



AVIS DE M. GAMBERT, AVOCAT GÉNÉRAL

Arrêt n° 673 du 22 décembre 2023 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n°20-20.648

Décision attaquée : Cour d'appel d'Orléans du 28 juillet 2020

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

LA LOYAUTÉ DE LA PREUVE

En langage courant, la preuve sert à établir qu'une chose est vraie, elle démontre la vérité d'un fait, d'une proposition.

La preuve entretient donc des relations intimes avec la vérité.

En justice, faire la preuve, apporter la preuve, est nécessaire pour emporter la conviction du juge. Les auteurs rappellent souvent l'adage romain : « *idem est non esse et non probari* » qui établit l'équivalence entre l'absence de droit et l'absence de preuve.

Pour Aubry et Rau « la preuve judiciaire, qui, comme toute preuve historique, ne peut conduire à une certitude absolue, a pour objet de convaincre le juge de la vérité des faits sur lesquels elle porte. Le but en est atteint dès qu'il existe pour le juge des éléments de conviction suffisants pour faire tenir ces faits comme certains ».

Le but du procès est de trancher un litige, d'y mettre fin en appliquant les règles de droit à des faits vrais afin de parvenir à des décisions justes et réparatrices. La détermination de la véracité, de l'exactitude des faits est indissociable de la qualité de la justice. Le jugement juste exige des preuves certaines, « *Ce qui est affirmé sans preuve peut être nié sans preuve* » (Euclide).

Mais le procès ne tend pas seulement à l'établissement de faits vrais, il poursuit aussi d'autres finalités : appliquer la norme, protéger la liberté des individus, fournir des garanties qui peuvent être autant d'obstacles à la découverte de la vérité.

Si la preuve devient preuve judiciaire au stade de la décision de justice, elle est indissociable des processus qui permettent de l'obtenir, de la révéler. Le risque de voir les parties recourir à des méthodes douteuses, attentatoires aux droits fondamentaux pour se constituer des preuves existe.

Comment favoriser la recherche de la vérité et parvenir à forger la conviction du juge, sans sacrifier les droits fondamentaux, pour apporter la preuve ?

C'est au carrefour de ces différents impératifs que se situe la question de la loyauté de la preuve soumise à l'appréciation du juge.

Faits et procédure

Les faits et la procédure à l'origine du pourvoi peuvent être résumés comme suit.

La société Abaque bâtiment services a engagé M. [B] par contrat à durée indéterminée du 13 octobre 2013 en qualité de responsable commercial Grands Comptes.

Il a été convenu entre les parties que M. [B] exercerait son activité depuis son domicile. Par lettre du 28 septembre 2016, il a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien préalable. Il a été licencié pour faute grave le 16 octobre 2016.

Dans la lettre de licenciement, l'employeur lui a reproché ses mauvais résultats en 2015 et 2016. Il les a imputés à un manque de travail, démontré, à ses yeux, par le refus du salarié de lui communiquer le compte rendu de son activité et de lui transmettre les éléments de suivi et de prospection qu'il lui avait réclamés ; refus qu'il a qualifié de faute grave et dont il lui a fait grief.

Le 7 novembre 2016, l'employeur a saisi le conseil de prud'hommes afin d'obtenir la condamnation du salarié à des dommages intérêts pour non-exécution du préavis ainsi qu'en réparation du préjudice lié à l'absence de remise des fichiers commerciaux et données commerciales collectées par le salarié.

Par demande reconventionnelle, le salarié a soutenu que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse et s'est prévalu d'une classification conventionnelle différente de celle figurant au contrat de travail. Il a sollicité, en conséquence, l'allocation de diverses indemnités ainsi que le paiement de rappels de salaire d'heures supplémentaires.

Par jugement du 22 décembre 2017, la société Abaque étant non comparante, le conseil de prud'hommes a jugé que le licenciement n'était fondé que sur une simple cause réelle et sérieuse, et, en conséquence, a condamné l'employeur au paiement de diverses sommes

d'argent à titre d'indemnités compensatrices et de rappel de salaire, comme prévu dans une telle hypothèse.

