



RAPPORT 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]

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [O] a été engagé en qualité de rectifieur, catégorie ouvrier, le 15 juillet 2013 par la société Savoie rectification (la société).

La relation de travail relève de la convention collective des Industries de Métallurgie de Haute-Savoie.

Le 13 novembre 2017, le salarié a été convoqué à un entretien préalable fixé au 23 novembre en vue d'un éventuel licenciement et, par lettre du 29 novembre 2017, il a été licencié pour faute grave, l'employeur lui reprochant un comportement agressif à l'égard de certains salariés en horaires d'équipe d'après-midi, se manifestant par

des menaces, des remarques désobligeantes, des intimidations et des propos violents au sein de l'entreprise.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale en contestation de cette rupture.

Par jugement du 5 novembre 2020, le conseil de prud'hommes de Bonneville a dit que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse et a condamné la société à verser au salarié diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'article 700 du code de procédure civile.

Statuant sur appel de la société par arrêt du 8 mars 2022, la cour d'appel de Chambéry a confirmé en toutes ses dispositions le jugement et, y ajoutant, a condamné la société à verser au salarié une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

L'employeur a formé un pourvoi le 27 juillet 2023. Procédure devant la Cour de cassation :

- 27/11/2023 : dépôt du MA et du MA rectificatif, signifié à M. [O] par acte déposé à l'étude le 1^{er} décembre 2023, demande 4 500 € au titre de l'article 700 du CPC;
- 02/01/2024 : observations complémentaires en demande.

Le salarié n'a pas constitué avocat aux Conseils. Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

2 - Analyse succincte du moyen

Par un moyen unique articulé en six branches, l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse et de le condamner à lui verser diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ qu'il résulte de l'article 6, § 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale 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 ; que pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a considéré qu'étaient dépourvus de valeur probante les deux constats établis par huissier dès lors qu'ils consistaient en un recueil de témoignages anonymes de salariés de l'entreprise, quand ces témoignages, s'ils étaient anonymisés en raison de la crainte de leurs auteurs de représailles, avaient été recueillis par un officier public et ministériel et faisaient foi jusqu'à preuve contraire, de sorte qu'ils étaient parfaitement recevables, la

précaution tenant à ce que les propos aient été retranscrits par un huissier de justice en assurant la crédibilité, à charge pour le juge d'en préciser la valeur et la portée ; **qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ;**

2°/ que **si le juge ne peut fonder sa décision sur de seuls témoignages anonymes, il peut se fonder sur des témoignages qui ont été anonymisés à l'égard de la seule partie adverse afin de permettre la protection de leurs auteurs face à des craintes de représailles ;** que si l'huissier mandaté par la société Savoie Rectification avait anonymisé les témoins entendus vis-à-vis de M. [O], **leur identité apparaissait néanmoins sur les originaux des deux constats destinés à une diffusion exclusive aux magistrats ;** qu'en rejetant ces deux pièces au seul motif qu'elles recueillaient des témoignages anonymes, **la cour d'appel a encore violé l'article 6, § 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale ;**

3°/ qu'en retenant **qu'en application du principe du contradictoire,** les originaux des constats d'huissier contenant l'identité des témoins n'étaient pas recevables dès lors que ces pièces n'avaient pas été contradictoirement débattues, quand les deux constats reprenant les contenus des auditions de cinq témoins évoquaient des négligences volontaires de M. [O] dans le cadre de son travail ainsi que son attitude irrespectueuse voire agressive, tant verbalement que physiquement, envers ses collègues, de sorte que **le salarié était en mesure de débattre de manière contradictoire de la matérialité des griefs ainsi formulés à son encontre,** indépendamment même de la question de la connaissance de l'identité de leurs auteurs, **la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;**

4°/ que **l'employeur est tenu à l'égard de ses salariés d'une obligation de sécurité ; qu'il ne peut être exigé de lui qu'il obtienne des salariés ayant témoigné du comportement agressif et menaçant d'un collègue de travail à leur égard qu'ils révèlent leur identité alors même qu'ils craignent des représailles de la part de ce dernier ;** qu'en se bornant à retenir que la société Savoie Rectification ne démontrait pas la réalité de la faute grave commise par M. [O] en produisant deux constats recueillant les témoignages anonymes de salariés, **sans rechercher si cette anonymisation n'était précisément pas justifiée par la nature des faits dénoncés et les risques de représailles invoqués par les témoins, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.4121-1, L.1232-1 et L.1234-1 du code du travail ;**

5°/ que **l'employeur, tenu à l'égard de ses salariés d'une obligation de sécurité, doit, dès lors qu'un risque est identifié, prendre toutes les mesures nécessaires pour le faire disparaître ;** qu'en retenant que la société Savoie Rectification ne pouvait se fonder pour justifier le licenciement pour faute grave de M. [O] sur les constats d'un huissier ayant recueilli des témoignages anonymisés de ses collègues, **sans prendre en considération la nature particulière du manquement reproché et le fait que la peur exprimée par les salariés d'être reconnus les avaient conduit à édulcorer certains récits pour ne pas être identifiés par leur collègue et à refuser systématiquement que leur identité n'apparaisse, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard des articles L.4121 1, L.1232-1 et L.1234-1 du code du travail ;**

6°/ que la cour d'appel a retenu que l'argument de la société selon lequel elle était dans l'obligation légale de recueillir des témoignages anonymes afin d'assurer la sécurité de ses employés ne pouvait prospérer dans la mesure où elle ne produisait aucun élément de nature à démontrer que leur sécurité aurait été menacée par la révélation de leur identité ; qu'en statuant de la sorte quand lesdits salariés se plaignaient précisément du

*comportement agressif et violent, tant verbalement que physiquement, de M. [O] à leur égard et de leur crainte de représailles de sa part, **la cour d'appel a statué par des motifs impropres à justifier sa décision et l'a privée de base légale au regard des articles L.4121-1, L.1232-1 et L.1234-1 du code du travail.** »*

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

Question inédite sur la recevabilité de témoignages anonymisés de salariés, 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 garantissant le droit à un procès équitable, dans le cas où ils ont été rendus anonymes *a posteriori* par l'huissier qui les a recueillis afin de protéger leurs auteurs, que leur l'identité est connue par l'employeur et que l'original des constats comportant leur nom est tenu à la disposition des juges.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La question posée par le pourvoi conduit la Cour de cassation à préciser sa jurisprudence issue des arrêts Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-20.308, publié et n° 21-20.310.

4-1- Les textes applicables

Aux termes de l'article 6, § 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

(...)

Tout accusé a droit notamment à:

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;*
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;*
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;*

d) 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;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

Aux termes de l'article 16 du code de procédure civile, au chapitre Ier « les principes directeurs du procès » relatif au principe de la contradiction :

« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

4-2- La recevabilité limitée de la preuve par des témoignages anonymes

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.

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.

Texte de l'arrêt :

Vu l'article 6, §§ 1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ;

*Attendu que pour dire que la procédure de licenciement est régulière et le licenciement justifié, la cour d'appel, après avoir retenu que l'atteinte aux droits de la défense fondée sur le caractère anonyme des témoignages recueillis par la direction de l'éthique n'est pas justifiée dans la mesure où le salarié a eu la possibilité d'en prendre connaissance et de présenter ses observations, **s'est fondée de manière déterminante sur le rapport de la direction de l'éthique ;***

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Cet arrêt a été largement commenté par la doctrine¹. Le professeur Jean Mouly ² approuve la solution, même s'il invite les juges à plus de prudence afin 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 :

¹ 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

² J. Mouly, Droit social 2018, p.951 : « témoignages anonymes et droits de la défense du salarié licencié »

« Voici l'article 6 § 1 et 3 de la Convention EDH une nouvelle fois convoqué dans une procédure prud'homale relative à un licenciement. Cette décision, rendue à propos d'une affaire de **témoignages anonymes**, est intéressante car elle **transpose à une instance « civile » une règle qui jusque-là n'avait prévalu que dans la « matière pénale »**. En réalité, il n'y a pas lieu d'en être surpris.

En l'occurrence, un salarié de la SNCF avait été licencié pour faute, après avoir tenu des propos insultants à l'égard de son responsable, proféré des menaces envers des collègues et adopté des comportements déplacés, à connotation sexuelle, à l'égard du personnel féminin. Ces faits étaient établis par un rapport dressé par la direction « éthique » de l'entreprise, comportant des témoignages anonymes de collègues. Le salarié contestait son licenciement, en soutenant que les faits qui lui étaient reprochés ne pouvaient être établis par un rapport non signé et contenant des témoignages de personnes non identifiées. La cour d'appel était passée outre en relevant que le salarié avait eu la possibilité de prendre connaissance des témoignages et de présenter ses observations. Celui-ci forma cependant un pourvoi en invoquant l'article 6 § 1 et 3 de la Convention EDH. Il obtint gain de cause devant la Cour de cassation qui censure les juges du fond en énonçant, au visa de l'article 6 § 1 et 3 de la Convention, que « le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ». Or, en l'occurrence, c'était bien les témoignages anonymes de collègues qui avaient déterminé le juge - et l'employeur dans leurs prises de décision. Il en résultait que le salarié n'avait donc pas pu se défendre « utilement » des accusations portées contre lui.

