



## RAPPORT COMPLÉMENTAIRE DE Mme PRIEUR, CONSEILLÈRE

**Arrêt n° 302 du 19 mars 2025 (FP-B+R) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 23-19.154**

**Décision attaquée : 8 mars 2023 de la cour d'appel de Chambéry**

**La société Savoie Rectification**

**C/**

**M. [U] [O]**

---

Cette affaire a été examinée à l'audience de formation de section du 22 octobre 2024 et a été renvoyée à l'audience de formation plénière de chambre du 13 février 2025 pour qu'il soit répondu à la question de principe posée par le pourvoi 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, mais dont l'identité était connue de l'employeur et de **l'huissier de justice** qui a procédé à l'audition de ces témoins, 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.

Le rappel de quelques éléments complémentaires paraît utile pour guider la réflexion.

## 1 - La recevabilité d'un moyen de preuve

La question posée par le pourvoi invite à distinguer, d'une part, le stade de la recevabilité d'un moyen de preuve et, d'autre part, celui de l'appréciation au fond de sa valeur probatoire.

Par deux arrêts rendus en assemblée plénière de Cour le 22 décembre 2023 (Ass. Plén., 22 décembre 2023, pourvoi n° 20-20.648 et pourvoi n°21-11.330, B+R)<sup>1</sup>, dans la continuité des arrêts de la chambre sociale du 8 mars 2023 <sup>2</sup>, la Cour de cassation a récemment fait évoluer la jurisprudence sur le droit à la preuve en matière civile.

Elle a 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 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.**

Texte de l'arrêt :

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

*5. Suivant les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme (v. notamment CEDH, arrêt du 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02), la Cour de*

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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

cassation a consacré, en matière civile, un droit à la preuve qui permet de déclarer recevable une preuve illicite lorsque cette preuve est indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence est strictement proportionnée au but poursuivi (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. IV 2007, n° 130 ; 1<sup>re</sup> Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. I 2012, n° 85 ; Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. V 2016, n° 209 ; Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié ; Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, publié ; Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802, 21-20.798 et 20-21.848, publiés).

6. Sur le fondement des textes susvisés et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la Cour de cassation juge néanmoins qu'est irrecevable la production d'une preuve recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème (Ass. plén. 7 janvier 2011, n°s 09-14.316 et 09-14.667, Bull. 2011, Ass. plén. n° 1 ; 2<sup>e</sup> Civ., 9 janvier 2014, n°s 12-23.387 et 12-17.875, Com. 10 novembre 2021, n°s 20-14.669 et 20-14.670, Soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, Bull. 2008, V, n° 65 ; Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. 2012, V, n° 208).

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

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

**9. La Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas par principe l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales. Elle estime que, lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entre en conflit avec d'autres droits et libertés, notamment le droit au respect de la vie privée, il appartient au juge de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence. Elle ajoute que « l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts à caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». Elle souligne que ce texte implique notamment à la charge du juge l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (CEDH, arrêt du 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, req. n° 65087/01).**

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

11. Enfin, soulignant la difficulté de tracer une frontière claire entre les preuves déloyales et les preuves illicites, et relevant le risque que la voie pénale permette de contourner le régime plus restrictif des preuves en matière civile, une partie de la

*doctrine suggère un abandon du principe de l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales.*

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

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

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

Il ne résulte pas de cet arrêt que la preuve recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre 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.

Dans la rapport rédigé pour le traitement du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt précité de l'assemblée plénière, le conseiller rapporteur a proposé de définir la preuve loyale comme étant « celle que l'on peut s'attendre à voir produite en justice, qui a été constituée et recueillie sans artifice ni stratagème, et qui n'a pas pour unique dessein de placer l'adversaire dans une situation d'infériorité en le manipulant ou en créant un effet de surprise. » Pour sa part, J.-Y. Frouin écrivait que la loyauté de l'administration de la preuve recouvre les preuves obtenues soit par l'utilisation d'un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance, soit par l'utilisation d'un stratagème, soit par fraude.<sup>3</sup>

La preuve déloyale, aux côtés de l'atteinte directe à un droit et de la preuve irrégulière par la violation d'une règle de procédure - qui concerne principalement les règles relatives au traitement des données à caractère personnel - , fait partie des preuves illicites.

L'employeur peut bien évidemment recourir à un huissier de justice, mais ce dernier ne peut pas avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, Bull., n 65) :

**Sommaire : Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est**

---

<sup>3</sup> J.-Y. Frouin, « Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi », RJS, 6 2023, n° 5, p. 7

***pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve.***

*La cour d'appel, qui a relevé que l'employeur s'était assuré le concours d'un huissier pour organiser un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces puis avait procédé, après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes, a exactement déduit de ces constatations, dont il ressortait que l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait eu recours à un stratagème pour confondre le salarié, qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve.*

Les arrêts d'assemblée plénière du 22 décembre 2023 ont été largement commentés par la doctrine<sup>4</sup> et sont majoritairement approuvés. En effet, le revirement de jurisprudence sur le droit à la preuve met la Cour de cassation en cohérence avec la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme le souligne le professeur Radé<sup>5</sup>, « la solution était attendue et logique au regard des exigences posées par la Cour européenne » et « constitue le point d'achèvement prévisible d'une vague jurisprudentielle initiée en 2003 » par cette Cour.

