



RAPPORT DE Mme PRIEUR, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDARE

Arrêt n° 668 du 18 juin 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-19.022

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 25 mai 2023

**la société Publicis sapient France
C/
M. [U] [I]**

Ce rapport contient des propositions de rejet non spécialement motivé des deuxième et troisième moyens.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [I] a été engagé en qualité de directeur du développement, le 12 juin 2001, par la société Duke. Selon avenant à effet du 1er janvier 2011, son contrat a été transféré au sein de la société Publicis sapient France (la société). En dernier lieu, il occupait les fonctions de directeur associé.

Les relations contractuelles entre les parties étaient soumises à la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955.

A la suite de plaintes de salariées portant sur des comportements déplacés du salarié de nature sexiste ou à connotation sexuelle à leur encontre, une enquête a été menée

conjointement par la direction des ressources humaines et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Le salarié a été convoqué par lettre du 13 mars 2018 à un entretien préalable fixé au 22 mars 2018, avec mise à pied à titre conservatoire, puis a été licencié pour faute par lettre du 30 mars 2018.

Contestant son licenciement ainsi que la convention de forfait en jours régissant sa durée de travail, le salarié a saisi la juridiction prud'homale.

Par jugement du 12 novembre 2019, le conseil de prud'hommes de Paris a dit le licenciement du salarié fondé sur une cause réelle et sérieuse et l'a débouté de ses demandes tirées de ce chef. Il a dit la convention de forfait jour inopposable, débouté le salarié de ses demandes d'heures supplémentaires au titre des années 2015 et 2016, condamné la société à lui verser diverses sommes au titre des heures supplémentaires pour l'année 2017 et de l'article 700 du code de procédure civile, débouté les parties du surplus de leurs demandes et condamné la société aux dépens.

Statuant sur appel du salarié par arrêt du 25 mai 2023, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes d'heures supplémentaires pour les années 2015 et 2016, de repos compensateur et de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité. Statuant à nouveau dans la limite des chefs infirmés et ajoutant, elle a condamné la société à payer au salarié diverses sommes à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts en raison des circonstances vexatoires de la rupture, de dommages-intérêts pour violation des dispositions relatives au repos du salarié, de dommages-intérêts pour non-respect du droit d'accès aux données personnelles, à titre de rappel pour heures supplémentaires, outre les congés payés afférents et au titre des frais irrépétibles d'appel. Elle a ordonné à la société de rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage qui ont été versées au salarié du jour du licenciement au jour de l'arrêt dans la limite de trois mois d'indemnités et l'a condamnée aux dépens d'appel.

L'employeur a formé un pourvoi le 25 juillet 2023. Procédure devant la Cour de cassation :

- 27/11/2023 : dépôt du MA et mémoire complémentaire, demande 3 500 € au titre de l'article 700 du CPC, signifié à M. [I] et à Pôle emploi par actes de commissaire de justice du 5 décembre 2023 ;
- 01/02/2024 : dépôt des conclusions banales en défense pour le salarié, demande 3 500 € au titre de l'article 700 du CPC ;
- 12/04/2024 : dépôt du mémoire complémentaire en défense pour le salarié.

Pôle Emploi direction régionale d'Ile-de-France n'a pas constitué avocat. Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

2 - Propositions de rejet non spécialement motivé

2-1- Deuxième moyen, subsidiaire au premier moyen (dommages-intérêts en raison des circonstances vexatoires de la rupture)

- Rappel du moyen

La société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié des dommages-intérêts en raison des circonstances vexatoires de la rupture, alors « que le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à des dommages-intérêts distincts de licenciement pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de comportement fautif de l'employeur dans les circonstances de la rupture ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que M. [I] a été mis à pied à titre conservatoire aux termes de la lettre de convocation à l'entretien préalable du 13 mars 2018, ce qui lui a imposé de cesser son travail immédiatement sans avoir pu communiquer avec ses clients et équipes, alors que le caractère indispensable d'une telle mise à l'écart n'est pas établi dès lors que la société disposait des résultats de l'enquête depuis le 8 mars 2018, soit depuis plusieurs jours, et que selon le procès-verbal du CHSCT du 8 février 2018, des mesures avaient d'ores et déjà été prises pour assurer la santé et la sécurité de Mme [D] et [F] , notamment pour éloigner Mme [D] de M. [I] ; que la cour d'appel en a conclu qu'il en est résulté pour le salarié qui disposait d'une ancienneté très importante une atteinte à sa réputation professionnelle et qu'il était justifié de ce chef de conditions vexatoires à l'origine d'un préjudice distinct ; qu'en statuant ainsi, alors que, pour fixer le montant de l'indemnité due en application de l'article L. 1235-3 du code du travail, elle a notamment pris en compte les circonstances du licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas réparé un préjudice distinct de celui résultant du licenciement du salarié, a réparé deux fois le même préjudice découlant des circonstances de la rupture et ainsi violé l'article 1240 du code civil, ensemble le principe de la réparation intégrale du préjudice. »

- Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé

Le moyen **n'est pas fondé**.

Ayant relevé que le salarié avait été mis à pied à titre conservatoire aux termes de la lettre de convocation à l'entretien préalable du 13 mars 2018, ce qui lui avait imposé de cesser son travail immédiatement sans avoir pu communiquer avec ses clients et équipes, alors que le caractère indispensable d'une telle mise à l'écart n'était pas établi, et qu'il en était résulté pour l'intéressé qui disposait d'une ancienneté très importante une atteinte à sa réputation professionnelle, la cour d'appel, sans méconnaître le principe de la réparation intégrale du préjudice, a caractérisé l'existence de circonstances vexatoires de la rupture à l'origine d'un préjudice distinct de celui résultant du licenciement du salarié.

Au cas présent, la cour d'appel a ainsi motivé sa décision sur les conséquences financières du licenciement sans cause réelle et sérieuse (arrêt p. 12 §4) :

*« En application de l'article L. 1235-3 du code du travail, M. [I] qui justifie d'une ancienneté de 17 années complètes est fondé à percevoir une indemnité en raison du licenciement sans cause réelle et sérieuse dont le montant est compris entre 3 et 14 mois de salaire brut. Compte tenu de son âge au moment du licenciement (né en 1956), **aux circonstances du***

licenciement, à ce qu'il justifie de sa situation postérieure à la rupture (prise en charge par Pôle emploi du 10 octobre 2018 au 6 mai 2019, création d'une société de conseil en novembre 2018 mais sans perception de revenu jusqu'au 30 septembre 2019, associé d'une autre société depuis octobre 2018), la cour condamne la société à payer à M. [I] une somme de 90'000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse suffisant à réparer son entier préjudice. »

La référence critiquée aux « circonstances du licenciement » n'est pas rattachée aux motifs relatifs à la mise à pied conservatoire du salarié, à l'absence de possibilité de pouvoir saluer ses équipes et ses clients ni à l'atteinte à sa réputation professionnelle.

Le salarié faisait en effet valoir dans ses conclusions d'appel, à l'appui de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse, les circonstances particulières suivantes (prod. MA n°4, p.33): « Désormais, et compte tenu de son âge, il est certain que Monsieur [I] ne retrouvera plus d'emploi.

En outre, la vie familiale de Monsieur [I] a été durement impactée par son licenciement. Ainsi, il s'est récemment vu refuser une demande de prêt pour financer les études à l'étranger d'une de ses filles en raison de sa situation de demandeur d'emploi. »

Ce n'est qu'au titre de sa demande de dommages-intérêts pour circonstances vexatoires de la rupture qu'il soutenait que la mise à pied à titre conservatoire immédiate, « sans pouvoir communiquer auprès des clients ou de ses équipes », avait « porté atteinte à [sa] réputation professionnelle » (prod. MA n°4, p. 34).

La cour d'appel a énoncé sur les dommages et intérêts pour circonstances vexatoires de la rupture (arrêt p.12 dernier § et p.13 §1) :

« M. [I] a été mis à pied à titre conservatoire aux termes de la lettre de convocation à l'entretien préalable du 13 mars 2018, ce qui lui a imposé de cesser son travail immédiatement sans avoir pu communiquer avec ses clients et équipes, alors que le caractère indispensable d'une telle mise à l'écart n'est pas établi dès lors que, d'une part, la société disposait des résultats de l'enquête depuis le 8 mars 2018, soit depuis plusieurs jours, et que selon le procès-verbal du CHSCT du 8 février 2018, des mesures avaient d'ores et déjà été prises pour assurer la santé et la sécurité de Mmes [D] et [F], notamment pour éloigner Mme [D] de M. [I]. Il en est résulté pour le salarié qui disposait d'une ancienneté très importante une atteinte à sa réputation professionnelle. Il est justifié de ce chef de conditions vexatoires à l'origine d'un préjudice distinct.

En revanche, M. [I] ne prouve pas avoir contacté ses supérieurs pour que ceux-ci procèdent à une communication neutre relative à son départ et évitent les relances de clients. De plus, il prouve seulement avoir reçu deux messages de clients pendant la procédure de licenciement et après. Aucun manquement, ni préjudice n'est avéré à cet égard.

Le préjudice dont M. [I] justifie à raison des circonstances vexatoires de la rupture sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 1 500 euros à titre de dommages et intérêts. »

La cour d'appel a ainsi apprécié souverainement le montant du préjudice en raison des circonstances vexatoires de la rupture, distinct de celui résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite.

Il sera rappelé que la chambre sociale admet que le salarié puisse demander une indemnité à raison du préjudice moral causé par les circonstances de la rupture, supplémentaire et distincte des dommages-intérêts demandés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond sont tenus de rechercher, lorsque l'intéressé formule une demande distincte au titre des conditions vexatoires de la rupture (Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-13.034), si les conditions de la rupture n'avaient pas été abusives ou vexatoires, peu important que le licenciement ait, selon l'arrêt, une cause réelle et sérieuse (Soc., 17 juillet 1996, pourvoi n° 93-41.116, Bull. 1996 V, n° 290).

Il s'agit d'un préjudice distinct de celui causé par la perte de l'emploi (Soc., 12 mars 1987, pourvoi n° 84-41.002, Bulletin 1987 V., n° 147; Soc., 27 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.163, Bulletin civil 2001, V, n° 360) qui peut exister même lorsque le licenciement est prononcé en raison d'une faute grave (Soc., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-44.025, Bull. civ. 2000, V, n° 306).

Les juges du fond doivent caractériser des circonstances particulières de la rupture de nature à constituer une faute de l'employeur et ayant causé un préjudice distinct, de celui résultant du licenciement, afin que le juge ne répare pas deux fois le même préjudice en méconnaissance du principe de la réparation intégrale du préjudice.

Par exemple un arrêt censuré cité par le MA (Soc., 15 février 2023, pourvoi n° 21-19.711) :

Vu l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

13. Pour condamner l'employeur à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour conditions vexatoires de la rupture, l'arrêt retient que la rupture est intervenue sans que l'employeur ait respecté son obligation de reclassement de la salariée qui avait vingt et un ans d'ancienneté et avait fait preuve d'un investissement marqué. Il ajoute que la rupture est d'autant plus déloyale que la salariée n'a pu bénéficier, comme les comptables, d'un repositionnement mis en oeuvre discrétionnairement par l'employeur.

14. En se déterminant ainsi, sans caractériser une faute dans les circonstances de la rupture de nature à justifier l'allocation d'une indemnité distincte des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

- l'arrêt topique cité par le MD (Soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-14.040):

*Mais attendu **qu'ayant relevé** que le salarié avait reçu la convocation à l'entretien préalable le jour même de l'entretien d'évaluation du 10 avril 2013 au cours duquel avaient été envisagées des perspectives à moyen et long terme et qu'il avait été **dispensé d'activité pour la période de préavis ce qui l'avait empêché non seulement de saluer ses collègues mais aussi de s'expliquer sur les raisons de son départ à tel point que son image et sa réputation étaient ternies au sein de l'association, et constaté la soudaineté de la rupture après plusieurs années d'investissement et d'implication du salarié au sein de l'association, la cour d'appel, hors toute dénaturation, a, caractérisé l'existence de circonstances vexatoires entourant la rupture ; que le moyen n'est pas fondé ;***

Les constatations relatives à l'existence ou non des circonstances vexatoires ou brutales ou à l'existence d'un préjudice distinct relèvent du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-21.305).

La Cour de cassation juge de manière constante que les juges du fond apprécient souverainement le montant du préjudice dont ils justifient l'existence par l'évaluation qu'ils en ont faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments (Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, Bulletin civil 2002, Ch. mixte, n° 4; Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72).

2-2- Troisième moyen (rappel d'heures supplémentaires)

- Rappel du moyen

La société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié diverses sommes à titre de rappel pour heures supplémentaires, d'indemnité compensatrice de congés payés afférents et, en conséquence, de dommages-intérêts pour violation des dispositions relatives au repos du salarié, alors :

« 1°/ que nul ne peut être contraint d'administrer une preuve impossible à rapporter ; qu'en l'espèce, après avoir prononcé la nullité de la convention individuelle de forfait conclue entre M. [I] et la société Publicis sapient France, la cour d'appel a estimé que le salarié produisait des éléments suffisamment précis sur la période du 24 avril au 31 décembre 2017, permettant à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; qu'elle a considéré que, pour cette période, la société se fonde sur le planning du salarié mentionnant ses jours de congés et de RTT et que, outre que ce planning n'apporte aucune information utile sur les heures de travail de M. [I], il n'est corroboré par aucun élément, de sorte qu'il n'est pas probant ; qu'en statuant ainsi, quand par suite de l'annulation de la convention individuelle de forfait, l'employeur était placé dans l'impossibilité de rapporter précisément la preuve d'un décompte des heures de travail accomplies par le salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail, ensemble les articles 1353 du code civil, 9 du code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que le salarié ne peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires qu'avec l'accord au moins implicite de l'employeur ou que s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées ; qu'en l'espèce, pour retenir que des heures supplémentaires avaient été accomplies par M. [I], la cour d'appel a considéré que les heures de travail que le salarié prétendait avoir accomplies avaient été réalisées avec l'accord de l'employeur, dès lors qu'au regard des heures d'envoi des mails de son salarié qui étaient pour partie adressés à ses supérieurs, la société ne pouvait ignorer les heures supplémentaires effectuées et avait implicitement mais nécessairement donné son accord ; qu'en statuant ainsi, par un motif tiré des heures d'envoi de courriels du salarié d'où il résulterait la connaissance par l'employeur de l'accomplissement d'heures supplémentaires, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 3121-28 et L. 3171-4 du code du travail. »

- Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé

Première branche (VL impossibilité matérielle de produire la preuve d'un décompte d'heures de travail en cas de nullité d'une convention individuelle de forfait) :

Le moyen **n'est pas fondé**.