De façon générale, l'arrêt pose la question de **la licéité de la preuve du motif de licenciement**, en particulier de la faute sérieuse du salarié renvoyé. La jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur ce point, lorsqu'elle a par exemple condamné la preuve par filature ou au contraire a validé celle par SMS, l'auteur ne pouvant ignorer, dans ce dernier cas, que le message est enregistré par l'appareil récepteur (Soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V, n° 85, D. 2007. 2284, obs. A. Fabre , note C. Castets-Renard ; ibid. 2008. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; RDT 2007. 530, obs. R. de Quenaudon). La jurisprudence est, en revanche, peu abondante en ce qui concerne **les témoignages anonymes**. On relève un arrêt du 23 septembre 2003 (n° 01-43.595, NP) où **la Cour de cassation avait jugé que les juges du fond avaient pu reconnaître établie l'inaptitude professionnelle du salarié parce qu'il existait d'autres preuves que le seul témoignage anonyme versé aux débats**. Déjà, la Cour de cassation semblait donc ne pas vouloir admettre la preuve par témoignage anonyme dès lors que celui-ci était exclusif ou déterminant. L'arrêt était cependant resté isolé et il ne faisait pas référence à l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Au contraire, dans l'arrêt rapporté, la question de l'applicabilité de cet article était clairement posée à la Cour de cassation.

Jusqu'à présent, **la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** ne s'est pas prononcée, semble-t-il, sur la question des témoignages anonymes en matière civile. En revanche, **en matière pénale, elle a déjà considéré que, si l'utilisation de ces témoignages n'est pas en soi incompatible avec les dispositions de l'article 6 de la Convention, 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, § 76, D. 1997. 207 , obs. J.-F. Renucci ; RSC 1997. 484, obs. R. Koering-Joulin). C'est ainsi que dans l'affaire Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas du 23 avril 1997 (n° 21363/97), la Cour a retenu une violation de l'article 6 § 3, au motif que le seul élément de preuve identifiant formellement les

requérants comme les auteurs de l'infraction sur lequel se soit fondée la cour d'appel était constitué des déclarations de policiers anonymes et que, dès lors, la condamnation des intéressés reposait, dans une mesure déterminante, sur des dispositions anonymes (§ 55 et 63). La solution est donc clairement établie en droit pénal (v. égal., en droit interne, l'article L. 706-62 C. proc. pén., Crim., 20 juin 2018, n° 17-82.086). **L'apport essentiel de l'arrêt du 4 juillet 2018 est de transposer cette solution à la matière civile.** Si la solution n'allait pas de soi, un certain nombre d'arguments militaient toutefois en faveur de cette transposition.

Il faut d'abord rappeler que l'article 6 § 1 de la Convention est applicable en matière de licenciement, la Cour ayant décidé que leur contentieux relevait des « contestations sur les droits et obligations à caractère civil » (CEDH, 28 juin 1990, n° 11761/85, Obermeier c/ Autriche, RFDA 1991. 843, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre). Une transposition en matière civile de la jurisprudence dégagée en matière pénale n'est donc pas a priori inenvisageable ; est-elle pour autant souhaitable et justifiée ? Les impératifs ne sont pas exactement les mêmes dans les deux hypothèses et l'on pourrait comprendre que, compte tenu des enjeux, les exigences de loyauté et de transparence soient plus fortes en matière pénale. Toutefois, l'article 6 § 1 pose bien aussi un principe de procès équitable en matière civile, lequel doit s'apprécier au vu de la procédure dans son ensemble. 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, Dombo 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.

Par ailleurs, et surtout, on ne peut certainement pas faire abstraction, dans cette affaire, de l'article 202 du code de procédure civile selon lequel « l'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés. Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté

d'intérêts avec elles ». Or, en l'espèce, le rapport produit contenait la relation des faits reprochés au travailleur par des salariés de l'entreprise ; il aurait donc dû mentionner les noms de ceux-ci ainsi que comporter leurs signatures (v. en ce sens, M. Hautefort, note sous l'arrêt commenté, JS Lamy, 28 sept. 2018, n° 460). Sans doute, la Cour est-elle tenue par le cadre juridique choisi par les parties, mais elle aurait certainement pu néanmoins, dans le respect du contradictoire, invoquer d'office cet article qui lui aurait alors permis de justifier plus facilement la solution retenue. En réalité, le choix de la Cour de laisser de côté cet article 202 du code de procédure civile peut certainement s'expliquer par sa jurisprudence en matière d'attestations. Elle considère, en effet, que les formalités prévues par cet article ne sont pas prescrites à peine de nullité et que le juge ne peut écarter des attestations irrégulières sans s'en expliquer (Soc., 9 oct. 1996, n° 93-45.604, NP ; Procédures déc. 2000. 325). L'article 202 ne suffisait donc pas pour exclure des témoignages anonymes, même déterminants du licenciement.

Quoi qu'il en soit, on ne regrettera pas ce détour par la Convention EDH et le droit à un procès équitable. Même s'il complique quelque peu la tâche de l'employeur, il contribue à introduire un peu plus de transparence dans la preuve du motif de licenciement. Surtout, et de manière inattendue, il permet d'appliquer l'article 6 § 1 et § 3 au droit disciplinaire de l'entreprise privée, ce qui n'allait pas forcément de soi. »

La juriste Timothée Khan dit Cohen ³ 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.**

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**

³ T. Khan dit Cohen, Revue droit du travail 2018, p.766, « De la recevabilité (sous condition) du témoignage anonyme »

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. »

Un auteur de Jurisprudence Sociale Lamy ⁴ rappelle que « même s'ils ont été recueillis par une commission d'enquête et si l'intéressé a pu en prendre connaissance et les contester, les témoignages de salariés à l'encontre d'un de leur collègue ne peuvent être retenus pour fonder un licenciement s'ils restent anonymes ». Elle souligne la portée concrète de la décision du 4 juillet 2018, qui ne facilite pas la tâche des DRH en matière de prévention du harcèlement moral ou de la discrimination entre salariés au sein de l'entreprise :

« (...)Le principe du rejet des témoignages anonymes ne se discute pas et doit donc être pris en compte par les DRH. Ce n'est pas une bonne nouvelle pour ceux qui sont confrontés à des rumeurs de harcèlement moral ou sexuel ou encore de comportements discriminatoires dans l'entreprise. Tenus de prévenir de tels agissements ou, s'ils n'y parviennent pas, d'y mettre fin au plus vite quand ils en ont connaissance, il leur est souvent conseillé, et à juste titre, de mettre en place des commissions d'enquête pour former leur conviction. Or, on le sait, les langues se délient difficilement dans de tels cas ou, au contraire, certaines personnes manquent de mesure et d'objectivité lorsqu'elles relatent certains faits et se rétractent lorsqu'on leur demande d'établir une attestation et de la signer. Comment s'y prendre ? Pour les entreprises qui ont une charte de conduite, il est recommandé, d'abord, d'y rappeler l'impunité accordée aux témoins par les articles L. 1152-2 et L. 1153-2 du Code du travail ou de renvoyer au règlement intérieur qui les reproduit, ensuite, d'indiquer que les

⁴ M. Hautefort, JSL 2018, n°460, p.11, « Un motif de licenciement ne peut reposer sur des témoignages anonymes »

témoignages ne pouvant être anonymes, les documents qui en font état porteront les noms de leurs auteurs. Ce point devra être rappelé par la commission d'enquête lors de l'audition des témoins, quitte à ce que ce rappel entraîne une déperdition des témoignages. »

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 » ⁵ :

« La Cour de cassation a toutefois cassé l'arrêt de la cour d'appel de Rennes au visa de l'article 6, § 1 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en énonçant que " le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes ". En effet, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit à un procès équitable, prévoit que tout accusé a notamment le droit d'interroger ou de faire interroger les personnes à charge, ce qui n'est a priori pas possible dès lors que l'identité de ces personnes n'est pas connue.

Un tel attendu consacre en matière sociale un principe qui existait déjà au niveau européen sur le plan pénal. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) avait retenu que " les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pas pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats " (CEDH 27-2-2001 n° 33354/96). De la même manière, la CEDH avait posé le principe, dans deux autres arrêts, qu'" une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur des déclarations anonymes " (CEDH 23-4-1997 n° 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93 ; CEDH 26-3-1996 n° 20524/92). Cette décision semble donc cohérente avec la jurisprudence développée par la CEDH.

Les prémices de cette décision semblaient également déjà perceptibles dans un arrêt plus ancien (mais non publié), dans lequel la Cour de cassation avait retenu, pour confirmer la décision de la cour d'appel de Metz ayant considéré que le licenciement était justifié, que les juges du fond avaient rendu leur décision " sans se fonder sur le seul témoignage anonyme versé aux débats " (Cass. soc. 23-9-2003 n° 01-43.595 F-D : RJS 12/03 n° 1374).

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

⁵ 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

second cas il est possible 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. »

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. »**

Un parallèle peut ainsi être effectué avec le régime des lanceurs d'alerte.

