



RAPPORT DE M. PÉDRON, CONSEILLER

Arrêt n° 514 du 6 juin 2024 (B+R) – Deuxième chambre civile

Pourvoi n° 22-11.736

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 10 décembre 2021

La société [3]

C/

M. [W] [J]

Comprenant proposition de rejet non spécialement motivé des premier et second moyens du pourvoi, pris en leur troisième branche.

- arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 décembre 2021,
- déclaration de pourvoi par la société [3] du 10 février 2022,
- MA déposé le 10 juin 2022 avec demande **d'allocation** d'une somme de **4 000 euros** en application de l'article 700 du code de procédure civile, signifié notamment à M. [J] le 7 juillet 2022,
- MD du 2 septembre 2022 de M. [J], avec demande de condamnation de la société [3] au paiement d'une somme de **3500 euros** en application de l'article 700 du code de procédure civile

La CPAM de Seine et Marne, à laquelle le MA a été signifié le 7 juillet 2022 à domicile (par remise à l'agent d'accueil déclarant être habilité à recevoir copie de l'acte), n'a pas constitué avocat.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [J], salarié de la SAS [3] (l'employeur) a déclaré, sur la base d'un certificat médical initial d'accident du travail du 18 mars 2016 lui prescrivant un arrêt de travail

pour des « contusions multiples des membres et du cou », avoir été victime le même jour d'un accident sur son lieu de travail, plus précisément d'une agression physique de la part de M. [X] gérant de la société dont il est à l'origine de la création. Avisé par la CPAM de la Seine et Marne (la caisse) de l'existence de ce certificat médical, l'employeur a émis des réserves quant à l'existence de cet accident.

La caisse a le 28 juin 2016 notifié la prise en charge de l'accident déclaré au titre de la législation relative aux risques professionnels.

Après vaine contestation devant la commission de recours amiable de la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident déclaré par M. [J], la société a, le 7 septembre 2016, saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun.

Parallèlement, M. [J] (la victime) a le 22 septembre 2016 saisi le même tribunal en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur.
Le tribunal a joint les deux instances par mention au dossier.

Par jugement du 14 septembre 2018, le tribunal a pour l'essentiel:

- dit que l'accident du travail dont M. [J] a été victime le 18 mars 2016 est dû à la faute inexcusable de l'employeur,
- ordonné avant dire droit sur la réparation des préjudices une expertise médicale judiciaire,
- dit que la décision de prise en charge de l'accident du 18 mars 2016 est opposable à la société [3],
- dit que l'intégralité des conséquences financières de la faute inexcusable sera supportée par la société [3].

Sur appel de la société, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 10 décembre 2021, pour l'essentiel:

- confirmé le jugement déféré;

Y ajoutant,

- dit que la décision de prise en charge par la caisse au titre de la législation sur les risques professionnels de l'accident du 18 mars 2016 est opposable à l'employeur;
- rappelé que la caisse sera tenue, le cas échéant, de majorer au montant maximum la rente versée en application de l'article L.452-2 du code de la sécurité sociale, cette majoration suivant l'évolution éventuelle du taux d'incapacité attribué ;
- débouté M. [J] de sa demande de provision ;
- condamné l'employeur, outre aux dépens d'appel, à payer à M. [J] la somme de 1 500 euros au titre des frais irrépétibles.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi.

2 - Analyse succincte des moyens

L'employeur développe deux moyens au soutien de son pourvoi:

Par un premier moyen articulé en quatre branches, l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que la décision de prise en charge par la caisse au titre de la législation sur les risques professionnels de l'accident du 18 mars 2016 lui est opposable, alors:

« 1°) que l'enregistrement de propos réalisé à l'insu de leur auteur constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve; qu'en se fondant, pour juger démontrée l'existence, contestée par l'employeur, de violences aux temps et lieu de travail, caractérisant un accident du travail, sur la retranscription d'un enregistrement produit par le salarié, quand elle avait elle-même constaté que cet enregistrement avait été réalisé à l'insu de M. [X], la cour d'appel, qui aurait dû déclarer cet enregistrement irrecevable, a violé les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, L.411-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile ;

2°) qu'en se fondant sur un enregistrement réalisé par le salarié à l'insu de l'employeur, aux motifs que sa production était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de M. [J] et l'atteinte à la vie privée de M. [X] proportionnée au but poursuivi, quand ces considérations n'étaient pas de nature à rendre recevable le procédé déloyal consistant à procéder à l'enregistrement de propos à l'insu de leur auteur, la cour d'appel a violé les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, L.411-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile ;

3°) qu'en tout état de cause, en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, nul ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve ; que la cour d'appel s'est fondée, pour juger démontrée l'existence, contestée par l'employeur, de violences aux temps et lieu de travail, caractérisant un accident du travail, sur la retranscription d'un enregistrement produit par le salarié ; qu'en statuant ainsi, sans considérer cette pièce comme irrecevable, sans relever qu'elle n'aurait pas été le résultat d'un stratagème, la cour d'appel a violé les articles L.411-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

4°) que, subsidiairement, en énonçant, pour déclarer recevable la production d'un enregistrement pris à l'insu de la personne, en ce que l'atteinte à la vie privée était proportionnée au but poursuivi, que l'altercation enregistrée est intervenue dans un lieu ouvert au public, au vu et au su de tous, et notamment de trois salariés et d'un client de l'entreprise, et que le salarié s'était borné à produire un enregistrement limité à la séquence des violences qu'il prétend avoir subi et avait fait procéder à un constat d'huissier pour contrecarrer la contestation de l'employeur quant à l'existence de cette altercation verbale et physique, motifs qui ne sont pas de nature à caractériser le caractère proportionnée de l'atteinte à ce droit, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Par un second moyen articulé en quatre branches, l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que l'accident du travail dont M. [J] a été victime le 18 mars 2016 était dû à la faute inexcusable de son employeur, dire que l'intégralité des conséquences financières de la faute inexcusable serait supportée par l'employeur et, avant dire droit sur la réparation des préjudices, d'ordonner une expertise médicale judiciaire, alors:

« 1°) que l'enregistrement de propos réalisé à l'insu de leur auteur constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve; qu'en se fondant, pour juger démontrée l'existence, contestée par l'employeur, de violences aux temps et lieu de travail, caractérisant une faute inexcusable de l'employeur, sur un enregistrement

produit par le salarié, quand elle avait elle-même constaté qu'il n'était pas contesté que cet enregistrement avait été réalisé à l'insu de M. [X], la cour d'appel, qui aurait dû déclarer cet enregistrement irrecevable, a violé les articles L.452-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

2°) qu'en se fondant sur un enregistrement réalisé par le salarié à l'insu de l'employeur, aux motifs que sa production était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de M. [J] et l'atteinte à la vie privée de M. [X] proportionné au but poursuivi, quand ces considérations n'étaient pas de nature à rendre recevable le procédé déloyal consistant à procéder à l'enregistrement de propos à l'insu de leur auteur, **la cour d'appel a violé les articles L.452-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;**

3°) qu'en tout état de cause, en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, nul ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve ; que la cour d'appel s'est fondée, pour juger démontrée l'existence, contestée par l'employeur, de violences aux temps et lieu de travail, caractérisant une faute inexcusable, sur la retranscription d'un enregistrement produit par le salarié ; qu'en statuant ainsi, sans considérer cette pièce comme irrecevable, sans relever qu'elle n'aurait pas été le résultat d'un stratagème, **la cour d'appel a violé les articles L.411-1 du code de la sécurité sociale, 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;**

4°) qu'en énonçant, pour considérer que l'atteinte à la vie privée était proportionnée au but poursuivi, que l'altercation enregistrée est intervenue dans un lieu ouvert au public, au vu et au su de tous, et notamment de trois salariés et d'un client de l'entreprise, et que le salarié s'était borné à produire un enregistrement limité à la séquence des violences qu'il prétend avoir subi et avait fait procéder à un constat d'huissier pour contrecarrer la contestation de l'employeur quant à l'existence de cette altercation verbale et physique, motifs qui ne sont pas de nature à caractériser le caractère proportionnée de l'atteinte à ce droit, **la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

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

- Validité de la preuve.
- Loyauté de la preuve et droit à la preuve.
- Distinction à opérer entre la preuve déloyale et la preuve illicite.
- Procédé de preuve illicite ou déloyale: admissibilité en justice, dans le cadre d'une procédure civile, d'une preuve constituée par l'enregistrement, réalisé à l'insu de leur auteur, de propos tenus par une personne à laquelle ces propos sont opposés, et plus particulièrement des propos de l'employeur enregistrés clandestinement par le salarié.
- Contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à la vie personnelle d'un dirigeant au but poursuivi par le droit à la preuve.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Pour, d'une part, solliciter l'inopposabilité à son égard de la décision de prise en charge de la caisse du 28 juin 2016, d'autre part, défendre à l'action en faute inexcusable du salarié, l'employeur conteste l'existence de l'accident du travail du 18 mars 2016 invoqué par le salarié, faisant valoir que la preuve de celui-ci n'est pas établie et ne peut résulter d'un enregistrement sonore clandestin.

Textes invoqués:

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le droit à un procès équitable.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le droit au respect de la vie privée et familiale.

Selon l'article 9 du code de procédure civile « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

L'article L 411-1 du code de la sécurité sociale, dans sa version applicable à la date des faits, dispose « *Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise* ».

Selon l'article L 452-1 du code de la sécurité sociale, « *Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire dans les conditions définies aux articles suivants* ».

SUR LE DROIT A LA PREUVE

La cour d'appel a examiné l'enregistrement des propos du gérant de l'entreprise réalisé clandestinement par le salarié sous l'angle du régime de la preuve illicite, tel que dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation (droit à la preuve « indispensable et strictement proportionnée »).

M1B1et M2B1 reprochent à la cour d'appel de ne pas avoir examiné cet enregistrement clandestin des propos du gérant de l'entreprise sous l'angle de la preuve déloyale (preuve obtenue de façon déloyale), irrecevable par nature en conséquence de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, Bull. Ass. Plén., N°1).

M1B2 et M2B2 font grief à la cour d'appliquer à une preuve déloyale la démarche relevant de l'analyse d'une preuve illicite: le grief sous-tend qu'une preuve déloyale ne relève pas du régime de la preuve illicite.

M1B3 et M2B3 précisent que la cour d'appel aurait dû vérifier que l'enregistrement clandestin n'était pas le résultat d'un stratagème.

M1B4 et M2B4 reproche à la cour d'appel de ne pas avoir justifié du caractère proportionné au but poursuivi de l'atteinte au droit à la vie privée subie par le gérant de l'entreprise.

Le pourvoi interroge donc la Cour sur le « droit à la preuve » en matière de « preuve déloyale ». Il postule que la « preuve déloyale » est distincte de la (simple) « preuve illicite », et qu'elle ne peut se voir appliquer le régime applicable à cette dernière.

Afin de garantir au justiciable son droit d'accès au juge, la Cour de cassation a consacré un droit « à la preuve », c'est-à-dire la possibilité donnée aux parties à un procès de présenter leurs preuves.

La promotion d'un tel principe s'inscrit dans le souci de tenir compte des difficultés probatoires auxquelles peuvent être confrontées les justiciables pour faire la preuve de leurs droits.

Toutefois, la Cour de cassation, dans le souci de garantir l'éthique du débat judiciaire, a fixé comme suit des limites à ce principe :

-Elle avait ainsi consacré en 2011, par un arrêt d'assemblée plénière, un principe de loyauté dans l'administration de la preuve, impliquant que le juge ne puisse pas tenir compte d'une preuve obtenue de manière déloyale, c'est-à-dire recueillie à l'insu d'une personne, grâce à une manœuvre ou à un stratagème (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, Bull. Ass. Plén., N°1).

-Par un arrêt rendu le 22 décembre 2023, l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén., 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648, Bull.) a jugé que « dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. »

Plus précisément :

« Vu l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code de procédure civile :

5. Suivant les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme (v. notamment CEDH, arrêt du 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02), la Cour de cassation a consacré, en matière civile, un droit à la preuve qui permet de déclarer recevable une preuve illicite lorsque cette preuve est indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence est strictement proportionnée au but poursuivi (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. IV 2007, n° 130 ; 1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. I 2012, n° 85 ; Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. V 2016, n° 209 ; Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié ; Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié ; Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802, 21-20.798 et 20-21.848, publiés).