L'absence de mise en place par l'employeur d'un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, notamment en raison d'une convention individuelle de forfait par la suite annulée, ne le prive pas du droit de soumettre au débat contradictoire tout élément de droit, de fait et de preuve, quant à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies.

Le moyen pose la question, présentée comme comportant une part de nouveauté, de savoir si l'employeur est, à la suite de l'annulation de la convention individuelle de forfait, placé dans l'impossibilité de rapporter la preuve des heures de travail effectuées par le salarié au cours de la période d'exécution de cette convention.

Le MA soutient que lorsque la convention de forfait est annulée ou privée d'effet, l'employeur ne peut avoir mis en place rétroactivement, et parfois sur plusieurs années, un contrôle des horaires de travail, notamment au moyen d'un système physique. Il se trouve donc dans l'impossibilité matérielle de produire les éléments qui permettraient d'établir les heures de travail accomplies par le salarié puisqu'il n'a pas pu, dans le cadre de l'exécution d'une convention de forfait, préconstituer les éléments matériels pour ce faire. Il se trouve ainsi placé dans une position de net désavantage par rapport au salarié.

Il propose, pour assurer une application de l'article L. 3171-4 du code du travail conforme aux exigences de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans l'hypothèse où l'application du droit commun de la durée du travail est consécutive de l'annulation ou de la privation d'effet d'une convention de forfait, à la suite d'une première contestation du salarié, d'alléger la charge probatoire pesant sur l'employeur et qu'il ne soit pas ainsi exigé de ce dernier qu'il produise des éléments de preuve qu'il ne saurait, en tout état de cause, détenir.

L'article L. 3171-4 du code du travail institue un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié des heures du travail effectuées. Les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail, sont quant à elles prévues par les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du même code.

Par un arrêt publié du 18 mars 2020 (pourvoi n° 18-10.919, FP- PBRI) rendu en plénière de chambre, la chambre sociale a repris son contrôle sur la preuve partagée des heures supplémentaires. Cet arrêt s'est inspiré de manière décisive de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mai 2019 (CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18), qui rappelle que c'est à l'employeur d'assurer le contrôle des heures de travail effectuées. Le risque de la preuve pèse désormais sur l'employeur.

Dans la note explicative de l'arrêt du 18 mars 2020 publiée sur le site Intranet de la Cour de cassation, il est indiqué : « *Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que **les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à***

l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.

La chambre sociale marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires. »

La solution est confirmée dans le cas de la demande d'heures supplémentaires formée par un cadre soumis initialement à une convention de forfait en jours déclarée nulle, privée d'effet ou inopposable (par exemple Soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 18-26.697 ; Soc., 17 février 2021, pourvoi n° 19-17.355 ; Soc., 24 janvier 2024, pourvoi n° 22-16.858 ; Soc., 7 février 2024, pourvoi n° 22-15.256).

Par un arrêt du 7 février 2024, la Cour de cassation a précisé, au regard de l'objectif d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et du droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que l'absence de mise en place par l'employeur d'un système de mesure de la durée du temps de travail, ne le prive pas du droit de soumettre au débat contradictoire tout élément de droit, de fait et de preuve, quant à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies.

Soc., 7 février 2024, pourvoi n° 22-15.842, publié

Sommaire : L'absence de mise en place par l'employeur d'un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur ne le prive pas du droit de soumettre au débat contradictoire tout élément de droit, de fait et de preuve, quant à l'existence ou au nombre d'heures accomplies.

Texte de l'arrêt :

6. 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 de l'agent de contrôle 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.

7. 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.

8. 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.

9. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et du droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les Etats membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur (CJUE 14 mai 2019, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), C-55/18, point 60).

10. L'absence de mise en place par l'employeur d'un tel système ne le prive pas du droit de soumettre au débat contradictoire tout élément de droit, de fait et de preuve, quant à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies.

11. La cour d'appel, examinant les éléments produits par l'une et l'autre des parties, a estimé que la salariée n'avait pas accompli d'heures supplémentaires.

12. Le moyen n'est donc pas fondé.

Il en résulte qu'au stade du litige, même dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas mis en oeuvre le contrôle de la durée du travail, il n'est pas placé dans l'impossibilité d'apporter des éléments de droit, de fait et de preuve contraires à ceux fournis par le salarié dans la discussion soumise à la pesée des éléments par le juge du fond.

Ensuite, après analyse, conformément aux principes sus énoncés, des éléments fournis par l'une et l'autre des parties, le juge du fond évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance des heures supplémentaires et fixe les créances salariales s'y rapportant (déjà trois arrêts de principe en 2013 et notamment Soc. 4 décembre 2013, n° 12-11.886, Bull. V, n° 296, PBRI ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 P+B+R ; Soc. 27 janvier 2021 pourvoi n°17-31.046, P R I L ; Soc., 17 mai 2023, pourvoi n° 22-11.592).

Au cas présent, la cour d'appel, après avoir prononcé la nullité de la convention de forfait en jours du salarié par des motifs non critiqués par le pourvoi, et rappelé les dispositions des articles L. 3171-2 à L. 3171-4 du code du travail applicables, a énoncé sur sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents :

« En l'espèce, M. [I] produit un tableau portant sur la période du 24 avril 2017 au 31 décembre 2017 détaillant ses horaires de début et de fin de travail, son temps de pause déjeuner, son dernier mail en dehors des heures habituelles et les heures supplémentaires accomplies chaque semaine au delà de 35 heures. Il produit aussi de nombreux mails dont certains très tardifs ou le week end.

Il s'agit d'éléments suffisamment précis sur la période considérée, de fin avril à fin décembre 2017, permettant à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments, peu important à cet égard que le tableau ait été réalisé par M. [I] lui-même en vue du présent litige.

En revanche, force est de constater que M. [I] ne présente aucun élément suffisamment précis pour les années 2015, 2016, le début de l'année 2017 et le début de l'année 2018. Le fait que la société ait coupé l'accès à sa messagerie pendant la mise à pied n'est pas établi, M. [I] n'expliquant d'ailleurs pas pourquoi il aurait pu disposer de ses mails sur une partie de l'année 2017 et pas pour le restant de la période litigieuse si tel avait été le cas. En toute hypothèse, quand bien même cette coupure serait avérée, une telle circonstance n'empêchait pas M. [I] d'établir un décompte suffisamment précis de ses heures de travail. Partant, sa demande portant sur la période autre que celle du 24 avril 2017 au 31 décembre 2017 sera rejetée.

Pour cette dernière période, la société se fonde sur le planning du salarié évoqué ci-dessus mentionnant ses jours de congés et de RTT. Outre que ce planning n'apporte aucune information utile sur les heures de travail de M. [I], il a d'ores et déjà été retenu que son authenticité, contestée par l'appelant, n'est corroborée par aucun élément de sorte qu'il n'est pas probant.

S'agissant du contenu des mails, la cour note que si certains sont particulièrement succincts du type 'merci', d'autres traduisent un réel travail.

Le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord au moins implicite de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées. En l'espèce, cet accord existe dès lors qu'au regard notamment des heures d'envoi des mails de son salarié qui étaient pour partie adressés à ses supérieurs, la société ne pouvait ignorer les heures supplémentaires effectuées et y a implicitement mais nécessairement donné son accord.

Il résulte du tableau produit par M. [I] que celui-ci a bien pris en compte des périodes de congé. Par ailleurs, les mails produits démontrent que celui-ci travaillait y compris pendant les jours où il était supposément en RTT selon la société de sorte qu'il n'a pas bénéficié de 12 jours de RTT comme l'intimée le prétend et que l'intéressé est en droit de réclamer un rappel pour toutes les heures accomplies au delà de la durée légale hebdomadaire.

En considération de l'ensemble de ces éléments, la cour estime que M. [I] a effectué des heures supplémentaires mais dans une moindre mesure que prétendu et lui alloue la somme de 5 822,17 euros à titre de rappel pour heures supplémentaires du 24 avril au 31 décembre 2017 outre celle de 582,21 au titre de l'indemnité compensatrice des congés payés afférents, le jugement étant infirmé en ce sens. »

Au regard des motifs de l'arrêt, les juges du fond s'étant livrés à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, et de la jurisprudence de la chambre rappelée supra, le moyen se heurte à une jurisprudence établie, non assorti d'une argumentation forte de nature à la remettre en cause.

Seconde branche (VL motif inopérant tiré des heures d'envoi de courriels du salarié d'où il résulterait l'accord implicite de l'employeur pour l'accomplissement d'heures supplémentaires)

Sous le couvert d'un **grief non fondé** de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à la cour d'appel, qui, ayant relevé s'agissant du contenu des mails produits par le salarié que certains traduisaient un réel travail et constaté les heures d'envoi des mails qui étaient pour partie adressés à ses supérieurs, en a déduit l'accord au moins implicite de l'employeur à la réalisation d'heures supplémentaires.

Les motifs de l'arrêt précisément critiqués sont les suivants (arrêt p.16 §5 et 6):
« S'agissant du contenu des mails, la cour note que si certains sont particulièrement succincts du type 'merci', **d'autres traduisent un réel travail.**

*Le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord au moins implicite de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées. **En l'espèce, cet accord existe dès lors qu'au regard notamment des heures d'envoi des mails de son salarié qui étaient pour partie adressés à ses supérieurs, la société ne pouvait ignorer les heures supplémentaires effectuées et y a implicitement mais nécessairement donné son accord.** »*

Il sera rappelé que le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées (Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.959, publié ; Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.659, publié).

L'appréciation de l'existence d'un accord implicite, s'agissant d'un élément de fait, relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc. 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45.154 ; Soc. 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-15.059 ; Soc., 1^{er} mars 2023, pourvoi n° 21-14.625).

3 - Analyse succincte des moyens

Par un premier moyen, en ce qu'il porte sur le bien-fondé du licenciement, la société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors :

« 1°/ que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'enquête diligentée par l'employeur n'apparaissait pas suffisamment probante, la cour d'appel a relevé, d'une part, que le compte-rendu de l'entretien avec Mme [D] était partiellement tronqué concernant certains faits qu'elle décrivait, d'autre part, qu'il n'était pas produit le compte-rendu d'entretien de M. [G] à qui Mme [F] avait rapporté les faits dont elle avait été témoin, en outre, qu'aucune autre personne n'a été personnellement témoin

des faits relatés par M. [H] dont le compte-rendu d'entretien comportait des passages tronqués, le nom des personnes citées étant caviardé, sans que ces faits soient corroborés par d'autres éléments, par ailleurs, que les faits décrits par Mme [H] n'étaient pas confirmés par d'autres témoins, de plus, que l'intégralité de l'enquête n'était pas versée aux débats puisque seulement cinq comptes-rendus sur les quatorze réalisés étaient produits, sans que la société le justifie, ne pouvant être alors exclu que ces comptes-rendus soient absents des pièces produites en raison de leur caractère favorable à M. [I] ou de ce qu'ils infirment tout ou partie des faits imputés à celui-ci et, enfin, que les conclusions de l'enquête, au demeurant non détaillées, n'étaient pas à même de suppléer cette absence de production, ce d'autant plus au regard des conditions de l'enquête critiquées de manière similaire par deux témoins ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter l'enquête interne et les différents comptes-rendus établis, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en matière prud'homale, la preuve est libre ; que l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement moral et sexuel ; qu'il en résulte qu'en cas de licenciement d'un salarié à raison de la commission de faits de harcèlement sexuel ou moral, le rapport de l'enquête interne, à laquelle recourt l'employeur, informé de possibles faits d'agissements sexistes et harcèlement sexuel ou moral dénoncés par des salariés et tenu envers eux d'une obligation de sécurité lui imposant de prendre toutes dispositions nécessaires en vue d'y mettre fin et de sanctionner leur auteur, peut être produit par l'employeur pour justifier la faute imputée au salarié licencié ; qu'il appartient aux juges du fond, dès lors qu'il n'a pas été mené par l'employeur d'investigations illicites, d'en apprécier la valeur probante, au regard le cas échéant des autres éléments de preuve produits par les parties ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'enquête diligentée par l'employeur, qui n'était produite que de manière incomplète, n'apparaissait pas suffisamment probante, la cour d'appel a notamment relevé que l'intégralité de l'enquête n'était pas versée aux débats puisque seulement cinq comptes-rendus sur les quatorze réalisés étaient produits, et que, si la société affirme que cette absence de communication résulte de la volonté de salariés de conserver l'anonymat et de ne pas produire leur témoignage, cela n'est pas établi puisqu'elle ne verse pas aux débats de courriels adressés à ces derniers pour leur demander leur accord, ni de réponse de refus de leur part, alors qu'elle produit ces échanges de mails pour ceux y ayant consenti, outre qu'elle n'explique pas en quoi elle n'aurait pu anonymiser ces éléments ; qu'elle a ajouté que, dès lors, la société ne justifiant pas du motif allégué à ce titre, il ne pouvait être exclu que ces comptes-rendus soient absents des pièces produites en raison de leur caractère favorable à M. [I] ou de ce qu'ils infirment tout ou partie des faits imputés à celui-ci et, d'autre part, que les conclusions de l'enquête, au demeurant non détaillées, n'étaient pas à même de suppléer cette absence de production, ce d'autant plus au regard des conditions de l'enquête critiquées de manière similaire par deux témoins ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter le rapport d'enquête, alors que la société disposait de la liberté de communiquer tout ou partie du rapport et notamment de ne pas produire les comptes-rendus des salariés souhaitant conserver l'anonymat, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L1152-4, L. 1152-5, L. 1153-5 et L. 1153-6 du code du travail ;