Ainsi, une autrice <sup>6</sup> 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 :

***« (...)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***

---

<sup>4</sup> - Stéphane Brissy, " Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve doit être concilié avec le droit à la preuve, La Semaine Juridique Sociale, 23 janvier 2024, n°3, 1028.

- Marijke Granier-Guillemarre et Victor Jean-Baptiste, " L'arrêt de l'assemblée plénière sur la preuve déloyale décrypté par le cabinet MGG Legal ", Liaisons sociales Quotidien - L'actualité, 8 janvier 2024, n°18953.

- Nicolas Hoffschir, " Périssse le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve ! ", Dalloz actualité, 9 janvier 2024.

- Hélène Nasom-Tissandier, " Droit à la preuve et principe de loyauté probatoire : un revirement de jurisprudence lourd de conséquences ? ", Jurisprudence Sociale Lamy, 23 janvier 2024, n°577.

- Dominique Ponsot et Hugues Fulchiron, " Du droit à la preuve ", La Semaine Juridique Edition Générale, 29 janvier 2024, n°4, actualité 119.

- Géraldine Vial, " Recevabilité d'une preuve déloyale en matière civile : l'inexorable ascension du droit à la preuve ", La Semaine Juridique Edition Générale, 29 janvier 2024, n°4, actualité 120.

- Géraldine Vial, Cindy Lhomond et Patrice Adam, " Le droit à la preuve et le principe de loyauté de la preuve : quelle(s) articulation(s) ? ", Revue de droit du travail, 2023, p. 156.

<sup>5</sup> Christophe Radé, Professeur à la faculté de droit de l'université de Bordeaux, " Le juge, la vie privée du salarié et la preuve déloyale : suite (et sans doute pas fin), Droit social 2024 p.293

<sup>6</sup> C. Lhomond, « Une esquisse de la preuve déloyale », Revue de droit du travail 2024, p.318

**obligations qui incombe à l'employeur, à l'image de la sécurité des salariés** (37)<sup>7</sup> 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)<sup>8</sup>. 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 Klein<sup>9</sup> 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.** Aussi n'est-il pas question de revenir, dans le cadre de cette chronique, sur les débats et inquiétudes largement relayés par la doctrine sur l'expansion du contrôle de proportionnalité.*

*Il n'est en revanche pas anodin de s'arrêter un instant sur les raisons profondes invoquées à l'appui du revirement de jurisprudence par les conseillers rapporteurs, les sources « réelles » de la solution si l'on peut dire. Alors qu'il était jusqu'ici considéré que les preuves déloyales seraient indignes de justice, que cette dernière se décrédibiliserait en les admettant et « ne pourrait atteindre son objectif de pacification des rapports sociaux si le prix à payer est de créer d'autres désordres », **la « quête de vérité de plus en plus marquée » du citoyen,** l'incompréhension par*

---

<sup>7</sup> Soc. 22 mars 2023, pourvoi n° 21-24.729, arrêt société France balayage

<sup>8</sup> Soc., 14 février 2024, pourvoi n° 22-23.073, publié, arrêt Pharmacie mahoraise

<sup>9</sup> 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

le grand public de la justification du rejet des preuves déloyale, la perméabilité de l'opinion publique à « certaines thèses et à certaines interprétations » complotistes justifieraient désormais la réception des preuves déloyales, laquelle pourrait contribuer à « **réconcilier une part de nos concitoyens avec leur justice** » (Rapport oral des conseillers rapporteurs, reproduit in JCP 2024. 119). L'entrave à l'établissement de la vérité l'emporte ici sur « la considération que la justice doit être rendue loyalement au vu de preuves recueillies et produites d'une manière qui ne porte pas atteinte à sa dignité et à sa crédibilité » (§ 7 et 8 de l'arrêt). La justification du revirement met cette fois mal à l'aise. Au fond, elle participe du constat, largement relayé, selon lequel **la société ne tolère plus la notion de vérité judiciaire, cette fiction juridique qui peut conduire à sacrifier la recherche de la vérité sur l'autel du respect des principes essentiels de la procédure**. Là encore, ce rejet s'inscrit dans un **mouvement plus global de refoulement des mécanismes procéduraux trop formels** et, plus largement, du droit comme ordre normatif légitime. Une telle animosité s'exprime chaque jour plus fortement **pour remettre en cause d'autres principes fondamentaux tels que la prescription ou la présomption d'innocence**, voire pour exprimer une méfiance si ce n'est une hostilité de principe à l'égard du système judiciaire dans son ensemble. Mais peut-on se satisfaire d'une réponse de l'institution judiciaire qui semble reprendre à son compte la critique en renonçant aux principes qui fondent le droit moderne sous prétexte de satisfaire « l'opinion » ou le « grand public », pour reprendre les mots du rapporteur ? Avec quelles conséquences sociales ? **La solution nouvelle fait nécessairement courir le risque de l'explosion de procédés probatoires douteux et attentatoires aux exigences procédurales élémentaires, puisque les parties pourront toujours « tenter leur chance » et espérer passer le filtre du contrôle de proportionnalité**. La généralisation d'une société de surveillance encore facilitée par l'intelligence artificielle qui en découlerait ne se réalisera-t-elle pas nécessairement au mépris de la paix sociale ? **De la délimitation des modes de preuve admissibles dépendent en partie les valeurs sur lesquelles se fonde notre système juridique**.