6. Sur le fondement des textes susvisés et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la Cour de cassation juge néanmoins qu'est irrecevable la production d'une preuve recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème (Ass. plén. 7

janvier 2011, n°s 09-14.316 et 09-14.667, Bull. 2011, Ass. plén. n° 1 ; 2e Civ., 9 janvier 2014, n°s 12-23.387 et 12-17.875, Com. 10 novembre 2021, n°s 20-14.669 et 20-14.670, Soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, Bull. 2008, V, n° 65 ; Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. 2012, V, n° 208).

7. Cette solution est fondée sur la considération que la justice doit être rendue loyalement au vu de preuves recueillies et produites d'une manière qui ne porte pas atteinte à sa dignité et à sa crédibilité.

8. L'application de cette jurisprudence peut cependant conduire à priver une partie de tout moyen de faire la preuve de ses droits.

9. La Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas par principe l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales. Elle estime que, lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entre en conflit avec d'autres droits et libertés, notamment le droit au respect de la vie privée, il appartient au juge de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence. Elle ajoute que « l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts à 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 ». Elle souligne que ce texte implique notamment à la charge du juge 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 (CEDH, arrêt du 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, req. n° 65087/01).

10. En matière pénale, la Cour de cassation considère qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par des particuliers au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (v. notamment, Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559, Bull. crim. 2002, n° 131), le principe de loyauté de la preuve s'imposant, en revanche, aux agents de l'autorité publique (Ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82.028, Bull. Ass. plén. 2017, n° 2).

11. Enfin, soulignant la difficulté de tracer une frontière claire entre les preuves déloyales et les preuves illicites, et relevant le risque que la voie pénale permette de contourner le régime plus restrictif des preuves en matière civile, une partie de la doctrine suggère un abandon du principe de l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales.

12. Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

13. En l'espèce, pour déclarer irrecevables les pièces litigieuses, après avoir relevé que celles-ci constituent des transcriptions d'enregistrements clandestins des entretiens des 28 septembre et 7 octobre 2016, l'arrêt retient qu'ayant été obtenues par un procédé déloyal, elles doivent être écartées des débats.

14. En statuant ainsi, la cour d'appel, à qui il appartenait de procéder au contrôle de proportionnalité tel qu'énoncé au paragraphe 12, a violé les textes susvisés. »

Nous reprenons à suivre des extraits du rapport rédigé par M. Ponsot à l'occasion de cette affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2023, permettant d'appréhender l'état du droit jusqu'alors :

« 4.2.1.1 – La notion de preuve déloyale : tentative de définition
(...)

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

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

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

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

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

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

-l'enregistrement, à l'insu de celui qui les tient, de propos tenus au cours d'une conversation téléphonique, d'un entretien ou d'une réunion ;

- le captage d'images fixes ou animées à l'insu de la personne concernée, en particulier des enregistrements vidéos clandestins ;

- des filatures et autres procédés de surveillance ou de suivi à distance (balises GPS...)

;-des provocations à la preuve, réalisées par exemple sous la forme de « visites mystères ».

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

(...)

La déloyauté de la preuve ne se réduit pas à un critère unique.

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

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

4.2.1.2 – Fondement et justifications du principe de loyauté des preuves

(...)

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

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

4.2.2 – Position traditionnelle de la jurisprudence interne

La position traditionnelle de la jurisprudence interne sur l'admissibilité des preuves déloyales et, spécialement, sur celle des enregistrements clandestins, révèle une ligne de partage assez nette entre la jurisprudence civile au sens large, et la jurisprudence rendue en matière pénale. En effet, alors que les preuves déloyales sont traditionnellement jugées irrecevables en matière civile, elle ne sont pas écartées de plein droit par le juge pénal, à condition toutefois que l'autorité publique n'y prenne aucune part.

4.2.2.1 – En droit privé général

(...)

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

Cette solution a été réaffirmée solennellement par l'assemblée plénière dans une décision emblématique, où, se prononçant à la suite d'une résistance de la cour d'appel de Paris à la solution retenue par la chambre commerciale dans l'arrêt précité du 3 juin 2008, la Cour de cassation a considéré que des enregistrements réalisés à l'insu des participants à une entente anti-concurrentielle par l'un d'eux et remis aux enquêteurs du Conseil de la concurrence constituaient un procédé déloyal rendant irrecevable leur production à titre de preuve (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, Bull. Ass. Plén., N°1).

(...)

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

(...)

4.2.2.2 – En droit du travail

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

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

(...)

Dans ce contexte, mais au seul visa de l'article 9 du code de procédure civile, la chambre sociale a posé le principe que si l'employeur a le droit de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soit les motifs, d'images ou de paroles à leur insu

constitue un mode de preuve illicite (Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bull. V, 1991 V N° 519, à propos de caméras de surveillance).

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

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

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

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

Plus généralement elle considère que la loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute. Une cour d'appel ne peut donc, pour juger que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse, retenir à l'encontre du salarié des faits résultant d'une provocation de l'employeur (Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-41.052).

La jurisprudence considère également que des documents produits par le salarié après avoir été appréhendés frauduleusement constituent en principe des preuves irrecevables. Toutefois, la simple allégation de fraude par l'employeur ne suffit pas (Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-041.111). En outre, des documents frauduleusement soustraits à l'employeur ne devaient pas de ce seul fait être écartés des débats, dès lors qu'ils contenaient des informations dont le personnel pouvait avoir normalement connaissance (Soc., 2 décembre 1998, pourvoi n° 96-44.258, Bull. V, N° 535).

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

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

(...)

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

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

La Cour est, certes, peu favorable aux preuves obtenues de manière frauduleuse ou illégale, mais elle considère qu'il n'en résulte pas nécessairement une violation de l'article 6 de la Convention, si la preuve litigieuse n'était pas la seule et se trouvait corroborée par d'autres éléments également pris en considération par la juridiction nationale : ainsi, dans l'arrêt *Schenk c. Suisse* précité (§ 48), rendu à propos d'un enregistrement produit dans une procédure pénale, la Cour a indiqué qu'elle attache aussi du poids à la circonstance que l'enregistrement téléphonique n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation. Elle a réitéré cette position dans l'affaire CEDH, arrêt du 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, n° 4378/02 (§ 98), où était en cause des enregistrements clandestins réalisés au domicile de l'intéressé (pour des filatures réalisées en matière civile, v. CEDH, arrêt du 18 octobre 2016, *Vukota-Bojiæ c. Suisse*, n° 61838 , § 99, en anglais seulement).