3°/ que le droit à la preuve ne peut porter atteinte à la vie privée et personnelle des salariés, à moins que cette atteinte soit indispensable à son exercice et proportionnée

au but poursuivi ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'enquête diligentée par l'employeur, qui n'était produite que de manière incomplète, n'apparaissait pas suffisamment probante, la cour d'appel a notamment relevé que des passages des comptes-rendus de Mme [D] et de M. [H] ont été tronqués, le nom des personnes citées étant caviardé ; qu'elle a également relevé que l'intégralité de l'enquête n'était pas versée aux débats puisque seulement cinq comptes-rendus sur les quatorze réalisés étaient produits, et que, si la société affirme que cette absence de communication résulte de la volonté de salariés de conserver l'anonymat et de ne pas produire leur témoignage, cela n'est pas établi puisqu'elle ne verse pas aux débats de courriels adressés à ces derniers pour leur demander leur accord, ni de réponse de refus de leur part, alors qu'elle produit ces échanges de mails pour ceux y ayant consenti, outre qu'elle n'explique pas en quoi elle n'aurait pu anonymiser ces éléments ; qu'elle a ajouté que, dès lors, la société ne justifiant pas du motif allégué à ce titre, il ne pouvait être exclu que ces comptes-rendus soient absents des pièces produites en raison de leur caractère favorable à M. [I] ou de ce qu'ils infirment tout ou partie des faits imputés à celui-ci et que les conclusions de l'enquête, au demeurant non détaillées, n'étaient pas à même de suppléer cette absence de production, ce d'autant plus au regard des conditions de l'enquête critiquées de manière similaire par deux témoins ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (Concl. spe., p. 16) si en ne rompant pas l'anonymat des salariés qui n'avaient pas souhaité voir leur nom et témoignage produits en justice, l'employeur n'avait pas assuré le respect de leur vie privée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 4121-1 du code du travail que l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique ou mentale des travailleurs ; qu'il prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements sexistes, de harcèlement moral et de harcèlement sexuel et d'y mettre fin ; qu'ainsi, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement, il est tenu de prendre les mesures immédiates propres à le faire cesser ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que Mme [F] a relaté que M. [I] lui a affirmé « Tu sais j'ai toujours eu envie de retirer les lunettes d'une femme avant de la violer » alors qu'elle était seule avec lui et portait ses lunettes de vue, ou encore « rappelle-moi, on a baisé encore ou pas ? », qu'il lui a montré sur son téléphone une photo où il portait un tee-shirt, laissant apparaître ses testicules et qu'il lui a dit, alors qu'elle souhaitait lui emprunter le chargeur de son téléphone, « oui mais tu me donnes quoi en échange ? Tu me fais une pipe ? » ; qu'elle a, en outre, constaté que, dans son compte-rendu, Mme [D] a exposé que, le 5 janvier 2018, M. [I] l'a reçue, accompagnée de M. [M] , en disant « Bienvenue dans l'équipe, tu vas passer à la casserole comme les autres » ; qu'elle a, par ailleurs, relevé que M. [M] a relaté que le 5 janvier 2018, il a présenté Mme [D] à M. [I] et l'a entendu lui dire « Tu vas passer à la casserole comme les autres » ; qu'elle a encore relevé que M. [H] indiquait dans son compte-rendu que lors d'un déjeuner avec M. [I] , celui-ci a évoqué son épouse en la désignant de « pute » ; qu'elle a, enfin, constaté que Mme [H] a précisé que, lors d'une réunion, alors qu'elle avait une main sur sa souris d'ordinateur, M. [I] , qui se trouvait à côté, a posé sa main sur la sienne en la caressant de façon insistante et qu'elle lui a demandé d'arrêter ; que, pour considérer que l'enquête diligentée par l'employeur n'apparaissait suffisamment probante et ainsi décidé que, les faits imputés à M. [I]

n'étant pas établis avec certitude, il y avait lieu de juger que le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a notamment considéré que les témoignages de Mme [F] , de M. [H] et de Mme [H] n'étaient corroborés par aucune autre personne ; qu'en statuant ainsi, en écartant des attestations relatant des faits susceptibles de caractériser des agissements sexistes ou de harcèlement sexuel justifiant que l'employeur prenne des mesures destinées à protéger la santé de ses salariées et ce, au motif erroné que les faits relatés dans chacune des attestations n'ont pas été confirmés par un autre témoin, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L.1152-4 et L. 1153-5 du code du travail, ensemble les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du même code. »

Par un quatrième moyen, la société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié des dommages-intérêts pour non-respect du droit d'accès aux données personnelles, alors:

« 1°/ que, selon l'article 15 du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel ; que ne peuvent toutefois pas constituer une donnée à caractère personnel les courriels émis ou reçus par un salarié dans l'exercice de ses fonctions ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que M. [I] indiquait avoir pris attache de son employeur pour récupérer son dossier personnel et lui reprochait de s'être borné à lui communiquer ses seuls documents contractuels, à l'exclusion notamment des mails échangés à l'occasion de l'exécution du contrat de travail ; qu'elle a estimé que la réalité des mails concernant M. [I] n'était pas discutée et se trouvait corroborée par ceux produits par le salarié ; qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'étaient en cause des courriels à caractère professionnel, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les dispositions de l'article 15 du règlement (UE) n° 2016/679 ;

2°/ que, selon l'article 15 du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel ; que le droit d'accès aux données personnelles consacré par ces dispositions n'emporte pas un droit d'accès aux documents contenant ces données personnelles ; qu'en l'espèce, pour allouer à M. [I] de dommages et intérêts pour non-respect du droit d'accès aux données personnelles, la cour d'appel a relevé que, si la société a transmis à M. [I] un bon nombre d'éléments, elle n'a pas donné suite à sa demande relative aux courriels sans le moindre motif (arrêt, p. 18) ; qu'en se fondant sur la seule absence de transmission des courriels demandés à M. [I] pour considérer que la société Publicis sapient France avait manqué à son obligation de communication des données personnelles concernant le salarié sans rechercher si la société, dont elle a relevé qu'elle avait transmis à ce dernier « un bon nombre d'éléments », n'avait néanmoins pas communiqué les données personnelles contenues dans ces courriels, la cour

d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 15 du règlement (UE) n° 2016/679. »

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

- Liberté de la preuve en matière prud'homale et droit au respect de la vie privée : appréciation de la preuve résultant d'un rapport d'enquête diligenté par l'employeur à la suite de la relation de propos et agissements sexistes et à caractère sexuel, dont certains comptes-rendus ont été caviardés, des témoignages anonymisés et d'autres non produits dans le souci de préserver l'anonymat des salariés n'ayant pas souhaité que leur témoignage soit divulgué (1M 2B et 3B);
- Obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des salariés sur leur lieu de travail et appréciation des attestations relatant des faits susceptibles de caractériser des agissements sexistes ou de harcèlement sexuel (1M 4B).
- Question inédite sur le droit d'accès des salariés à leurs données personnelles contenues dans des courriels à caractère professionnel : ces courriels sont-ils considérés comme comportant des données à caractère personnel au sens de l'article 15 du règlement (UE) 2016/679 dit RGPD ? (4M)

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5-1 Premier moyen (preuve issue d'un rapport d'enquête interne contenant des témoignages anonymisés)

Les développements qui suivent s'inspirent des rapports établis par votre rapporteur dans le pourvoi en cours d'examen à l'audience de formation plénière de chambre du 13 février 2025 (pourvoi n°V 23-19.154), qui pose une question de principe sur la recevabilité ou admissibilité de la **preuve issue de témoignages de salariés anonymisés**, c'est-à-dire rendus anonymes *a posteriori* afin de protéger leurs auteurs, **au regard de l'article 6, § 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de liberté de la preuve en matière prud'homale.**

5-1-1-La liberté de la preuve en matière prud'homale et le droit à la preuve

Il est de principe établi qu' « **en matière prud'homale, la preuve est libre** » (Soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.666, Bull. 2001, V, n° 108 ; Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-43.197, Bull. 2006, V, n° 199 ; Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.342, Bull. 2013, V, n° 245 ; Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.308, publié, ci-après) :

Vu le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale :

4. En matière prud'homale, la preuve est libre.

5. Pour annuler la sanction de mise à pied disciplinaire infligée au salarié en écartant l'attestation remise à l'employeur par M. [P], intervenant volontaire à titre accessoire à la procédure d'appel, l'arrêt retient qu'en raison de sa position de partie à la procédure en

cause d'appel, l'attestation n'a plus de valeur de témoignage mais uniquement de dire puisqu'une partie ne peut, par définition, témoigner de façon impartiale en sa faveur.

6. En statuant ainsi, alors que l'intervenant volontaire à titre accessoire n'émet aucune prétention à titre personnel mais se limite à soutenir celles d'une partie principale, de sorte qu'il ne peut être considéré qu'il a témoigné en sa propre faveur et **qu'il appartenait dès lors aux juges du fond d'apprécier la portée et la valeur de l'attestation remise par lui à l'employeur**, de même que les autres éléments se rapportant à ce salarié, la cour d'appel a violé le principe susvisé.

Il y a lieu de distinguer le stade de la recevabilité de la preuve, de celui de l'appréciation de sa valeur et portée probatoire.

La Cour de cassation laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve produits, sur laquelle elle n'exerce aucun contrôle. Elle ne censure que l'absence de motivation ou le défaut de réponse à conclusions, les motifs impropres ou inopérants, ou si les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs constatations.

Au stade de la recevabilité, le MA cite à l'appui du premier moyen, pris en ses deux premières branches, les arrêts ayant été censurés pour motifs impropres à écarter des débats un élément de preuve tiré d'une enquête interne diligentée par l'employeur en cas de licenciement pour des faits de harcèlement moral ou sexuel :

- Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-20.151:

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. B..., engagé en qualité de directeur du développement et du patrimoine à compter du 21 mars 2011 par la société Habitat Beaujolais Val-de-Saône, a été licencié pour faute grave le 16 juillet 2015 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

*Attendu que, pour juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que, **pour répondre à l'exigence d'exhaustivité et d'impartialité, l'enquête interne diligentée par l'employeur devait consister à entendre la totalité des collaborateurs du salarié** puisque, dans la lettre de licenciement, l'employeur s'était prévalu à l'encontre du salarié d'agissements de harcèlement moral envers tous ses collaborateurs ; qu'ainsi, dès lors que seule la moitié de ces collaborateurs, appartenant, en outre, presque tous à un seul des deux services dirigés par le salarié, avait été entendue, l'enquête interne devait être écartée des débats ;*

*Qu'en statuant ainsi, **par des motifs impropres à écarter cet élément de preuve**, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;*

- Soc., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-22.058

Vu l'article 455 du code de procédure civile :

4. Selon ce texte, tout jugement doit être motivé. Les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions.

5. Pour juger dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié, à l'encontre duquel la société s'était prévaluée d'agissements de harcèlement moral envers une de ses collègues, l'arrêt retient que l'enquête interne diligentée par l'employeur, après la dénonciation de faits par cette collègue, avait été confiée, non pas au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, mais à la direction des ressources humaines et que huit personnes seulement avaient été interrogées, sur les vingt composant le service et sans que soient connus les critères objectifs ayant présidé à la sélection des témoins.

6. En statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter cet élément de preuve, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé.

- Soc., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-11.437, publié (Sommaire) :

D'une part, la règle probatoire, prévue par l'article L. 1154-1 du code du travail, n'est pas applicable lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement sexuel ou moral.

D'autre part, il résulte des articles L. 1152-4, L. 1152-5, L. 1153-5, ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018, du code du travail et les articles L. 1153-6 et L. 1234-1 du même code et du principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale qu'en cas de licenciement d'un salarié en raison de la commission de faits de harcèlement sexuel ou moral, le rapport de l'enquête interne, à laquelle recourt l'employeur, informé de possibles faits de harcèlement sexuel ou moral dénoncés par des salariés et tenu envers eux d'une obligation de sécurité lui imposant de prendre toutes dispositions nécessaires en vue d'y mettre fin et de sanctionner leur auteur, peut être produit par l'employeur pour justifier la faute imputée au salarié licencié. Il appartient aux juges du fond, dès lors qu'il n'a pas été mené par l'employeur d'investigations illicites, d'en apprécier la valeur probante, au regard le cas échéant des autres éléments de preuve produits par les parties.

Cependant cette preuve ne peut être obtenue ou produite de manière illicite ou déloyale, sauf si cette production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte aux droits antinomiques en présence est strictement proportionnée au but poursuivi (Ass. Plén., 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648 , B+R)¹.

Dans la continuité des arrêts de la chambre sociale du 8 mars 2023 ², la Cour de cassation a récemment fait évoluer la jurisprudence sur le droit à la preuve en matière civile. Elle a ainsi jugé dans l'arrêt Ass. plén., 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648, publié, B+R, 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, de sorte qu'une cour d'appel ne peut pas déclarer irrecevable un moyen de preuve au motif que, s'agissant des transcriptions d'enregistrements

¹ Retransmission en direct de l'audience publique ; publication sur le site internet de la Cour de cassation des rapports des deux conseillers rapporteurs, D. Ponsot et H. Fulchiron, des avis des deux avocats généraux, Y. Gambert et AM. Grivel, et d'un communiqué de presse

² Audience de formation de section thématique « droit à la preuve », Soc., 8 mars 2023, pourvois n°s 20-21.848, 21-17.802, 21-20.798, publiés

clandestins d'entretiens, il a été obtenu par un procédé déloyal alors qu'il lui appartenait, lorsque cela lui est demandé, de procéder au contrôle de proportionnalité requis par le droit à la preuve :

Sommaire : ***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.

Il ne résulte pas de cet arrêt que la preuve recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manoeuvre ou un stratagème serait, malgré cela, loyale ou licite mais uniquement que sa recevabilité doit être appréciée par le juge, lorsque cela lui est demandé, au regard du droit à la preuve de la partie qui la produit.

Indépendamment de toute notion d'illicéité de la preuve, la chambre sociale a reconnu que le droit à la vie personnelle du salarié pouvait céder devant le droit à la preuve. Pour la Cour EDH, il y a lieu de mettre en balance le droit au respect de la vie privée et l'intérêt de l'employeur, en mobilisant les critères dégagés par l'arrêt du 5 septembre 2017, [Barbulescu c/ Roumanie, req. n°61496/08](#), et notamment (§121): «(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 ? À cet égard, il convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce le point de savoir si le but poursuivi par l'employeur pouvait être atteint sans que celui-ci n'accède directement et en intégralité au contenu des communications de l'employé.»

L'arrêt CEDH 17 octobre 2019, [Lopez Ribalda c/Espagne req.n°1874/13 et 8567/13](#) transpose ces critères à l'utilisation d'un système de vidéo surveillance, et notamment (§116) : «(iv) Était-il possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs ? À cet égard, il convient d'apprécier en fonction des circonstances particulières de chaque espèce si le but légitime poursuivi par l'employeur pouvait être atteint en portant une atteinte moindre à la vie privée du salarié.»

La Cour de cassation applique ces principes de mise en balance et contrôle de proportionnalité : Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n°19-12.058, publié (arrêt «Petit Bateau» compte privé Facebook); Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n°17-19.523, publié (arrêt dit des «adresses IP»); Soc. 8 mars 2023, pourvoi n° 20-21.848, publié.

Une autrice ³ rappelle que « la volonté de mise en conformité avec la jurisprudence européenne témoigne d'une évolution nécessaire afin d'éviter qu'une partie ne soit privée de tout moyen de faire la preuve de ses droits ». Elle souligne l'influence de la charge de la preuve :

³ C. Lhomond, « Une esquisse de la preuve déloyale », Revue de droit du travail 2024, p.318

« (...)D'un côté, **la charge de la preuve est allégée en faveur des salariés dans les contentieux civils du travail dans lesquels sont reconnues de nombreuses difficultés d'accès à la preuve** (35).