Il n'est évidemment pas question ici de militer pour autant pour une application aveugle du principe de loyauté, mais peut-être de souligner que la notion de preuve déloyale renvoie à une palette de comportements divers qui manifestent une gradation dans la déloyauté : éléments simplement obtenus à l'insu de celui auquel on les oppose par enregistrement ou captation non autorisés, éléments volés ou détournés de manière frauduleuse, mais aussi éléments obtenus à la suite de manœuvres ou de stratagèmes relevant de la provocation à la preuve, voire de la provocation à la commission des faits (sur ces distinctions, v. rapport écrit D. Ponsot, p. 18-19). La justice ne devrait ni légitimer l'usage de stratagèmes probatoires peu scrupuleux ni inversement couvrir des pratiques particulièrement déloyales au nom d'une appréciation trop rigoureuse de la loyauté. C'est pourquoi les conseillers rapporteurs proposaient dans leur rapport une troisième voie médiane entre rejet automatique de la preuve déloyale et recours systématique au contrôle de proportionnalité en distinguant selon les types de preuve déloyale. 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 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.** »

Le professeur Patrice Adam<sup>10</sup> interroge :

« (...) Quand la justice est-elle le moins digne ? Lorsqu'elle assure la victoire de celui qui a violé le droit ou lorsqu'elle donne raison à son adversaire déloyal (8) ? **La vérité ou la loyauté ?** C'est là une décision politique impliquant un choix de philosophie juridique (fondamentalement lié à une réflexion sur les fins du droit). »

Il souligne la portée du revirement :

« (...) Gageons que l'évolution jurisprudentielle devrait significativement **faire évoluer certains contentieux, comme celui du harcèlement moral ou sexuel où la collecte d'éléments probatoires est souvent tâche ardue**, pour ne pas dire impossible. De cette évolution, nul (sinon les harceleurs) ne devrait se plaindre. (...) »

Et au-delà du revirement, il indique qu'il appartient au juge de cassation, dans le champ de la mise en balance des intérêts, de délivrer aux juges du fond des directives claires :

« Quelles pourraient être ces directives ? On peut modestement en identifier trois. D'abord qu'au stade du **contrôle de justification**, le juge soit tenu de rechercher non seulement si les éléments probatoires produits sont en adéquation avec les prétentions soutenues mais aussi s'il existait une possibilité raisonnable de rapporter la preuve des allégations par un autre moyen que celui disputé. Exigence qui englobe, à notre sens, celle posée par la Cour EDH (lorsqu'elle met en balance, sur le fondement de l'article 8, § 2 de la Convention EDH, le droit à la preuve et l'atteinte au droit à la vie privée) selon laquelle l'élément probatoire produit doit avoir joué un rôle déterminant pour établir la véracité des allégations de celui qui l'invoque ( 30 ) . En effet, l'absence d'alternative probatoire implique nécessairement que la preuve produite a joué un rôle déterminant dans le dénouement du procès ! Ensuite, que lors du **contrôle de proportionnalité**, le juge vérifie que même justifiée, la production d'éléments probatoires illicites ou déloyaux ne porte pas une atteinte excessive aux droits de la partie adverse. Pesée des intérêts antagonistes qui devrait situer, comme le souligne le conseiller Ponsot dans son rapport, le droit à la preuve « dans un rapport de proportionnalité avec le droit substantiel en cause et avec les droits de la partie adverse » (la force du droit à la preuve dépend de la prérogative substantielle qu'il « arme » et de celle qui lui fait face). Enfin, la piste est tracée par le juge européen (Cour EDH et du TUE (31) ), que **le juge vérifie que la partie à laquelle est opposée la preuve litigieuse a eu la possibilité de la discuter utilement devant le juge. Faut-il en revanche exiger, pour que le procès soit jugé équitable, que la preuve illicite ou déloyale ne constitue pas le seul élément sur lequel le juge national a fondé sa décision ?** Le juge européen le laisse à penser (32) . L'assemblée plénière ne semble pas cependant vouloir s'engager dans cette voie. Et demain ? »

---

<sup>10</sup> Patrice Adam, Professeur à l'Université de Lorraine, " Le droit à la preuve : au tour (autour) de la preuve déloyale Et la loyauté est là, et la loyauté s'en va ", Semaine Sociale Lamy, 15 janvier 2024, n°2075