Les parties ont relevé appel de cette décision. Dans le cadre de cette instance, le salarié soutenait que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse et l'employeur qu'il était justifié par l'existence d'une faute grave d'insubordination. A l'appui de sa demande, pour démontrer la réalité de la faute grave invoquée, l'employeur a versé aux débats la retranscription de deux enregistrements réalisés à l'insu du salarié, celui d'un entretien du 28 septembre 2016 ayant eu lieu entre lui-même et le salarié à l'issue duquel ce dernier a été mis à pied, et celui de l'entretien préalable au licenciement du 07 octobre 2016 (pièces numérotées 7.3,7.3b,7.5 et 7.5b).

Par décision du 28 juillet 2020, la cour d'appel d'Orléans a notamment :

- déclaré irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écarté en conséquence les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par celui-ci au motif qu'« *un employeur ne peut sans déloyauté enregistrer à son insu un salarié pour pouvoir ensuite établir la réalité de la faute grave qu'il compte invoquer dans le cadre d'un licenciement.* » ;
- dit que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ;
- condamné l'employeur à la somme de 15 000 euros à titre de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- débouté l'employeur de sa demande de dommages intérêts pour absence de remise de fichiers commerciaux et données commerciales collectées par le salarié.
- débouté le salarié de sa demande de rappel de salaires sur les heures supplémentaires et de congés payés afférents.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation et a déposé un mémoire ampliatif comportant deux moyens dont le second est divisé en trois branches.

Le salarié a déposé un mémoire en défense et un pourvoi incident comportant un moyen unique divisé en trois branches.

La première branche du second moyen du pourvoi principal de l'employeur fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins alors « que l'enregistrement audio, même obtenu à l'insu d'un salarié, est recevable et peut être produit et utilisé en justice dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits du salarié, qu'il est indispensable au droit à la preuve et à la protection des intérêts de l'employeur et qu'il a pu être discuté dans le cadre d'un procès équitable; qu'en écartant des débats les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par l'employeur, qui démontraient que le salarié avait expressément refusé de fournir à son employeur le suivi de son activité commerciale, ce au motif erroné et insuffisant qu'elles ont été obtenues par un procédé déloyal et à l'insu du salarié, la cour d'appel a violé les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; ». Ce moyen qui pose la question de la recevabilité de la preuve tirée de l'enregistrement clandestin des entretiens effectués entre l'employeur et le salarié, justifie le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière ; c'est à cette question que seront consacrés les développements ci-après.

1. La liberté de la preuve

1-a) Le principe

En matière civile, il incombe aux parties de réunir, voire d'obtenir, les éléments de preuve. Lorsque le licenciement a été prononcé pour faute grave, la charge de la preuve incombe toujours à l'employeur (Soc.09 octobre 2001, n°99-42.204).

En droit civil, comme dans l'essentiel des matières du droit français, la preuve est libre.

Ce principe, qui repose sur la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques, est d'origine prétorienne. D'abord affirmé par la Cour de cassation, qui a jugé de façon générale que la preuve d'un fait juridique pouvait être rapportée par tous moyens (2ème Civ. 02/11/2013 n° 12-25.334), il a ensuite été consacré par le législateur dans la réforme de 2016 et s'est traduit dans le texte de l'article 1358 du code civil selon lequel : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* ».

Le régime de la liberté de preuve s'oppose au régime des preuves légales dans lequel seuls certains modes de preuve sont admis (ex : art 1359 C civ « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. »).

En droit du travail, la Cour de cassation a affirmé de façon générale qu'« *en matière prud'homale la preuve est libre* » y compris lorsque les litiges concernent la conclusion et l'exécution du contrat de travail.