De l'autre, il pèse sur l'employeur une charge de la preuve renforcée qui consiste à justifier ses décisions (36). La recherche de justification contribue à favoriser le déploiement du droit à la preuve de l'employeur. **Lorsque l'intensité de la charge de la preuve est marquée, l'invocation du droit à la preuve apparaît davantage légitime.** En outre, **cette légitimité probatoire s'appuie sur la diversité des obligations qui incombe à l'employeur, à l'image de la sécurité des salariés** (37)⁴ et la protection des patients d'un hôpital (38). Récemment, il a été reconnu à l'employeur le droit de produire un élément de preuve illicite en raison du bon fonctionnement de l'entreprise et aux fins de veiller au « droit à la protection de ses biens » (39)⁵. La généralité des formulations employées implique que le droit à la preuve de l'employeur soutient la protection de nouveaux « droit à » qui légitiment ainsi l'utilisation détournée des dispositifs de surveillance dans l'entreprise. De ce point de vue, la preuve irrégulière ne peut être complètement distincte de la preuve déloyale. »

Julie Klein⁶ salue l'abandon de la distinction entre preuve illicite et preuve déloyale au regard du régime de la preuve, comme assurant une cohérence du système juridique dans son ensemble à l'égard du dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme comme de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que du système juridique interne, entre droit pénal et droit civil. Elle interroge cependant la prévisibilité probatoire, la dimension sociologique de cette évolution et le rôle des juges:

« Celle-ci s'avère cependant toute relative au regard de **la balance des intérêts à laquelle le juge doit désormais s'astreindre.** En dépit des avantages évidents de la solution, cette montée en puissance inexorable du droit à la preuve interroge en effet. Bien évidemment, l'admission conditionnée des preuves illicites et déloyales s'accompagne ici de la mise en place d'un contrôle subordonnant l'admission de l'élément probatoire à la réunion de deux conditions : **le caractère indispensable de la production de la preuve litigieuse d'une part**, lequel suppose non seulement la légitimité du procédé probatoire employé au regard des droits de la personne à laquelle on l'oppose mais aussi l'absence d'alternative plus respectueuse de la vie personnelle (v., sur l'appréciation de ce caractère, RTD civ. 2023. 439 , préc.), et **la proportionnalité de l'atteinte aux finalités poursuivies d'autre part.** Nul doute que l'appréciation de ces conditions, qui incombera nécessairement aux juges du fond, risque fort de se muer en casuistique imprévisible, que la Cour de cassation peut seulement espérer limiter en pratiquant un contrôle strict. **La remise en cause du raisonnement juridique traditionnel par l'émergence d'un contrôle de proportionnalité généralisé est toutefois un mouvement qui dépasse largement le domaine du droit de la preuve.** (...)On peut ajouter que **la nécessité d'accueillir certaines preuves déloyales ne se manifeste pas avec la même intensité dans tous les champs du droit. Si on la comprend parfaitement en matière de preuve d'un harcèlement ou d'une discrimination par exemple, est-elle aussi essentielle en présence d'une simple violation contractuelle ? On aurait sans doute pu**

⁴ Soc. 22 mars 2023, pourvoi n° 21-24.729, arrêt société France balayage

⁵ Soc., 14 février 2024, pourvoi n° 22-23.073, psqfublié, arrêt Pharmacie mahoraise

⁶ Julie Klein, Professeur à l'école de droit de Sciences Po, Revirement de jurisprudence en matière d'admissibilité des preuves déloyales, RTD Civ. 2024 p.186

*envisager une jurisprudence affinée, distinguant en fonction des procédés probatoires utilisés ou de la nature des allégations. Mais la voie choisie, on ne saurait le nier, a le mérite de la simplicité et de la cohérence. **Elle fait désormais peser sur le juge la lourde charge de réintroduire de la subtilité dans l'exercice du contrôle de proportionnalité.** »*

Par des propos recueillis dans la Semaine Sociale Lamy, le doyen Jean-Guy Huglo⁷ insiste sur un point, en rappelant la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard d'une preuve, qu'elle soit illicite ou licite dans son obtention :

*« (...) **Le contrôle de proportionnalité est ici plus exigeant qu'un système de proportionnalité classique. Il ne suffit pas que la preuve soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve et qu'elle soit proportionnée. Il faut qu'il y ait une balance des intérêts en présence et que le caractère équitable de la procédure dans son ensemble soit apprécié. Il peut donc exister des cas dans lesquels le juge, malgré l'atteinte au droit à la preuve, conclura à l'irrecevabilité de la preuve illicite ou déloyale compte tenu de l'importance du droit antinomique en présence.** »*

Il précise que cette jurisprudence se veut favorable aux victimes de harcèlement moral et sexuel et aux victimes de discrimination :

*« En effet, même s'il faudra appliquer la grille de lecture que nous venons d'évoquer. Les solutions seront fonction de chaque situation particulière. S'agissant de la discrimination, **il y a eu une ouverture du droit à la preuve dans le contentieux de l'obtention de la preuve au moyen de mesures d'instructions ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile permettant au salarié d'obtenir des éléments de comparaison non-anonymisés** (Cass. soc., 16 déc. 2020, nos 19-17.648 et s. ; Cass. soc., 22 sept. 2021, no 19.26-144).*

5-1-2 - La preuve par témoignages anonymes ou anonymisés et le droit au respect de la vie privée

Le témoignage « anonyme », selon le Larousse « *dont on ignore le nom; dont l'auteur reste inconnu* », se définit donc comme celui provenant d'une personne dont l'identité est inconnue de tous depuis le début du procès.

Le témoignage « anonymisé » est celui rendu anonyme *a posteriori*, de manière à rendre impossible toute identification de la personne, afin de protéger l'auteur dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, la commission d'enquête ou les juges.

Comme souligné par ces auteurs, « **la crédibilité des témoignages anonymes et celle des témoignages anonymisés n'est pas la même.** »

Si les témoignages anonymes sont recevables devant le juge prud'homal, c'est à la condition qu'ils ne se fondent pas uniquement ou de manière déterminante sur cette preuve. Cette limitation s'explique par les exigences attachées au droit à un procès équitable.

⁷ Jean-Guy Huglo, " Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires ", Semaine Sociale Lamy, 29 janvier 2024, n°2077.

La Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a précisé que la Convention ne régit pas le régime de la preuve et que leur admission et leur appréciation relèvent, par principe, du droit interne des États membres ainsi que de leurs juridictions. Elle opère un contrôle souple en se bornant à observer si la procédure, dans son ensemble, a revêtu ou non un caractère équitable, au regard de l'article 6, § 1, de la Convention. Elle cherche un équilibre entre les intérêts en présence, mettant en balance les intérêts de la défense et les arguments en faveur du maintien de l'anonymat des témoins, pour valider ou non l'utilisation des témoignages produits devant le juge. Elle considère ainsi, dans des affaires rendues en matière pénale, que l'utilisation de témoignages anonymes n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6, mais qu'une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur des déclarations anonymes (CEDH, 26 mars 1996, [n° 20524/92](#), Doorson c. Pays-Bas ; CEDH 23 avril 1997, [n° 21363/93](#), Van Mechelen et autres c. Pays-Bas ; CEDH, 9 décembre 1999, n° 44135/98 ; CEDH, 25 avril 2012, [n° 46099/06 et 46699/06](#), Ellis et Simms et Martin c. Royaume-Uni).

La Cour de cassation a admis la preuve par témoignage anonyme, dès lors que celui-ci n'était pas exclusif ou déterminant (Soc. 23 septembre 2003, [pourvoi n° 01-43.595](#)) :

*Attendu, ensuite, que **sans se fonder sur le seul témoignage anonyme versé aux débats**, ils ont, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui leur étaient soumis, constaté l'inaptitude de l'intéressée à gérer une équipe soignante tant sur le plan des relations que sur celui de l'organisation se traduisant par des plaintes, des démissions ou des demandes de changement de service des personnes travaillant avec elle ce qui mettait en péril le bon fonctionnement du service ; qu'au vu de ces constatations, exerçant le pouvoir qu'ils tiennent de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, ils ont décidé que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse ;*

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans ses deux premières branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

La règle a clairement été transposée en matière civile, au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par l'arrêt Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-18.241, Bull. 2018, V, n° 136 :

Sommaire : Le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes.

Dans cet arrêt, l'atteinte aux droits de la défense et au principe de l'égalité des armes reposait sur le caractère anonyme des témoignages qui fondaient uniquement la décision de licenciement.

Cet arrêt a été largement commenté par la doctrine⁸. Le professeur Jean Mouly⁹ approuve la solution, même s'il invite les juges à plus de prudence afin de ne prohiber

⁸ Lire notamment F Duquesne, JCP 2018 éd. S, n°36, 1285 « Témoignage anonyme et respect des droits de la défense du salarié » ; M. Hautefort, JSL 2018, n°460, p.11, « Un motif de licenciement ne peut reposer sur des témoignages anonymes » ; JCP 2018, éd. E, n°29, p.601

⁹ J. Mouly, Droit social 2018, p.951 : « témoignages anonymes et droits de la défense du salarié licencié »

les témoignages anonymes que lorsque ceux-ci ont empêché la procédure d'être équitable dans son ensemble, notamment parce que n'auront pas été correctement mis en balance les intérêts du salarié et ceux des témoins demeurés anonymes :

(...)S'agissant plus particulièrement des témoignages, l'article 6 § 1 ne garantit pas explicitement le droit de citer des témoins et la recevabilité des témoignages relève en principe du droit interne. Toutefois, la procédure, y compris la façon dont les témoignages ont été admis, doit être équitable au sens de l'article 6 § 1 (CEDH, 27 oct. 1993, n° 14448/88, Dombó Beheer B.V. c/ Pays-Bas, AJDA 1994. 16, chron. J.-F. Flauss). Il convenait donc de vérifier en l'espèce si l'anonymisation des témoignages n'avait pas porté une atteinte excessive aux droits de la défense du salarié. Or tel était bien le cas puisque cette anonymisation lui interdisait de discuter « utilement » les preuves portées contre lui dès lors qu'il ne connaissait pas l'origine de celles-ci et la façon dont elles avaient été recueillies (en ces sens, v. concl. av. gén. N. Trassoudaine-Verger). On comprend donc la position de la Cour de cassation.

On peut se demander pourtant si la Cour n'est pas allée trop loin dans la prohibition des témoignages anonymes en matière civile. En effet, elle fonde également sa décision sur l'article 6 § 3 selon lequel « Tout accusé a droit notamment [...] à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». Or une telle protection de la défense semble bien réservée aux accusations en matière pénale ; une transposition à la matière civile est donc ici beaucoup plus hasardeuse. Il aurait peut-être été plus prudent de ne prohiber les témoignages anonymes que lorsque ceux-ci ont empêché la procédure d'être équitable dans son ensemble, notamment parce que n'auront pas été correctement mis en balance les intérêts du salarié et ceux des témoins demeurés anonymes. Il est vrai que cette solution peut susciter des difficultés et que celle de la Cour de cassation a au moins l'avantage de la clarté.

La juriste Timothée Khan dit Cohen ¹⁰ souligne la difficulté de se prononcer sur le caractère déterminant du témoignage anonyme et, dans ce cas, questionne son utilité probatoire :

« A- de la recevabilité du témoignage anonyme

(...)La Cour de cassation va préciser que rien n'interdit par principe, et c'est une nouveauté en matière sociale, la production et l'utilisation de témoignages anonymes par l'employeur à l'appui d'une sanction disciplinaire. Cette solution mérite sans doute d'être « bilatéralisée ». Offerte à l'employeur, la possibilité de produire des témoignages anonymes devrait également l'être (dans les mêmes conditions ?) au salarié. On imagine assez bien le renfort que pourrait constituer pareils témoignages dans certains contentieux sensibles (comme ceux du harcèlement moral ou sexuel au travail) dans lesquels les éventuels témoins se montrent souvent peu enclins à livrer, à visage découvert, un récit accablant pour l'employeur. Et l'on en vient finalement à se demander si cet arrêt, que dans un premier élan on pouvait estimer peu respectueux des droits du salarié, ne sera pas pour certains d'entre eux voie du salut et du succès judiciaire dans des litiges où l'obstacle probatoire est souvent difficile à franchir.

¹⁰ T. Khan dit Cohen, Revue droit du travail 2018, p.766, « De la recevabilité (sous condition) du témoignage anonyme »

Reste que le juge social ne peut fonder sa décision sur ces témoignages que dans la mesure où ces derniers n'ont pas été exclusifs ou déterminants dans son appréciation.

B. - Des obstacles à la recevabilité du témoignage anonyme

Autant l'hypothèse selon laquelle le juge a fondé sa décision exclusivement sur des témoignages anonymes ne semble pas faire un réel problème, autant il en va bien différemment lorsqu'il s'agira de **se prononcer sur le caractère déterminant ou non du témoignage anonyme dans la solution judiciaire retenue**. Lorsque celles-ci feront état de divers éléments probatoires comprenant des témoignages anonymes, il pourrait être fort compliqué à celui qui voudra critiquer la décision de démontrer que le juge s'est prononcé de manière déterminante sur ces témoignages. À tout le moins, **la haute juridiction devra exercer un contrôle étroit sur la motivation des juges du fond**. Ces derniers devront prendre soin, sous peine de censure, de clairement faire apparaître, dans leurs motifs, la part prise par le(s) témoignage(s) anonyme(s) dans la solution finalement adoptée.