4-3- La protection de la confidentialité des alertes et de leurs auteurs

L'obligations de confidentialité était déjà prévue à l'article 9 de la loi 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. La loi Waserman n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, qui transpose en droit interne la directive européenne (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 ⁶, et la LOI organique n° 2022-400 du 21 mars 2022, visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte, ont modifié le dispositif applicable aux lanceurs d'alerte, mis en place pour l'essentiel par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin II. Le [décret n°2022-1284 du 3 octobre 2022](#) *« relatif aux procédures de recueil et de traitement des signalements émis par les lanceurs d'alerte et fixant la liste des autorités externes instituées par la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte »* vient organiser le dispositif de protection rénové.

La loi renforce la protection de la confidentialité des alertes et des personnes qu'elles concernent, conformément aux exigences des article 16 à 18 de la directive européenne, pour chaque canal de signalement interne ou externe. Seule la transmission à l'autorité judiciaire ne requiert pas le consentement de l'auteur du signalement. Il doit malgré tout en être informé, *« à moins qu'une telle information ne risque de compromettre les enquêtes ou les procédures judiciaires concernées »*. Elle précise également les conditions de conservation des données anonymisée relatives au signalement pour une durée de trente ans, dans le but de traiter sur le long terme les informations obtenues dans les domaines de la santé publique et de l'environnement.

Ainsi l'article 4, II, du décret du 3 octobre 2022 prévoit, concernant la procédure interne de recueil et de traitement des signalements mise en place par l'entreprise, que le signalement par le canal interne peut être effectué par écrit ou par oral et formulé anonymement. La procédure mise en place doit préciser les suites sonnées aux signalements anonymes :

« I. - La procédure mentionnée à l'article 1er du présent décret instaure un canal de réception des signalements qui permet à toute personne mentionnée aux 1° à 5° du

⁶ [Directive \(UE\) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union](#), qui définit des normes minimales communes à tous les États membres en matière de protection des personnes qui signalent dans le cadre professionnel des violations du droit de l'Union

A du I de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée d'adresser un signalement par écrit ou par oral, selon ce que prévoit la procédure. Si la procédure prévoit la possibilité d'adresser un signalement par oral, elle précise que ce signalement peut s'effectuer par téléphone ou par tout autre système de messagerie vocale et, sur la demande de l'auteur du signalement et selon son choix, lors d'une visioconférence ou d'une rencontre physique organisée au plus tard vingt jours ouvrés après réception de la demande.

Le canal de réception des signalements permet de transmettre tout élément, quel que soit sa forme ou son support, de nature à étayer le signalement de faits mentionnés au I de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée qui se sont produits ou sont très susceptibles de se produire dans l'entité concernée.

La procédure prévoit que l'auteur du signalement est informé par écrit de la réception de son signalement dans un délai de sept jours ouvrés à compter de cette réception. Elle peut prévoir, **hormis le cas où le signalement est anonyme**, que l'auteur du signalement transmet en même temps que son signalement tout élément justifiant qu'il appartient à l'une des catégories de personnes mentionnées aux 1° à 5° du A du I de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée.

II. - Lorsqu'un signalement est recueilli par le canal mentionné au I du présent article, l'entité vérifie, **sauf si le signalement est anonyme**, que les conditions prévues par l'article 6 et le A du I de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée sont respectées. Elle peut, à cette fin, demander tout complément d'information à l'auteur du signalement.

La procédure prévoit que l'auteur du signalement est informé des raisons pour lesquelles l'entité estime, le cas échéant, que son signalement ne respecte pas les conditions mentionnées au précédent alinéa.

La procédure précise les suites données aux signalements qui ne respectent pas les conditions prévues par l'article 6 et le A du I de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée. **Elle précise également les suites données aux signalements anonymes.**

Lorsque l'entité estime que le signalement porte sur des faits qui se sont produits ou sont très susceptibles de se produire dans une entité appartenant au même périmètre de consolidation, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, elle peut inviter l'auteur du signalement à l'adresser également à cette dernière. En outre, lorsque l'entité estime que le signalement serait traité de manière plus efficace par cette seule autre entité, elle peut inviter son auteur à retirer le signalement qu'elle a reçu. »

L'article 6 précise les garanties de discrétion, notamment le droit à la confidentialité, offertes au lanceur d'alerte, sans les assortir de sanctions :

« I. - La procédure garantit **l'intégrité et la confidentialité des informations recueillies** dans un signalement, **notamment l'identité de l'auteur du signalement**, des personnes visées par celui-ci et de tout tiers qui y est mentionné.

Elle interdit l'accès à ces informations aux membres du personnel qui ne sont pas autorisés à en connaître en application du I de l'article 5 du présent décret. La procédure prévoit la transmission sans délai aux personnes ou services mentionnés au I de l'article 5 des signalements reçus par d'autres personnes ou services.

Les informations recueillies ne peuvent être communiquées à des tiers que si cette communication est nécessaire pour traiter le signalement et dans le respect des dispositions du I de l'article 9 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée.

II. - Tout signalement effectué oralement est consigné, selon ce que prévoit la procédure, de la manière suivante :

1° Lorsqu'il est recueilli, avec le consentement de son auteur, sur une ligne téléphonique enregistrée ou sur un autre système de messagerie vocale enregistré, soit en enregistrant la conversation sur un support durable et récupérable, soit en la transcrivant de manière intégrale ;

2° Lorsqu'il est recueilli sur une ligne téléphonique non enregistrée ou sur un autre système de messagerie vocale non enregistré, en établissant un procès-verbal précis de la conversation ;

3° Lorsqu'il est recueilli dans le cadre d'une visioconférence ou d'une rencontre physique, en établissant, avec le consentement de son auteur, soit un enregistrement de la conversation sur un support durable et récupérable, soit un procès-verbal précis.

L'auteur du signalement a la possibilité de vérifier, de rectifier et d'approuver la transcription de la conversation ou le procès-verbal par l'apposition de sa signature.

Les enregistrements, transcriptions et procès-verbaux ne peuvent être conservés que le **temps strictement nécessaire et proportionné au traitement du signalement et à la protection de leurs auteurs**, des personnes qu'ils visent et des tiers qu'ils mentionnent. »

Les mêmes garanties sont offertes au signalement anonyme formulé dans le cadre de la procédure de recueil et de traitement par les autorités externes :

- article 10, II, du décret : « La procédure précise (...) **les suites données aux signalements anonymes**. » ;

- article 12, I : « La procédure garantit l'intégrité et la confidentialité des informations recueillies dans un signalement, **notamment l'identité de l'auteur du signalement**, des personnes visées par celui-ci et de tout tiers qui y est mentionné. »

Il s'agit d'une garantie procédurale, notamment en matière de signalement oral, de sorte que si l'auteur du signalement refuse la transcription de l'enregistrement vocal ou du signalement dans un procès-verbal, le signalement anonyme n'en perd pas pour autant toute sa valeur d'alerte. Toutefois, les possibilités d'enquête et de contrôle pour vérifier l'exactitude des allégations sont réduites en matière de signalement anonyme. L'articulation des droits à protéger est délicate dans cette hypothèse compte tenu du risque de dénonciation calomnieuse, qui même injustifiée peut laisser des traces, et il convient de faire preuve d'une vigilance accrue, heureusement encadrée par des garde-fous juridiques.

Le Guide des lanceurs d'alerte 2023 du Défenseur des droits indique au chapitre « Les règles de confidentialité : vos droits et obligations » :

« 1- LA PROTECTION DE VOTRE IDENTITE

1-1- PRINCIPE

La loi impose à la personne qui recueille et traite votre alerte de garantir la confidentialité de votre démarche d'alerte.

Il est interdit à toute personne de divulguer sans votre accord des éléments permettant de dévoiler votre identité. La méconnaissance de cette obligation est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

1-2- EXCEPTION

Les éléments permettant de vous identifier peuvent être communiqués à l'autorité judiciaire, dans le cas où les personnes chargées de traiter votre signalement sont tenues de dénoncer les faits à celle-ci (en application par exemple de l'article 40 du code de procédure pénale qui impose aux agents publics de saisir le procureur de la République s'ils ont connaissance d'un crime ou d'un délit). Vous devez être informé de cette communication, sauf si cela risque de compromettre la procédure judiciaire. »

Il précise que toute personne, y compris de manière anonyme, peut effectuer un signalement dans les domaines notamment des manquements aux obligations définies par les règlements européens et par le code monétaire et financier, le code des assurances, le code de la mutualité, le code de la sécurité sociale ou le règlement général de l'autorité des marchés financiers et dont la surveillance est assurée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou l'Autorité de contrôle financier ou de résolutions (ACPR).

Le Défenseur des droits informe, oriente, certifie en tant que lanceur d'alerte, protège en cas de représailles et traite les alertes relevant de son domaine de compétence, issues d'auteurs dont l'identité lui est nécessairement connue, rendus le cas échéant anonymes *a posteriori*, afin de protéger leur auteur. Il s'agit donc de témoignages anonymisés.