Si ce principe implique la liberté dans la recherche et dans la production des preuves, la loi ne dicte pas au juge les modes de preuve qui doivent être présentés par les parties, pour autant, il ne signifie pas que tous les modes de preuve sont recevables. L'article 9 du Code de procédure civile affecte à chaque partie la charge de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention « *conformément à la loi* » ; a contrario, un mode de preuve n'est pas admissible lorsqu'il est prohibé par la loi ou les textes conventionnels. Pour la Jurisprudence certains secrets professionnels sont intangibles et les documents obtenus au prix d'une violation de la loi en la matière doivent être écartés des débats ; il en va ainsi du secret professionnel du notaire (1ère Civ., 04/06/2014, n° 12-21.244) et du secret des correspondances entre un avocat et son client (1ère Civ., 12/10/2016, n° 15-14.896). De même, les déclarations et les preuves obtenues par extorsion, à la suite d'actes violents ou au moyen de traitements inhumains ou dégradants ne sauraient être admises en justice (Violation de l'article 3 de la conv EDH).

Au-delà du seul respect de la loi, stricto sensu, la recherche de la vérité se heurte parfois à la nécessité de préserver d'autres principes fondamentaux nécessaires dans un État de droit, de défendre certaines valeurs qui entrent en concurrence avec l'établissement de la vérité. La jurisprudence opère un contrôle de la validité des preuves produites non pas seulement en référence à la loi mais également au regard des principes généraux du droit (protection de la vie privée) ou transversaux (principe de loyauté).

S'agissant en particulier de la loyauté dans les procédés de recherche et d'obtention des preuves, les preuves recherchées et recueillies à l'insu de la personne contre laquelle elles sont produites (enregistrement clandestin), celles obtenues au moyen d'un stratagème (mise en scène, filature...) ou par toute autre méthode qui vicie la recherche de la preuve, sont jugées irrecevables pour avoir été obtenues par un procédé déloyal.

Le principe de loyauté, qui a fait une apparition progressive en jurisprudence, s'est diffusé jusqu'à l'Assemblée Plénière, laquelle par un arrêt du 07 janvier 2011 rendu au visa des articles 9 du code de procédure civile et 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, affirme « *que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;* » (Ass. Plen 07/01/2011, n°09-14.316).

Si le concept n'est défini dans aucun texte, Il se déduit du visa de l'article 9 du code de procédure civile que le principe de loyauté s'applique dans toutes les matières régies par ce code.

On déduit de l'ensemble des contrôles réalisés par la Jurisprudence qu'il existe donc une exigence de licéité de la preuve en droit positif qui implique que chaque élément de preuve soit produit ou recherché conformément aux règles de droit, exigence qui justifie la sélection, par le juge, des preuves qu'il entend examiner.

Ainsi défini, le principe de la liberté de la preuve signifie que tous les modes de preuve licites sont recevables et a contrario que les preuves illicites sont irrecevables.

Mais à ce principe, la Cour de cassation a apporté de nombreuses dérogations.

1-b) Les dérogations au principe de licéité de la preuve, l'admission de certaines preuves illicites.

Soucieuse de concilier le droit de la preuve avec la recherche de la vérité et l'exercice des droits de la défense, la Cour de cassation a apporté des dérogations au principe de licéité.

C'est ainsi que depuis 1993, la chambre criminelle affirme « *qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; (qu') il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante* » (Crim. 15/06/1993, n°92-82.509).

De son côté la chambre sociale admet que « *un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* » (Soc. 02/12/1998, n°96-44.258 ; Soc. 30/06/2004, n°02-41.720). Parallèlement, la chambre criminelle a développé une nouvelle cause d'irresponsabilité permettant au salarié d'échapper aux sanctions pénales lorsqu'il produit en justice une pièce frauduleusement soustraite à l'employeur pour les besoins de sa défense (Crim. 11/05/2004, n°03-85.521 ; Crim. 16/06/2011, n°10-85.079).

De même la chambre commerciale juge que le secret bancaire ne présente pas un caractère absolu et qu'il n'est pas opposable dès lors que la demande de communication est dirigée contre la banque non pas en tant que tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué (Com. 19/06/1990, n°88-19.618).