Mais qu'est-ce à dire exactement que tel élément de preuve pèse de manière déterminante sur la décision judiciaire ? Le jeu des synonymes éclaire... un peu : le témoignage devra avoir été décisif, essentiel. Disons autrement que sans lui (et malgré d'autres éléments probatoires), la solution eut été tout autre. En s'inspirant de la lettre de l'ancien article 1116 du Code civil relatif au dol, il doit être évident que sans le témoignage anonyme le juge n'aurait pas retenu la solution adoptée (comme le cocontractant n'aurait pas contracté sans l'erreur provoquée). **Devrait donc être jugé déterminant le témoignage anonyme qui a fait « pencher la balance », peu important qu'il n'ait pas eu plus de poids que les autres éléments posés sur le plateau** (en ce sens que le retrait de l'un quelconque d'entre eux aurait eu la même influence). Un élément peut être déterminant sans pour autant avoir été prépondérant. Stricto sensu, il semble donc que **le témoignage anonyme ne devrait être recevable que dans l'hypothèse où il vient en renfort d'autres éléments qui, à eux seuls, étaient susceptibles de forger la conviction du juge en faveur de la solution consacrée**. Mais dans ce cas, la production du témoignage anonyme n'est d'aucune utilité probatoire... L'arrêt du 4 juillet 2018, un coup d'épée dans l'eau ? À voir. »

Des auteurs commentant toujours l'arrêt précité (Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-18.241, Bull. 2018, V, n° 136) pointent, d'une part, les difficultés d'articulation des différents droits à protéger en matière d'alerte professionnelle et, d'autre part, la distinction entre témoignages véritablement anonymes et témoignages « anonymisés »¹¹ :

(...)Toutefois, il nous semble qu'il existe une nuance (de taille) qu'il conviendrait de garder à l'esprit entre, d'une part, des témoignages véritablement anonymes, c'est-à-dire provenant d'une personne dont l'identité est inconnue de tous depuis le début et, d'autre part, des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs dont l'identité est néanmoins connue par la commission d'enquête. Dans le premier cas, les dires ne peuvent pas être replacés dans une chronologie ni dans un environnement contextuel permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence, alors que dans le second cas il est possible

¹¹ Feuillet Rapide Social 11/19 (paru le 26/04/19) Alerte professionnelle : la loi Sapin II face au droit européen et au droit du travail : Stéphanie Dumas et Marion Le Roy, du cabinet Flichy Grangé Avocats

de restituer les auteurs dans une chronologie et dans leur environnement, et donc de recouper leurs dires.

Certes, dans les deux cas, il sera impossible à la personne mise en cause d'interroger ces personnes, mais **il n'en demeure pas moins que la crédibilité des témoignages anonymes et celle des témoignages anonymisés n'est pas la même, ce qui pourrait justifier qu'ils ne suivent pas le même régime, a fortiori depuis la loi Sapin II.**

La loi Sapin II prévoit que les procédures de recueil de signalements " garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement " et que " les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci ". Elle prévoit en outre que le fait de divulguer les éléments confidentiels permettant d'identifier le lanceur d'alerte est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (Loi 2016-1691 du 9-12-2016 art. 9).

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 4 juillet 2018, les faits étaient antérieurs à la loi Sapin II. Mais supposons qu'ils aient été postérieurs : **il s'agissait de dénonciation d'injures racistes, de menaces, de faits pouvant caractériser un harcèlement sexuel**, autant de faits graves susceptibles de caractériser une violation grave et manifeste de la loi. Ainsi, **les personnes ayant témoigné dans le cadre de l'enquête de la direction d'éthique auraient pu être protégées par la loi Sapin II. La charte de déontologie de la direction d'éthique prévoyait d'ailleurs des règles similaires à celles de cette loi, puisqu'il y était précisé que tous les éléments recueillis lors de l'enquête seraient confidentiels, sauf en cas de réquisition judiciaire.**

(...) **Il faudra donc attendre que la loi ou les juges tranchent et déterminent si la primauté va à la protection des droits de la défense, et empêche tout licenciement fondé uniquement sur des témoignages dont l'identité des auteurs ne peut être révélée au salarié licencié, ou à la protection des lanceurs d'alerte, permettant d'utiliser leurs témoignages qui auront été anonymisés. Dans le premier cas, l'intérêt de la création du statut de lanceur d'alerte serait alors remis en cause, puisque des faits dénoncés ne pourraient dans certaines situations pas être sanctionnés (s'ils n'étaient pas corroborés par d'autres preuves que les témoignages anonymisés).**

Dans l'attente et **en l'état actuel de la jurisprudence, les seules solutions pratiques à privilégier pour permettre de justifier le licenciement d'un salarié pour des faits découverts à la suite d'une enquête interne sont, d'une part, de veiller à rassembler d'autres preuves venant corroborer les témoignages recueillis et, d'autre part, d'informer les différents témoins que leurs témoignages pourraient, le cas échéant être déconfidentialisés en cas de contentieux prud'homal et d'obtenir leur accord à cet égard. »**

La Cour de cassation a affiné sa jurisprudence antérieure en distinguant la valeur probatoire des témoignages anonymisés dans un arrêt du 19 avril 2023 (Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.308, publié), dans une affaire disciplinaire à l'encontre d'un auteur d'insultes, dénigrement, bizutages et humiliation à caractère sexuel à l'encontre de ses collègues de travail, à la condition plus souple qu'ils soient corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence :

Sommaire :

Il résulte de l'article 6, §§ 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit à un procès équitable, que si le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes, il peut néanmoins prendre en considération des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt qui, pour annuler la sanction disciplinaire prononcée contre un salarié, retient que "l'attestation anonyme" d'un de ses collègues et le compte-rendu de son entretien avec un membre de la direction des ressources humaines produits par l'employeur, sont sans valeur probante aux motifs qu'il est impossible à la personne incriminée de se défendre d'accusations anonymes, alors que la cour d'appel avait constaté que ces deux pièces n'étaient pas les seules produites par l'employeur pour caractériser la faute du salarié et qu'il lui appartenait d'en apprécier la valeur et la portée.

De même Soc. 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.310.

Cette solution est approuvée par la doctrine ¹² :

« (...) Le témoignage à visage couvert. La seconde limite à la liberté de la preuve testimoniale résulte des droits de la défense. Plus précisément, un témoignage anonyme ne peut pas constituer à lui seul et en lui-même la preuve d'un fait juridique. On le comprend bien car le défendeur ne peut alors pas exercer effectivement ses droits de la défense face à une accusation anonyme provenant par exemple d'un « corbeau ». La preuve serait alors déloyale. Cela ne signifie pas pour autant que les témoignages anonymes sont irrecevables. Dans un subtil équilibre entre droits de la défense issus de l'article 6, § 1 et § 3 de la CEDH et principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale (tous deux visés), la Cour de cassation rappelle que « le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes » (v. déjà Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 17-18241, PB : Dr. soc. 2018, p. 951, note J. Mouly ; Lexbase Social, n° 751, 26 juill. 2018, note M. Sweeney ; Gaz. Pal., 27 nov. 2018, note L. Mayer – Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-17557 : Bull. civ. V, n° 52 – Cass. soc., 23 sept. 2003, n° 01-43595, D), puis décide – et c'est ici l'apport de l'arrêt par rapport à celui de 2018 – que le juge « peut néanmoins prendre en considération des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence ». Autrement dit, **les témoignages anonymisés sont bel et bien recevables à condition d'être étayés par d'autres moyens de preuve. On approuvera cette solution car elle ménage la possibilité aux employeurs d'appuyer partiellement leurs prétentions sur des déclarations anonymisées, ce qui est utile lorsque sont allégués des harcèlements ou des discriminations, comportements que les salariés hésitent parfois à dénoncer à visage découvert. En l'espèce, les témoignages nominatif et anonymisé seront remis**

¹² S. Ranc et A. Charbonneau, Bull. Joly Travail 2023, n°6, p.15, « La recevabilité des témoignages à visage (dé)couvert » ; Voir aussi A. Bugada, Intervention volontaire et anonymisation : la preuve prud'homale encore plus libre !, Procédures n° 6, juin 2023, comm. 178

*dans les débats devant une autre cour d'appel qui devra **en apprécier souverainement la force probante** (Cass. soc., 10 juin 1965 : Bull. civ. V, n° 443). **Rien n'est gagné pour l'employeur car le salarié à qui sont reprochés les faits produit plusieurs attestations et évaluations en sa faveur. D'autant plus qu'en matière disciplinaire, le doute profite au salarié** (C. trav., art. L. 13331, al. 3). »*

Hélène Nasom-Tissandier s'interroge sur une solution insuffisamment protectrice des droits de la défense, et invite la Cour de cassation à s'inspirer de la jurisprudence du Conseil d'Etat.¹³

Le Conseil d'Etat impose le respect du contradictoire de l'enquête et d'informer le salarié des agissements qui lui sont reprochés ainsi que l'identité des auteurs de témoignages et attestations, sauf lorsque leur accès serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs (CE, 24 novembre 2006, [n° 284208](#)). Jurisprudence confirmée (CE, 19 juill. 2017, [n° 389635](#)) :

*3. Considérant que le **caractère contradictoire de l'enquête menée conformément aux dispositions mentionnées ci-dessus impose à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé fondée sur un motif disciplinaire, d'informer le salarié concerné des agissements qui lui sont reprochés et de l'identité des personnes qui en ont témoigné ; qu'il implique, en outre, que le salarié protégé soit mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, dans des conditions et des délais lui permettant de présenter utilement sa défense, sans que la circonstance que le salarié est susceptible de connaître le contenu de certaines de ces pièces puisse exonérer l'inspecteur du travail de cette obligation ; que c'est seulement lorsque l'accès à certains de ces éléments serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs que l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur ;***

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 5 avril 2023 ([CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 5 avril 2023, n° 463028, Pôle emploi](#)) porte sur la valeur probatoire de témoignages anonymisés, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans cette affaire, Pôle emploi se fondait sur ces témoignages pour démontrer la réalité des faits reprochés à la fonctionnaire, pour l'avoir dénigré ainsi que certains de ses collègues et tenu des propos sexistes et homophobes, ces faits étant contestés par l'intéressée.

Texte de l'arrêt :

*3. **L'autorité investie du pouvoir disciplinaire peut légalement infliger à un agent une sanction sur le fondement de témoignages qu'elle a anonymisés à la demande des témoins, lorsque la communication de leur identité serait de nature à leur porter préjudice. Il lui appartient cependant, dans le cadre de l'instance contentieuse engagée par l'agent contre cette sanction et si ce dernier conteste l'authenticité des témoignages ou la véracité de leur contenu, de produire tous éléments permettant de démontrer que la qualité des témoins correspond à celle qu'elle allègue et tous éléments de nature à corroborer les faits relatés dans les témoignages. La conviction du juge se détermine au vu de ces échanges***

¹³ Hélène Nasom-Tissandier, JSL 2023, n°565, p. 3, « Contentieux prud'homal : quelle est la force probante de témoignages anonymes ou anonymisés ? »

contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile.

4. Après avoir relevé que **Pôle Emploi s'est exclusivement fondé sur des témoignages** qui émaneraient d'agents qui auraient participé à la session de formation, rapportant des propos qui auraient alors été tenus, **ces témoignages ayant été anonymisés et ne permettant ainsi pas d'identifier leurs auteurs, ainsi que sur une synthèse, également anonymisée et dont l'auteur reste ainsi inconnu**, rapportant des propos qui auraient été tenus à l'occasion d'une enquête téléphonique avec des agents dont l'identité n'est pas davantage précisée et qui ont refusé de confirmer leurs propos par écrit, **la cour a estimé, par une appréciation souveraine** exempte de dénaturation, **que les éléments anonymisés produits ne suffisaient pas à apporter la preuve de la réalité des faits contestée par l'intéressée.** Elle n'a ce faisant pas commis d'erreur de droit.

5. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de Pôle emploi doit être rejeté.

L'[analyse](#) de la décision rappelle le principe selon lequel, en cas de contestation d'une sanction exclusivement fondée sur des témoignages anonymisés, il appartient à l'autorité disciplinaire de produire tout élément permettant de démontrer la qualité des témoins et de corroborer les faits, formule assez proche de celle figurant dans notre arrêt publié du 19 avril 2023¹⁴ (« corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence »).

Dans ses [conclusions, M. Nicolas Labrune, Rapporteur public](#), se réfère à la jurisprudence de la CEDH pour souligner que des témoignages anonymisés peuvent constituer la preuve unique ou déterminante d'une faute disciplinaire, sous certaines garanties et le contrôle du juge :

« Dans le cadre du débat contradictoire sur les témoignages anonymisés, la personne sanctionnée doit pouvoir contester aussi bien l'authenticité des témoignages que la véracité de leur contenu. Dans le premier cas, il appartiendra à l'administration, en défense, de produire des éléments de nature à garantir que la qualité des témoins non identifiés est bien celle qu'elle allègue, et – pour le dire trivialement – que les témoignages n'ont pas été inventés mais émanent bel et bien de vrais témoins. On peut imaginer, à cet égard, que l'administration détaille davantage les circonstances dans lesquelles les témoignages ont été recueillis ou encore, même, qu'elle fasse attester de l'authenticité des témoignages par une espèce de « tiers de confiance » qui aurait, lui, accès à l'identité des témoins – on pense par exemple à une inspection générale, ou une structure comparable bénéficiant d'une certaine autonomie, qui pourrait certifier que l'anonymisation a été loyale. Dans le second cas, si la personne sanctionnée conteste la réalité des faits rapportés par les témoignages, l'administration devra en réponse fournir de quoi corroborer ces faits, en produisant par exemple des éléments plus circonstanciés recoupant les témoignages, des éléments de contexte qui sont susceptibles de les éclairer ou encore, si elle en dispose, des éléments non anonymisés allant dans le même sens.

On perçoit bien là pourquoi l'administration ne saurait **faire usage de témoignages anonymisés qu'avec parcimonie et à bon escient** : des telles preuves sont moins solides, face au feu de la contestation contentieuse, que des preuves plus classiques

¹⁴ Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.308, publié

non anonymisées. **Le juge, qui forge sa conviction au vu des échanges contradictoires et des éventuelles mesures d'instruction qu'il ordonnerait, n'écartera pas des témoignages au seul motif qu'ils ont été anonymisés mais, si l'administration n'apporte pas, face à une requête qui les critique, une défense convaincante, il risque de ne leur reconnaître qu'une faible valeur probante.** De la même façon, on voit que **si l'administration peut en principe – du moins nous le pensons - fonder une sanction, à titre exclusif, sur des témoignages anonymisés, cette sanction sera bien plus solide si elle utilise également d'autres éléments, qui viendront corroborer ces témoignages.** Pour le dire de façon résumée et un peu caricaturale, **la valeur probante des éléments fondant une sanction est inversement proportionnelle à la part de ces éléments qui sont anonymisés.**

Il nous faut, enfin, vous entretenir d'une dernière garantie qui s'attache à la prise en compte de témoignages anonymisés : **la nécessité de l'anonymat.** La jurisprudence de la CEDH est à ce propos particulièrement intéressante (...) Il ressort en effet des arrêts *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* et *Ellis et Simms et Martin c. Royaume-Uni*, que nous avons cités tout à l'heure, que **la cour de Strasbourg subordonne l'utilisation de témoignages anonymisés, d'une part, à l'existence de garanties procédurales suffisantes pour permettre à la personne sanctionnée de critiquer la fiabilité de ces témoignages - nous venons d'en parler – et, d'autre part, à ce qu'il existe un motif sérieux de garder secrète l'identité des témoins.** Votre propre jurisprudence porte également la trace de l'importance que vous attachez à cette **question du bienfondé de l'anonymisation.** (...). Il nous semble donc, au vu de ce panorama, que **l'administration ne devrait fonder une sanction sur des témoignages anonymisés que si l'anonymisation est nécessaire pour protéger les témoins.**

Mais quelle conséquence le juge devrait-il tirer de cette affirmation lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre la sanction ? (...). Mais nous pensons toutefois **qu'il appartient bel et bien au juge de s'interroger sur le bienfondé de l'anonymisation des éléments de preuves qui lui sont soumis et, lorsqu'il estime que celle-ci n'a pas de justification sérieuse, d'en tirer des conséquences.** Il peut le faire, de façon simple et souple, sans complexifier ni la procédure ni le raisonnement, **lorsqu'il apprécie la valeur probante des témoignages : moins l'anonymisation est légitime, et moins les éléments rapportés sont susceptibles d'établir les faits ; à l'inverse, si l'anonymisation est absolument indispensable, le caractère anonyme des témoignages n'enlève rien à leur force.** (...)»