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

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

En l'occurrence, l'arrêt L.L. c. France concernait la production en justice, dans le cadre d'une procédure de divorce, d'un document médical révélant une pathologie alcoolique chez l'époux. La Cour a constaté que l'ingérence en cause trouvait son fondement dans le mode d'administration des preuves dans une procédure de divorce (ici, l'article 259-1 du code civil), qu'elle visait la protection des droits et libertés d'autrui (protéger les droits de l'épouse qui cherchait à obtenir le divorce aux torts exclusifs de son conjoint, en établissant une corrélation entre le caractère violent de celui-ci et son alcoolisme pathologique). Toutefois, la Cour a considéré que la production de ce document constituait une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée qui n'était pas proportionnée au but recherché et n'était donc pas « nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui », dans la mesure où cette pièce n'a pas été déterminante du prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'époux, les juridictions nationales s'étant fondées sur d'autres éléments (témoignages relatifs aux habitudes alcooliques de l'époux, certificats médicaux faisant état de la réalité des violences dont l'épouse était victime). La Cour a, en particulier, relevé que ce n'est que de façon subsidiaire et surabondante que les juridictions nationales ont invoqué la pièce médicale litigieuse pour fonder leurs décisions, et qu'elles auraient pu l'écartier tout en parvenant à la même conclusion.

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

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

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

Toujours en matière de divorce, elle a décidé que l'admission par les juridictions nationales de la production par l'époux de messages électroniques échangés par son épouse sur un site de rencontre ne violait pas l'article 8 de la Convention (CEDH, arrêt du 7 septembre 2021, M. P. C. Portugal, n° 27516). Estimant de pas devoir remettre en cause les conclusions auxquelles étaient parvenues les juridictions nationales pour décider que l'accès aux messages litigieux n'était pas frauduleux, la CEDH a considéré que la production de ces éléments était pertinente pour apprécier la situation personnel des conjoints et de la famille, et que les effets de leur divulgation sur la vie privée de l'épouse avaient été limités puisque les messages n'avaient été divulgués que dans le cadre d'une procédure civile à la publicité limitée.

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

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

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

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

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

Elle en a déduit que les autorités nationales n'avaient pas protégé de façon adéquate le droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance et qu'elles n'avaient, dès lors, pas

ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu, occasionnant une violation de l'article 8 de la Convention.

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

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

Dans l'affaire *Florindo De Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal*, la CEDH s'est également référée aux critères dégagés dans l'affaire *Bărbulescu c/Roumanie*, mais elle a considéré qu'en l'espèce, le juge national avait mis en balance de manière circonstanciée le droit du salarié au respect de sa vie privée et le droit de son employeur de veiller au bon fonctionnement de l'entreprise, en tenant compte du but légitime qui était poursuivi par l'entreprise, à savoir le droit de veiller au contrôle des dépenses afférentes aux véhicules de l'entreprise confiés à des salariés. Elle a, en particulier, constaté qu'il était établi que le salarié avait été informé que tout véhicule était équipé d'un dispositif GPS, et en a conclu que les autorités nationales n'avaient pas manqué à l'obligation positive qui leur incombait de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée.

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

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

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

Ensuite, on peut constater que, dans ses décisions, la CEDH ne se réfère pas à une notion de loyauté des preuves mais appréhende cette question uniquement sous l'angle de la licéité ou de la légalité. Ceci s'explique par le fait que, la CEDH raisonne nécessairement au regard d'atteintes aux droits fondamentaux dont elle doit assurer la protection et qu'elle n'a pas à interagir directement sur les règles d'admissibilité des preuves, qui relèvent des droits nationaux. 25 Enfin, on peut relever que la CEDH n'apparaît pas, au regard des recherches effectuées pour les besoins du présent rapport, s'être prononcée sur une violation du droit à la preuve dans une situation où le juge national aurait déclaré irrecevable la preuve produite.

(...)

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

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

4.2.6.1 – En droit civil et commercial

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

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

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

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

En écho à la solution rendue par la CJUE le 8 septembre 2016 (Affaire Coty Germany GmbH c/ Stadtparkasse Magdeburg, C-580/13 précitée), la chambre commerciale a admis que le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier ne constituait pas nécessairement un empêchement légitime au sens de l'article 11 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait fait ressortir que la production litigieuse, indispensable à l'exercice par le client de son droit à la preuve dans le procès qui l'opposait à la banque et dans lequel il recherchait la responsabilité de celle-ci pour avoir commis des fautes à l'occasion de l'octroi des crédits en cause, était proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (Com., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-27.969). Symétriquement, elle a censuré une cour d'appel qui avait estimé qu'une banque n'était pas autorisée à lever le secret bancaire en produisant les relevés de compte de sa cliente, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice, par la banque, de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (Com., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-10.158).

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

. 4.2.6.2 – En droit du travail

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

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

Néanmoins, l'émergence d'un droit à la preuve dans la jurisprudence de la chambre sociale n'apparaît que dans une affaire où se posait la question de savoir si des délégués du personnel pouvaient produire en justice des éléments intéressant le décompte des repos compensateurs et portant atteinte à la vie personnelle du salarié. La chambre sociale a considéré que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdisait pas à un syndicat de produire ces documents en justice, ajoutant que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi (Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. V, N° 209).

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

Cette affaire emblématique marque une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, qui n'exige plus seulement que la preuve soit nécessaire, mais indispensable à l'exercice du droit à la preuve. La solution retenue laisse par ailleurs entendre que la preuve aurait été déloyale si elle avait été obtenue par une personne n'ayant pas accès aux publications effectuées sur le compte privé Facebook de la salariée en tant qu'ami.

Cette décision a été suivie d'une autre, rendue au profit de salariés qui, s'estimant victime de discrimination syndicale, souhaitaient avoir communication d'informations sur la classification et la rémunération d'autres salariés de l'entreprise (Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.648 ; dans le même sens, v. également Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-26.144) ; dans ces différents cas, la chambre sociale a exigé que la preuve litigieuse soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

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

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

Dans une première affaire, la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, portant sur les bulletins de salaire d'autres salariés de l'entreprise, portait atteinte à la vie personnelle de ces salariés mais était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, à

savoir la défense de l'intérêt légitime de la salariée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-12.492).

