un tel système, la reconnaissance par le salarié devant des officiers de police de ce qu'il a bien commis les actes qui ont ainsi été constatés doit en revanche être retenue pour conclure à la réalité des faits justifiant le licenciement ; qu'en affirmant que les propos tenus par la salariée dans son audition ne pouvaient être retenus dès lors que ladite audition était consécutive à l'exploitation d'un moyen de preuve illicite, quand ils contenaient un aveu extra-judiciaire indépendant des preuves obtenues par les caméras de vidéosurveillance, et qu'il lui incombait donc d'apprécier si la réalité de la faute grave était établie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail et de l'article 1355 du code civil ;*

*2°/ que si dès lors qu'un aveu extra-judiciaire porte bien sur des points de fait et non sur des points de droit, les juges doivent rechercher si ces faits sont constitutifs d'une faute et apprécier s'ils doivent être qualifiés de faute grave ; qu'en retenant, pour conclure à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, que les éléments de preuve communiqués par l'employeur n'étaient corroborés par aucune autre pièce permettant d'établir la matérialité des faits, sans rechercher si les faits reconnus par la salariée dans son aveu extra-judiciaire ne les corroboraient précisément pas, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail et de l'article 1355 du code civil ;*

*Mais attendu qu'ayant constaté que l'employeur avait déposé plainte pour des faits de vols en se fondant sur les images de la vidéosurveillance et que l'audition de la salariée par les services de gendarmerie était consécutive à cette exploitation des images de vidéosurveillance, illicite en raison de l'absence d'information de la salariée de l'existence du système de surveillance, la cour d'appel, qui a fait ressortir le lien existant entre ces deux éléments de preuve, a légalement justifié sa décision ;*

*Soc., 20 septembre 2018, n° 16-26.482*

En matière pénale, la jurisprudence retient que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve s'impose aux autorités publiques chargées de l'instruction et des poursuites mais ne trouve pas à s'appliquer lorsque les preuves sont produites en justice par des personnes privées (Ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82.028, Bull., n° 2). Cette solution confirme celles auparavant retenues par la chambre criminelle comme l'illustre, par exemple, un arrêt retenant qu'un enregistrement vidéo, pourtant réalisé à l'insu d'un salarié filmé de manière continue par son employeur, permettait d'établir sa culpabilité pour des faits d'abus de confiance (Crim., 6 avril 1994, n° 93-82.717, Bull., n° 136).

#### **4.1 Recevabilité d'une preuve illicite**

Selon le professeur Lardeux, une preuve illicite est « celle qui heurte des principes jugés supérieurs, considérés comme d'ordre public impérieux, au premier rang desquels le respect des droits de l'homme, et ce, qu'ils aient été consacrés par un texte ou pas »<sup>1</sup>.

Une évolution s'est amorcée lorsque la chambre criminelle et la chambre sociale ont admis que des documents volés par le salarié à l'entreprise puissent être reçus à titre de preuve lorsqu'ils sont strictement nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense ou encore à l'exercice de ses droits en justice dans le litige l'opposant à son employeur (Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, Bull., n° 113 ; Soc. 30 juin 2004, n° 02-41.720, Bull., n° 187).

---

<sup>1</sup> Répertoire de droit civil, Preuve, n° 288

La première chambre civile a affirmé le « droit à la preuve » par un arrêt du 5 avril 2012 qui retient que, pour écarter des débats une lettre au motif que sa production violerait l'intimité de la vie privée de son rédacteur et le secret des correspondances, le juge doit rechercher « si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence » (1<sup>re</sup> Civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull., n° 85). Le rapport annuel de la Cour de cassation explique que la voie avait été ouverte par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle « soucieuse de promouvoir des droits effectifs et concrets », a déduit un « droit à la preuve » du droit au juge et au procès équitable. Ce droit à la preuve « consiste à aborder la recevabilité d'un mode a priori inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond (CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c. France, n° 7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T. A. c. Belgique, n° 65097/01) »<sup>2</sup>.

La première chambre a précisé que « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi » (1<sup>re</sup> Civ., 25 février 2016, n° 15-12.403, Bull., n° 48). Cette solution a été reprise, en des termes quasiment identiques, par la chambre sociale qui a retenu 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, n° 15-10.203, Bull., n° 209).

En 2020, la chambre sociale a rendu deux décisions, publiées au rapport annuel, qui marquent une évolution de sa jurisprudence relative la recevabilité d'une preuve illicite : le premier arrêt, rendu au visa 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, confirme d'abord le principe de loyauté dans l'administration de la preuve puis retient 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.

Le second arrêt juge que l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 alors en vigueur, n'entraîne pas nécessairement son irrecevabilité, le juge du fond 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.

*Réponse de la Cour*

*5. D'abord, 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, qui a constaté que la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme « amie » sur le compte privé Facebook de Mme A., a pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal.*

*6. Ensuite, 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,*

---

<sup>2</sup> Cour de cassation, [Rapport annuel](#) 2012, p. 329

*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.*

*7. La production en justice par l'employeur d'une photographie extraite du compte privé Facebook de la salariée, auquel il n'était pas autorisé à accéder, et d'éléments d'identification des « amis » professionnels de la mode destinataires de cette publication, constituait une atteinte à la vie privée de la salariée.*

*8. Cependant, la cour d'appel a constaté que, pour établir un grief de divulgation par la salariée d'une information confidentielle de l'entreprise auprès de professionnels susceptibles de travailler pour des entreprises concurrentes, l'employeur s'était borné à produire la photographie de la future collection de la société publiée par l'intéressée sur son compte Facebook et le profil professionnel de certains de ses « amis » travaillant dans le même secteur d'activité et qu'il n'avait fait procéder à un constat d'huissier que pour contrecarrer la contestation de la salariée quant à l'identité du titulaire du compte.*

*9. En l'état de ces constatations, la cour d'appel a fait ressortir que cette production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires.*

*10. Le moyen n'est donc pas fondé.*

*Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié*

*Sommaire : 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, au regard des 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 antérieure à l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données, 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, n° 17-19.523, publié*

Le rapport annuel pour 2020 indique que ce dernier arrêt « s'inspire des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme au regard des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment des arrêts Bărbulescu (CEDH, arrêt du 5 septembre 2017, Bărbulescu c. Roumanie, n° 61496/08) et López Ribalda (CEDH, arrêt du 17 octobre 2019, López Ribalda et autres c. Espagne, n° 1874/13 et n° 8567/13) qui ont admis, sur le fondement du droit au procès équitable et du droit à la preuve qui en découle, des moyens de preuve obtenus au détriment du droit à la vie privée institué par l'article 8 de la Convention ou en violation du droit interne.