Allant encore plus loin, à propos de la production par le fils d'un dirigeant d'entreprise de pièces issues du dossier médical de son père, elle a affirmé « *que constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; 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 ; qu'en l'espèce, la question*

posée étant de savoir si M. R, dirigeant d'une entreprise, n'avait pas été empêché d'exercer ses fonctions en raison de son état de santé, et si certains de ses proches avaient exercé à sa place des pouvoirs dont ils ne disposaient pas, la production de pièces relatives à la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires ; qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;» (Com 15/05/2007, n° 06-10.606).

Depuis déjà longtemps, lorsque la production litigieuse est nécessaire à l'exercice des droits de la défense, la Cour accepte donc, parfois, d'examiner la preuve d'origine illicite.

A posteriori, ces dérogations apparaissent comme autant de prémices d'une évolution plus récente qui a abouti à la reconnaissance explicite « du droit à la preuve » en droit interne.

2. Le droit à la preuve (la possibilité donnée à une partie de présenter ses preuves)

2-a) Le principe

2-a.1 Dans la jurisprudence de la CEDH

Sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, « soucieuse de promouvoir des droits effectifs et concrets », la CEDH a reconnu un « droit à la preuve ».

Le droit à la preuve est analysé comme le corollaire du droit à un recours juridictionnel effectif consacré par la CEDH (CEDH 21/02/1975, *Golder c/ Royaume Uni*) et la conséquence du droit à un procès équitable qui implique le droit, pour chaque partie à l'instance, de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

*« Selon la jurisprudence de la Cour, les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont en principe les mêmes au civil comme au pénal (*Werner c. Autriche*, arrêt du 24 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VII*, § 66) et l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts de caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (arrêts *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* et *Papageorgiou c. Grèce* du 9 décembre 1994, série A no 301-B, § 46, et *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, série A no 274, § 33). L'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (*Perez c. France [GC]*, no 47287/99, § 80, *CEDH 2004-I*, et *Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A no 288, p. 19, § 59). » (Cour EDH, arrêt du 13 mai 2008, N.N. et T.A. c/ Belgique, n° 65097/01).*

Conçu comme une déclinaison du droit au juge et à un procès équitable, le droit à la preuve est susceptible d'entrer en conflit avec le droit à la vie privée de l'autre partie au procès. Tout en affirmant que le droit à la preuve est un droit fondamental ayant la même valeur

normative que le droit au respect de la vie privée, la CEDH tranche ce conflit au regard des critères de nécessité et de proportionnalité.

2-a.2 En droit interne

En droit interne, le droit à la preuve, qui a été reconnu et consacré par un arrêt de la 1^{ère} chambre du 05 avril 2012 (Civ 1^{ère}. 05/04/2012, n° 11-14.177), a ensuite été adopté par toutes les chambres civiles de la Cour de cassation (cf. notamment Com. 24/05/2018, n°17-27.969 ; Com. 04/01/2023, n°19-21.884).

L'émergence de cette notion a profondément modifié les critères de recevabilité de la preuve; désormais, un élément de preuve illicite, car portant atteinte à certains droits, peut néanmoins être déclaré recevable en justice.

En conséquence, lorsqu'une partie soulève le caractère illicite de la preuve produite contre elle, le juge doit mettre en balance le droit à la preuve et l'atteinte portée par cette preuve aux droits fondamentaux invoqués, en vérifiant si la production litigieuse est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et si l'atteinte aux droits fondamentaux est proportionnée au but recherché.

À travers une formule répétée à maintes reprises, la chambre sociale juge que 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. 09/11/2016, n°15-10.203 ; Soc.25/11/2020, n°17-19.523 ; Soc. 10/11/2021, n°20-12.263; Soc 08/03/2023, n°21/17.802).