Par des propos recueillis dans la Semaine Sociale Lamy, le doyen Jean-Guy Huglo<sup>11</sup> 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.*

*L'arrêt rendu par la chambre sociale le 20 décembre 2023 (précité)<sup>12</sup> sur le secret médical en est la parfaite illustration. Dans cette affaire, une comptable avait produit les fiches d'intervention chirurgicale des patients pour obtenir une requalification indiciaire. Le secret médical est un des secrets les mieux protégés puisqu'il touche à des questions qui relèvent du cœur même de l'intimité de la personne humaine. On comprend de quel côté a penché la balance. »*

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). 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 production de pièces en justice.** Selon la CJUE, il s'agit d'un «*

---

<sup>11</sup> Jean-Guy Huglo, " Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires ", Semaine Sociale Lamy, 29 janvier 2024, n°2077.

<sup>12</sup> Cas d'une preuve licite dans son obtention et rapportée sans stratagème : « Le raisonnement est identique dans un arrêt du 20 décembre 2023 (Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 21-20.904) qui concerne la production en justice de données relevant du secret médical obtenues de façon licite par la salariée dans l'exercice de ses fonctions »

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. »

## 2 - La jurisprudence récente du Conseil d'Etat en matière de témoignages anonymisés

Deux décisions récentes du Conseil d'Etat traitent, en matière de contentieux disciplinaire de la fonction publique, de la question des témoignages anonymisés par l'administration en qualité d'autorité disciplinaire.

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 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 2023<sup>13</sup> (« *corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence* »):

***Sanction infligée sur le fondement de témoignages anonymisés à la demande des témoins, lorsque la communication de leur identité serait de nature à leur porter préjudice*** - 1) *Légalité - Existence* - 2) *Contestation de l'authenticité ou la véracité des témoignages* - *Autorité disciplinaire devant produire tout élément pertinent* - 3) *Formation de la conviction du juge* - *Modalités*.

***1) 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.***

***2) 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 tout élément 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.***

***3) La conviction du juge se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile.***

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 :

***« (...) Il est donc parfaitement établi que des témoignages anonymisés peuvent contribuer, et même contribuer de façon déterminante, à établir des faits de nature à constituer une faute disciplinaire. Vous n'avez en revanche, à notre connaissance, jamais eu l'occasion de valider une sanction fondée exclusivement sur des témoignages anonymisés. Vous avez à chaque fois relevé que la teneur des témoignages anonymisés était « confortée par des éléments non anonymisés versés au dossier » (décision Mbongo), ou encore que l'anonymisation fût incomplète (décision Elections municipales de Vénissieux). Pour autant, nous ne pensons pas qu'il faille penser qu'une sanction serait par principe illégale du seul fait qu'elle ne reposerait que sur des témoignages anonymisés. On peut certainement imaginer des cas où la protection des témoins exigerait de ne pas faire état de leur identité alors même que leur témoignage constituerait le seul élément pour établir une faute qui devrait être sanctionnée. La rédaction de votre décision Elections municipales de Vénissieux, qui ne mentionne le caractère incomplet de l'anonymisation que de façon confortative, semble d'ailleurs aller en ce sens. Et la Cour européenne des droits de l'homme elle-même a admis sous certaines***

---

<sup>13</sup> Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.308, publié

**conditions** - sur lesquelles nous reviendrons - **que des témoignages anonymisés puissent être dans une affaire la « preuve unique ou déterminante »** (voyez l'arrêt de Grande chambre du 15 décembre 2011, Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni, nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, 126 et 147 ; ainsi que l'arrêt du 25 avril 2012, Ellis et Simms et Martin c. Royaume-Uni, n°s 46099/06 et 46699/06).

Pour autant, **des témoignages anonymisés ne sauraient être utilisés à la légère, à plus forte raison lorsqu'ils ne sont pas corroborés par d'autres éléments.** Si de tels témoignages peuvent être admis, ils emportent, par construction, une restriction des possibilités de contestation par la partie à qui ils sont opposés. Comme le disait Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire Elections municipales de Vénissieux, « ne pouvant identifier la personne qui est l'auteur d'une déclaration anonymisée, elle ne peut mettre en cause sa bonne foi, ni questionner sa crédibilité, ni démontrer sa partialité ; elle ne peut pas non plus mettre en évidence une contradiction entre la teneur de sa déclaration et d'autres propos ou comportements qui pourraient lui être attribués. Ses possibilités de contestation ne sont pas inexistantes certes puisqu'elle peut toujours pointer des contradictions internes à cette déclaration. Mais elles se trouvent indubitablement limitées. ». C'est bien pour cette raison, vous exposait Vincent Daumas, que **le juge pénal, les juges européens, ou encore vos homologues britanniques, américains ou allemands n'appréhendent les témoignages anonymisés qu'avec la plus grande prudence.**