Dans l'arrêt Bărbulescu, la Cour de Strasbourg a défini un certain nombre de critères auxquels les mesures de contrôle de la correspondance et des communications des employés doivent se conformer pour permettre d'apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie privée. Ces critères doivent être appliqués par les juridictions<sup>3</sup>.

L'arrêt précité López Ribalda transpose ces critères à l'utilisation d'un système de vidéosurveillance par l'employeur (n° [116](#)) :

*116. La Cour estime que les principes établis dans l'arrêt Barbulescu, dont plusieurs sont tirés de la décision Köpke qui traitait de faits similaires à la présente espèce, sont*

---

<sup>3</sup> Cour de cassation, [Rapport annuel](#) 2020, p. 117



*transposables, mutatis mutandis, aux circonstances dans lesquelles un employeur peut mettre en place une mesure de vidéosurveillance sur le lieu de travail. Il faut appliquer ces critères en tenant compte de la spécificité des relations de travail et du développement des nouvelles technologies, qui peut permettre des mesures de surveillance de plus en plus intrusives dans la vie privée des salariés. Dans ce contexte, pour s'assurer de la proportionnalité de mesures de vidéosurveillance sur le lieu de travail, les juridictions nationales devraient tenir compte des facteurs suivants lorsqu'elles procèdent à la mise en balance des différents intérêts en jeu :*

*i) L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de vidéosurveillance ainsi que de la mise en place de telles mesures ? Si, en pratique, cette information peut être concrètement communiquée au personnel de diverses manières, en fonction des spécificités factuelles de chaque cas, l'avertissement doit en principe être clair quant à la nature de la surveillance et préalable à sa mise en place.*

*ii) Quels ont été l'ampleur de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée de l'employé ? À cet égard, il convient de prendre en compte notamment le caractère plus ou moins privé du lieu dans lequel intervient la surveillance, les limites spatiales et temporelles de celle-ci, ainsi que le nombre de personnes ayant accès à ses résultats.*

*iii) L'employeur a-t-il justifié par des motifs légitimes le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci ? Sur ce point, plus la surveillance est intrusive, plus les justifications requises doivent être sérieuses.*

*iv) Était-il possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs ? À cet égard, il convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce si le but légitime poursuivi par l'employeur pouvait être atteint en portant une atteinte moindre à la vie privée du salarié.*

*v) Quelles ont été les conséquences de la surveillance pour l'employé qui en a fait l'objet ? Il convient notamment de vérifier de quelle manière l'employeur a utilisé les résultats de la mesure de surveillance et s'ils ont servi à atteindre le but déclaré de la mesure.*

*vi) L'employé s'est-il vu offrir des garanties adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance de l'employeur avaient un caractère intrusif ? Ces garanties peuvent être mises en œuvre, parmi d'autres moyens, par l'information fournie aux employés concernés ou aux représentants du personnel sur la mise en place et sur l'ampleur de la vidéosurveillance, par la déclaration de l'adoption d'une telle mesure à un organisme indépendant ou par la possibilité d'introduire une réclamation.*

Un arrêt récent permet de préciser l'objectif poursuivi en la matière par la Cour européenne des droits de l'Homme lequel consiste à permettre à chacune des parties de présenter sa cause, y compris donc ses preuves, dans des conditions ne la plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à l'autre<sup>4</sup> ainsi que l'explique le professeur Mayer :

*(...) la Cour européenne tire en effet du principe, rattaché au droit à un procès équitable, de l'égalité des armes, le droit de présenter ses preuves dans le procès sans subir de désavantage par rapport à l'autre partie. Ainsi, les justiciables ne doivent être empêchés par la loi de produire des preuves en justice au titre d'exigences de licéité qu'à la condition qu'ils ne soient pas, de ce fait, placés dans une situation nettement moins avantageuse que leur adversaire. Tel est le cas si l'interdiction de produire une preuve constitutive, par exemple, d'une atteinte au droit au respect de la vie privée empêche totalement une partie d'apporter la preuve des faits qu'elle invoque au soutien de sa prétention et la prive dès lors de toute « possibilité raisonnable de présenter sa cause »<sup>5</sup>.*

---

<sup>4</sup> CEDH, 7 septembre 2021, n° [27516/14](#), M.P. c. Portugal, § 46

<sup>5</sup> Lucie Mayer, Gaz. Pal 18 janvier 2022, n° 430z3

La chambre sociale a récemment appliqué cette nouvelle jurisprudence à un système de vidéosurveillance mis en place dans une pharmacie afin d'y assurer la sécurité des biens et des personnes mais qui permettait en même temps de surveiller l'activité des salariés. Elle rappelle que ces derniers auraient dû être informés d'une telle utilisation du dispositif et que, à défaut, le moyen de preuve tiré des enregistrements des faits fautifs reprochés au salarié est illicite. Elle casse donc l'arrêt de la cour d'appel l'ayant admis sans « 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. » (Soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, publié)<sup>6</sup>.

La chambre sociale juge donc désormais que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son irrecevabilité mais invite le juge du fond à rechercher, par un contrôle de proportionnalité, si l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié est justifiée au regard du droit à la preuve de l'employeur, c'est à dire à vérifier, d'une part, si la production de cette preuve était indispensable et, d'autre part si l'atteinte à la vie privée qui en résulte est proportionnée au but poursuivi.