Elle a, de même, censuré une cour d'appel pour ne pas avoir recherché si la production, à titre de preuve du caractère réel et sérieux d'un licenciement, d'informations provenant du système de badgeage à l'entrée des locaux de l'entreprise, n'était pas indispensable à l'exercice du droit de la preuve de l'employeur et si l'atteinte au respect de la vie personnelle de la salariée n'était pas strictement proportionnée au but poursuivi. Le caractère illicite de ces éléments en cause était lié au non-respect de la finalité des données collectées par l'employeur, qui avait opéré un rapprochement entre les données issues du système de badge et les déclarations virtuelles effectuées sur les postes informatiques (Soc., 8 mars 2023, pourvois n° 21-20.797 et n° 21-20.798).

En revanche, elle a rejeté le pourvoi d'un employeur en considérant qu'il résultait des constatations de la cour d'appel, selon lesquelles celui-ci disposait d'autres éléments de preuve qu'il n'a pas versés aux débats, que les enregistrements de vidéosurveillance litigieux n'étaient pas indispensables à l'exercice de son droit à la preuve et étaient donc irrecevables (Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-17.802).

*

On peut donc constater que les différentes chambres civiles de la Cour de cassation n'écartent plus a priori les preuves considérées comme illicites, mais les soumettent désormais à un test de proportionnalité. Trois observations complémentaires peuvent être effectuées à cet égard.

En premier lieu, comme il a été vu, la preuve litigieuse doit être indispensable à l'exercice du droit à la preuve : de ce point de vue, cette jurisprudence s'inscrit strictement dans la jurisprudence L.L. c. France précitée de la CEDH, cependant que dans les autres affaires, la CEDH paraît attacher une certaine importance au fait que la juridiction s'est fondée sur d'autres preuves, ce qui a également été l'approche du TUE dans l'affaire Goldfish.

En deuxième lieu, seules des preuves expressément considérées comme illicites ont été jugées comme potentiellement recevables, à condition de satisfaire au test de proportionnalité : aucune décision de la Cour de cassation n'apparaît, en l'état, s'être prononcée sur des preuves déloyales stricto sensu pour les soumettre au test de proportionnalité.

En dernier lieu et spécialement au regard du présent pourvoi, les différentes chambres civiles n'apparaissent pas s'être prononcées sur la recevabilité d'enregistrements réalisés à l'insu de la personne à laquelle cette preuve est opposée, depuis l'affaire examinée par l'assemblée plénière le 7 janvier 2011. (...) »

Peuvent également être utilement cités :

Au regard du droit à la preuve :

-Soc., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-12.263 Bull.: « En application des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions susvisées, 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.

Encourt la cassation l'arrêt qui énonce que la loi du 21 janvier 1995 autorise l'utilisation de système de vidéo-surveillance dans des lieux ou des établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol afin d'y assurer la sécurité des biens et des personnes, ce qui est le cas d'une pharmacie dans le contexte d'insécurité régnant à Mayotte et ajoute que les salariés ont été informés de la mise en place de ce système par note de service, en sorte que l'utilisation des enregistrements de vidéo-surveillance comme mode de preuve est licite alors que le système de vidéo-surveillance destiné à la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux de l'entreprise permettait également de contrôler et de surveiller l'activité des salariés et avait été utilisé par l'employeur afin de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement le salarié, ce dont il résulte

que l'employeur aurait dû informer les salariés et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, ce moyen de preuve tiré des enregistrements de la salariée était illicite et, dès lors, les prescriptions et les dispositions des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales invocables. »

-Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 20-21.848 Bull. : « Il appartient à la partie qui produit une preuve illicite de soutenir, en substance, que son irrecevabilité porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Le juge doit alors 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.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui déclare irrecevable une preuve jugée illicite, sans qu'il puisse être reproché à la cour d'appel de n'avoir pas vérifié si le rejet de cette preuve ne portait pas atteinte au caractère équitable de la procédure, dès lors que l'employeur n'avait pas invoqué, devant elle, son droit à la preuve. »

Au regard du délit d'atteinte à la vie privée:

Crim., 12 avril 2023, pourvoi n° 22-83.581: « Le 13 avril 2017, M.JBP, directeur général de MHT, a porté plainte et s'est constitué partie civile contre M.DK, agent technique de cet établissement, du chef, notamment, d'atteinte à l'intimité de la vie privée par enregistrement de paroles tenues à titre privé ou confidentiel.

Le 29 juin 2021, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu.

(...)

Réponse de la Cour

Pour dire que M. K, qui, en qualité de délégué syndical, a assisté M. B lors de son entretien préalable au licenciement avec M. P et a enregistré la conversation à l'insu de ce dernier, n'a pas commis de faute, l'arrêt attaqué énonce que l'entretien entre dans le cadre de la seule activité professionnelle du plaignant.

Les juges concluent que son enregistrement n'est, dès lors, pas de nature à porter atteinte à l'intimité de sa vie privée, quand bien même les propos enregistrés qu'il incrimine auraient été tenus dans un lieu privé.

En se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 226-1 du code pénal. »

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=C.ETATEXT000038670513&fastReqId=1219202016&fastPos=1> Sur la production d'enregistrement clandestin d'un particulier devant la juridiction administrative:

Conseil d'État, 4ème chambre, 21/06/2019, 424593, Inédit:

« 5. En troisième lieu, lorsque le juge disciplinaire est saisi de pièces dont il est soutenu qu'elles ont été recueillies en méconnaissance d'un secret protégé par la loi, il lui incombe seulement, après avoir soumis ces pièces au débat contradictoire, de tenir compte de leur origine et des conditions dans lesquelles elles ont été produites pour en apprécier, au terme de la discussion contradictoire devant lui, le caractère probant.