Pour être complet, Il faut préciser que le droit à la preuve revêt deux formes distinctes: d'une part le droit d'obtenir des preuves que l'on recherche (demande de preuve), d'autre part le droit de présenter une preuve que l'on détient (offre de preuve) et que toutes les parties en sont titulaires. Après l'avoir reconnu au bénéfice des salariés, la chambre sociale l'a expressément étendu au bénéfice des employeurs (Soc. 30/09/2020, n° 19-12.058).

L'irruption du droit à la preuve dans notre droit positif a relativisé la référence à la licéité (ou à l'illicéité) des moyens de preuve.

Une question se pose désormais, le droit à la preuve et le principe d'irrecevabilité de la preuve déloyale sont-ils compatibles ? cette jurisprudence, qui consacre la recevabilité de la preuve illicite, doit-elle être appliquée aux preuves obtenues clandestinement, à l'insu de l'une des parties ou grâce à un stratagème, un subterfuge ? ou peut-on laisser subsister une catégorie de preuve illicite, les preuves déloyales, qui seraient d'emblée irrecevables ? Autrement dit, cette jurisprudence doit-elle entraîner l'abandon de celle relative à la preuve déloyale ou des aménagements sont-ils possibles ?

2-b) La portée du droit à la preuve et la loyauté de la preuve.

S'interroger sur la combinaison du droit à la preuve et de la notion de preuve déloyale nous conduit à formuler deux remarques préalables :

L'enregistrement des paroles prononcées (dans un lieu privé) par une personne, sans le consentement de celle-ci, n'est pas constitutif du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée

lorsque la conversation porte sur l'activité professionnelle (Crim. 16/01/1990, n°89-83.075; Crim.14/02/2006, n°05-84.384). Cependant et dans la mesure où la collecte clandestine de la preuve entraîne une atteinte au respect de la vie privée du salarié, le juge pouvait examiner le moyen de preuve à l'aide des principes dégagés par la jurisprudence sur le droit à la preuve et l'examen de la preuve illicite sans recourir à la notion de déloyauté (cf. Supra la formule de la chambre sociale).

Si on analyse la preuve déloyale comme un type, une catégorie de preuve illicite (parmi d'autres), il n'y a pas de raison de lui appliquer un régime dérogatoire qui ferait obstacle à la mise en balance des droits et intérêts en cause et au contrôle par le juge du caractère indispensable de la preuve et à la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts antinomiques en présence.

En revanche, si on en fait un principe autonome la question de son articulation avec le droit à la preuve se pose alors, ce qui amène à approfondir la notion de loyauté, le concept lui-même.

2-b.1 La notion de preuve déloyale en droit interne

Aucun texte de loi ne définit le concept de loyauté, aucune disposition de procédure n'érige la loyauté en principe directeur du procès et la plupart des lexiques de termes juridiques ne le mentionne pas.

Selon le dictionnaire la loyauté s'entend « *d'un caractère loyal, de la fidélité à tenir ses engagements* », le terme est le synonyme de droiture, honnêteté, bonne foi.

Loyal : « *Qui obéit aux lois de l'honneur, de la probité, de la droiture* » (Larousse).

Dans une acception ancienne et juridique le Petit Robert propose de définir l'adjectif loyal par « *ce qui est conforme à la loi* » et suggère de se reporter à la définition de l'adjectif légal.

Dans ces conditions, peut-on distinguer ce qui est licite de ce qui est loyal ?

Sur le plan étymologique, les deux termes expriment la même idée. Licité vient du latin *licitus* qui se traduit par « ce qui est permis » et loyal du latin *legalis* qui signifie « ce qui est conforme à la loi ». Or par hypothèse, dans un État de droit, ce qui est conforme à la loi est permis et vice versa.

Partant de cette conception, le respect du principe de loyauté, s'il existe, ne doit être rien d'autre que le respect de la loi. C'est la position adoptée par la chambre criminelle qui assimile preuve illicite et preuve déloyale en jugeant qu'« *aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motifs 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* » (Crim. 15/06/1993, n°92-82.509 ; Crim. 11/06/2002, n°01-85.559).