- *le caractère indispensable de la production :*

Pour envisager qu'une preuve illicite puisse, malgré cela, être déclarée recevable, la chambre sociale<sup>7</sup> exige donc qu'elle soit indispensable, et non plus seulement nécessaire, c'est à dire qu'elle doit être le seul moyen d'établir la réalité du fait allégué ou encore qu'aucun autre moyen de preuve moins attentatoire au respect de la vie privée (ou à tout autre droit fondamental mis en cause) ne puisse être offert.

Le professeur Loiseau en déduit qu'il faut que « l'élément de preuve illicite présente un rapport direct avec le fait à établir et qu'il soit déterminant pour son établissement, voire qu'il soit le seul moyen d'en certifier l'existence » et le professeur Adam écrit à ce sujet que « celui qui commet cette atteinte ne doit pas avoir d'autres moyens de rapporter la preuve de ses allégations. Il est au pied du mur probatoire ; nulle autre solution ne lui permet de le franchir »<sup>8</sup>.

Le professeur Lardeux souligne l'importance de cette exigence et regrette d'ailleurs que son respect ne soit pas mieux contrôlé :

*Dès son arrêt fondateur du 5 avril 2012, la Cour de cassation a précisé que la recevabilité d'une preuve illicite était soumise au caractère indispensable de celle-ci. Une telle exigence ne peut qu'être approuvée car elle permet d'assurer un juste équilibre entre le droit à la vérité et le droit au respect de la vie privée. Celui-ci ne pourra être écarté que s'il n'est aucun autre moyen d'apporter la preuve du fait allégué. Il ne suffit pas que la preuve produite soit utile ; elle doit être la seule possible. (...) Mais alors que le principe ainsi que le bien-fondé de cette première condition du caractère indispensable de la preuve illicite produite ne font aucun doute, on ne peut qu'être étonné de son absence de portée pratique devant la Cour de cassation. Ainsi, dans tous les arrêts rendus par la Haute juridiction, même dans celui où elle a rappelé expressément cette condition, elle n'en vérifie pas l'existence et ne reproche pas aux juges du fond de ne pas l'avoir fait<sup>9</sup>.*

---

<sup>6</sup> Commenté par le Pr. Loiseau : L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, JCP S, 2021, 1305

<sup>7</sup> Comme la 1<sup>ère</sup> chambre civile (25 février 2016, n° 15-12.403) ou la chambre commerciale (15 mai 2019, n° 18-10.491)

<sup>8</sup> G. Loiseau, La recevabilité de la preuve illicite, D. 2021, 117 et P. Adam, Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux, Dr. soc. 2021, p. 14 (cités par le mémoire en défense)

<sup>9</sup> G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD civ. 2017.1



Dans l'arrêt ayant affirmé l'existence d'un droit à la preuve, la Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois retenu une violation de l'article 8 § 2 de la Convention en retenant que « la production de la pièce contestée n'a pas été déterminante » « et ne constitua en fait qu'un des éléments sur lesquels les juridictions nationales se sont fondées » de sorte que les juges « auraient pu l'écartier tout en parvenant à la même conclusion ». La Cour conclut :

*En d'autres termes, l'ingérence dénoncée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, au vu du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel, 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 ».*  
CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c. France, n° 7508/02, § 2

- l'atteinte disproportionnée :

Pour être recevable, la preuve illicite doit non seulement être indispensable à l'équilibre entre les parties mais aussi être « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence », c'est à dire notamment qu'elle ne doit pas porter une atteinte disproportionnée à la vie privée de l'une des parties par rapport à l'objectif poursuivi par l'autre.

Commentant l'arrêt Facebook, le professeur Loiseau écrit :

*Le droit à la preuve conçu comme un droit fondamental a la même valeur normative que le droit au respect de la vie privée auquel il peut être confronté. Cela suffit à exclure que l'un soit, par principe, préféré à l'autre. Dans la mise en balance des intérêts respectifs sur fond de proportionnalité, le conflit de droits commande d'apprécier, in concreto, si l'atteinte au respect de la vie privée peut être justifiée par la nécessité de faire triompher une prétention légitime. (...) Il reste que, si l'équivalence normative des droits en concurrence induit une égalité de traitement pour régler les situations conflictuelles, l'appréciation est en réalité dissymétrique : celle-ci est opérée sous l'angle de la légitimité requise de la restriction apportée par le droit à la preuve au respect de la vie privée. Pour le dire autrement, c'est l'exercice du droit à la preuve qui est soumis à conditions pour que la preuve soit active malgré l'atteinte à la vie privée que sa production occasionne. Cela réduit corrélativement les possibilités que le droit à la preuve prévale sur le droit au respect de la vie privée puisqu'il suffit que l'une des conditions fasse défaut pour que ce dernier ait le dessus. (...)*

*L'exigence de proportionnalité avec le but poursuivi est plus incertaine [ndr : que celle tenant au caractère indispensable] et peut justifier, en pratique, toutes sortes d'évaluations. Elle a tout de même pour constante d'induire une appréciation comparée de l'importance de la production de la preuve rapportée à la finalité de l'action et de la gravité de l'atteinte à la vie privée que cette production réalise. Si la preuve est de nature à réaliser l'intérêt légitime de celui qui la produit et que la lésion de la vie privée qu'elle entraîne est de moindre importance que l'objectif judiciaire recherché, le droit à la preuve doit l'emporter. On peut ainsi comprendre que le droit à la preuve a été préféré dans une espèce où les documents obtenus par un délégué du personnel dans l'exercice de ses fonctions permettaient de vérifier si la société respectait les dispositions légales relatives au repos dominical, ce qui leur donnait de l'importance au regard du but poursuivi. S'agissant en l'occurrence de contrats de travail et de bulletins de salaire contenant des données personnelles, il a pu être considéré que l'atteinte à la vie personnelle des salariés concernés ne présentait pas le même degré de gravité invoquée par l'employeur qui n'en avait pas été lui-même victime que si les salariés s'en étaient plaints. (Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203)*