6. Il résulte de ce qui précède que, s'il ressort des pièces du dossier soumis au CNESER que, pour prononcer la sanction infligée à M.A..., la section disciplinaire s'est fondée sur la transcription de trois conversations téléphoniques enregistrées, à l'insu de l'enseignant, par l'une de ses étudiantes, les conditions de cet enregistrement, qui ne sont, en tout état de cause, pas imputables à l'université, ne pouvaient faire obstacle à ce que son contenu soit soumis au débat contradictoire. Dès lors, le CNESER, statuant en matière disciplinaire, n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en jugeant que n'étaient pas sérieux et de nature à justifier l'annulation ou la réformation de la décision attaquée les moyens tirés, d'une part, de ce que l'université avait méconnu son obligation de loyauté à l'égard de son enseignant et, d'autre part, de ce que l'origine des enregistrements entachait d'irrégularité la procédure disciplinaire. »

Ainsi, la jurisprudence nationale donne peu d'exemple en matière civile, dans le cadre de la relation de travail, d'enregistrements de conversations effectués par le salarié à l'insu de son employeur; il est possible de retenir:

-Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.814 déjà cité par M.Ponsot dans son rapport : rejet de l'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique .

Et concernant les décisions des cours d'appel:

-non admission de l'enregistrement clandestin de l'enregistrement d'un entretien informel que la salariée a eu avec son employeur (CA Amiens, 16 sept. 2015, n° 14/00097-pas de pourvoi-) et de l'entretien de négociation d'une rupture conventionnelle (CA Montpellier, 4 juill. 2018, n° 15/00843 -pas de pourvoi-).

-Dans le sens contraire:

Bourges, 26 mars 2021, RG n° 19/01169 -pas de pourvoi-: recevabilité de l'enregistrement d'une conversation tenue entre le salarié et le président de l'association, obtenu à l'insu de ce dernier: « il doit être constaté qu'elle est intervenue dans un lieu ouvert au public » et qu'il s'agit d'une « conversation entre le salarié et l'employeur, dans un cadre professionnel, avec un objet professionnel »; la cour n'a cependant pas retenu de discrimination de la part de l'association.

Paris, 18 janvier 2023 (Concur France/ M.M; pourvoi n°Z 2313431, mais désistement de l'employeur): transcription de l'enregistrement par la salariée sur son smartphone d'une conversation qui a eu lieu entre cette dernière, une autre salariée de la société et la DRH, sans l'accord de cette dernière, enregistrement qui n'a pas été rejeté des débats au titre du droit à la preuve, dans un litige où le caractère discriminatoire du licenciement a été retenu comme trouvant sa cause réelle dans l'état de santé de la salariée.

SUR L'ACCIDENT DU TRAVAIL

Constitue un accident du travail un événement ou une série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle, quelle que soit la date d'apparition de celle-ci (Soc., 2 avril 2003, n° 00-21.768, Bull. n°132).

Dès lors qu'il rapporte la preuve de l'existence d'une lésion survenue au lieu et au temps du travail, le salarié bénéficie de la présomption d'imputabilité de la lésion au travail, sans avoir à établir la réalité du lien entre cette lésion et son activité.

C'est alors à la caisse (ou à l'employeur, dans les rapports caisse/employeur) de rapporter la preuve que la lésion a une cause totalement étrangère au travail ou que l'accident n'a joué aucun rôle dans l'évolution ou l'aggravation de l'état antérieur constaté (2e Civ, 29 novembre 2012, pourvoi n° 11-26.000; - 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.835).

Constitue un accident du travail l'agression, subie au temps et au lieu du travail, par un salarié victime en conséquence d'une lésion, que cette agression soit physique (pour exemple: Soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-13.294, Bulletin 1996 V n° 206) ou verbale (pour exemple: 2e Civ., 4 avril 2019, pourvoi n° 18-14.915).

SUR LA FAUTE INEXCUSABLE

Les arrêts de la chambre sociale, rendus le 28 février 2002, en matière d'amiante, ont défini comme suit la faute inexcusable : " En vertu du contrat de travail liant à son salarié, l'employeur est tenu envers ce dernier d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver" (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-18.390, pourvoi n° 00-11.793, Bull. V, 2002, n° 81).

La même solution a été reprise en matière d'accidents du travail (Soc. 11 avril 2002, pourvoi n°00-16.535, Bull. V, n° 127 ; 2e Civ., 12 mai 2003, pourvoi n° 01-21.071, Bull. II, n° 141 ; Ass. Pl. , 24 juin 2005, pourvoi n°03-30.038, Bull. n° 7).

Depuis plusieurs arrêts publiés du 8 octobre 2020 (pourvois n°18-26.677, n°18-25.021 et n°19-20-926), la deuxième chambre civile ne fait plus référence à une obligation de résultat. Au visa des articles L. 452-1 du code de la sécurité sociale, L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, elle énonce désormais : "Le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver." (Récemment, 2e Civ., 2 juin 2022, pourvoi n°21-10.479).

Hormis le cas particulier de faute inexcusable présumé prévu par l'article L. 4154-3 du code du travail, la charge de la preuve de la conscience du danger incombe à la victime demanderesse (2e Civ. 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-30.984; 2e Civ. 5 juillet 2005, pourvoi n°03-30.565; 2e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n°16-12.200; 2e Civ. 25 janvier 2018, pourvoi n°16-26.384).

La faute inexcusable peut être retenue lorsque l'employeur n'a pris aucune mesure pour préserver le salarié du danger auquel il était exposé ou que les mesures prises étaient insuffisantes (Soc. 31 mars 2003, pourvoi n°01-20.901 ; 2e Civ., 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.946).

L'assemblée plénière de la Cour, par un arrêt du 24 juin 2005 (Ass. Pl., 24 juin 2005, pourvoi n°03-30.038, Bull. n°7), est venue préciser qu' "il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié mais il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage."

La faute de la victime n'a pas pour effet d'exonérer l'employeur de la responsabilité qu'il encourt en raison de sa faute inexcusable (2e Civ., 11 juin 2009, n° 08-15.944; Soc, 31 octobre 2002, Bull V n° 336).

La Cour de cassation exerce un contrôle léger sur la qualification retenue par les juges du fond, qui apprécient souverainement les éléments de fait et de preuve débattus devant eux (2e Civ., 25 janvier 2018, pourvoi n°16-26.384).

Le MD et le MA ont développé leur position respective sur la possibilité pour la cour d'appel de retenir comme probante une preuve même déloyale et sur le fait de savoir si la cour d'appel avait ou non caractérisé le caractère proportionnée de l'atteinte portée à la vie privée au regard du but poursuivi.