Dans la langue actuelle, les deux mots n'appartiennent plus au même champ lexical, licite (ou illicite) renvoie au vocabulaire juridique tandis que loyal (ou déloyal) relève plutôt du vocabulaire philosophique et éthique, la loyauté serait une vertu.

Or, si l'éthique ou la morale irrigue la matière juridique et se traduit dans de nombreuses règles de droit processuel et substantiel, comme par exemple : le principe du contradictoire qui illustre le souci de loyauté des débats judiciaires, ces principes philosophiques ne sont

pas par eux-mêmes des principes juridiques et le recours exprès de la jurisprudence à une notion d'ordre éthique pour résoudre un problème juridique est une source de difficulté et d'incertitude, ce que confirme l'examen de la jurisprudence.

En effet, si nous recherchons à définir le contenu du principe de loyauté de la preuve à partir des décisions rendues par la Cour, tant en ce qui concerne les enregistrements litigieux que les filatures, le critère objectif qui se dégage est celui du caractère, clandestin, occulte, secret. La dissimulation de la méthode utilisée serait le facteur décisif, constitutif de la déloyauté. Cependant cette analyse ne reflète pas toute la jurisprudence, il y a des décisions de la Cour qui admettent la preuve clandestine lorsqu'elle est authentifiée par un huissier ou lorsqu'elle provient de la vidéo surveillance des entrepôts ou d'une annexe du lieu de travail. (Soc.10/10/2007, 05-45.898 ; Soc. 06/12/2007, n°06-43.392 ; Soc.19/04/2005, n°02-46.295). La première chambre civile a approuvé l'arrêt d'appel qui a déclaré admissible la preuve tirée des constatations opérées par un huissier de justice dans le cadre d'une filature réalisée sur la voie publique et sur plusieurs jours, à l'initiative d'un assureur, pour contrôler l'autonomie et la mobilité de la victime d'un accident. En l'absence de provocation, elle a jugé que les atteintes portées à la vie privée « *n'étaient pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés* » (Civ 1ère. 31/10/2012, n°11-17.476).

En droit interne, le concept de loyauté de la preuve manque de clarté et de précision pour être fonctionnel dans le processus décisionnel, il est sujet aux interprétations arbitraires.

2-b.2 La notion de preuve déloyale dans la JP européenne

Pour la CJUE, les questions de preuve relèvent, en principe, de la compétence des États membres. Elle ne se pose pas la question de la licéité de la preuve ou de la loyauté mais retient que le critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité (fiabilité) (CJUE 25/01/2007, aff Salzgitter, C-411/04 §40à44).

Dans le domaine particulier du droit de la concurrence, le Tribunal de l'Union européenne a admis la production à titre de preuve, d'enregistrements clandestins de conversations téléphoniques aux motifs que §62 « ... *il résulte de la jurisprudence de la Cour EDH, citée aux points 54 et 55 ci-dessus, que l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal ne se heurte pas en soi aux principes d'équité consacrés par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu en violation des exigences de l'article 8 de la CEDH, lorsque, d'une part, la partie requérante en cause n'a pas été privée d'un procès équitable ni de ses droits de la défense et, d'autre part, cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation.* » (TUE 08/09/2016 Goldfish BV et al. c. Commission, T-54/14).

Quant à la CEDH, tout en affirmant que l'admissibilité des preuves ou leur appréciation relève en premier lieu du droit interne et des juridictions nationales, elle se prononce sur les questions relatives à la preuve par le biais du contrôle du caractère équitable.

La Cour européenne n'aborde pas la question de l'admission ou de l'exclusion de la preuve sous l'angle de la licéité ou de la loyauté mais apprécie de façon globale « l'équité de la procédure ».