*À l'inverse, il a été jugé que la production de bulletins de salaire par l'employeur, dans un litige portant sur la régularité de la candidature de salariés aux élections professionnelles, n'est pas justifiée lorsque des informations personnelles comme l'âge,*

*le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire ou encore l'existence d'arrêts de travail pour maladie n'ont pas été masquées alors qu'elles n'étaient pas nécessaires à la résolution du litige, seules les mentions relatives à l'emploi occupé et à la classification étant utiles au succès de la prétention de l'employeur (Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-16.799). L'atteinte à la vie privée – les bulletins de salaires ayant été produits sans l'accord des intéressés – a pu être jugée dans ces conditions disproportionnée. De même, l'atteinte est disproportionnée lorsqu'une personne fait l'objet d'enquêtes privées, et notamment d'opérations de filature et de surveillance à proximité de son domicile et lors de ses déplacements, à l'initiative de l'assureur du responsable d'un accident qui conteste la réalité des troubles de locomotion que cette personne a subis. La solution se justifie alors par le caractère excessif de la durée et de l'ampleur des investigations menées au mépris du respect de la vie privée (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2016, n° 15-12.403)<sup>10</sup>.*

Un auteur retient que, par l'arrêt Facebook, la Cour de cassation invite les juges à procéder par étapes successives : après avoir, d'abord, vérifié que la preuve attentatoire à la vie privée n'avait été obtenue de manière loyale puis que sa production était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, il leur appartient, ensuite, de rechercher si l'atteinte ainsi portée à la vie privée est justifiée par un intérêt suffisamment fort (contrôle de légitimité) et demeure aussi limitée que possible (contrôle de la mesure) :

*Une fois établi que la production de la preuve portant atteinte à la vie privée est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, reste à déterminer si l'atteinte à la vie privée est proportionnée au but poursuivi. L'appréciation se fait in concreto, au vu des circonstances de l'espèce. Ce jugement emporte deux opérations bien distinctes. D'une part, il importe de vérifier que le but de la production de la preuve attentatoire à la vie privée est justifié (contrôle de la légitimité) et que l'atteinte à la vie privée est aussi limitée que possible (contrôle de la mesure). Conceptuellement distinctes, ces opérations ne sont cependant pas explicitées avec autant de précision l'une que l'autre dans les arrêts de la Cour de cassation, selon qu'ils considèrent que l'atteinte à la vie privée était justifiée ou qu'elle était excessive<sup>11</sup>.*

Au titre des buts légitimes poursuivis qui ont été retenus, il cite la « préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés »<sup>12</sup> ou encore l'exercice de leurs fonctions de représentation par des délégués du personnel »<sup>13</sup>. En ce qui concerne l'ampleur de l'atteinte à la vie privée, il prend pour exemple deux arrêts de la première chambre civile relatifs à des enquêtes conduites par des assureurs : le premier retient une atteinte disproportionnée en raison de la durée et de l'ampleur de l'enquête alors que le second juge l'inverse pour une enquête s'étant limitée à de simples constatations opérées depuis la voie publique en direction du balcon d'une personne<sup>14</sup>.

#### *- le droit à la preuve et le secret de l'enquête pénale*

Le droit à la preuve s'est développé autour des atteintes portées à la vie privée et il a donc été invoqué pour contourner divers secrets destinés à la protéger.

---

<sup>10</sup> G. Loiseau, La preuve par Facebook, JCP S 2020, 3042

<sup>11</sup> O. Leclerc, Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée du salarié, [Dr. ouvr.](#) déc. 2020, p. 1

<sup>12</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 31 octobre 2012, n° 11-17.476, Bull., n° 224

<sup>13</sup> Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, Bull., n° 209

<sup>14</sup> 25 février 2016, n° 15-12.403, Bull., n° 48 et 10 septembre 2014, n° 13-22.612, Bull., n° 143

L'arrêt précité du 5 avril 2012, faisant pour la première fois explicitement référence au droit à la preuve, a été rendu en matière de secret des correspondances (1<sup>re</sup> Civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull., n° 85). Auparavant, la chambre commerciale avait retenu que l'atteinte portée à la vie privée, résultant d'une violation du secret médical, pouvait être justifiée par l'exigence de protection des droits de la défense d'une société et de ses actionnaires (Com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull., n° 130).

A l'inverse, en dehors de toute question d'atteinte à la vie privée, la première chambre civile a jugé « que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la CEDH ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret » (1<sup>re</sup> Civ., 4 juin 2014, n° 12-21.244, Bull., n° 101). Pour sa part, la chambre commerciale a jugé que le secret bancaire devait être mis en balance avec le droit à la preuve (Com., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-10.491).

La jurisprudence, qui se développe aussi parallèlement sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, ne paraît pas encore fixée en ce qui concerne la portée du droit à la preuve par rapport aux divers secrets instaurés par la loi et aucune décision ne paraît être intervenue en ce qui concerne plus spécifiquement le secret de l'enquête pénale<sup>15</sup>.

Les professeurs Ghestin et Barbier concluent les développements qu'ils consacrent à cette question en indiquant : « on voit mal qu'un secret échappe, par sa nature même, à toute confrontation avec le droit à la preuve. C'est nécessairement à la lumière du test de proportionnalité que doit être examinée la possibilité de son atteinte »<sup>16</sup>.

Le secret de l'enquête pénale en cours est prévu par l'article 11 du code de procédure pénale qui dispose :

*Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.  
Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.*

Par ailleurs, des dispositions spécifiques<sup>17</sup> régissent la communication à un tiers des pièces extraites d'une enquête terminée : pour l'essentiel, elles prohibent une telle communication, sauf en cas de motif légitime et sous réserve d'une autorisation du procureur de la République.