4-4- La recevabilité des témoignages anonymisés

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), à la condition plus souple qu'ils soient corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence. Le salarié avait fait l'objet d'une mesure disciplinaire, l'employeur lui reprochant notamment d'être l'auteur d'insultes, de dénigrement, d'humiliations en public, de bizutages et d'humiliation à caractère sexuel à l'encontre de ses collègues de travail. L'employeur s'était notamment fondé sur une attestation établie anonymement par un salarié craignant des représailles de la part de ses collègues de travail dont il dénonçait le comportement et le compte-rendu de son entretien avec un membre de la direction des ressources humaines :

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.

Texte de l'arrêt :

Vu l'article 6, §1 et 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale :

8. Il résulte de ce texte 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.

9. Pour annuler la sanction de mise à pied disciplinaire infligée au salarié en déclarant sans valeur probante « l'attestation anonyme » d'un salarié produite par l'employeur et le compte-rendu de son entretien avec un membre de la direction des ressources humaines, l'arrêt retient qu'il est impossible à la personne incriminée de se défendre d'accusations anonymes.

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que ces deux pièces n'étaient pas les seules produites par l'employeur pour caractériser la faute du salarié dont il se prévalait et qu'il lui appartenait d'en apprécier la valeur et la portée, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés.

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

Cette solution est approuvée par la doctrine ⁷ :

« (...) 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.

⁷ 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

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 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 ⁸ :

« (...) Néanmoins, la Cour de cassation affine la jurisprudence antérieure en évoquant désormais également les témoignages anonymisés. Ce sont ceux qui ont été « rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur ». La finalité est la même : protéger les témoins contre les représailles. **L'anonymisation procède néanmoins d'une démarche volontaire et a pour avantage de permettre à l'employeur, lors de l'enquête interne, d'entendre le témoin pour contrôler la crédibilité de ses déclarations. Elle permet d'avoir des témoignages, notamment de faits de harcèlement moral ou sexuel, de dénigrement ou de discrimination, sans crainte pour le salarié de répercussions négatives.** En l'espèce, la Cour de cassation retient que l'employeur avait produit d'autres preuves complémentaires pour caractériser la faute du salarié ; dès lors, les juges du fond devaient apprécier la valeur et la portée de l'ensemble de ces pièces, sans rejeter le témoignage anonymisé. Témoignages anonymes ou anonymisés, la solution est finalement la même.

• **Une solution insuffisamment protectrice des droits de la défense ?**

La Cour de cassation vise les paragraphes 1 et 3 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Elle se place dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a considéré que la décision d'accorder l'anonymat à un témoin ne porte pas nécessairement atteinte au droit à un procès équitable (CEDH, 20 nov. 1989, Kotovski c/ Pays-Bas, no 11454/85 ; CEDH, 26 mars 1996, no 20524/92, Doorson c./ Pays-Bas ; CEDH, 14 févr. 2002, no 26668/95, Visser c./ Pays-Bas). La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'était déjà alignée sur cette interprétation en jugeant que, lorsque l'accusation repose uniquement sur des dépositions de témoins, il est nécessaire que la personne poursuivie ait eu la

⁸ Hélène Nasom-Tissandier, JSL 2023, n°565, p. 3, « Contentieux prud'homal : quelle est la force probante de témoignages anonymes ou anonymisés ? »

possibilité de les interroger à un moment quelconque de la procédure (Cass. crim., 12 janv. 1989, no 88-81.592). Au soutien de la décision de la Chambre sociale, il faut citer un arrêt de la CEDH selon lequel l'anonymat du témoignage nécessite qu'il y ait un motif sérieux de garder secrète l'identité du témoin, notamment une réelle crainte de représailles (CEDH, 25 avr. 2012, Ellis et Simms et Martin c. Royaume-Uni, no 46099/06 et 46699/06). Ne faudrait-il pas cependant que le juge contrôle le caractère sérieux du motif ? Par ailleurs, ce visa, choisi par la Chambre sociale en 2018, interrogeait alors déjà à deux titres, sans que cette nouvelle décision y apporte de réponses.

Il est surprenant de transposer en matière civile une jurisprudence relative à la procédure pénale, qui place au cœur de la procédure le respect du principe du contradictoire. La procédure prud'homale n'est pas inquisitoriale et il est rare que les témoins soient auditionnés. Un auteur s'interroge sur la portée de la jurisprudence de la Chambre sociale en 2018 : « la décision commentée suggère-t-elle [...] que lorsque les témoignages anonymes sont au cœur des débats, il appartient aux juges de convoquer les témoins afin de permettre leur confrontation avec le défendeur ? » (M. Sweeney, précité).

Plus, la CEDH a assoupli sa jurisprudence puisque le droit d'interroger des témoins peut recevoir deux exceptions. **Selon la première exception, le témoin peut être absent de l'audience si le défendeur a eu « une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard »** (CEDH, 20 nov. 1989, no 11454/85, précité). Il suffit donc qu'à un moment de la procédure le défendeur ait été confronté au témoin lors de la procédure - même en préservant l'anonymat (M. Sweeney, précité). Dans un arrêt rendu le même jour que la décision commentée, relatif à un licenciement disciplinaire, la cour d'appel avait retenu que le licenciement était justifié parce que l'atteinte aux droits de la défense fondée sur le caractère anonyme des témoignages recueillies par l'employeur n'était pas justifiée dans la mesure où le salarié avait été en mesure d'en prendre connaissance et de présenter ses observations (Cass. soc., 11 mai 2023, no 21-20.310 F-D). La décision est pourtant cassée. Il semble donc que la Cour de cassation ne retienne pas cette exception issue de la jurisprudence européenne. À moins qu'il ne faille comprendre que le fait d'avoir été mis en mesure d'en prendre connaissance n'est pas suffisant ? **Selon la seconde exception** (CEDH, 15 déc. 2011, no 26766/05), **la préservation de l'anonymat des témoins est possible à condition que les obstacles auxquels se heurte la défense soient contrebalancés « par des éléments suffisants », à condition de présenter « des garanties procédurales solides » et que « la déposition du témoin absent (soit) suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause »**. La Cour de cassation n'y fait aucunement référence (Pour une analyse approfondie, M. Sweeney, précité).

• **Portée de la solution**

Quelle est la portée de cette décision ? La Cour de cassation ne s'intéresse qu'à **l'office du juge**, mais des conséquences doivent également en être tirées par les employeurs, de deux ordres. **Si l'employeur peut produire en justice des témoignages anonymes ou anonymisés, il lui appartient toutefois de réunir, à côté de ces témoignages, des éléments de preuves complémentaires - témoignages non anonymes, preuves écrites...** Dans l'affaire jugée en 2018, il pouvait se prévaloir d'un rapport de la direction de l'éthique (contenant des témoignages anonymes). Par prudence, **il lui faudra vérifier le caractère sérieux du motif d'anonymisation du témoignage.** Surtout, **l'employeur qui conduit une enquête interne devrait s'assurer de respecter les droits de la défense et le**

principe du contradictoire, même si la jurisprudence de la Chambre sociale ne porte pas sur cet aspect. Les moyens de preuve doivent être licites et le salarié doit être en mesure de présenter utilement sa défense (voir Cass. soc., 28 févr. 2018, no 16-19.934 :« le cabinet d'audit avait répondu à toutes les contestations émises par la salariée dans son rapport définitif ce dont il résultait qu'elle n'avait pas été tenue à l'écart de la mesure d'expertise destinée à contrôler son activité, la cour d'appel a pu en déduire que la réalisation de cet audit ne constituait pas un élément de preuve obtenu par un moyen illicite »). La Cour de cassation pourrait s'inspirer de **la jurisprudence du Conseil d'État qui impose le respect du contradictoire de l'enquête et impose à l'administration d'informer le salarié protégé concerné par une demande d'autorisation de licenciement de façon suffisamment circonstanciée des agissements qui lui sont reprochés**. Il doit être mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, notamment des témoignages et attestations (CE, 12 oct. 2006, no 286728, D. Falk, Liaisons sociales. Quotidien, 25 oct. 2018 ; M. Sweeney précité). En revanche, lorsque l'accès à ces témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs, **l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur sans nécessairement indiquer le nom de leurs auteurs** (CE, 24 novembre 2006, no 284208 ; CE, 19 juill. 2017, no 389635). **Il devrait en aller de même pour l'enquête interne, notamment l'enquête disciplinaire : si l'employeur peut maintenir l'anonymat des témoignages, il devra, au plus tard, au stade de l'entretien préalable, indiquer au salarié, a minima et de façon circonstanciée, la teneur des témoignages recueillis afin que le salarié puisse exposer sa défense.** »

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](#)), dont l'analyse indique :

a) **Le caractère contradictoire de l'enquête menée conformément aux dispositions de l'article R. 436-4 du code du travail préalablement à une autorisation de licenciement d'un salarié protégé impose à l'autorité administrative d'informer le salarié concerné, de façon suffisamment circonstanciée, des agissements qui lui sont reprochés et de l'identité des personnes qui s'en estiment victimes.**

b) **Le caractère contradictoire de cette enquête implique en outre que le salarié protégé puisse être mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, notamment des témoignages et attestations. Toutefois, lorsque l'accès à ces témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur.**