Et vous faites vous-mêmes, en la matière, preuve de prudence en n'acceptant de **prendre en considération des témoignages anonymisés que moyennant certaines garanties.** La première, et la plus essentielle, c'est que **l'anonymisation ne doit pas priver la partie à laquelle les témoignages sont opposés de toute possibilité de contestation utile.** Vous avez ainsi expressément souligné, dans la décision Mbongo, que **l'ensemble des pièces et témoignages anonymisés avait été soumis au contradictoire.** De même, à chaque fois que vous prenez en considération des « notes blanches », vous prenez soin de relever que celles-ci ont bien été versées au débat contradictoire. Enfin, le point nodal de votre raisonnement, pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance du **principe d'égalité des armes** dont vous étiez saisis dans l'affaire des Elections municipales de Vénissieux a bien été que **les personnes sanctionnées avaient pu utilement, malgré l'anonymisation, présenter une défense.**

**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 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.** Votre décision *Sangare*, déjà citée, précise que ce n'est que si la communication des témoignages « serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués » qu'il est possible à l'inspecteur du travail de ne pas les porter à la connaissance du salarié et de l'employeur. De même, dans les décisions *Decottignies* et *Vincenzi*, que nous citons également tout à l'heure, vous vous êtes montrés très exigeants quant au droit de l'agent public d'obtenir communication de son dossier et, à ce titre, de toutes les pièces qui doivent y figurer : le principe est que l'agent doit pouvoir accéder aux procès-verbaux des auditions des personnes entendues sur son comportement et il n'en va autrement que « si la communication de ces procès-verbaux serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné ». 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 ? Vincent Daumas vous avait proposé, à propos des *Élections municipales de Vénissieux*, un mode d'emploi procédural : il suggérerait que le juge administratif apprécie le caractère sérieux de la justification de l'anonymat, et qu'en l'absence de justification sérieuse, il ordonne la production des éléments de preuve sous une forme non anonymisée, en écartant ensuite les éléments de preuve dont l'anonymat n'aurait pas été levé. Vous avez refusé de le suivre dans cette voie, par souci – pensons-nous – d'en rester à votre **pragmatisme habituel en matière d'administration de la preuve.** Nous ne vous proposerons

*bien évidemment pas de reprendre aujourd'hui cette rigidification procédurale que vous avez refusée en 2015. 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.** (...)»*

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. \[B\]](#)), met la focale sur les droits de la défense. Il concerne une procédure disciplinaire à l'encontre d'un professeur de philosophie, fondée sur un rapport établi par une mission d'inspection ayant recueilli les témoignages anonymisés d'élèves. Le pourvoi du ministre a été rejeté en raison de ce que le premier motif retenu par la cour administrative d'appel, tiré de l'irrégularité de la procédure disciplinaire, justifiait légalement sa décision d'annulation de la sanction d'exclusion temporaire. Le Conseil d'Etat, 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 :

*Procédure disciplinaire - 1) Cas où la sanction est fondée sur un rapport d'inspection -- a) Pièces dont l'agent doit être mis à même de prendre connaissance (2) - Rapport - Témoignages dont dispose l'autorité disciplinaire (3) - b) Tempérament - **Risque avéré de préjudice pour l'auteur du témoignage** (4) - i) Modalités - **Communication préservant l'anonymat du témoin** (5) - ii) Appréciation de ce risque - Critères - iii) Illustration - Témoignages d'élèves ayant fondé une sanction à l'encontre de leur professeur - 2) Contrôle du juge saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance de ce droit - Méthode - Appréciation globale de l'existence d'une privation effective d'une garantie (6).*

*1) a) 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, et des témoignages recueillis par les inspecteurs dont elle dispose, notamment ceux au regard desquels elle se détermine.*

*b) 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 fait la demande, i) selon des modalités préservant l'anonymat du témoin. ii) 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.***

*iii) **S'agissant de témoignages d'élèves sur leur professeur, il appartient à l'administration de les anonymiser en fonction de son appréciation du risque de préjudice pour eux.***

*2) **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.**

1. Cf., sur la qualification de principe général du droit, CE, 6 avril 1973, *Sieur Mourot*, n° 88516, p. 285 ; CE, 30 décembre 2016, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)*, n° 395681, p. 578 ; en matière de discipline des fonctionnaires, CE, Section, 24 janvier 1936, *Montabre*, p. 107.

2. Cf., s'agissant des modalités de consultation des éléments du dossier par l'intéressé, CE, 21 octobre 2022, *M. Clavreuil*, n° 456254, T. p. 769.

3. Cf., sur le principe selon lequel les témoignages recueillis par une mission d'inspection sont susceptibles de faire partie des pièces du dossier devant être communiquées à l'agent public faisant l'objet d'une procédure disciplinaire, CE, 28 janvier 2021, *M. de Vincenzi*, n° 435946, T. pp. 742-748. Rapp., s'agissant d'une mesure prise en considération de la personne du fonctionnaire, CE, 5 février 2020, *M. Decottignies*, n° 433130, p. 24.