La jurisprudence retient habituellement qu'il est possible de prouver un fait en produisant les pièces d'un dossier pénal à condition que celles-ci aient été obtenues conformément à la loi (cf. Soc., 6 juillet 1994, n° 90-43.640, Bull., n° 227 : remise d'une pièce par une partie civile ou 1<sup>re</sup> Civ., 30 juin 2016, n° 15-14.145, Bull., n° 151 : remise par le ministère public). A l'inverse, un tiers à une procédure pénale ne peut produire la copie d'une pièce qui en

---

<sup>15</sup> Voir à ce sujet : X. Vuitton, Mesures d'instruction in futurum, la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon du « droit à la preuve » ? JCP n° 26, 28 Juin 2021, 708

<sup>16</sup> J. Ghestin et H. Barbier, Traité de droit civil, Introduction générale, tome 2, 2020, n° 153 à 156

<sup>17</sup> Ces dispositions sont désormais reprises par l'article R. 170 du CPP à la suite de l'abrogation de l'article R. 166 du même code par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020

est extraite sans justifier de l'autorisation du procureur de la République (2<sup>e</sup> Civ., 9 avril 2009, n° 08-12.574, Bull., n° 96)<sup>18</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'importance du secret de l'enquête, souvent mis en balance devant elle avec la liberté de la presse ou la liberté d'expression :

*68. (...) La Cour rappelle qu'il est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen (Dupuis et autres, précité, § 44). Elle souligne que le secret de l'instruction sert à protéger, d'une part, les intérêts de l'action pénale, en prévenant les risques de collusion ainsi que le danger de disparition et d'altération des moyens de preuve et, d'autre part, les intérêts du prévenu, notamment sous l'angle de la présomption d'innocence et, plus généralement, de ses relations et intérêts personnels. Il est en outre justifié par la nécessité de protéger le processus de formation de l'opinion et de prise de décision du pouvoir judiciaire.*

CEDH, gr. ch., 29 mars 2016, Bédat c. Suisse, n° 56925/08

#### **4.2 Le principe de loyauté de la preuve**

L'arrêt précité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, en date du 7 janvier 2011, a été rendu au visa de l'article 9 du code de procédure civile, de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais aussi du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve » :

*Sommaire : 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.*

Ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.667, Bull., n° 1

Ce principe de loyauté de la preuve a beaucoup été discuté en doctrine et continue à être remis en cause. Ainsi le professeur Lardeux critique « les contours trop flous d'un concept rétif à toute définition précise » et regrette que « la loyauté exigée sur le plan probatoire fasse triompher la déloyauté sur le fond du droit » au point de porter atteinte aux impératifs ayant présidé à sa reconnaissance : « la crédibilité de la justice et la légitimité des décisions judiciaires ». Elle appelle donc à une évolution de la jurisprudence :

*407. Perspectives d'évolution : le droit à la preuve, limite nécessaire au principe de loyauté probatoire. - C'est pourquoi nous appelons de nos vœux que, lorsque la question lui sera posée, ce qui n'a pas encore été le cas jusqu'à maintenant, la haute juridiction admette, si ce n'est d'abandonner un principe largement superfétatoire, au moins de relativiser sa portée lorsque le mode de preuve déloyal est le seul à la disposition du demandeur à l'allégation. Autrement dit, il semblerait particulièrement opportun qu'elle accepte de concilier loyauté probatoire et droit à la preuve selon les mêmes conditions que celles qui président à la combinaison entre celui-ci et le respect dû à la vie privée, à savoir en s'appuyant sur le caractère indispensable de la preuve illicite et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit antinomique en présence. Si le respect de la vie privée, consacré expressément tant par le droit interne (C. civ., art. 9) que par les droits supranationaux (Conv. EDH, art. 8 ; Charte des droits fondamentaux*

---

<sup>18</sup> Pour des développements sur le sujet, on peut lire : La production de pièces pénales dans une instance civile, E. Molin, Procédures n° 2, Février 2014, étude 4

*de l'Union européenne, art. 7 ) doit, à certaines conditions et au nom du droit d'accès au juge, s'effacer devant les impératifs probatoires, il doit a fortiori en être de même pour le principe de loyauté probatoire, consacré par la Cour de cassation en contravention du texte même qu'elle invoque, l'article 6 de la Convention EDH. Qu'elle ait à l'inverse décidé qu'il doive s'imposer automatiquement est une position condamnée par sa radicalité même.<sup>19</sup>*

Cette critique intervient toutefois principalement dans le domaine du droit des affaires ou de la concurrence et le même auteur, après avoir rappelé que « c'est par un arrêt du 20 novembre 1991 que la chambre sociale de la Cour de cassation a inauguré le principe de loyauté probatoire », réserve un sort particulier en la matière au droit du travail :

*392. Justification. Que l'exigence de loyauté probatoire, qui condamne les preuves obtenues de manière clandestine ou trompeuse, ait été imposée par la chambre sociale ne saurait surprendre. Permettre à l'employeur de se comporter comme big brother créerait en effet une ambiance irrespirable au sein de l'entreprise et un climat de défiance généralisée portant une atteinte grave à la liberté d'action et d'expression des salariés. Ceux-ci pourraient par ailleurs être facilement piégés, commettant des fautes car ne se sachant pas surveillés. Une telle situation pourrait s'apparenter à une sorte de provocation à la faute. C'est pourquoi, cette jurisprudence n'a pas été contestée et est également restée cantonnée aux relations de travail pendant plus de dix ans. Elle a néanmoins fini par être généralisée à toutes les relations de droit privé<sup>20</sup>.*

C'est aussi le sens de l'avis rendu par le premier avocat général pour l'examen du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de l'assemblée plénière précité : « Il est clair que, dans toutes ces matières, la preuve devient l'objet d'un enjeu considérable dès lors que lui est assignée une fonction de protection d'une des parties à l'instance. Ainsi, en droit social, l'objectif de la jurisprudence évoquée est d'assurer la protection des salariés. Le régime de la preuve ne repose pas sur le principe de loyauté mais sur la volonté de rétablir un équilibre entre les parties au contrat de travail ».