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 ;**

Un auteur souligne qu'il s'agit d'un savant équilibre entre la recevabilité du témoignage et le respect du droit à un procès équitable ⁹:

« (...) Les exigences d'identification posées par le Code de procédure civile peuvent ainsi être aménagées non seulement au regard de l'objectif de connaissance et de compréhension des faits mais aussi dans l'intérêt de l'auteur de l'attestation. L'anonymat peut viser à protéger ce dernier d'éventuelles représailles, ce qu'indique clairement la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, faisant de cet objectif l'un des motifs de sa décision. Elle souligne en effet que le juge peut 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. **La Cour de cassation insiste bien sur la finalité de l'anonymat tout en estimant que la décision de l'employeur se fonde sur des éléments précis puisqu'il connaissait l'identité de l'auteur.** Il n'est pas certain à la lecture de l'arrêt que seuls les témoignages anonymisés a posteriori puissent être pris en compte. **Mais il s'agit tout de même d'un critère important dans l'appréciation de la valeur de ce témoignage dans la mesure où l'employeur a pu connaître l'identité de son auteur et dès lors vérifier la pertinence et la véracité des dires du salarié.** Prendre conscience de la nécessité parfois de protéger l'auteur d'une attestation par l'anonymat peut aussi faciliter la production de ces attestations. **La protection des témoins rejoint ici la liberté de la preuve.** (...) »

Le fait que le témoignage soit anonymisé après que l'employeur ait eu connaissance de l'identité de son auteur ne suffit pas toutefois à garantir que la procédure disciplinaire puis judiciaire seront équitables pour le salarié incriminé. Celui-ci doit pouvoir se défendre en pleine connaissance de cause. (...)

C'est ce que prend soin de relever la Cour de cassation en affirmant que **les témoignages anonymisés peuvent être pris en considération par le juge à condition qu'ils soient corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence.** Le juge doit ensuite user de son pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer l'importance de ces différents éléments et en inférer une décision. Après avoir posé cette affirmation, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte des attestations alors qu'elles n'étaient pas les seules pièces produites par l'employeur pour caractériser la faute du salarié. **Il appartenait dès lors aux juges d'en apprécier la valeur et la portée au regard de l'ensemble des éléments apportés par les parties.** Le respect des règles du procès équitable est nécessaire à la recevabilité des preuves. **La possibilité de se défendre doit être préservée et lorsqu'elle est rendue plus difficile par l'anonymisation de l'attestation, cette difficulté doit être**

⁹ S. Brissy, JCP 2023, éd. S, n°22, p. 1150

compensée par la production d'autres pièces. La liberté de la preuve ne laisse pas la place à l'arbitraire du juge. Elle doit simplement permettre la meilleure preuve possible. C'est donc un savant équilibre que le juge doit rechercher dans son application du principe de liberté de la preuve, lequel ouvre certes des possibilités mais nécessite aussi une connaissance fine des faits et une appréciation de leur portée. »

Une commentatrice souligne la force probante du témoignage anonymisé du salarié, l'anonymisation des documents pouvant devenir à l'avenir une véritable garantie dans la mise en balance des intérêts en présence¹⁰:

« En énonçant 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 », la Cour de cassation invite à faire, au préalable, une distinction entre le témoignage anonyme et le témoignage anonymisé.

D'une part, le témoignage anonyme est celui dont l'identité de l'auteur n'est pas connue. Il en est ainsi, par exemple, d'un courrier non signé adressé à l'employeur ou d'un appel qui ne permet pas d'identifier l'émetteur. En cette hypothèse, la Cour de cassation juge de manière constante que « le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes » (Soc. 4 juill. 2018, n° 17-18.241 P, D. 2018. 1499 ; *ibid.* 2019. 157, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; JA 2019, n° 592, p. 40, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; Dr. soc. 2018. 951, obs. J. Mouly ; RDT 2018. 766, obs. T. Kahn dit Cohen ; JS Lamy 28 sept. 2018, n° 460, obs. M. Hautefort). Cette solution s'inspire très clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 26 mars 1996, Doorson c/ Pays Bas, n° 20524/92, pt 76 ; D. 1997. 207, obs. J.-F. Renucci ; RSC 1997. 484, obs. R. Koering-Joulin). D'autres preuves devront être apportées par l'employeur, pour corroborer celles dont l'auteur n'est pas identifiable. La justification de cette solution est aisée : le salarié incriminé ne peut pas se défendre d'accusations anonymes. Telle justification avait été relevée par la Cour d'appel de Toulouse pour déclarer sans valeur probante l'attestation « anonyme » d'un salarié produite par l'employeur. Or, cette attestation était davantage anonymisée qu'anonyme.

D'autre part, le témoignage anonymisé est celui dont l'identité de l'auteur a été masquée, afin d'en empêcher son identification. L'objectif est indubitablement de protéger le témoin. En l'espèce, connue de l'employeur, l'identité du salarié, auteur de l'attestation, avait été cachée, afin de le protéger contre les éventuelles représailles de ses collègues dont il dénonçait le comportement. En ce cas, la chambre sociale considère que le juge peut prendre en considération ces témoignages anonymisés. Il faut toutefois que ces derniers soient « corroborés par d'autres éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence ». Elle relève, enfin, qu'en l'espèce, l'employeur avait produit d'autres preuves complémentaires pour caractériser la faute du salarié. **Le juge devait alors apprécier la valeur et la portée de l'ensemble de ces pièces, sans rejeter d'office le témoignage anonymisé.**

En définitive, si les témoignages anonymisés semblent avoir une force probante plus importante que les témoignages anonymes, ils doivent néanmoins être

¹⁰ F. Gabroy, D. act. 12 mai 2023, « Témoignages et principe de liberté de la preuve en matière prud'homale »

corroborés. Une telle solution nous paraît proportionnée aux différents intérêts en présence. Elle permet autant à l'employeur de se prévaloir d'un témoignage important, qu'au témoin d'être protégé contre les représailles de ses collègues, et qu'au salarié incriminé de se défendre au regard des autres pièces produites. **En matière disciplinaire, le principe de l'égalité des armes, fondé sur l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (au visa) n'est jamais loin** (J. Mouly, La soumission du pouvoir disciplinaire au principe de l'égalité des armes en cas de litige entre l'employeur et le salarié, Dr. soc. 2013. 1055). Du reste, dans d'autres contentieux, **la chambre sociale s'est déjà montrée attentive à l'opportunité des documents anonymisés.** On se souvient de la jurisprudence Okaïdi relative à **la preuve du nombre d'adhérents pour constituer une section syndicale**, dans laquelle elle a établi la règle selon laquelle « le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance » (Soc. 8 juill. 2009, Okaïdi, n° 09-60.011, Dalloz actualité, 31 juill. 2009, obs. J. Cortot ; D. 2009. 2393, note G. Loiseau ; ibid. 2010. 282, chron. J. Mouly ; ibid. 342 et les obs. ; Dr. soc. 2009. 950, note M.-L. Morin ; ibid. 961, rapp. L. Pécaut-Rivoliér ; RDT 2009. 729, obs. M. Grévy ; RTD civ. 2010. 75, obs. J. Hauser ; pour une confirmation, visant la liberté syndicale, v. Soc. 14 déc. 2020, n° 10-60.137 P, Dalloz actualité, 20 janv. 2011, obs. B. Ines ; D. 2011. 85). Plus récemment, **en matière de référé probatoire**, la Cour d'appel de Paris a estimé, au terme d'un contrôle de proportionnalité, que si les bulletins de salaire non anonymisés devaient être transmis au juge, seule une version anonymisée pouvait être communiquée au demandeur (Paris, 2 sept. 2022, RDT 2023. 133, obs. F. Guiomard). À l'avenir, l'anonymisation des documents pourrait devenir une véritable garantie dans la mise en balance des intérêts en présence. »

Par analogie avec la solution qui prévaut en matière de preuve du nombre d'adhérents nécessaire à la reconnaissance d'une section syndicale, la Cour de cassation autorise le syndicat à fournir au seul juge les éléments nominatifs de preuve (Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-20.391, Bull. 2012, V, n° 293)¹¹ :

Sommaire :

*En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, **le syndicat doit apporter les éléments de preuve** utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, **dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance.** Il appartient toutefois au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents.*

Texte de l'arrêt :

Vu l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

¹¹ commenté dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 75-76, note Franck Petit, "La preuve de l'existence d'une section syndicale"

l'article 9 du code civil et les articles L. 2141-4 et L. 2141-5 et L. 2142-1 du code du travail ;

*Attendu qu'en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, **à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ;***

Attendu que pour débouter la société Biomnis de sa demande le tribunal retient que la fédération a remis au juge des documents constitués par des copies de fichiers d'adhérents et de cartes d'adhérents mentionnant la date d'adhésion et l'acquis de cotisations, lesquels justifient qu'à la date de désignation de M. X..., l'organisation syndicale pouvait se prévaloir d'au moins deux adhérents ; que les conditions exigées pour la constitution d'une section syndicale sont donc suffisamment établies étant précisé que, si l'employeur soutient non sans raison que l'organisation syndicale devant établir l'existence d'une section syndicale doit produire aux débats les pièces remises au juge et démunies de tout élément d'identification des adhérents, elle ne saurait faire grief à la fédération de ne pas avoir organisé cette communication en la cause dès lors qu'elle se bornerait à la simple et inutile production d'imprimés vierges ;

*Qu'en statuant ainsi, **alors qu'il appartient au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents,*** le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;

4-5- La distinction entre l'anonymisation par l'employeur ou l'un de ses subordonnés des témoignages de salariés et l'anonymisation par un tiers extérieur à l'entreprise

La question posée par le pourvoi invite la Cour de cassation à s'interroger sur la portée de l'arrêt du 19 avril 2023 (pourvoi n°21-20.308, publié), dans le cas où l'employeur fonde la sanction disciplinaire uniquement sur des témoignages anonymisés, mais lorsque c'est un tiers huissier de justice qui a recueilli ces témoignages, les a anonymisés et a précisé être en mesure de fournir les identités de leurs auteurs aux juges du fond s'ils en faisaient la demande.