Le commentaire du guide du Conseil de l'Europe sur l'article 6 sur le contrôle de la CEDH sur l'admissibilité des preuves indique :

6. Administration des preuves

388. *Principes généraux : la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel. L'admissibilité des preuves et leur appréciation relèvent en principe du droit interne et des juridictions nationales. Il en va de même de la force probante et de la charge de la preuve. C'est aussi au juge national de juger de l'utilité d'une offre de preuve.*

389. *Néanmoins, conformément à la Convention, le caractère équitable de la procédure s'apprécie au vu de la procédure dans son ensemble, et notamment de la manière dont les preuves ont été recueillies (Elsholz c. Allemagne [GC], 2000, § 66 ; Devinar c. Slovénie, 2018, § 45). Il faut donc s'assurer que les moyens de preuve ont été présentés de manière à garantir un procès équitable. La Cour n'a pas à tenir lieu de juge de quatrième instance et ne remet pas en cause, sous l'angle de l'article 6 §1, l'appréciation des tribunaux nationaux, sauf si leurs conclusions peuvent passer pour arbitraires ou manifestement déraisonnables (Bochan c. Ukraine (no 2) [GC], 2015, § 61, et López Ribalda et autres c. Espagne [GC], 2019, §§ 149, 159-161).*

390. *La Cour n'a donc pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines sortes d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne. Elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'illégalité en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation (voir l'arrêt López Ribalda et autres c. Espagne [GC], 2019, § 150, qui a appliqué ces principes, développés en matière pénale, dans une affaire civile, §§ 150-1523). Dans cet arrêt, la Cour a posé les critères pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 de la Convention, ou en violation du droit interne, rend le procès civil inéquitable (§§ 151-152). En l'espèce, la Cour n'avait pas constaté de violation de l'article 8 à raison de la vidéosurveillance secrète d'employés. Cependant, ces derniers soutenaient que la vidéosurveillance avait été mise en place en méconnaissance du droit interne et que les juridictions nationales ne s'étaient pas penchées sur cette question, l'ayant jugée sans pertinence. La Cour a examiné si l'utilisation comme preuve des images obtenues au moyen de la vidéosurveillance en cause avait méconnu l'équité de la procédure dans son ensemble. Elle n'a pas constaté de violation de l'article 6 dans cette affaire (§§ 154-158).*

2-b.3 Éléments de droit comparé

L'étude de droit comparé, réalisée par le SDER (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni et Slovénie) dans le cadre des travaux préparatoires du présent dossier, souligne qu'aucun des pays étudiés ne prévoit un principe inflexible d'inadmissibilité des preuves illicitement obtenues, tant en matière civile que pénale. De l'ensemble de leurs travaux les auteurs de cette étude déduisent que « *De manière générale, les droits des États étudiés admettent que les preuves illicitement obtenues puissent être produites mais à la condition que cela ne porte pas une atteinte excessive au droit de la personnalité et au droit au respect de la vie privée de la personne contre laquelle la preuve est rapportée. Un contrôle de proportionnalité est alors exigé, et la mise en balance de la nécessité de rapporter la preuve avec le droit au respect de la vie privée doit être effectuée et doit être spécialement motivée.* ».

Ni la Jurisprudence européenne ni le droit et la Jurisprudence des pays voisins ne recourent à un principe de loyauté comme instrument de moralisation de la preuve judiciaire. C'est le caractère pertinent, utile, fiable de la preuve et le souci de préserver les intérêts des plaideurs dans le cadre d'un procès équitable qui guident le raisonnement des juges.

3. La nécessité d'une évolution de la jurisprudence

Plusieurs arguments militent en faveur d'une évolution des règles prétorienne élaborées autour du principe de loyauté :

- Dès lors que la démarche probatoire est judiciaire, qu'elle s'inscrit dans le cadre du procès, ce sont les finalités du procès qui doivent orienter toutes les réflexions à son sujet. Le devoir du juge est de trancher le litige par une juste et bonne application du droit. Pour y parvenir la détermination de la véracité, de l'exactitude des faits, la recherche de la vérité est nécessaire, « *la preuve est un moyen pour une fin* », la vérité apparaît comme la dimension téléologique de la preuve. Or l'institution de règles d'exclusion de certaines preuves complique la réalisation de cet objectif ; pire encore, retenir la loyauté comme une condition de recevabilité de la preuve peut conduire le juge à ignorer la vérité.