La terme « loyauté » est défini par le dictionnaire Le Robert comme étant la « fidélité à tenir ses engagements ». Cette acception peut être rapprochée de l'analyse qu'en propose le professeur Loiseau qui retient que le principe de loyauté s'oppose à ce que les résultats d'une mesure de surveillance soient utilisés à d'autres fins que le but déclaré de celle-ci<sup>21</sup>. On peut d'ailleurs noter que le chapitre II du RGPD,<sup>22</sup> relatif aux principes applicables, débute par un article 5 qui énonce trois principes essentiels : licéité, loyauté et transparence :

*Art. 5 - Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel*

*1. Les données à caractère personnel doivent être :*

*a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence) ;*

Si le principe de licéité est parfaitement défini par l'article 6 du RGPD, tel n'est pas le cas du principe de loyauté au sujet duquel le considérant 60 de l'exposé des motifs précise simplement que « le principe de traitement loyal et transparent exige que la

---

<sup>19</sup> G. Lardeux, Répertoire de droit civil, Preuve, n° 379

<sup>20</sup> G. Lardeux, Répertoire de droit civil, Preuve, n° 392

<sup>21</sup> G. Loiseau : L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, JCP S, 2021, 1305

<sup>22</sup> Règlement (UE) n° [2016/679](#) du parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

personne concernée soit informée de l'existence de l'opération de traitement et de ses finalités ».

Dans un article consacré à « la loyauté de la preuve en droit du travail », le président Frouin écrit :

*6. (...) Cela étant, que recouvre concrètement la loyauté de la preuve en droit du travail ? La question est délicate car comme on l'a dit la loyauté de la preuve est une limite, et par conséquent une atteinte, à la liberté de la preuve. Il importe donc qu'elle se justifie et qu'on n'en ait pas une acception trop stricte, faute de quoi c'est la liberté de la preuve qui serait compromise. Par ailleurs, on sait bien que la relation de travail est une relation subordonnée, inégale, et d'autant plus inégale en matière de preuve qu'en droit du travail les modes de preuve sont entre les mains de l'employeur ou placés sous son contrôle, de sorte que la combinaison, l'articulation, entre liberté de la preuve et loyauté de la preuve, peut n'être pas tout à fait la même selon que l'on se place du côté de l'employeur ou du côté du salarié. En clair, le juge social se montre plus exigeant en matière de loyauté de la preuve en ce qui concerne l'employeur qui détient les moyens de preuve et moins exigeant en ce qui concerne le salarié qui en est le plus souvent dépourvu, comme il sera constaté.*

*7. Tout cela pour dire que cet équilibre entre liberté de la preuve et loyauté de la preuve, équilibre asymétrique compte tenu de l'inégalité des parties au contrat de travail, donne lieu dans la pratique contentieuse à une casuistique qu'il n'est pas aisé de systématiser.*

*8. Si, malgré tout, on s'y essaie, et sachant que la question est celle de savoir au regard d'un principe de liberté de la preuve ce qui est déloyal, et par suite illicite, on est conduit à distinguer dans la jurisprudence de la chambre sociale trois hypothèses successives de preuves considérées comme déloyales avec, si l'on peut dire, une gradation dans la déloyauté :*

- 1. l'utilisation d'un procédé clandestin de surveillance ;*
- 2. l'usage d'une preuve obtenue au moyen d'un stratagème ;*
- 3. la preuve obtenue au moyen d'une fraude ou d'un moyen frauduleux.*

*9. Le trait commun à ces hypothèses, et qui constitue la déloyauté, c'est une tricherie ou tromperie plus ou moins élaborée d'une partie à l'égard de l'autre dont il est donc considéré qu'elle ne peut produire des effets de droit<sup>23</sup>.*

Dans l'arrêt Facebook précité, la chambre rappelle d'abord sa jurisprudence selon laquelle l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve.

Il est intéressant d'observer qu'elle retient ici une dimension du principe de loyauté correspondant à la définition qu'elle en avait donnée par son arrêt initial selon lequel « 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 » (Soc., 16 janvier 1991, n° 89-41.052, Bull., n° 15). A l'inverse, elle ne rappelle pas la seconde dimension que revêt le principe de loyauté, le caractère clandestin de la preuve recueillie, sur lequel se fondent, par exemple, l'arrêt d'assemblée plénière de 2011 ou de multiples décisions de la chambre sociale depuis 1991 (Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull., n° 519).

Pour M. Anciaux, la chambre sociale « érige le principe de loyauté dans l'administration la preuve en condition préalable à l'invocation du droit à la preuve de l'employeur » mais il ajoute qu'il lui « semble périlleux d'affirmer que cette articulation s'étende, par cette décision, au-delà du droit du travail. Si tel était le cas, le droit à la preuve se dépouillerait d'une partie de son champ d'application »<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> JY. Frouin, La loyauté de la preuve en droit du travail, Procédures n° 12, 2015, dossier 23

<sup>24</sup> B. Teysié et N. Anciaux, Droit des personnes, JCP 2021, p. 1507



Le professeur Bossu conclut un article consacré à l'évolution de la jurisprudence sur ce point de la chambre sociale en ces termes :