4. Ab. jur., en ce qu'elles limitaient ces tempéraments au principe de la communication des témoignages aux risques de préjudice grave pour les personnes qui ont témoigné, s'agissant d'une mesure prise en considération de la personne, CE, 5 février 2020, *M. Decottignies*, n° 433130, p. 24 ; s'agissant d'une sanction disciplinaire, CE, 28 janvier 2021, *M. de Vincenzi*, n° 435946, T. pp. 742-748. Rapp., pour l'anonymisation des témoignages lorsque la communication de l'identité de leur auteur serait de nature à leur porter préjudice, CE, 5 avril 2023, *Pôle emploi*, n° 463028, T. p. 768.

5. Rapp., s'agissant d'une mesure prise en considération de la personne, prévoyant l'obligation d'informer l'agent public de la seule teneur des témoignages, CE, 28 avril 2023, *M. Picaud*, n° 443749, T. p. 763.

6. Cf. CE, Assemblée, 23 décembre 2011, *Danthonny et autres*, n° 335033, p. 649 ; sur la vérification de ce que l'intéressé a, en l'espèce, été privé d'une garantie, CE, 6 novembre 2013, *M. Paris*, n° 359501, T. pp. 402-654-808 ; CE, Section, avis, 30 décembre 2013, *Mme Okosun*, n° 367615, p. 342 ; CE, 20 juillet 2021, *Ministre de l'intérieur c/ M. Bonnet*, n°s 445843 445845, T. p. 748.

7. Rapp., sur la possibilité pour l'administration de prendre légalement la même décision que celle qui a été suspendue par le juge des référés après avoir été remédié au vice ayant justifié la suspension, CE, Section, 5 novembre 2003, *Association " Convention vie et nature pour une écologie radicale "*, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 259339, p. 444.

Dans ses [conclusions, Mme Dorothée Pradines](#), Rapporteuse publique, analyse notamment la portée de la décision Decottignies<sup>14</sup> 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 :

---

<sup>14</sup> [CE, 5 janvier 2020, n° 433130, M. Decottignies](#), p. 24, voir les [conclusions du Rapporteur public](#) Louis Dutheil de Lamothe

« 2.(...) Cette conception large [du contenu du dossier disciplinaire] est ensuite tempérée par une **réserve pour les cas où cette communication serait « de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné »**. Les conclusions du rapporteur public, Louis Dutheil de Lamothe, permettent cependant de comprendre que cette « soupape de sécurité » ne devait être mise en œuvre que de façon « rarissime », indiquant toutefois déjà que, **dans une telle hypothèse, « l'administration doit informer l'agent public, de façon suffisamment circonstanciée, de [la] teneur [des témoignages], de telle sorte qu'il puisse se défendre utilement »**. C'est la précision qu'a entérinée votre décision du 28 avril 2023, M. Picaud<sup>15</sup>. (...) »

Une commentatrice critique<sup>16</sup> a ainsi souligné que la jurisprudence Decottignies générerait le « **risque [d'une] vulnérabilité accrue des témoins que les corps de contrôle cherchaient jusqu'alors à protéger par la confidentialité de leur témoignage** »<sup>17</sup> mais aussi celui de « **facilité des annulations « artificielles » pour vice de procédure** ». Vous êtes accusés d'avoir cédé à la « tentation du fétichisme procédural » et « renié la finalité de rétablissement d'une égalité des armes concrète entre les parties » en abandonnant « l'exigence que les éventuelles pièces manquant au dossier fourni à l'agent public répondent à une condition d'utilité pour l'exercice des droits de la défense ».

Outre ce procès en déconnexion, certaines modifications des textes applicables aux corps d'inspection permettent de mesurer les craintes suscitées par la jurisprudence Decottignies. (...) **L'article 10 du décret du 23 décembre 2022 relatif à l'inspection générale de l'administration témoigne lui aussi de la préoccupation de garantir la protection des témoins** : « Les membres du service veillent à recueillir les témoignages dans des conditions qui ne soient pas de nature à exposer leurs auteurs à un préjudice », et non à un préjudice grave, précisant que les témoignages pouvaient être « recueillis sous couvert d'anonymat », et néanmoins revêtus d'une présomption d'authenticité dès lors qu'ils sont signés par deux inspecteurs.

3. Ces éléments tendent à confirmer que les inspections ont réagi à la décision Decottignies en verrouillant les possibilités d'accès aux témoignages qu'elles recueillent. Pourtant, l'esprit de cette décision était d'en imposer la communication à l'agent poursuivi, en s'inspirant de la jurisprudence applicable en matière de licenciement des salariés protégés (3.1.) pour tenter de fixer des modalités de mise en œuvre de la garantie des droits de la défense que constitue la communication à l'agent de l'intégralité de son dossier notamment en présence de griefs qu'il est difficile de caractériser autrement que par des témoignages (3.2.).

3.1. La Section du contentieux a en effet répondu dès 2006, en matière de salariés protégés, à « **la délicate question de l'équilibre entre, d'une part, les droits de la défense et, d'autre part, la protection des intérêts des personnes dont émanent**

---

<sup>15</sup> CE, 28 avril 2023, n° 443749, B, M. Picaud

<sup>16</sup> Elisabeth Landros-Fournalès, « L'extension de la communication du dossier aux rapports d'enquête - La tentation du fétichisme procédural », RFDA 2021 p. 535.