- En consacrant le droit à la preuve, la Cour de cassation admet que le droit au respect de la vie privée, la protection de la vie personnelle et des données personnelles peuvent céder devant le droit à la preuve, se faisant, elle adopte une démarche similaire à celle de la CEDH qui évalue l'admissibilité de certains types de preuve au regard du droit à un procès équitable sans sacrifier la recherche de la vérité. En toute logique, la Cour de cassation en a tiré des conséquences analogues, à savoir la recevabilité de la preuve illicite, ce qui remet en question l'existence d'un principe de loyauté qui ferait obstacle à la mise en balance des droits et intérêts en cause.

Retenir l'exigence de loyauté, comme un mécanisme d'exclusion de la preuve, revient à dénier l'existence du droit à la preuve.

- En l'absence d'une définition juridique de la loyauté et au regard de son caractère subjectif, en raison également des difficultés rencontrées pour distinguer les preuves déloyales et les preuves illicites, l'utilisation du concept lui-même dans le processus décisionnel est source de difficultés.

- Parfois, le caractère occulte du comportement fautif peut nécessiter le recours à des stratagèmes ou à des procédés clandestins, faute de quoi la preuve devient impossible pour l'une des parties. Le stratagème du client mystère ne provoque pas la commission de l'infraction mais il permet d'en rapporter la preuve (cf. Crim. 27/06/2023, n°22-83.338), de même ce n'est pas l'enregistrement clandestin, en lui-même, qui provoque les déclarations faites au cours de l'entretien préalable, le procédé utilisé permet seulement d'en révéler l'existence. Les conditions de l'entretien, les propos tenus par le contradicteur peuvent provoquer des déclarations inexactes, mais c'est alors la fiabilité de la preuve rapportée, la valeur probante des déclarations qui est en cause et non pas la loyauté du procédé utilisé pour la recueillir (l'enregistrement clandestin).

Si on veut cantonner la notion de preuve déloyale à l'hypothèse de celle obtenue par la provocation, il faut abandonner la règle d'irrecevabilité du moyen de preuve déloyale pour permettre au juge d'examiner le stratagème, la filature ou les propos fallacieux et d'établir l'incitation ou la provocation.

- L'abandon du principe d'irrecevabilité de la preuve déloyale n'est pas exclusif d'un contrôle de la régularité et de la légalité des procédés utilisés pour le recueil ou l'obtention de la preuve. Il conduit à la généralisation de la jurisprudence relative à la preuve illicite.

Conclusion

En conséquence, je conclus à l'abandon du principe selon lequel l'enregistrement d'une conversation réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

L'illégalité de l'enregistrement par l'employeur d'une conversation avec le salarié dans un cadre professionnel ne doit pas entraîner nécessairement son rejet des débats. Il revient au juge d'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 de l'employeur, ce qui nécessite de vérifier le caractère indispensable des moyens utilisés et de contrôler que l'atteinte aux droits du salarié est strictement proportionnée au but poursuivi, puis le cas échéant, d'en apprécier la valeur probante.

Monsieur le conseiller rapporteur ayant pris la précaution d'indiquer que son rapport valait avis en application de l'article 1015 du code procédure civile, votre Cour peut prononcer la cassation et renvoyer l'affaire sans statuer au fond, elle peut également abandonner la jurisprudence sur l'irrecevabilité de la preuve déloyale en procédant par substitution de motifs et rejeter le pourvoi du demandeur.

Au cas présent, le recours par l'employeur à l'enregistrement clandestin des propos tenus par le salarié, à l'occasion d'un entretien informel puis lors de l'entretien préalable, pour établir la désobéissance constitutive de la faute grave, ne paraît en rien indispensable pour apporter la preuve recherchée. L'adresse d'une mise en demeure de fournir les éléments de suivi et de prospection commerciale et le constat d'une absence de réponse pouvaient suffire à rapporter le comportement reproché, à charge pour le juge d'en apprécier la valeur probante.