*Au terme de cette étude, on ne peut que s'interroger sur les évolutions qui affectent la preuve en droit du travail. Les deux chemins empruntés depuis de nombreuses années par la Cour de cassation, à savoir la loyauté et la vie privée, semblent se lézarder dans des proportions plus ou moins importantes. A priori, le principe de loyauté demeure un îlot de stabilité puisque la chambre sociale continue à condamner tous les procédés probatoires frauduleux ou fondés sur des artifices ou des subterfuges. Mais l'arrêt Petit Bateau du 30 septembre 2020 peut susciter un certain malaise dans la mesure où il considère qu'il n'y a pas déloyauté si un salarié remet spontanément à l'employeur un élément relatif à la vie privée d'un autre salarié. 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 ? À côté de la loyauté, le constat de la multiplication des décisions admettant que le droit au respect de la vie privée peut céder devant le droit à la preuve n'est guère rassurant. Le principe de proportionnalité, qui permet d'opérer des conciliations entre des droits contradictoires reste d'un maniement délicat et il pourrait déboucher sur un certain arbitraire des juges. Et que dire de l'admission d'une preuve obtenue en violation des dispositions légales ? La conséquence plus ou moins directe sera le développement de l'insécurité juridique. 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<sup>25</sup>.*

Pour sa part, le professeur Adam commente l'arrêt précité du 10 novembre 2021 en ces termes :

**Loyauté et vie privée.** *La solution portée par l'arrêt du 10 novembre 2021 signifie-t-elle que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve devra désormais être mis en pesée avec le droit à la preuve et qu'il pourra, devant lui, s'incliner ? Non pas. En effet, l'absence d'information préalable du salarié s'y voit (encore) saisie sous l'angle de l'atteinte à la vie privée. L'exigence de loyauté ne s'y présente pas de façon « autonome ». La Cour de cassation tisse ainsi lien étroit entre exigence de loyauté (même si le terme n'est pas explicitement cité dans les motifs de la décision de cassation, nul ne doute que le caractère occulte du mécanisme de contrôle est d'abord trahison de cette exigence) et vie personnelle. Elle considère que la violation du « principe de loyauté », consommée par la collecte clandestine de la preuve, entraîne nécessairement une atteinte au respect de la vie personnelle du salarié. (...)*

*La violation du principe de loyauté ne devrait cependant dresser sur le chemin de la recevabilité de la preuve aucun obstacle infranchissable. Le droit à la preuve érode tout... et l'on comprendrait mal que la roche de la loyauté se montre plus résistante que ne l'est celle de la vie privée (ou du secret bancaire...). Solution dont on peut espérer qu'elle soit rapidement consacrée par la Cour de cassation, en ce qu'elle permettrait de significatives avancées dans certains types de contentieux (comme ceux du harcèlement moral ou sexuel) où la preuve est fort difficile à rapporter si l'on n'y accepte pas une part d'ombre. L'érosion peut avoir du bon<sup>26</sup>.*

Le professeur Barbier, commentant l'arrêt rendu par la chambre sociale le 25 novembre 2020, souligne que « le droit à la preuve du plaideur continue ses remarquables

---

<sup>25</sup> B. Bossu, Virage de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une preuve illicite, JCP S 2021, 1032

<sup>26</sup> P. Adam, Sur la recevabilité d'un moyen de preuve illicite - Nouvelle variation sur le droit à la preuve, Droit social 2022. 81

progrès depuis sa consécration jurisprudentielle » et constate qu'il « permet même de passer outre les devoirs légaux auxquels est en principe soumis celui qui entend prouver quelque chose » tout en retenant qu'il reste à mesurer la portée de ce revirement. Il conclut son commentaire dans les termes suivants :

*En effet, la preuve avait ici été recueillie par un moyen de preuve illicite certes mais pas déloyal. L'employeur n'avait pas mis en place le système de traitement informatisé dans le but de surveiller les salariés et établir leurs fautes. C'est a posteriori que ce système a été utilisé de la sorte.*

*La distinction nous paraît fondamentale dans la mesure où, de manière générale, si la Cour de cassation admet que le caractère indispensable d'une preuve évince certains principes et règles, **c'est toujours dans la limite de la loyauté de la preuve.** Récemment encore, la Cour de cassation a notamment affirmé que l'employeur pouvait bien utiliser à titre de preuve des éléments d'un compte Facebook d'une salariée alors même que ce compte était fermé au public, dans la seule mesure où l'employeur n'avait usé d'aucun stratagème pour accéder auxdites informations et n'avait donc pas été déloyal. .*

*Il apparaît donc clair, à nos yeux, que la possible recevabilité d'une preuve contraire à la loi de 1978 et désormais au RGPD trouve sa limite dans la déloyauté de celui qui, souhaitant constituer ou préconstituer une preuve, mettrait en place un stratagème de surveillance qui s'appuierait sur un traitement des données personnelles non conforme à la réglementation en vigueur<sup>27</sup>.*

#### 4.3 Application en l'espèce

La cour d'appel a retenu que le procès-verbal, extrait de l'enquête de police, unique pièce produite par l'employeur pour établir la faute du salarié, constituait une preuve illicite puis a jugé que « cette analyse commande, en infirmant le jugement déféré, de dire que l'utilisation de moyens de preuve illicites prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ».

La cour d'appel a d'abord retenu que le procès-verbal litigieux avait été obtenu « dans le cadre informel » des relations que l'employeur entretenait, pour les besoins de son activité, avec les autorités de police mais en dehors des prévisions de l'article R156 alinéa 1 du code de procédure pénale : l'employeur était en effet tiers à la procédure et le procureur de la République n'avait pas autorisé cette communication.

La cour d'appel a en outre retenu que l'employeur avait méconnu ses propres engagements, résultant des articles 3.3 et 4 de la charte de la vidéoprotection instaurée dans l'entreprise, en transmettant l'enregistrement aux services de police puis en se servant du résultat de leur exploitation comme mode de preuve dans la procédure disciplinaire.