Selon l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1954 relative au statut des huissiers, dans sa version issue de l'ordonnance n°2016-727 du 2 juin 2016 en vigueur du 1^{er} janvier 2017 au 1^{er} juillet 2022 applicable au litige et abrogée par l'ordonnance n°2016-728 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice, l'huissier de justice étant un officier public et ministériel assermenté, les constatations qu'il recueille font foi jusqu'à preuve du contraire :

« Les huissiers de justice sont les officiers ministériels qui ont seuls qualité pour signifier les actes et les exploits, faire les notifications prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été précisé et ramener à exécution les décisions de justice, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire.

*Les huissiers de justice peuvent en outre procéder au recouvrement amiable ou judiciaire de toutes créances et, dans les lieux où il n'est pas établi de commissaires-priseurs judiciaires, aux prises et ventes publiques judiciaires ou volontaires de meubles et effets mobiliers corporels. **Ils peuvent, commis par justice ou à la requête de particuliers, effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.** Sauf en matière pénale où elles ont valeur de simples renseignements, **ces constatations font foi jusqu'à preuve contraire.** Les huissiers de justice peuvent également accomplir les mesures conservatoires après l'ouverture d'une succession, dans les conditions prévues par le code de procédure civile. Ils peuvent être désignés à titre habituel en qualité de liquidateur dans certaines procédures de liquidation judiciaire ou d'assistant du juge commis dans le cadre des procédures de rétablissement professionnel, dans les conditions prévues par le titre IV du livre VI et le livre VIII du code de commerce.*

Les huissiers audienciers assurent le service personnel près les cours et tribunaux.

Ils peuvent également exercer à titre accessoire certaines activités ou fonctions. La liste de ces activités et fonctions ainsi que les conditions dans lesquelles les intéressés sont autorisés à les exercer sont, sous réserve des lois spéciales, fixées par décret en Conseil d'Etat. »

En matière de droit à la preuve, la Cour de cassation confère valeur probatoire à une preuve déloyale établie par procès-verbal d'huissier de justice, dans la mise en balance des intérêts en présence et le contrôle de proportionnalité auquel le juge doit procéder (par ex Soc., 2 mai 2024, pourvoi n° 22-16.603 relatif à un procès-verbal d'huissier de justice retranscrivant des enregistrements de conversations téléphoniques ; 2e Civ., 6 juin 2024, pourvoi n° 22-11.736, un procès-verbal d'huissier de justice retranscrivant un enregistrement effectué par la victime d'un accident du travail sur son téléphone portable lors des faits pour contrecarrer la contestation de l'employeur quant à l'existence de l'altercation verbale et physique).

Par ailleurs, il est intéressant d'observer la protection mise en place par la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard de l'identification des personnes en matière de RGPD et de communication des données personnelles¹².

Elle épouse, mais uniquement sur le fondement du droit de l'Union, l'Union européenne n'étant pas partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le raisonnement en matière de droit à la preuve, tout en impartissant aux juges nationaux une obligation de minimisation ou pseudonymisation des données qui s'ajoute au contrôle de proportionnalité (CJUE, 2 mars 2023, [Aff. C-268/21](#), Norra Stockholm Bygg AB c/ Per Nycander AB) :

¹² 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 des données (dit RGPD) ; voir également le règlement (UE) 2018/1725 du parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018: règlement particulier qui encadre les traitements de données à caractère personnel réalisés par les institutions, organes et organismes de l'Union européenne.

52 Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique, il est essentiel que le justiciable ait la possibilité de défendre utilement sa cause devant un tribunal et qu'il bénéficie de l'égalité des armes avec son adversaire [voir, en ce sens, Cour EDH, 24 juin 2022, *Zayidov c. Azerbaïdjan* (No 2), CE:ECHR:2022:0324JUD000538610, § 87 et jurisprudence citée]. Il en résulte notamment que le justiciable doit pouvoir bénéficier d'une procédure contradictoire et présenter, aux différents stades de celle-ci, les arguments qu'il juge pertinents pour la défense de sa cause (Cour EDH, 21 janvier 1999, *García Ruiz c. Espagne*, CE:ECHR:1999:0121JUD003054496, § 29).

53 Dès lors, afin d'assurer que les justiciables puissent jouir d'un droit à une protection juridictionnelle effective et notamment d'un droit à un procès équitable, au sens de l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, il convient de considérer que les parties à une procédure juridictionnelle civile doivent être en mesure d'accéder aux preuves nécessaires pour établir à suffisance le bien-fondé de leurs griefs, qui peuvent éventuellement inclure des données à caractère personnel des parties ou de tiers.

54 Cela étant, comme indiqué au point 46 du présent arrêt, la prise en compte des intérêts en présence s'inscrit dans le cadre de l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, qui sont prévues à l'article 6, paragraphes 3 et 4, du RGPD et qui conditionnent la licéité du traitement de données à caractère personnel. À cet égard, il convient donc de tenir également compte de l'article 5, paragraphe 1, de celui-ci, et en particulier du principe de la « minimisation des données » figurant au point c) de cette disposition, lequel donne expression au principe de proportionnalité. Selon ce principe de minimisation des données, les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées [voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 2021, *Latvijas Republikas Saeima* (Points de pénalité), C-439/19, EU:C:2021:504, point 98 et jurisprudence citée].

55 La juridiction nationale est dès lors tenue de déterminer si la divulgation des données à caractère personnel est adéquate et pertinente aux fins de garantir l'objectif poursuivi par les dispositions applicables du droit national et si cet objectif ne peut pas être réalisé par le recours à des moyens de preuve moins intrusifs au regard de la protection des données personnelles d'un nombre élevé de tiers tels que, par exemple, l'audition de témoins sélectionnés.

56. Dans l'hypothèse où la production du document contenant des données à caractère personnel s'avère justifiée, il découle, en outre, dudit principe que, lorsque seule une partie de ces données apparaît nécessaire à des fins probatoires, la juridiction nationale doit envisager la prise de mesures supplémentaires en matière de protection des données, telles que la **pseudonymisation**, définie à l'article 4, point 5, du RGPD, **des noms des personnes concernées ou toute autre mesure destinée à minimiser l'entrave au droit à la protection des données à caractère personnel que constitue la production d'un tel document**. De telles mesures peuvent notamment comprendre la limitation de l'accès du public au dossier ou une injonction adressée aux parties auxquelles les documents contenant des données à caractère personnel ont été communiqués **de ne pas utiliser ces données à une autre fin que celle de l'administration de la preuve lors de la procédure juridictionnelle en cause**.

57 À cet égard, il convient de préciser qu'il découle de l'article 4, point 5, du RGPD, lu en combinaison avec le considérant 26 de ce règlement, que **les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable, auxquelles s'appliquent les principes relatifs à la protection des données. En revanche, il découle de ce considérant que ces principes ne s'appliquent ni « aux informations anonymes, à savoir les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable ».**

58 Il s'ensuit qu'une juridiction nationale peut estimer que des données à caractère personnel des parties ou de tiers doivent lui être communiquées afin de pouvoir pondérer, en toute connaissance de cause et dans le respect du principe de proportionnalité, les intérêts en présence. Cette appréciation peut, le cas échéant, la conduire à autoriser la divulgation complète ou partielle à la partie adverse des données à caractère personnel qui lui ont ainsi été communiquées, si elle considère qu'une telle divulgation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de garantir la jouissance effective des droits que les justiciables tirent de l'article 47 de la Charte.

59 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que les articles 5 et 6 du RGPD doivent être interprétés en ce sens que, lors de l'appréciation du point de savoir si la production d'un document contenant des données à caractère personnel doit être ordonnée, la juridiction nationale est tenue de prendre en compte les intérêts des personnes concernées et de les pondérer en fonction des circonstances de chaque espèce, du type de procédure en cause et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité ainsi que, en particulier, de celles résultant du principe de la minimisation des données visé à l'article 5, paragraphe 1, sous c), de ce règlement.

