

## RÉSUMÉ :

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. Il en résulte que, dans un procès civil, le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une preuve obtenue ou produite de manière illicite ou déloyale, 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

Texte intégral

Cassation

ECLI : ECLI:FR:CCASS:2023:PL00673

Formation de diffusion : BR

numéros de diffusion : 673

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR DE CASSATION FB

## ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Audience publique du 22 décembre 2023

Cassation partielle

M. SOULARD, premier président

Arrêt n° 673 B+R

Pourvoi n° H 20-20.648

## RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

### AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, DU 22 DÉCEMBRE 2023

La société Abaque bâtiment services, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° H 20-20.648 contre l'arrêt rendu le 28 juillet 2020 par la cour d'appel d'Orléans (chambre sociale A - section 2), dans le litige l'opposant :

1° / à M. [Y] [B], domicilié [Adresse 2],

2° / à Pôle emploi [Localité 3], dont le siège est [Adresse 4],

défendeurs à la cassation.

Par arrêt du 1er février 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen du pourvoi devant l'assemblée plénière.

La demanderesse au pourvoi invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SARL Cabinet Munier-Apaire, avocat de la société Abaque bâtiment services.

Un mémoire en défense et pourvoi incident a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. [Y] [B].

Un mémoire en réponse à pourvoi incident a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SARL Cabinet Munier-Apaire, avocat de la société Abaque bâtiment services.

Un mémoire complémentaire a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. [Y] [B].

Des observations 1015 ont été déposées au greffe de la Cour de cassation par la SARL Cabinet Munier-Apaire, avocat de la société Abaque bâtiment services.

Le rapport écrit de M. Ponsot, conseiller, et l'avis écrit de M. Gambert, avocat général, ont été mis à disposition des parties.

Sur le rapport de M. Ponsot, assisté de Mme Safatian, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SARL Cabinet Munier-Apaire, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, et l'avis de M. Gambert, avocat général, auquel les parties invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, après débats en l'audience publique du 24 novembre 2023, où étaient présents M. Soulard, premier président, M. Sommer, Mme Teiller, MM. Bonnal, Vigneau, Mmes Champalaune, Martinel, présidents, M. Ponsot, conseiller rapporteur, M. Huglo, Mmes Duval-Arnould, Darbois, Durin-Karsenty, doyens de chambre, MM. de Larosière de Champfeu, Delbano, conseillers faisant fonction de doyens de chambre, Mmes Leprieur, Mariette, M. Fulchiron, Mme Grall, M. Waguette, conseillers, M. Gambert, avocat général, et Mme Mégnien, greffier fonctionnel-expert,

la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, composée du premier président, des présidents, des doyens de chambre et des conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Orléans, 28 juillet 2020), M. [B] a été engagé à compter du 14 octobre 2013 en qualité de responsable commercial « grands comptes » par la société Abaque bâtiment services (la société ABS). Il a été convenu entre les parties qu'il exercerait son activité depuis son domicile. Le 28 septembre 2016, au terme d'un entretien informel, il a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien

préalable à un éventuel licenciement, lequel s'est tenu le 7 octobre 2016. Le 16 octobre 2016, il a été licencié pour faute grave.

2. L'employeur a saisi la juridiction prud'homale aux fins notamment de condamnation du salarié à des dommages et intérêts pour non-exécution du préavis et en réparation d'un préjudice commercial. Le salarié a contesté son licenciement et demandé la condamnation de l'employeur à lui payer diverses sommes.

Examen des moyens

Sur le premier moyen et sur le second moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, du pourvoi principal

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le second moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

4. La société ABS fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les éléments de preuve obtenus par elle au moyen d'enregistrements clandestins et d'écartier en conséquence ses pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b, de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à payer au salarié différentes sommes à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnités de préavis et de congés payés afférents, au titre de la mise à pied conservatoire et des congés payés afférents et au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal, d'ordonner en application de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage dans la limite de trois mois et de lui ordonner de remettre au salarié, dans un délai de trente jours à compter de la signification de l'arrêt, un certificat de travail et une attestation destinée à Pôle emploi, et ce, sous astreinte, 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. »

#### Réponse de la Cour

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<sup>re</sup> 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 ; 2<sup>e</sup> 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.

Et sur le moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

15. M. [B] fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de rappel de salaire sur heures supplémentaires et congés payés afférents, alors « qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; qu'en énonçant, pour débouter le salarié de sa demande de rappel de salaire, que l'intéressé, pour étayer ses dires, produisait seulement des relevés d'heures établis par ordinateur, qui n'étaient corroborés par aucun autre élément et que les éléments produits par ce dernier n'étaient ainsi pas de nature à étayer ses prétentions, lorsque le salarié, qui n'était pas tenu d'étayer sa demande de rappel d'heures supplémentaires, devait seulement présenter des éléments au soutien de celle-ci, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

16. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, l'employeur tient à la disposition des membres compétents de l'inspection du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

17. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

18. Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

19. Pour rejeter la demande en paiement d'heures supplémentaires et congés payés afférents, l'arrêt retient que le salarié produit seulement des relevés d'heures établis par ordinateur, qui ne sont corroborés par aucun autre élément. Il en déduit que les éléments produits par celui-ci ne sont pas de nature à étayer ses prétentions.

20. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

21. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt déclarant irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écartant en conséquence les pièces litigieuses produites par celui-ci, entraîne la cassation des chefs de dispositif disant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamnant la société ABS au paiement de diverses sommes, et ordonnant le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage ainsi que la remise au salarié, sous astreinte, d'un certificat de travail et d'une attestation destinée à Pôle emploi.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écarte en conséquence les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par celui-ci, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamne la société Abaque bâtiment services à payer à M. [B] la somme de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 8 000 euros à titre de l'indemnité de préavis et 800 euros au titre des congés payés afférents, 1 536,89 euros au titre de la mise à pied conservatoire et 1 53,69 euros au titre des congés payés afférents et 3 166,67 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal, ordonne en application de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage dans la limite de trois mois et ordonne

de remettre au salarié, dans un délai de trente jours à compter de la signification du présent arrêt, un certificat de travail et une attestation destinée à Pôle emploi et ce, passé ce délai, sous astreinte de 15 euros par jour de retard et par document, et en ce qu'il déboute M. [B] de sa demande de rappels de salaire au titre des heures supplémentaires et congés payés afférents, l'arrêt rendu le 28 juillet 2020, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Laisse à chaque partie les dépens par elle exposés ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé par le premier président en son audience publique du vingt-deux décembre deux mille vingt-trois.

**Décision attaquée : Cour d'appel Orléans 2020-07-28 (Cassation)**