Cette charte de vidéoprotection<sup>28</sup> précise les objectifs et les conditions de mise en place du système et prévoit notamment les dispositions suivantes :

*Article 3.3 : L'entreprise s'engage à ne pas recourir au système de vidéoprotection pour apporter la preuve d'une faute du salarié ou pour mettre en évidence un comportement même en l'absence de faute. Ainsi l'entreprise ne considère pas ces enregistrements comme un étant un mode de preuve licite lors d'affaires disciplinaires internes.*

*Article 4 : La transmission d'images enregistrées par le moyen de la vidéoprotection est possible à la suite de perturbations ou d'infractions dans le cadre de la protection et de*

---

<sup>27</sup> H. Barbier, L'admissibilité de la preuve illicite, RTD civ. 2021. 413

<sup>28</sup> Production n° 2, mémoire complémentaire en défense

*la sécurité des personnes aux autorités publiques limitativement énumérées ci-dessous : Police Nationale et Justice.*

Le mémoire ampliatif ne conteste pas le caractère illicite de la preuve produite tenant, d'une part, à ce que les enregistrements de vidéosurveillance avaient été transmis aux services de police au mépris de cette Charte et que, d'autre part, le procès-verbal de police, faisant état des faits constatés au moyen de ces enregistrements, avait été communiqué à l'employeur en violation des règles de communication des pièces d'une procédure pénale.

Il soutient toutefois que ce seul caractère illicite ne pouvait pas suffire à justifier le rejet automatique du procès-verbal litigieux des débats dès lors que, compte-tenu de l'évolution de la jurisprudence, « une preuve illicite n'est pas nécessairement irrecevable et peut au contraire être produite aux débats si elle ne porte pas atteinte aux droits du salarié, que sa qualité et son authenticité peuvent être discutées contradictoirement dans le cadre d'un procès équitable et que sa production est indispensable au droit de la preuve de l'employeur ».

Le mémoire en défense soutient que le **moyen tiré du droit à la preuve de l'employeur est irrecevable** car il n'avait pas été soulevé dans les conclusions d'appel de l'employeur, lequel faisait uniquement valoir qu'il avait respecté la loyauté de la preuve et ne s'était pas procuré irrégulièrement le procès-verbal de police.

Les conclusions de l'employeur contiennent de longs développements sur la recevabilité du procès-verbal de police à titre de preuve (pages 12 à 16) mais sans faire référence au droit à la preuve<sup>29</sup>.

Il appartiendra donc à la chambre de dire si le moyen du pourvoi se réfère à des considérations de fait qui ne résulteraient pas des énonciations des juges du fond ou s'il est de pur droit.

A l'appui de la **première branche du pourvoi**, l'employeur indique que, dès lors qu'il ne faisait état d'aucune autre pièce, la production de celle-ci était indispensable, s'agissant du seul élément de nature à démontrer la réalité et la gravité des faits fautifs justifiant le licenciement.

Il souligne que le salarié ne soutenait pas que la production de cette pièce était de nature à remettre en cause ses droits fondamentaux, notamment son droit à la vie privée. Il ajoute que le salarié ne contestait pas avoir eu connaissance du dispositif de surveillance et n'avait été filmé que pendant son temps et sur son lieu de travail.

Il soutient que la faute reprochée au salarié avait trait à la sécurité des usagers de sorte que la production du procès-verbal litigieux était indispensable, eu égard au droit à la preuve de l'employeur et à la protection des intérêts légitimes défendus par ce dernier.

Soulignant que la preuve litigieuse est illégale et non pas simplement obtenue par un procédé déloyal, le mémoire en défense fait valoir que **sa production n'était pas indispensable** : selon lui, il se déduit du pouvoir de surveillance reconnu à l'employeur que ce dernier ne saurait utiliser des voies illégales pour établir des faits qu'il aurait été en capacité de connaître s'il avait exercé son pouvoir de surveillance.

---

<sup>29</sup> Productions 2a et 2b : conclusions de l'employeur, p. 12 à 16

Il ajoute que la production d'une preuve illicite ne peut pas être qualifiée d'indispensable lorsque la partie qui s'en prévaut aurait pu obtenir une preuve licite des mêmes faits et cela même si l'employeur ne dispose que d'un seul élément de preuve. En effet, si l'employeur n'a aucun moyen de connaître la faute commise par le salarié dans la sphère de sa vie privée à laquelle il n'a pas accès (comme dans l'arrêt Facebook), tel n'est pas le cas lorsque la faute intervient, comme en l'espèce, à l'occasion de l'exercice des fonctions du salarié : l'employeur disposait d'un pouvoir de contrôle et de surveillance de ses chauffeurs de bus dont il aurait dû user.

Le mémoire en défense soutient ensuite que **le contrôle de proportionnalité ne joue qu'en cas d'atteinte à la vie personnelle**, tous les arrêts récemment intervenus ayant été construits autour du respect de la vie privée sans pouvoir être étendu à la violation des principes fondamentaux de la procédure pénale : présomption d'innocence et secret de l'instruction.

A l'appui de **la seconde branche**, l'employeur soutient que la cour d'appel ne pouvait pas juger que la production du procès-verbal par l'employeur était déloyale en raison, d'une part, de sa remise irrégulière par les services de police à l'employeur et, d'autre part, du fait que les services de police avaient eux-mêmes été destinataires des enregistrements en violation de la Charte de la vidéo protection applicable dans l'entreprise.

Il distingue donc l'illicéité de la preuve de sa déloyauté en considérant qu'une preuve n'est déloyale que si la personne à qui elle est opposée n'a eu aucune connaissance du dispositif permettant de l'obtenir ou s'il est démontré que la partie qui s'en prévaut a mis en place un stratagème frauduleux à cette fin.

Il souligne que l'employeur n'avait pas sollicité cette remise, résultant d'une initiative spontanée des services de police, et n'a employé aucun stratagème pour l'obtenir. Il explique que la remise des enregistrements aux services de police par l'employeur faisait suite à une plainte déposée par le salarié lui-même, lequel avait indiqué à cette occasion l'existence du dispositif de vidéosurveillance.

Le mémoire en défense soutient que la preuve produite est déloyale dès lors qu'elle est contraire aux engagements pris par l'employeur lequel s'était interdit de faire usage, contre les salariés, des enregistrements vidéo effectués dans le véhicule, outre le fait que l'employeur n'avait pas le droit de transmettre l'enregistrement aux services de police, aucune infraction relative à la sécurité des personnes n'étant en cause.