<sup>17</sup> Ce qui témoignerait d'une absence de prise en compte des thématiques des risques psycho-sociaux, de la prévention des situations de violences et de harcèlement au travail et du souci de l'administration de protéger les témoins qui osent dénoncer des dysfonctionnements internes.

**les attestations ou les témoignages** », pour reprendre les mots d'Yves Struillou, dans ses conclusions sur l'affaire Mme Rodriguez<sup>18</sup>. (...)

**Dans les deux cas, lorsque l'accès à ces éléments ou à ces témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués ou à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et, le cas échéant, l'employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur.**

Enfin, et peut-être surtout, la décision Rodriguez comme la décision Sangare font état de la « protection exceptionnelle » dont bénéficient les salariés investis de fonctions représentatives « dans l'intérêt de l'ensemble des salariés qu'ils représentent ». Yves Struillou soulignait à cet égard que la solution valait « uniquement pour ce type de contentieux », dans lequel « aucune considération tirée de l'intérêt public ne joue », considérations qui pourraient, à l'inverse, « justifier [...] que soient protégées les personnes ayant eu le courage de porter à la connaissance de l'administration certains comportements, en étant certaines que leur identité ne serait pas révélée ».

### **3.2. C'est bel et bien cet équilibre entre les droits de la défense et la protection des témoins qui était en jeu dans la décision Decottignies.**

Le sort à réserver aux témoignages soulève en effet des enjeux touchant à la fois aux droits de la défense, aux moyens de preuve d'un dysfonctionnement ou d'un comportement inadapté du fonctionnaire et aux dispositifs de protection prévus par la loi.

L'anonymat peut générer un sentiment d'impunité. Mais **l'anonymisation, qui permet de dissimuler l'identité du témoin à la seule personne mise en cause, et non à celui qui recueille le témoignage, est une protection, notamment face aux représailles.** Pour le dire en termes actuels, **l'anonymisation « libère la parole ».** De fait, **c'est souvent lorsqu'est en cause le comportement, ou les méthodes managériales, d'un cadre dirigeant<sup>19</sup>, d'une part que les entretiens et témoignages apparaissent les mieux à même de caractériser les griefs, et d'autre part que l'enquête est confiée à inspection ministérielle : comme l'indiquait Louis Dutheil de Lamothe dans ses conclusions sur Decottignies, le recours à une inspection « apparaît évidemment plus réaliste et opportun qu'une enquête interne lorsque le mis en cause est le directeur lui-même... ».**

**Dans un contexte de prise de conscience croissante des problématiques de harcèlement au travail, qui n'épargnent pas la fonction publique, tant s'en faut, la question des risques qu'encourent les témoins mérite donc toute votre attention. (...)**

Par ailleurs, il paraît raisonnable de considérer qu'en principe, et sous réserve de l'existence de circonstances particulières, **une personne se trouvant sous l'autorité de l'agent mis en cause puisse être protégée. Il en va évidemment ainsi en présence d'un lien de subordination**, par exemple lorsque le témoin est placé sous l'autorité hiérarchique directe de l'agent en cause. Il nous semble qu'il en va en principe de même s'agissant des élèves vis-à-vis de leurs professeurs (...) Vous avez d'ailleurs retenu que ce risque justifiait l'anonymisation de certains témoignages

---

<sup>18</sup> CE, Section, 24 novembre 2006, Mme Rodriguez, n° 284208, p. 481.

<sup>19</sup> Decottignies, de Vincenzi : directeurs d'un établissement public ; Clavreuil : sous-préfet ; Picaud : directeur académique des services déconcentrés de l'Education nationale

produits à l'encontre d'un enseignant-chercheur par une décision Mbongo du 9 octobre 2020<sup>20</sup>.

**Pour ces différentes catégories de témoins, en principe, leur témoignage pourrait être anonymisé ou synthétisé pour n'en communiquer à l'intéressé que la teneur – sous réserve, comme nous l'avons indiqué, de circonstances particulières qui feraient que le risque de représailles paraîtrait en l'espèce suffisamment faible pour ne pas justifier que soit écorné le respect des droits de la défense.** Ce ne sont toutefois que des exemples et la liste n'est pas limitative. Il nous semble notamment que, dans d'autres cas, il appartiendra aux inspecteurs qui auditionnent une personne de mettre en évidence le risque de préjudice qu'elle encourt en cas de diffusion de son témoignage et de le porter à l'attention de l'autorité commanditaire qui pourra ainsi en justifier devant le juge. (...)

4. La réserve des circonstances particulières, l'évocation du contradictoire asymétrique tout comme la question de l'existence d'un préjudice renvoient **au contrôle qu'il revient au juge d'opérer** sur la régularité de la communication du dossier au fonctionnaire.