Le MD a par ailleurs fait valoir que:

quelqu'ait pu être l'atteinte à la « vie privée » de son dirigeant, M. [X], lorsqu'il a été enregistré à son insu par le salarié, la société [3], employeur, est irrecevable à prétendre qu'une atteinte à sa vie privée en serait résultée.

-l'atteinte à la vie privée d'une personne physique, dirigeant d'une personne morale, ne constitue pas une atteinte à la vie privée de la personne morale, elle-même.

-si le salarié, personne physique, bénéficie de la protection de sa vie privée sur son lieu de travail, en revanche l'employeur, personne morale, ne saurait revendiquer une atteinte à sa « vie privée » sur le lieu de travail.

**

Au cas présent , pour juger que M. [J] a été victime d'un accident du travail, la cour d'appel, après avoir rappelé que l'employeur conteste l'existence même de l'accident du travail, tel qu'il est allégué par le salarié, en faisant état d'une preuve déloyale et fabriquée pour les besoins de la cause:

- retient (**au regard des deux premières branches des moyens**) que « *l'existence d'une altercation verbale entre M. [J] et M. [X] le 18 mars 2016 en début d'après-midi au sein de la société est établie par les témoignages* » de M. [C], Mme [H] et Mme [B];

-expose que « *le salarié soutient qu'au cours de cet échange, M. [X] s'en est pris physiquement à lui* » et produit à cet égard:

.un procès-verbal de dépôt de plainte enregistrée le 18 mars 2016 à 17h29 au commissariat de [Localité 5], dans lequel il décrit les violences physiques et verbales qu'il impute à M. [X] et dont il ressort qu'il portait effectivement des traces physiques visibles correspondant à ces violences

.deux certificats médicaux du service des urgences du centre hospitalier de [Localité 6], l'un destiné à la déclaration d'accident du travail faisant état de « contusions multiples des membres et du cou », le second plus détaillé indiquant : « contusion de la face antérieure du genou gauche, contusion avec oedème temporal gauche, traumatisme crânien bénin, ecchymose linéaire oblique de 3 mm de large sur 5 mm de long, antéro-externe de la base du cou », horodaté du 18 mars 2016 à 20h10.

.un procès-verbal d'huissier de justice du 30 mars 2016 qui se présente comme la retranscription d'un enregistrement effectué sur son téléphone portable lors de cette dispute.

-précise, au regard de cet enregistrement, que si l'employeur le présente comme ayant été obtenu de manière déloyale, « *il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.* »

-poursuit: « *il n'est pas contesté que l'enregistrement a été réalisé à l'insu de M. [X], employeur. Toutefois, il convient de rechercher si cet enregistrement était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de M. [J].*

Au moment des faits, Monsieur [J] affirme que trois autres salariés étaient présents en plus de M. [X], à savoir Mmes [H] et [B] et M. [T].

Il s'avère que M. [C] était également présent dans les locaux comme il en a témoigné.

S'agissant des trois salariés de l'entreprise [3], il apparaît tout à fait légitime pour M. [J] de recourir à un enregistrement et de ne pas se reposer sur les seuls témoignages de ses collègues de travail qui ne sont pas indépendants vis-à-vis de leur employeur compte tenu du lien de subordination qui régit leur relation.

S'agissant de M. [C], (...) il est l'associé avec M. [X] dans la société [7]. Dès lors, M. [J] était justifié à penser que son témoignage pourrait être affecté par l'existence de ce lien économique.

Ainsi, le recours à l'enregistrement se révèle indispensable pour M. [J] dans la démonstration de la preuve des violences qu'il a subi ».

-ajoute **(au regard de la quatrième branche des moyens)**: « S'agissant de la condition de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par rapport au but poursuivi, il convient de préciser que l'altercation enregistrée est intervenue dans un lieu ouvert au public, au vu et au su de tous, et notamment de trois salariés et d'un client de l'entreprise.

Également, M. [J] s'étant borné à produire un enregistrement limité à la séquence des violences qu'il prétend avoir subi et n'ayant fait procéder à un constat d'huissier que pour contrecarrer la contestation de l'employeur quant à l'existence de cette altercation verbale et physique, l'atteinte à la vie privée de l'employeur est bien proportionnée au but poursuivi. »

-indique **(au regard de la troisième branche des moyens)** que « le contenu même des propos consignés, dont il ressort une dispute violente, entre un dénommé « [K] » qui prend à partie, insulte et menace un dénommé « [W] » lui faisant reproche de « l'avoir foutu aux Prud'hommes », de faire un chiffre d'affaires de « même pas cinquante mille balles par mois » fait présumer qu'il s'agit effectivement de l'enregistrement de l'altercation ayant eu lieu entre M. [K] [X] et M. [W] [J] le 18 mars 2016. Par ailleurs, l'huissier atteste qu'il a constaté que l'enregistrement qu'il devait retranscrire se trouvait effectivement dans le téléphone portable appartenant à M. [J] dans l'application « Dictaphone » à la date du 18 mars 2016. »

-énonce que « si la société soutient (...) que l'enregistrement serait un montage effectué par M. [J] (...) l'éventualité d'un montage destiné aux besoins de la cause est combattu par un certain nombre d'éléments de faits:

.M. [J] a indiqué dès sa déposition (...) de police le 18 mars 2016 qu'il avait procédé à l'enregistrement de l'échange avec M. [X], à une date où il ignorait que celui-ci allait contester les circonstances de l'altercation dont il se plaignait.

.il ressort de la retranscription de l'enregistrement que des témoins ont demandé à M. [J] de quitter son lieu de travail pour calmer la situation et qu'il a refusé dans un premier temps de le faire en réclamant un écrit sur ce point. Or, cette circonstance précise a été mentionnée par Mmes [B] et [H], dans leurs auditions respectives (...) de police le 21 juin 2016, (...) élément dont M. [J] ne pouvait avoir connaissance le 30 mars 2016, date du procès-verbal de constat ».

-en déduit que « la société échoue à démontrer que le procès-verbal de constat produit par M. [J] est dénué de caractère probatoire et qu'il résulte de cette pièce que M. [X] a effectivement insulté, pris à partie son salarié, lequel a établi par la production des deux certificats médicaux, qu'il a été molesté au cours de cette dispute ».