Voir la décision du Tribunal de la CJUE CRU c/ Deloitte, 26 avril 2023, [Aff. T-557/20](#), sur la distribution à opérer entre données pseudonymisée et donnée anonyme, ainsi que sur la notion de « personne physique identifiable », au regard de l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour l'identifier, directement ou indirectement : ¹³

81 Dans la décision révisée, le CEPD a considéré que les informations transmises à Deloitte étaient des données « pseudonymisées ». À cet égard, il a indiqué que **la différence entre les données « pseudonymisées » et les données anonymes résidait dans le fait que, dans le cas de données anonymes, il n'existait pas d'« informations supplémentaires » pouvant être utilisées pour attribuer les données à une personne concernée spécifique, alors que dans le cas de données « pseudonymisées », de telles informations supplémentaires existaient. Par conséquent, afin d'évaluer si les données étaient anonymes ou « pseudonymisées », il convenait d'examiner s'il existait des « informations**

¹³ Dalloz actualité 1er juin 2023, article Lorette Dubois « Décision CRU c/ Deloitte : une nouvelle pierre à l'édifice de la notion de donnée à caractère personnel »

supplémentaires » pouvant être utilisées pour attribuer les données à des personnes concernées spécifiques.

82 Le CEPD a relevé que le CRU avait transmis à Deloitte non seulement certains commentaires des actionnaires et des créanciers affectés, mais également le code alphanumérique correspondant, et que Deloitte n'avait pas eu accès aux réponses données lors de la phase d'inscription. Il a indiqué que, comme l'avait expliqué le CRU, « il était impossible pour Deloitte de retracer l'identité de toute partie utilisant ce code en se référant aux données concrètes fournies par les parties éligibles dans le cadre de la phase d'enregistrement (qui a toujours été conservée par le CRU) ». Le CEPD a toutefois considéré que les données fournies lors de la phase d'inscription avec l'identifiant unique, à savoir le code alphanumérique attribué à chaque participant éligible, constituaient un exemple parfait d'« informations supplémentaires » au sens de l'article 3, point 6, du règlement 2018/1725, car elles pouvaient être utilisées par le CRU pour attribuer les données à une personne concernée spécifique.

83 Le CEPD a expliqué que le règlement 2018/1725 n'opérait pas de distinction entre ceux qui conservaient les données « pseudonymisées » et ceux qui détenaient les informations supplémentaires et que le fait qu'il s'agissait d'entités différentes ne rendait pas anonymes les données « pseudonymisées ». Il a ajouté que le fait que Deloitte n'ait pas été en mesure à lui seul d'attribuer les commentaires aux données reçues lors de la phase d'inscription n'excluait pas que les données qu'il avait reçues étaient « pseudonymisées ». De l'avis du CEPD, les données que le CRU avait partagées avec Deloitte étaient des données « pseudonymisées », à la fois parce que les commentaires reçus lors de la phase de consultation étaient des données à caractère personnel et parce que le CRU partageait le code alphanumérique qui permettait de relier les réponses données lors de la phase d'inscription à celles données lors de la phase de consultation, bien que les données fournies par les participants pour s'identifier lors de la phase d'inscription n'aient pas été communiquées à Deloitte. Il en a conclu que les informations transmises à Deloitte étaient des données « pseudonymisées » et, partant, des données à caractère personnel au sens de l'article 3, point 1, du règlement 2018/1725.

84 À titre liminaire, il y a lieu de relever que, eu égard aux mécanismes mis en place par le CRU concernant le traitement des données collectées dans le cadre de la procédure relative au droit d'être entendu, décrits aux points 14 à 24 ci-dessus, les informations transmises à Deloitte ne concernaient pas des personnes « identifiées ».

85 Il convient donc d'examiner si le CEPD a pu estimer à juste titre que les informations transmises à Deloitte se rapportaient à une personne physique « identifiable » au sens de l'article 3, point 1, du règlement 2018/1725.

86 Selon cette disposition, **est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement.**

87 Le considérant 16 du règlement 2018/1725 prévoit ce qui suit :
« [...] Les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable. **Pour déterminer si une personne**

physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci [...] »

88 Il y a lieu de relever que, dans l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), la Cour a interprété la notion de « donnée à caractère personnel » au sens de l'article 2, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p. 31), qui contient une disposition équivalente à l'article 3, point 1, du règlement 2018/1725.

89 Cette affaire posait la question de savoir si une adresse de protocole Internet (ci-après l'« adresse IP ») dynamique constituait une donnée à caractère personnel à l'égard du fournisseur de services de médias en ligne qui l'avait enregistrée. La Cour a estimé qu'il convenait de vérifier si cette adresse IP pouvait être qualifiée d'information se rapportant à une « personne physique identifiable », prenant en compte, d'une part, le fait qu'elle n'offrait pas, à elle seule, à ce fournisseur la possibilité d'identifier l'utilisateur qui avait consulté le site Internet et, d'autre part, le fait que les informations supplémentaires nécessaires qui, si elles étaient combinées avec cette adresse IP, permettraient d'identifier ledit utilisateur étaient détenues par le fournisseur d'accès à Internet.

90 Dans la mesure où le considérant 16 du règlement 2018/1725 fait référence aux **moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre tant par le responsable du traitement que par une « autre personne »**, le libellé de celui-ci suggère que, pour qu'une donnée puisse être qualifiée de « donnée à caractère personnel » au sens de l'article 3, point 1, du règlement 2018/1725, **il n'est pas requis que toutes les informations permettant d'identifier la personne concernée doivent se trouver entre les mains d'une seule personne** (voir, par analogie, arrêt du 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, point 43).

91 Cependant, la Cour a ajouté que le fait que les informations supplémentaires nécessaires pour identifier l'utilisateur d'un site Internet étaient détenues non pas par le fournisseur de services de médias en ligne, mais par le fournisseur d'accès à Internet de cet utilisateur n'apparaissait ainsi pas de nature à exclure que les adresses IP dynamiques enregistrées par le fournisseur de services de médias en ligne constituaient, pour celui-ci, des données à caractère personnel (arrêt du 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, point 44).

92 La Cour a estimé qu'il convenait néanmoins de **déterminer si la possibilité de combiner une adresse IP dynamique avec lesdites informations supplémentaires détenues par ce fournisseur d'accès à Internet constituait un moyen susceptible d'être raisonnablement mis en œuvre pour identifier la personne concernée** (arrêt du 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, point 45).

93 La Cour a indiqué que tel n'aurait pas été le cas si l'identification de la personne concernée avait été interdite par la loi ou irréalisable en pratique, par exemple en raison du fait qu'elle aurait impliqué un effort démesuré en termes de temps, de coût et de main-d'œuvre, de sorte que le risque d'une identification aurait paru en réalité insignifiant (arrêt du 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, point 46).

94 En l'espèce, il n'est pas contesté, d'une part, que le code alphanumérique figurant sur les informations transmises à Deloitte ne permettait pas à lui seul d'identifier les auteurs des commentaires et, d'autre part, que Deloitte n'avait pas accès aux données d'identification reçues lors de la phase d'inscription permettant de relier les participants à leurs commentaires grâce au code alphanumérique.

95 Le CEPD a indiqué dans la décision révisée et confirmé lors de l'audience que les informations supplémentaires nécessaires pour identifier les auteurs des commentaires consistaient en le code alphanumérique et la base de données d'identification.

96 Certes, comme le soutient le CEPD, eu égard au point 43 de l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), cité au point 90 ci-dessus, le fait que les informations supplémentaires nécessaires pour identifier les auteurs des commentaires reçus lors de la phase de consultation étaient détenues non pas par Deloitte, mais par le CRU, n'apparaît pas de nature à exclure a priori que les informations transmises à Deloitte constituaient, pour celui-ci, des données à caractère personnel.

97 Toutefois, il ressort également de l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), que, pour déterminer si les informations transmises à Deloitte constituaient des données à caractère personnel, il convient de se placer du point de vue de ce dernier pour déterminer si les informations qui lui ont été transmises se rapportent à des « personnes identifiables ».

98 En effet, il y a lieu de rappeler, premièrement, que la violation de l'article 15, paragraphe 1, sous d), du règlement 2018/1725 constatée par le CEPD dans la décision révisée concernait le transfert par le CRU de certains commentaires à Deloitte et non la seule détention par le CRU de ceux-ci.

99 Deuxièmement, d'une part, la situation de Deloitte peut être comparée à celle du fournisseur de services de médias en ligne visée dans l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), étant donné qu'il détenait des informations, à savoir les commentaires relatifs à la valorisation 3, qui ne constituaient pas des informations se rapportant à une « personne physique identifiée », dans la mesure où le code alphanumérique figurant sur chaque réponse ne permettait pas de révéler directement l'identité de la personne physique ayant rempli le formulaire. D'autre part, la situation du CRU peut être comparée à celle du fournisseur d'accès à Internet dans cette affaire, dans la mesure où il est constant qu'il était le seul à détenir les informations supplémentaires permettant l'identification des actionnaires et des créanciers affectés ayant répondu au formulaire, à savoir le code alphanumérique et la base de données d'identification.

100 Dès lors, en application du point 44 de l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), cité au point 91 ci-dessus, il appartenait au CEPD d'examiner si les commentaires transmis à Deloitte constituaient, à l'égard de celui-ci, des données à caractère personnel.