Dans le second arrêt récemment rendu par le Conseil d'Etat le 22 décembre 2023 ([CE, Section du contentieux, 22 décembre 2023, n° 462455, Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports c/ M. B...](#)), celui-ci, exerçant un contrôle léger, approuve les juges du fond qui, ayant souverainement constaté que seuls des extraits de témoignages avaient été communiqués au fonctionnaire alors que la sanction se fondait sur l'ensemble des témoignages, ont pu en déduire qu'à défaut de lui avoir communiqué l'intégralité de son dossier, il avait été privé de la garantie d'assurer utilement sa défense.

Texte de l'arrêt :

En ce qui concerne le premier motif, tiré de l'irrégularité de la procédure disciplinaire :

4. Dans le cas où, pour prendre une sanction à l'encontre d'un agent public, l'autorité disciplinaire se fonde sur le rapport établi par une mission d'inspection, elle doit mettre cet agent à même de prendre connaissance de celui-ci ou des parties de celui-ci relatives aux faits qui lui sont reprochés, ainsi que des témoignages recueillis par les

inspecteurs dont elle dispose, notamment ceux au regard desquels elle se détermine. Toutefois, **lorsque résulterait de la communication d'un témoignage un risque avéré de préjudice pour son auteur, l'autorité disciplinaire communique ce témoignage à l'intéressé, s'il en forme la demande, selon des modalités préservant l'anonymat du témoin.** Elle apprécie ce risque au regard de la situation particulière du témoin vis-à-vis de l'agent public mis en cause, sans préjudice de la protection accordée à certaines catégories de témoins par la loi.

5. Dans le cas où l'agent public se plaint de ne pas avoir été mis à même de demander communication ou de ne pas avoir obtenu communication d'une pièce ou d'un témoignage utile à sa défense, **il appartient au juge d'apprécier, au vu de l'ensemble des éléments qui ont été communiqués à l'agent, si celui-ci a été privé de la garantie d'assurer utilement sa défense.**

6. Pour juger que la procédure à l'issue de laquelle M. B... avait été sanctionné avait méconnu cette garantie, la cour administrative d'appel de Paris a d'abord constaté que la décision d'engager la procédure disciplinaire l'avait été au vu d'un rapport conjoint de l'inspection générale de l'éducation nationale et de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche remis en octobre 2017 et de " témoignages concordants " recueillis par la mission d'inspection, puis relevé que si ce rapport avait été communiqué à l'intéressé, ces témoignages ne l'avaient pas été et que seuls des extraits de ces témoignages figuraient au rapport. **Elle a ensuite estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la communication à l'intéressé des seuls extraits de témoignages reproduits dans le rapport d'inspection ne suffisait pas à garantir les droits de la défense, dès lors que la sanction était fondée sur l'ensemble des témoignages. Elle a pu enfin en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que, faute que l'intégralité de ces témoignages, qu'il appartenait à l'administration d'anonymiser, s'agissant de témoignages d'élèves sur leur professeur, en fonction de son appréciation du risque de préjudice pour ceux-ci, lui aient été communiqués, M. B... avait été privé de la garantie d'assurer utilement sa défense.** Si le ministre soutient en outre que la cour aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant la procédure irrégulière alors que M. B... n'avait pas demandé communication des témoignages, ce moyen, nouveau en cassation, est inopérant.

L'[analyse](#) de la décision rappelle le principe selon lequel il appartient à l'administration d'anonymiser le témoignage, en fonction de son appréciation *in concreto* du risque de préjudice pour son auteur, en l'espèce justifié s'agissant d'élèves sous l'autorité de leur professeur. Dans ses [conclusions, Mme Dorothee Pradines](#), Rapporteuse publique, analyse notamment la portée de la décision Decottignies¹⁵ du 5 janvier 2020 sur la communication à l'intéressé de son dossier disciplinaire et la délicate question de l'équilibre entre, d'une part, les droits de la défense et, d'autre part, la protection des intérêts des auteurs de témoignages anonymisés.

La Cour de cassation a admis, en matière de procédure conventionnelle de licenciement, que l'employeur n'a nullement l'obligation de remettre au salarié et aux membres du conseil de discipline, l'intégralité d'un rapport d'enquête interne diligentée pour établir la matérialité des faits reprochés au salarié, dès lors qu'il communique un

¹⁵ CE, 5 janvier 2020, n° 433130, M. Decottignies, p. 24, voir les [conclusions du Rapporteur public](#) Louis Dutheiller de Lamothe

dossier contenant les éléments suffisamment précis pour permettre un débat contradictoire (Soc., 27 novembre 2024, pourvoi n° 23-11.720, publié).

Par un arrêt du 11 décembre 2024 (Soc., 11 décembre 2024, pourvoi n°23-15.154), la chambre sociale de la Cour de cassation fait application, en matière de contentieux collectif, de la jurisprudence de la chambre rendue jusqu'à présent dans des litiges individuels et relative à la recevabilité des témoignages anonymisés. Au stade de leur appréciation, elle rappelle qu'il appartient aux juges du fond d'examiner la valeur et la portée de ces témoignages ainsi que des autres pièces produites :

Réponse de la Cour

Vu l'article 6, § 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 15 et 16 du code de procédure civile ;

*5. Il résulte du premier de ces textes, garantissant le droit à un procès équitable, que si le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes, **il peut néanmoins prendre en considération des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est cependant connue de la partie qui produit ces témoignages, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence.***

*6. **Pour déclarer irrecevables les pièces du comité** numérotées 7, 9 à 13, 15 à 18, 23, 26 à 34, 36 à 38, 41 et 42, l'« ordonnance » retient que le **principe du contradictoire** impose de ne pas tenir compte, dans le cadre du débat judiciaire, d'une pièce non préalablement communiquée dans son intégralité à la partie adverse et qu'en l'espèce les pièces critiquées, qui ne permettent pas à la société de vérifier si les témoignages présentés à l'appui de l'allégation de risque grave émanent de salariés exerçant les fonctions de chargé d'affaires, ou de salariés faisant partie de ceux à l'encontre desquels une procédure disciplinaire a été conduite, ne sauraient être déclarées recevables, le juge ne pouvant fonder sa décision sur des **pièces qui n'ont pu être contradictoirement débattues.***

7. En statuant ainsi, alors que le comité soutenait que les témoignages litigieux avaient été anonymisés par ses soins afin de protéger les salariés ayant témoigné d'éventuelles représailles et que ces témoignages étaient étayés par d'autres pièces, le président du tribunal judiciaire, auquel il appartenait d'examiner la valeur et la portée de ces témoignages ainsi que des autres pièces dont il avait constaté la production par le comité, a violé les textes susvisés.

Compte tenu de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur et lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique ou mentale des travailleurs, notamment pour prévenir et faire cesser les agissements de harcèlement moral ou sexuel ou les agissements sexistes au sens de l'article L. 1142-2-1 du code du travail (Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Bull. 2016, V, n° 123; Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-24.320, publié), le MA suggère à l'appui du premier moyen, pris en sa quatrième branche, que la Cour de cassation innove en imposant aux juges du fond qu'ils n'exigent pas que chaque fait soit confirmé isolément et qu'ils prennent en compte tous les faits en ce qu'ils permettent de confirmer, ensemble, les agissements de l'auteur.

Ceci sans porter atteinte à la règle probatoire prévue par l'article L. 1154-1 du code du travail au profit de la victime de faits de harcèlement, qui a seulement la charge de « *présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement* », cet article n'étant pas applicable à l'employeur lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement sexuel ou moral (Soc., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-11.437, publié précité).

Finalement, on peut se demander si l'on assiste à l'émergence d'un contrôle de proportionnalité glissant, de la recevabilité de la preuve illicite au bien-fondé de la preuve licite, au stade de la pesée des éléments de preuve produits par les parties et de l'appréciation de leur valeur probante au regard des intérêts antinomiques en présence, avec d'un côté la liberté de la preuve prud'homale et la protection des auteurs de témoignages anonymisés légalisée¹⁶ et, de l'autre côté de la balance, les droits de la défense constitutionnellement garantis¹⁷.

Au cas présent, la cour d'appel, après avoir rappelé que « *la lettre de licenciement reproche au salarié les faits suivants* :

- *propos et agissements sexistes à l'égard de collaboratrices de l'agence ou d'autres femmes dans le milieu professionnel, grief illustré par l'incident du 5 janvier 2018 avec Mme [D] , par les faits dénoncés par Mme [F] et par d'autres faits (remarque à l'égard d'une directrice conseil et remarques à l'égard d'une cliente) ;*
- *propos et agissements à connotation sexuelle à l'égard de collaboratrices, grief illustré par les quatre faits dénoncés par Mme [F] ;*
- *attitudes indignes d'un manager du fait d'une familiarité excessive. »*

a énoncé :

« *La société fournit les éléments suivants* :

- *le procès-verbal de réunion du CHSCT du 8 février 2018 qui a désigné comme membres de la commission d'enquête deux représentants de l'employeur, un membre du CHSCT, la secrétaire du comité d'entreprise et un délégué du personnel ;*
- *les compte rendus d'entretien de Mmes [D] et [F] , de M. [M] , de M. [H] et de Mme [L] qui sont signés par chacune des personnes concernées avec leur accord recueilli par courriel en vue de la production en justice de ces documents :*
 - * *dans le compte rendu de son entretien, Mme [D] expose que le 5 janvier 2018, M. [M] l'a accompagnée pour un brief avec M. [I] , lequel l'a reçue en disant : 'Bienvenue dans l'équipe, tu vas passer à la casserole comme les autres' (...)*
 - * *dans le compte rendu de son entretien, Mme [F] relate que son manager lui a tenu les propos suivants 'Tu sais j'ai toujours eu envie de retirer les lunettes d'une femme avant de la violer' alors qu'elle était en tête à tête avec lui et qu'elle portait ses lunettes de vue (...)*
 - * *dans le compte rendu de son entretien, M. [M] relate que le 5 janvier 2018, il a présenté Mme [D] à M. [I] pour qu'il la briefe sur le compte Essilor et qu'il l'a entendu lui dire une phrase du*

¹⁶ Par exemple les lois sur les lanceurs d'alerte n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte

¹⁷ Conseil constitutionnel, n° 76-70 DC, 2 décembre 1976, cons. 2 ; Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 24 : consacrés par le Conseil constitutionnel comme « principe fondamental reconnu par les lois de la République », précisant qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789

genre 'Tu vas passer à la casserole comme les autres' et que lui-même et Mme [D] étant choqués, M. [I] a ajouté 'Vous êtes 1er degré!'.(...)

* dans le compte rendu de son entretien, M. [H] indique que lors d'un déjeuner avec M. [I] , celui-ci a évoqué son épouse en la désignant de 'pute' (...)

* dans le compte rendu de son entretien, Mme [L] précise que lors d'une réunion, alors qu'elle avait une main sur sa souris d'ordinateur, M. [I] qui se trouvait à côté a posé sa main sur la sienne en la caressant de façon insistante, qu'elle lui a dit d'arrêter car son geste était déplacé (...)

- des attestations de Mmes [A] et [C] ainsi que de M. [E] , membres de la délégation d'enquête, portant sur le déroulement de celle-ci, Mme [A] précisant que 14 personnes dont elle énumère les noms ont été entendues par la commission (parmi lesquelles Mme [J] M. [K] et M. [G]) ;

- les conclusions de l'enquête indiquant notamment que les propos de Mme [D] ont été confirmés par l'enquête, que les agissements contre Mme [F] se sont passés pour la plupart en aparté mais qu'elle a rapporté à deux reprises des attitudes inappropriées de M. [I] à un de ses supérieurs, lequel a demandé à ce dernier de cesser son comportement, et que plusieurs témoignages confirment que M. [I] a eu des comportements à connotation sexuelle et sexiste.

Le salarié produit pour sa part :

- de nombreuses attestations de personnes le connaissant, dont des femmes, y compris jeunes, ayant travaillé avec lui au sein de la société Publicis Sapient France jusqu'à son licenciement (Mmes [N] , [R] , [T] , [J] , [V] notamment) qui affirment son attitude respectueuse à leur égard et à l'égard des femmes en général ;

- le compte rendu de l'entretien préalable au licenciement rédigé par Mme [J] , qui a assisté M. [I] , lors duquel il a contesté les propos et comportements reprochés (...)

- une attestation de Mme [J] dans laquelle elle évoque de nouveau des questions parfois tendancieuses lors de son audition, entretenant le flou sur les faits et personnes en cause (...)

- une attestation de M. [K] , également entendu lors de l'enquête, selon lequel la majorité des membres de la commission d'enquête sont des proches des plaignantes et certaines des corrections de son témoignage ont été difficiles à faire ou à obtenir, comme l'intitulé d'une question qui n'a pas été posée dans les termes indiqués dans le compte rendu ;

- le compte rendu de l'entretien du 16 février 2018 avec M. [I] dans le cadre de l'enquête comportant des mots barrés avec des commentaires en marge de sa part, dans lequel il indique (après observations et corrections) qu'il n'a pas tenu de propos ou eu de comportement à connotation sexuelle, que huit mois avant, MM. [G] et [Z] l'ont vu concernant Mme [F] , qu'il a été surpris de ce qu'ils lui ont rapporté mais s'est excusé auprès d'elle dans l'hypothèse où il aurait dit quelque chose l'ayant choquée, d'autant que sa langue maternelle étant l'anglais, elle a pu se méprendre sur ses propos, qu'il n'a pas montré de photo de lui dénudé, qu'il a d'ailleurs déjeuné récemment avec Mme [F] , qu'il n'a pas le souvenir d'avoir dit les mots du genre 'passer à la casserole' à Mme [D] mais qu'il lui a envoyé un mail afin de s'excuser s'il avait dit quelque chose et qu'il mesure bien la portée du mot harcèlement, sa propre fille en ayant été victime.