Et, pour juger que l'accident du travail dont M. [J] a été victime le 18 mars 2016 est dû à la faute inexcusable de l'employeur, la cour d'appel, après avoir rappelé les dispositions de l'articles L. 452-1 du code de la sécurité sociale et les principes gouvernant la caractérisation de la faute inexcusable, a énoncé (**au regard de B1, B2 et B4**) que « *l'existence d'un accident du travail a [déjà] été reconnue* » et retenu (**au regard de B3**) que « *dans la mesure où la cour a rejeté le moyen de la société qui affirme que les faits allégués par M. [J] ont été inventés pour le besoin de la cause, il y a lieu de constater que l'altercation verbale et physique subie par un salarié de la part de son supérieur hiérarchique au temps et au lieu du travail caractérise une faute inexcusable. En effet, M. [X] avait nécessairement conscience du risque que son comportement faisait courir au salarié, et il n'a rien fait pour le prévenir, mais l'a au contraire revendiqué en indiquant au cours de l'échange, « au moins je vais payer pour quelque chose » » .*

Au regard de ces éléments, notre chambre devra apprécier si l'arrêt encourt les griefs des deux premières branches des moyens et/ou de la quatrième branche de ceux-ci.

Sur la troisième branche des deux moyens (la cour d'appel aurait dû vérifier que l'enregistrement clandestin n'était pas le résultat d'un stratagème): **proposition de rejet non spécialement motivé**

Le grief est infondé.

Les conclusions d'appel de l'employeur, soutenues oralement et déposées à l'audience de la cour d'appel par son conseil, ne mentionnent pas le terme « manipulation » : celles-ci mentionnent l'« *utilisation d'un moyen de preuve totalement illégal* » (page 10), un « *enregistrement clandestin* » « *d'une conversation privée* » (page 11) et font état d'« *un montage audio* » par le salarié qui « *a très bien pu télécharger des systèmes de montage de conversations et d'enregistrement* » (page 11), l'employeur y précisant quant aux faits (page 12) « *si des mots ont pu être échangés entre les parties, à aucun moment il n'y a eu la moindre violence physique contrairement à ce que prétend M. [J]* » et « *M. [X] s'est rendu en début d'après midi dans le bureau de M. [J]* » « *et qu'il a échangé des mots avec [W]* ».

Il résulte par ailleurs des mentions de l'arrêt que l'employeur a oralement fait valoir devant la cour d'appel, outre le caractère déloyal de l'enregistrement réalisé « *qui ne saurait donc être une preuve recevable* », que « *la retranscription faite par huissier est également fausse parce qu'il lui aurait été menti et qu'il aurait été manipulé sur l'identité des voix entendues* » et « *qu'en tout état de cause cet enregistrement a été fabriqué pour les besoins de la cause* ».

La cour d'appel a répondu sur ces deux points: « *Si l'employeur soutient que l'huissier aurait été manipulé en attestant de l'identité des voix entendues dans l'enregistrement, ce dernier a clairement mentionné que ces indications lui avaient été données par M. [J], ce dont il ressort que l'huissier n'a pas lui-même constaté l'identité des interlocuteurs. En tout état de cause, au-delà de l'identification des interlocuteurs, il convient de constater que le contenu même des propos consignés, dont il ressort une dispute violente, entre un dénommé « [K] » qui prend à partie, insulte et menace un dénommé « [W] » lui faisant reproche de « l'avoir foutu aux Prud'hommes », de faire un chiffre d'affaires de « même pas cinquante mille balles par mois » fait présumer qu'il*

s'agit effectivement de l'enregistrement de l'altercation ayant eu lieu entre M. [K] [X] et M. [W] [J] le 18 mars 2016. Par ailleurs, l'huissier atteste qu'il a constaté que l'enregistrement qu'il devait retranscrire se trouvait effectivement dans le téléphone portable appartenant à M. [J] dans l'application « Dictaphone » à la date du 18 mars 2016.

Nonobstant ces éléments, la société soutient pour contester le caractère probatoire du procès-verbal de retranscription que l'enregistrement serait un montage effectué par M. [J] pour les besoins de la cause. Sur ce point, elle affirme que l'intimé avait les capacités d'effectuer ce type de contenu aux motifs d'une part, que son profil sur un réseau professionnel en ligne indique qu'il a pour loisirs les nouvelles technologie et d'autre part, qu'il a effectué des montages de film pour le compte de l'employeur.

Mais l'éventualité d'un montage destiné aux besoins de la cause est combattu par un certain nombre d'éléments de faits.

En effet, M. [J] a indiqué dès sa déposition auprès des services de police le 18 mars 2016 qu'il avait procédé à l'enregistrement de l'échange avec M. [X], à une date où il ignorait que celui-ci allait contester les circonstances de l'altercation dont il se plaignait.

Par ailleurs, il ressort de la retranscription de l'enregistrement que des témoins ont demandé à M. [J] de quitter son lieu de travail pour calmer la situation et qu'il a refusé dans un premier temps de le faire en réclamant un écrit sur ce point. Or, cette circonstance précise a été mentionnée par Mme [B] et Mme [H], dans leurs auditions respectives devant les services de police le 21 juin 2016. Cet élément de fait précis, mentionné par deux témoins, dont M. [J] ne pouvait avoir connaissance à la date du 30 mars 2016, date du procès-verbal de constat est de nature à écarter toute éventualité d'une pièce constituée pour les besoins de la cause. Enfin, la cour souligne qu'il n'est demandé par l'appelante aucune expertise technique aux fins d'établir que l'enregistrement aurait fait l'objet d'un montage. Dès lors, l'appelante échoue à démontrer que le procès-verbal de constat produit par l'intimé est dénué de caractère probatoire. »

Ainsi l'employeur fait état uniquement au regard d'une « manipulation » d'une retranscription par huissier fautive par manipulation sur l'identité des voix entendues et à un enregistrement fabriqué par un montage technique.

La cour d'appel a répondu à l'employeur sur ces deux points dans les termes sus-rappelés, et ce au regard du contenu du stratagème évoqué devant elle par la société.

Par ces énonciations et constatations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle , la cour d'appel a donc pu estimer que les manipulation et montage invoqués par l'employeur n'étaient pas constitués.

Il est donc proposé de rejeter la critique par une décision de rejet non spécialement motivée.