101 Ainsi, c'est à tort que le CEPD soutient qu'il n'était pas nécessaire de rechercher si les auteurs des informations transmises à Deloitte étaient ré-identifiables par ce dernier ou si cette réidentification était raisonnablement possible.

102 Force est de constater que, dans la décision révisée, le CEPD a considéré que le fait que le CRU détenait les informations supplémentaires permettant de réidentifier les auteurs des commentaires était suffisant pour conclure que les informations transmises à Deloitte étaient des données à caractère personnel, tout en reconnaissant que les données d'identification reçues lors de la phase d'inscription n'avaient pas été communiquées à Deloitte.

103 Il ressort ainsi de la décision révisée que le CEPD s'est contenté d'examiner la possibilité de réidentifier les auteurs des commentaires du point de vue du CRU et non de Deloitte.

104 Or, il ressort du point 45 de l'arrêt du 19 octobre 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779), cité au point 92 ci-dessus, qu'il appartenait au CEPD de déterminer si la possibilité de combiner les informations qui avaient été transmises à Deloitte avec les informations supplémentaires détenues par le CRU constituait un **moyen susceptible d'être raisonnablement mis en œuvre** par Deloitte **pour identifier les auteurs** des commentaires.

105 Partant, à défaut pour le CEPD d'avoir recherché si Deloitte disposait de moyens légaux et réalisables en pratique lui permettant d'accéder aux informations supplémentaires nécessaires à la réidentification des auteurs des commentaires, le CEPD ne pouvait conclure que les informations transmises à Deloitte constituaient des informations se rapportant à une « personne physique identifiable » au sens de l'article 3, point 1, du règlement 2018/1725.

4-6- Enfin, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité envers ses salariés au sein de l'entreprise

Il doit ainsi prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment la prévention « des risques de violence et d'incivilités auxquels est exposée une salariée » (Soc. 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.987), ou une salariée victime de « quolibets, de moqueries douteuses, d'insultes et de jets de divers détritiques et qu'un témoin confirmait que l'intéressée avait été traitée de « sac à foutre » (Soc. 20 mai 2015, pourvoi n° 14-13.357).

Dans un récent arrêt mettant en cause l'obligation de sécurité de l'employeur, la chambre a précisé qu'il devait faire cesser notamment les agissements sexistes (Soc., 12 juin 2024, pourvoi n° 23-14.292, publié):

Vu les articles L. 1142-2-1, L. 1232-1, L. 1235-1, L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail :

5. Aux termes du premier de ces textes, nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

6. Il résulte des troisième et quatrième de ces textes que **l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs et faire cesser notamment les agissements sexistes.**

7. Pour dire le licenciement du salarié sans cause réelle et sérieuse et condamner l'employeur à lui payer en conséquence une somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que, les 2 et 3 juillet 2016, **le salarié a tenu, auprès de certains collègues de travail, des propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants à l'encontre de deux autres collègues de sexe féminin**, indiquant notamment que l'une d'elles « était une partouzeuse », « avait une belle chatte » et « aimait les femmes » et parlant en des termes salaces d'une autre collègue et de sa nouvelle relation masculine.

8. Il énonce également que le salarié avait tenu, par le passé, des propos similaires, à connotation sexuelle, insultants et dégradants, à leur encontre et que sa hiérarchie en était informée mais ne l'avait pas sanctionné.

9. Relevant enfin que l'employeur envisageait initialement une mise à pied disciplinaire d'un mois et que le licenciement avait été sollicité par un représentant syndical au conseil conventionnel, l'arrêt en déduit que ce licenciement apparaît disproportionné, aucune sanction antérieure n'ayant été prononcée pour des faits similaires, alors que l'employeur en avait connaissance.

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que **le salarié avait tenu envers deux de ses collègues, de manière répétée, des propos à connotation sexuelle, insultants et dégradants, ce qui était de nature à caractériser, quelle qu'ait pu être l'attitude antérieure de l'employeur tenu à une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, un comportement fautif constitutif d'une cause réelle et sérieuse fondant le licenciement décidé par l'employeur**, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.

Cet arrêt précise le contrôle que la Cour de cassation entend exercer sur la cause réelle et sérieuse de licenciement en cas de faute reprochée au salarié mettant en cause l'obligation de sécurité de l'employeur. Si la chambre sociale a abandonné aux juges du fond le contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement et n'exerce qu'un contrôle sur la qualification de la faute, elle se montre particulièrement attentive vis-à-vis des comportements à connotation sexuelle (par ex Soc., 7 juin 2011, n° 09-43.113 ; Soc. 13 juill. 2017, 16-12.493) et le juge du fond doit déduire de ses constatations, selon lesquelles le salarié avait tenu à l'encontre d'une collègue de travail des propos dégradants à caractère sexuel, que le maintien dans l'entreprise est rendu impossible (Soc., 27 mai 2020, n° 18-21.877).

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p.4 et 5):

« La lettre de licenciement du 17 décembre 2018 fixant les limites du litige expose : (...) »

A l'appui de sa demande tendant à voir dire justifié le licenciement pour faute grave prononcé à l'encontre de M. [O], la Sas Savoie Rectification produit uniquement deux « constats d'audition aux fins de preuve » établis par Me [A] [B], huissier de justice, en date

des 11 février et 26 mars 2020, reprenant les contenus des auditions effectuées par cet huissier de cinq témoins dont l'identité n'est jamais mentionnée, à la demande de ces personnes. Ces témoignages évoquent les négligences volontaires de M. [O] dans le cadre de son travail ainsi que son attitude irrespectueuse voire agressive tant verbalement que physiquement envers ses collègues.

La Sas Savoie Rectification soutient que M. [O] a été en mesure de débattre contradictoirement de la teneur de ces témoignages. En réponse à la jurisprudence de la cour de cassation dont il résulte qu'un juge ne saurait fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes (Cass sociale 4 juillet 2018, n°17-18.241), elle avance qu'en l'espèce les témoignages recueillis par l'huissier ne sont pas anonymes, mais anonymisés, l'identité des témoins, leur qualité au sein de l'entreprise et la période travaillée avec M. [O] apparaissant sur "l'original à diffusion exclusive des magistrats du Conseil de prud'hommes".

Elle soutient enfin qu'elle était légalement tenue de procéder de la sorte afin d'assurer la sécurité de ses salariés qui ont témoigné, en raison de la peur exprimée par eux face aux agissements de M. [O] et au risque de représailles.

Il résulte de l'article 16 du code de procédure civile que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens les explications et les documents invoqués ou produites par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Par ailleurs, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit à un procès équitable.

Il sera rappelé, en réponse à la proposition faite par la partie appelante de communiquer les originaux des constats d'huissier contenant notamment l'identité des témoins uniquement aux magistrats de la Cour, que de telles pièces, non communiquées à la partie adverse, ne sauraient être déclarées recevables en application du principe du contradictoire, le juge ne pouvant fonder sa décision sur des pièces qui n'ont pu être contradictoirement débattues.

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juillet 2018 (n° 17-18.241), a jugé, au visa des dispositions de l'article 6 §1 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes.

Les deux "constats d'audition aux fins de preuve" établis par huissier consistent dans le recueil de témoignages totalement anonymes : ils ne comportent ni l'identité des témoins, ni la période durant laquelle ces personnes auraient travaillé avec M. [O], ni leur qualité au sein de l'entreprise Sas Savoie Rectification. Cette société se fonde uniquement sur ces deux pièces pour justifier le licenciement pour faute grave de M. [O].

Contrairement à l'argumentation de la Sas Savoie Rectification, le fait pour M. [O] de connaître l'identité des personnes témoignant contre lui apparaît essentiel pour sa défense. En effet, il aurait alors été en mesure de contester le cas échéant, de façon éclairée, les accusations portées contre lui, en relevant par exemple un éventuel conflit l'ayant opposé au témoin de nature à affaiblir la force probante de son témoignage en lui permettant de situer plus clairement une scène relatée afin d'y répondre utilement, en vérifiant que les personnes ayant témoigné avaient bien travaillé à son contact au sein de l'entreprise Sas Savoie Rectification.

L'argument de la Sas Savoie Rectification selon lequel elle était dans l'obligation légale de recueillir des témoignages anonymes afin d'assurer la sécurité de ses employés ne saurait prospérer dans la mesure où elle ne produit aucun élément de nature à démontrer que leur sécurité aurait été menacée par la révélation de leur identité. Ces craintes de représailles apparaissent d'autant moins démontrées que M. [O] justifie de son côté d'un casier judiciaire (B3) vierge. Par ailleurs, aucune disposition légale n'imposait à la Sas Savoie Rectification de procéder par ce mode de preuve pour fonder le licenciement de M. [O]. Ainsi, au double visa des dispositions de l'article 16 du code de procédure civile et de l'article 6 §1 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient de dire que ces deux pièces sont dépourvues de valeur probante, et de constater que la Sas Savoie Rectification ne démontre pas que M. [O] a commis une faute grave justifiant son licenciement à ce titre. »

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.