La cour note que :

- les faits du 5 janvier 2018 dénoncés par Mme [D] dans son compte rendu d'entretien sont décrits de manière assez semblable dans le compte rendu d'entretien de M. [M] mais, comme l'observe l'appelant, le compte rendu d'entretien de Mme [D] est partiellement tronqué concernant les autres faits qu'elle décrit, sans permettre d'établir qu'elle en a été personnellement témoin et seul l'incident concernant l'épouse de M. [I] étant évoqué dans un autre élément, soit les déclarations de M. [H] ;

- les faits dénoncés par Mme [F] ne sont confirmés par aucune personne en ayant été témoin et il n'est pas produit le compte rendu d'entretien de M. [G] , entendu par la commission

d'enquête, alors que celui-ci a reçu en 2017 les confidences de Mme [F] concernant deux des quatre incidents dont elle dit avoir été victime de la part de M. [I] ;

- aucune autre personne n'indique avoir été personnellement été témoin des remarques faites par M. [I] concernant son épouse telles que relatées par M. [H] et il n'apparaît pas qu'il ait été personnellement témoin des autres faits évoqués par lui, outre que les passages de son compte rendu d'entretien qui y ont trait sont tronqués, le nom des personnes citées étant caviardé, sans que ces faits soient corroborés par d'autres éléments ;

- les faits décrits par Mme [L] ne sont confirmés par aucune autre personne bien que des salariés en aient été témoins selon l'intéressée ;

- l'intégralité de l'enquête n'est pas versée aux débats puisque seulement cinq compte rendus sur les 14 entretiens réalisés sont produits et si la société affirme que cette absence de communication résulte de la volonté de salariés de conserver l'anonymat et de ne pas produire leur témoignage, cela n'est pas établi puisqu'elle ne verse pas aux débats de courriels adressés à ces derniers pour leur demander leur accord, ni de réponse de refus de leur part (alors qu'elle produit ces échanges de mails pour ceux y ayant consenti), outre qu'elle n'explique pas en quoi elle n'aurait pu anonymiser ces éléments ;

- dès lors, la société ne justifiant pas du motif allégué à ce titre, il ne peut être exclu que ces compte rendus soient absents des pièces produites par la société du fait de leur caractère favorable à M. [I] ou de ce qu'ils infirment précisément tout ou partie des faits imputés à ce dernier, les conclusions de l'enquête, au demeurant non détaillées, n'étant pas à même de suppléer à cette absence de production, ce d'autant plus au regard des conditions de l'enquête critiquées de manière similaire par deux témoins ;

- en conséquence, l'enquête qui n'est produite que de manière très incomplète n'apparaît pas suffisamment probante.

En considération de l'ensemble de ces éléments, la cour estime que les faits imputés à M. [I] ne sont pas établis avec certitude et qu'il existe à tout le moins un doute qui doit lui profiter. Il y a lieu de juger que le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le jugement étant infirmé en ce sens. »

Il appartiendra, au vu de ces éléments, de se prononcer sur les mérites du moyen.

5-2- Quatrième moyen (dommages-intérêts pour non-respect du droit d'accès aux données personnelles)

Le quatrième moyen pose la question inédite de savoir si les courriers électroniques émis ou reçus par un salarié dans le cadre de l'exercice de ses fonctions sont considérés comme comportant des données à caractère personnel au sens de l'article 15 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données ou RGPD).

5-2-1- Textes applicables

Aux termes de [l'article 2 du règlement \(UE\) 2016/679](#) du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données ou RGPD), chapitre 1 « Dispositions générales » relatif au « *champ d'application matériel* » :

« 1. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier.

2. Le présent règlement ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué :

a) dans le cadre d'une activité qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union ;

b) par les États membres dans le cadre d'activités qui relèvent du champ d'application du chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne ;

c) par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique ;

d) par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces.(...) »

Selon [l'article 4 du règlement \(UE\) 2016/679](#) dit RGPD , relatif aux définitions, « aux fins du présent règlement, on entend par :

(1) « données à caractère personnel », toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée «personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ;

(2) « traitement », toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction; »

Aux termes de [l'article 15 du RGPD](#), figurant au chapitre 3 « Droits de la personne concernée », relatif au « Droit d'accès de la personne concernée » :

« 1. La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel ainsi que les informations suivantes:

(a) les finalités du traitement;

(b) les catégories de données à caractère personnel concernées;

(c) les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées, en particulier les destinataires qui sont établis dans des pays tiers ou les organisations internationales;

(d) lorsque cela est possible, la durée de conservation des données à caractère personnel envisagée ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée;

(e) l'existence du droit de demander au responsable du traitement la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel, ou une limitation du traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée, ou du droit de s'opposer à ce traitement;

f) le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle;

(g) lorsque les données à caractère personnel ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, toute information disponible quant à leur source;

(h) l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4, et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée.

2. Lorsque les données à caractère personnel sont transférées vers un pays tiers ou à une organisation internationale, la personne concernée a le droit d'être informée des garanties appropriées, en vertu de l'article 46, en ce qui concerne ce transfert.

3. Le responsable du traitement fournit une copie des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement. Le responsable du traitement peut exiger le paiement de frais raisonnables basés sur les coûts administratifs pour toute copie supplémentaire demandée par la personne concernée. Lorsque la personne concernée présente sa demande par voie électronique, les informations sont fournies sous une forme électronique d'usage courant, à moins que la personne concernée ne demande qu'il en soit autrement.

4. Le droit d'obtenir une copie visé au paragraphe 3 ne porte pas atteinte aux droits et libertés d'autrui. »

Il en résulte que les courriers électroniques émis ou reçus par un salarié dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, qui sont présumés revêtir un caractère professionnel, contiennent une donnée à caractère personnel lorsqu'ils contiennent un élément d'identification tel que le nom et /ou le prénom de la personne.

La directive 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023, visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, qui doit être transposée dans le droit interne des Etats membres au plus tard le 7 juin 2026, pourrait compléter les dispositions du RGPD, notamment en considération des dispositions suivantes de cette directive :

- article 20 « accès aux preuves », les Etats membres veillent notamment à ce que les juridictions nationales soient habilitées à ordonner la production de preuves contenant des informations confidentielles jugées utiles dans le cadre du recours lié à l'égalité des rémunérations, la jurisprudence de la chambre sociale s'inscrivant d'ores et déjà dans le respect de cette prescription ;
- article 7 « un droit à l'information ».

5-2-2- La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), pour l'application en droit interne des dispositions du RGPD, a établi un guide avec des fiches thématiques, en particulier la fiche thématique du 5 janvier 2022¹⁸ sur « *Le droit d'accès des salariés à leurs données et aux courriels professionnels* », dans laquelle elle indique :

« Toute personne peut demander à un organisme la communication des données qu'il détient sur elle et en obtenir une copie. Un salarié peut ainsi demander à son employeur l'accès et la communication des données personnelles qu'il a en sa possession.

À quoi sert le droit d'accès ?

L'exercice du droit d'accès permet à une personne de savoir si des données qui la concernent sont traitées puis d'en obtenir, si elle le souhaite, la communication dans un format compréhensible. Cette démarche permet notamment de contrôler l'exactitude des données et, au besoin, de les faire rectifier ou effacer.

L'organisme auprès duquel une personne souhaite exercer son droit d'accès doit également être en mesure de lui fournir divers renseignements, par exemple les objectifs poursuivis par l'utilisation des données, les catégories de données traitées, les autres organismes ayant obtenu la communication des données, etc.

(...)

Rappel : *Les principes relatifs à la protection des données s'appliquent à toutes les données personnelles collectées par un organisme, même dans un contexte professionnel : un salarié peut donc exercer son droit d'accès auprès de son employeur.*

Les règles du droit d'accès

(...)

Le droit d'accès porte sur des données personnelles et non sur des documents

Le droit d'accès porte uniquement sur les données personnelles et non pas sur des documents. Cependant, l'organisme ne doit pas faire preuve de formalisme dans l'expression de la demande. Ainsi :

- *lorsqu'un régime spécifique d'accès aux documents s'applique (par exemple pour les administrations publiques), la personne doit spécifier s'il demande un accès à des documents ou à des données personnelles ;*

¹⁸ <https://www.cnil.fr/fr/le-droit-dacces-des-salaries-leurs-donnees-et-auxcourriels-professionnels>

- dans les autres cas, l'organisme doit donner un effet utile à la demande : si celle-ci fait référence à des documents concernant le demandeur, il doit l'interpréter comme une volonté d'exercer un droit d'accès aux données personnelles. Un rejet de la demande au seul motif que le demandeur utilise le mot « document » peut s'avérer fautif.

Si « document » et « donnée personnelle » sont deux notions différentes, il n'est pas interdit à l'organisme de communiquer les documents contenant les données plutôt que les seules données, si rien n'y fait obstacle et si c'est plus pratique.

Exemple : lorsqu'une personne concernée souhaite exercer son droit d'accès à des courriels, l'employeur doit fournir tant les métadonnées (horodatage, destinataires...) que le contenu des courriels. Dans cette situation, la communication d'une copie des courriels apparaît comme la solution la plus aisée pour que l'organisme puisse satisfaire la demande mais n'est pas obligatoire.

L'exercice du droit d'accès ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers

Facteur de transparence, le droit d'accès est un droit important donné par le RGPD à l'ensemble des individus. Cependant, l'exercice de ce droit ne peut pas se faire au détriment des autres personnes dont les données sont traitées.

Ainsi, l'organisme doit permettre un accès aux seules données dont la **communication ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits d'autrui**, sans toutefois refuser de satisfaire à la demande de manière générale.

Les droits des tiers (secret des affaires et à la propriété intellectuelle, droit à la vie privée, secret des correspondances, etc.) peuvent donc venir restreindre l'éventail des données accessibles ou communicables.

Exemple : en matière de droit d'accès à des données contenues dans des courriels professionnels, le respect du droit à la vie privée, le secret des affaires et le secret des correspondances sont régulièrement invoqués par les employeurs pour refuser de répondre favorablement à des salariés.

Comment répondre à un salarié qui souhaite accéder ou obtenir la copie de courriels professionnels ?

Lorsqu'il répond à une demande de droit d'accès d'un salarié à des courriels professionnels, l'employeur doit apprécier l'atteinte au droit des tiers que représenterait cette communication : il va ainsi devoir faire un tri entre les messages communicables et ceux qui ne le sont pas.

Pour cela, l'employeur doit distinguer deux situations, selon que le salarié demandeur est :

- l'expéditeur ou le destinataire des courriels ;
- ou seulement mentionné dans le contenu des courriels.

Lorsque le salarié a déjà eu, ou est supposé avoir eu connaissance des informations contenues dans les messages visés par la demande, la communication des courriels est présumée respectueuse des droits des tiers.

Dans ce contexte, l'anonymisation ou la pseudonymisation des données relatives aux tiers constitue une bonne pratique, et non une condition préalable à la transmission des courriels.

Toutefois, dans des cas exceptionnels, l'accès ou la communication de courriels pourtant connus du demandeur peut représenter un risque pour les droits des tiers, par exemple du fait de la nature des données susceptibles d'être communiquées. Il appartient alors à l'employeur de :

- dans un premier temps, essayer de **supprimer, anonymiser ou pseudonymiser les données concernant des tiers ou portant atteinte à un secret** pour pouvoir faire droit à la demande ;
- puis, seulement si ces mesures s'avèrent insuffisantes, **refuser de faire droit à la demande d'accès, en motivant et justifiant** sa décision auprès de la personne concernée.

Exemple : un employeur pourra refuser de faire droit à une demande de communication de courriels contenant des informations qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à un secret industriel. Ces arguments ne pourront pas être invoqués par l'employeur sans justification étayée auprès du demandeur.

Rappel : Le droit d'accès ne doit pas être confondu avec les autres règles de communication de documents ou de pièces dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une demande de document administratif (CADA).

L'exercice du droit d'accès n'est pas conditionné. Cela signifie qu'une personne n'a pas à motiver sa demande et qu'elle peut exercer son droit d'accès en parallèle d'une procédure contentieuse (devant le conseil de prud'hommes par exemple) ou administrative en cours, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit des tiers. Le refus de communication sur ce fondement ne serait pas valable.

Ainsi, même si l'employeur refuse de faire suite à la demande de droit d'accès d'un salarié, celui-ci pourra toujours obtenir d'un juge la production des courriels litigieux dans le cadre d'un contentieux, sous réserve que cette production soit nécessaire et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Le cas particulier des courriels personnels

Les courriels identifiés comme étant personnels ou dont le contenu s'avère être privé malgré l'absence de la mention du caractère personnel, font l'objet d'une protection particulière, l'employeur n'étant pas autorisé à y accéder.

Pour ces courriels, l'employeur **ne pourra pas prendre connaissance du contenu** même en vue d'occulter des informations et **devra fournir au demandeur le courriel en l'état**, à condition que ce dernier soit l'expéditeur ou le destinataire. »

5-2-3- Eléments de jurisprudence

Les dispositions du RGPD ont été examinées par la chambre sociale de la Cour de cassation à propos de :

- l'exercice du droit à la preuve de la discrimination, en matière de mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, et sa conciliation avec le droit au respect de la vie personnelle au sens du point (4) de l'introduction du RGPD en cas de demande de communication de pièces, s'agissant des bulletins de salaire d'autres salariés (Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-12.492, publié ; Soc., 1 juin 2023, pourvoi n° 22-13.244, publié) ;

Sommaire : Il résulte du point (4) de l'introduction du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Il ajoute que le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les Traités, en particulier le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

Selon l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé.

Il résulte par ailleurs 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 personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination syndicale alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée.