4.1. L'on peut s'étonner qu'une étape procédurale, aussi fondamentale soit-elle pour les droits de la défense, emporte des effets aussi systématiques sur les sanctions en cause. La jurisprudence *Decottignies* semble s'articuler assez mal avec une **tendance jurisprudentielle de fond<sup>21</sup> laissant au juge une palette croissante d'outils pour neutraliser des irrégularités, régulariser des vices, ou encore apprécier in concreto l'incidence de l'atteinte à une garantie<sup>22</sup>, à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme.** (...)

4.2. Il nous semble donc que votre décision devra **réintroduire expressément le rôle du juge dans l'appréciation du respect des droits de la défense de l'intéressé**, pour sauvegarder l'effectivité de la garantie s'attachant à la communication intégrale du dossier du fonctionnaire sans encourir le reproche d'un procès en déconnexion face aux réalités des contentieux disciplinaires. Or le contentieux n'est pas celui de la communicabilité de tel ou tel document en particulier, mais celui de la légalité d'une mesure défavorable.(...)

**L'enjeu est avant tout que les faits que l'administration sanctionne soient suffisamment établis pour justifier la sanction, et qu'ils le soient par les pièces dont l'intéressé a pu prendre connaissance, le cas échéant selon des modalités préservant l'anonymat de témoins.**

Or vous admettez dans divers contextes des preuves anonymes ou anonymisées, ainsi que le relevait Nicolas Labrune dans ses conclusions sur l'affaire précitée Pôle emploi : il estimait « **parfaitement établi que des témoignages anonymisés [puissent] contribuer, et même contribuer de façon déterminante, à établir des faits de nature à constituer une faute disciplinaire.** »

---

<sup>20</sup> CE, 9 octobre 2020, n° 425459, aux T

<sup>21</sup> Par exemple T. Mulier, « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », RD publ. 2019. 579 ; F. Melleray, « Requiem pour le vice de procédure ? », AJDA 2018. 1241.

<sup>22</sup> Vous avez jugé, dans l'avis de Section Okosun (CE, Section, avis, 30 décembre 2013, n° 367615, p. 342), que même en cas d'irrégularité entachant une procédure constitutive d'une garantie, il appartenait au juge de rechercher si, en l'espèce, l'intéressé avait été privé de cette garantie.

5.1. Au terme de cet exposé, et pour synthétiser notre position, nous vous proposons de conserver de Decottignies la **nécessité de garantir le respect des droits de la défense du fonctionnaire mis en cause, en lui donnant accès largement aux éléments recueillis sur son comportement et sur lesquels l'autorité disciplinaire fonde sa mesure.** (...)

En revanche, pour remédier aux légitimes critiques formulées à l'encontre de la décision Decottignies et à ses conséquences excessives, **vous recentrerez cette solution sur le cœur des droits de la défense.** D'une part, vous reviendrez à votre conception séculaire de l'utilité aux droits de la défense, qui s'attache aux pièces sur lesquelles se fonde l'administration pour sanctionner l'agent, que celui-ci doit être « mis à même » de consulter. D'autre part, vous admettrez que, **s'agissant des témoignages, les modalités de mise en œuvre du principe de communication intégrale du dossier puissent être aménagées lorsque leur communication serait de nature à porter préjudice aux témoins, afin de préserver leur anonymat.** À cet égard, vous pourrez préciser que cette hypothèse couvre, en principe, certaines catégories de témoins dont nous avons déjà parlé, tout en réservant le cas de circonstances particulières.

Enfin, vous remettrez le juge au cœur de l'appréciation du respect des droits de la défense de l'intéressé. (...) »

Les juridictions suprêmes sont ainsi invitées à opérer un contrôle de proportionnalité entre les différents intérêts en présence.

### 3 - Quelques éléments de jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation sur les témoignages anonymisés

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.

Dans cette affaire concernant un litige entre une société et un comité social et économique (CSE), celui-ci a décidé lors d'une réunion de recourir à une expertise pour justifier de l'existence d'un risque grave. La société a saisi le président du tribunal judiciaire de demandes tendant à écarter des débats les témoignages anonymisés produits par le CSE et à annuler la délibération prise lors de cette réunion.

#### 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.**

Un pourvoi en cours d'examen (pourvoi n°B 23-19.022) pose notamment la question de savoir si le fait pour le juge d'écarter un rapport d'enquête diligenté par l'employeur à la suite de la relation de propos et agissements sexistes et à caractère sexuel pour fonder un licenciement disciplinaire, comme insuffisamment probante aux motifs que certains comptes-rendus ont été caviardés, le nom des personnes citées anonymisés et d'autres non produits dans le souci de préserver l'anonymat des salariés n'ayant pas souhaité que leur témoignage ne soit pas divulgué, sans que l'employeur n'explique en quoi il n'aurait pu anonymiser ces éléments, porte atteinte à la liberté de la preuve en matière prud'homale ainsi qu'au droit au respect de la vie privée.

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 légalisée<sup>23</sup> et, de l'autre côté de la balance, les droits de la défense constitutionnellement garantis<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> 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

<sup>24</sup> 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