Le doyen Jean-Guy Huglo¹⁹ précise, à propos de l'ouverture du droit à la preuve dans le contentieux de l'obtention de la preuve au moyen de mesures d'instructions ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile en matière de discrimination :

« Dans un des arrêts du 8 mars 2023, **la chambre sociale a affirmé que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité, en particulier le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial** (Cass. soc., 8 mars 2023, no 21-12.492). Sur cette question, la chambre sociale est saisie d'une demande d'avis de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation sur l'article 144 du Code de procédure civile portant sur la production des bulletins de paie dans une action en discrimination et sur le RGPD. L'arrêt de la deuxième chambre civile sera rendu avant l'été après avis officiel de la chambre sociale. Nous allons devoir tenir compte de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) Norra Stockholm (CJUE, 2 mars 2023, no C-268/21) qui se prononce clairement sur **l'application du Règlement général sur la protection des données (RGPD) à la**

¹⁹ Jean-Guy Huglo, " Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires ", Semaine Sociale Lamy, 29 janvier 2024, n°2077.

production de pièces en justice. Selon la CJUE, il s'agit d'un « traitement », ce qui n'était pas nécessairement évident. En conséquence, il convient d'appliquer les obligations qui figurent aux articles 5 et 6 du RGPD. L'arrêt précise notamment que **le juge doit d'office faire respecter la « minimisation des données »**. En fonction de l'action dont il est saisi, certaines données sont indispensables au droit à la preuve. D'autres données personnelles doivent être occultées comme le taux de retenue à la source pour l'impôt sur le revenu. »

- l'office du juge au regard de la licéité du traitement de données au sens de l'article 6 du RGPD et celle du principe de la minimisation des données visé à l'article 5, § 1, sous c), de ce règlement, dans le cas de la collecte par l'employeur des données personnelles figurant sur les bulletins de paie de salariés tiers dans le cadre d'une action en discrimination (Soc., 24 avril 2024, pourvoi n° 21-20.979, publié, demande d'avis), ayant donné lieu à un arrêt de la 2^{ème} chambre civile (2e Civ., 3 octobre 2024, pourvoi n° 21-20.979, publié).²⁰

Avant l'application des dispositions du RGPD, elle avait censuré une cour d'appel à propos de la diffusion auprès de l'ensemble du personnel de l'entreprise d'un courriel privé contenant des données personnelles relatives à un salarié, sur le panneau destiné aux communications de l'ancien comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), sur la communication au titre de l'amiante, qui avait statué par des motifs insuffisants à démontrer que cet affichage était indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et que l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle de ce salarié était proportionnée au but poursuivi (Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-14.416, publié) :

Sommaire : Il résulte des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et L. 2315-15 du code du travail que le respect de la vie personnelle d'un salarié n'est pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article L. 2315-15 du code du travail, nonobstant l'obligation de discrétion à laquelle sont tenus les représentants du personnel à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel, dès lors que l'affichage par un membre de la délégation du personnel du comité social et économique d'informations relevant de la vie personnelle d'un salarié est indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, lequel participe des missions du comité social et économique en application de l'article L. 2312-9 du code du travail, et que l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle est proportionnée au but poursuivi.

Mais à la connaissance du rapporteur, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur l'interprétation des dispositions de l'article 15 du RGPD dans le cas d'un courriel à caractère professionnel.

Une autrice ²¹, commentant l'application des dispositions de l'article 15 du RGPD par une juridiction prud'homale, précise que « *Le droit d'accès aux données personnelles garanti par l'article 15 du RGPD ne constitue pas une mesure probatoire.* » :

²⁰ G. Auzero et G. Loiseau, « Le juge sous l'emprise du RGPD », Bull. Joly Travail 2024, n° 11, p. 1

²¹ Marine Palin, Bull. Joly Travail 2024, n° 09, p. 37, 01/09/2024, « *Le droit d'accès aux données personnelles garanti par l'article 15 du RGPD ne constitue pas une mesure probatoire* » Cons. prud'h. Paris, 23 mai 2024, n° 21-10466

« Le 23 mai 2024, le conseil de prud'hommes de Paris a jugé que : " le droit d'accès prévu par l'article 15 du RGPD a pour finalité de permettre à la personne qui l'exerce, de contrôler la conformité du traitement de ses données à caractère personnel avec les prescriptions du règlement et d'exercer, le cas échéant, les droits que le texte lui reconnaît dans un but de protection : droit de rectification, droit à l'effacement, droit de saisir une autorité de contrôle. (...) Le droit d'accès n'a en revanche pas pour finalité de permettre l'accès à des informations dans un but probatoire et ne constitue pas une mesure probatoire ".

Il s'agit de la première décision de justice statuant sur cette pratique, désormais relativement courante, qui consiste pour un salarié, la plupart du temps licencié, à faire usage de son droit d'accès issu du RGPD pour tenter de contraindre son employeur à lui communiquer de nombreux documents. Cette demande arrive souvent en même temps que la lettre visant à contester le bien-fondé de son licenciement, c'est-à-dire bien en amont de la saisine des prud'hommes, lorsque le risque contentieux n'est encore que " virtuel ". L'objectif est assez clair : il s'agit souvent de " mettre la pression " à l'employeur pour l'inciter à conclure un accord amiable et à défaut, d'obtenir des preuves visant à documenter un dossier prud'homal.

Bien que le droit d'accès à ses données à caractère personnel existe en France depuis la loi Informatique et Liberté de 1978, c'est surtout avec **l'entrée en vigueur au mois de mai 2018 du Règlement général sur la protection des données (RGPD)** que ce droit a été mis en avant. Il semble en effet que certains salariés aient vu dans l'entrée en vigueur du RGPD, un **moyen supplémentaire leur permettant d'obtenir des preuves dans le cadre d'un éventuel futur contentieux prud'homal**. Le très court délai (1 mois) laissé au responsable du traitement, en l'occurrence l'employeur, pour répondre à cette demande n'est sans doute pas étranger à cet engouement. Il n'est de surcroît pas exclu que **la décision-cadre du défenseur des droits relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination** ait été vue comme une validation de cette pratique. Cette décision souligne en effet que **" les salariés bénéficient d'un droit d'accès à leurs données et aux courriels professionnels, dans des conditions rappelées récemment par la CNIL et peuvent par ce biais obtenir des informations utiles pour établir une présomption de discrimination "** (Décision-cadre n° 2022-139, 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile).

Pourtant, il s'agit clairement d'un **détournement du droit d'accès**.

Rappelons tout d'abord que **l'article 15 du RGPD** prévoit que " La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel (...) ".

Il en résulte que **cet article garantit non pas l'accès à des documents mais uniquement l'accès à l'information sur l'absence ou l'existence d'un traitement de données à caractère personnel et le cas échéant l'accès à ces données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement**.

De plus :

* S'agissant tout d'abord de **la finalité du RGPD**, l'article 1 prévoit notamment que " Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel

". Ce règlement vise par conséquent uniquement à protéger les données à caractère personnel des personnes physiques.

* S'agissant ensuite des **objectifs liés à ce droit d'accès garanti par l'article 15**, ledit article précise en outre que lorsqu'une personne obtient confirmation que certaines de ses données à caractère personnel sont traitées, elle doit être informée de " l'existence du droit de demander au responsable du traitement la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel, ou une limitation du traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée, ou du droit de s'opposer à ce traitement " (v. RGPD, art. 15.1, e)). L'objet du droit d'accès est donc clairement défini.

La finalité de ce droit d'accès a été rappelée par plusieurs institutions européennes.

Au plan judiciaire, **la Cour de justice de l'Union européenne a pour sa part notamment jugé que le droit d'accès " permet à la personne concernée de prendre connaissance de ces données et de vérifier que ces dernières sont exactes et traitées de manière conforme à cette directive, afin que cette personne puisse, le cas échéant, exercer les droits qui lui sont conférés par les articles 12, sous b) et c), 14, 22 et 23 de celle-ci** (v., en ce sens, arrêt Rijkeboer, EU:C:2009:293, pts 51 et 52) " (CJUE, 17 juill. 2014, n° C 141/12 et C 372/12, YS contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre M et S). Plus récemment, la CJUE a précisé que " le droit d'accès prévu à l'article 15 du RGPD doit permettre à la personne concernée de s'assurer que les données à caractère personnel la concernant sont exactes et qu'elles sont traitées de manière licite " (CJUE, 12 janv. 2023, n° C-154/21, RW contre Österreichische Post). Dans cet arrêt, la CJUE rappelle également que ce droit d'accès est **nécessaire pour permettre à la personne concernée d'exercer, le cas échéant, son droit à la rectification, son droit à l'effacement (" droit à l'oubli ") et son droit à la limitation du traitement, qui lui sont reconnus, respectivement, par les articles 16, 17 et 18 du RGPD, son droit d'opposition au traitement de ses données à caractère personnel, prévu à l'article 21 du RGPD, ainsi que son droit de recours en cas de dommage subi, prévu aux articles 79 et 82 du RGPD.**

Le Comité Européen de la protection des données (successeur du " G29 ") a également pris position, ainsi que le souligne, à juste titre, la décision commentée. Ce Comité précise notamment dans des " lignes directrices " que " **la finalité du droit d'accès est de permettre aux personnes concernées de comprendre comment leurs données à caractère personnel sont traitées ainsi que les conséquences de ce traitement, et de vérifier l'exactitude des données traitées sans avoir à justifier leur intention. En d'autres termes, l'objectif du droit d'accès est de fournir aux personnes physiques des informations suffisantes, transparentes et facilement accessibles sur le traitement des données, quelles que soient les technologies utilisées, et de leur permettre de vérifier différents aspects d'une activité de traitement particulière au titre du RGPD (par exemple, la licéité, l'exactitude) "** (Lignes directrices 01/2022 sur les droits des personnes concernées - Droit d'accès Version 2.1 adoptées le 28 mars 2023).

Il est donc clair que le droit d'accès, tel qu'issu du RGPD, est **totalemt étranger au droit à la preuve et n'a de fait pas sa place au rang des mesures probatoires.**

Au niveau national, **la CNIL a précisé dans une publication du 5 janvier 2022 que " Le droit d'accès porte uniquement sur les données personnelles et non pas sur des documents "**. Cela a le mérite de la clarté et rompt avec sa position antérieure qui,

par manque de précisions, pouvait suggérer que le droit d'accès autorisait le salarié à solliciter la remise de documents. Elle précisait auparavant notamment que " le salarié peut obtenir l'accès et la communication de l'ensemble des données le concernant, qu'elles soient conservées sur support informatique ou papier. Il a ainsi le droit d'accéder aux données relatives à son recrutement, son historique de carrière, l'évaluation de ses compétences professionnelles (entretiens annuels d'évaluation, notation), ses demandes de formation et les éventuelles évaluations de celles-ci, son dossier disciplinaire, l'utilisation de son badge de contrôle d'accès aux locaux, ses données issues d'un dispositif de géolocalisation, tout élément ayant servi à prendre une décision à son égard (une promotion, une augmentation, un changement d'affectation, etc.). Il peut s'agir des valeurs de classement annuel, parfois appelées " ranking ", ou de potentiel de carrière, etc. ".

La CNIL adopte en outre dans sa publication précitée du 5 janvier 2022 la même position que la CJUE et le Comité Européen de la protection des données quant à la finalité de ce droit et précise que " l'exercice du droit d'accès permet à une personne de savoir si des données qui la concernent sont traitées puis d'en obtenir, si elle le souhaite, la communication dans un format compréhensible. Cette démarche permet notamment de contrôler l'exactitude des données et, au besoin, de les faire rectifier ou effacer ".

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut que se féliciter de la position adoptée par le conseil de prud'hommes de Paris qui rappelle l'objet du droit d'accès et condamne dans le même temps la pratique visant à l'utiliser comme mesure probatoire. Espérons, pour le cas où elles seraient saisies, que la cour d'appel, puis la Cour de cassation valident cette analyse juridiquement imparable. »

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p.18) :

« En application de l'article 15 du Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données à caractère personnel.

En l'espèce, par lettre du 28 janvier 2019, M. [I] a demandé à la société une copie de l'ensemble de ses données, notamment les mails le concernant. La société justifie lui avoir répondu en lui transmettant divers documents (de fin de contrat, bulletins de paie, prévoyance, documents relatifs à une place de parking, une voiture, documents contractuels, avis d'arrêt de travail, suivi individuel de santé, R.I.B, documents relatifs au licenciement).

M. [I] ne produit aucun élément probant permettant d'attester de l'existence de simulations effectuées en 2017 concernant son départ de la société. En revanche, la réalité de mails concernant M. [I] n'est pas discutée et se trouve au demeurant corroborée par ceux produits par l'intéressé. Or, la société ne justifie pas avoir communiqué les mails relatifs à M. [I] , pas plus que leur métadonnées ou leur contenu, et n'invoque aucun motif pour expliquer cette abstention comme une impossibilité matérielle.

Si la société a transmis à M. [I] un bon nombre d'éléments, elle n'a pas donné suite à sa demande relative aux courriels sans le moindre motif. Cette abstention est fautive et a causé à M. [I] qui a été privé d'un accès à des données personnelles dont il aurait pu faire usage un préjudice dont la cour estime qu'il est suffisamment réparé par l'octroi d'une somme de 500 euros. »

Le MA soutient que le droit d'accès consacré par les dispositions de l'article 15 du RGPD porte sur les données à caractère personnel elles-mêmes et non pas sur les documents contenant ces données, c'est à dire que ce droit d'accès porte sur le contenu et non sur le support. Il ajoute que lorsqu'un salarié sollicite la communication des courriels à caractère professionnel le concernant, l'employeur est tenu de lui communiquer uniquement les données personnelles que contiennent lesdits courriels le cas échéant, et non pas l'intégralité de ces courriels ni même l'intégralité de leur contenu.

Il reproche à la cour d'appel, à l'appui de la première branche du moyen prise d'une violation de l'article 15 du règlement (UE) 2016-679, d'avoir considéré que les courriels dont la communication était demandée par le salarié constituaient une donnée à caractère personnel, alors qu'ayant relevé qu'ils avaient été échangés dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, leur nature professionnelle devait faire obstacle à l'application du droit d'accès ouvert par ces dispositions.

Il lui reproche, à l'appui de la seconde branche prise d'un manque de base légale, ayant constaté que la société avait communiqué au salarié « un bon nombre d'éléments », de s'être contentée de relever l'absence de communication des mails litigieux pour en déduire qu'elle avait manqué à son obligation à ce titre, sans rechercher si cette dernière n'avait pas néanmoins transmis au salarié les données personnelles figurant dans ces mails.

Le MD soulève l'irrecevabilité de la première branche du moyen, comme nouvelle et mélangée de fait et de droit, faisant valoir que dans ses conclusions, la société n'a jamais soutenu que les courriels dont le salarié demandait la communication avaient tous un caractère exclusivement professionnel, et ce fait ne résulte pas non plus des constatations de la cour d'appel en l'espèce.

Sur le bien-fondé du moyen, il oppose un manque en droit en ce que la critique soutient que les courriels à caractère professionnel ne seraient pas inclus dans le droit à communication du salarié.

Il réplique que la seconde branche du moyen manque en fait, la cour d'appel ayant procédé à la vérification par liste exhaustive du « *bon nombre d'éléments* » transmis et par les motifs par lesquels elle a exclu qu'aucune donnée relative aux courriels reçus ou transmis par le salarié lui aient été communiqués.

Il appartiendra à la Cour, au vu de l'ensemble de ces éléments, de se prononcer sur la recevabilité et le cas échéant sur le bien-fondé du moyen.