

Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire

par *Savine BERNARD*, Avocate au Barreau du Val d'Oise

PLAN

I. Sur le rôle actif du salarié dans la mise en état de son dossier : sur les pièces nécessaires aux débats et sur la stratégie du salarié

- 1.1 Sur les pièces permettant de contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur
- 1.2 Sur les pièces détenues par l'employeur nécessaires pour chiffrer le préjudice

II. Sur la légitimité des motifs invoqués par les employeurs pour se soustraire à l'obligation de communiquer des pièces

- 2.1 Un empêchement légitime de communiquer des pièces qui ne peut être invoqué que par les tiers au procès
- 2.2 Sur les « motifs légitimes » fréquemment invoqués par l'employeur, soudainement défendeur de libertés

Le salarié s'est longtemps heurté au principe selon lequel, en droit du travail également, la charge de la preuve était régie par l'article 1315 du Code civil issu de la loi du 17 février 1804 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Le salarié se retrouvait donc l'otage procédural d'un régime probatoire inchangé depuis la loi du 17 février 1804, absolument inadapté au droit du travail où le salarié, s'il est le demandeur au procès, est en réalité le défendeur au licenciement.

La production forcée de pièces dans le cadre du litige prud'homal permet en réalité de redéfinir le système probatoire : le salarié n'a pas, seul, à prouver l'obligation dont il demande l'exécution puisque le juge a le pouvoir, et le devoir, d'ordonner la communication des pièces nécessaires aux débats, détenues par l'employeur ou même un tiers au procès.

C'est la loi du 5 juillet 1972 instituant le juge de l'exécution qui a introduit un article 10 dans le Code civil, consacrant le rôle actif dévolu au juge dans la recherche de la preuve et donc de la vérité : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages-intérêts. » Cet article impose également aux parties, et même à des tiers au procès, de contribuer à la manifestation de la vérité, au-delà de leurs seuls intérêts. Si les parties au procès sont donc légitimes à solliciter la communication forcée de pièces, le juge a une obligation propre de contribuer à la mise en état du dossier au regard notamment de l'article 10 du Code de procédure civile qui prévoit qu'il peut ordonner d'office la communication de pièces (1). Le juge se doit en effet d'avoir un rôle actif pour veiller au respect du principe de l'égalité des armes, indissociable du droit à avoir un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En matière prud'homale, l'article R. 1454-14 rappelle ce devoir et ce pouvoir des juges, dès l'audience de conciliation, et indépendamment des demandes des parties, de contribuer à la recherche de la vérité par la production forcée de pièces (2). L'article L. 1235-1 rappelle également cette obligation du juge, pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement (3).

(1) « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ».

(2) « Le Bureau de conciliation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne se présente pas, ordonner (...) 3° Toutes mesures d'instruction, même d'office ;

4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux ».

(3) « En cas de litige, le juge, (...) forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

Au vu du rôle actif dévolu au juge pour veiller au respect du principe de l'égalité des armes indissociable du droit à un procès équitable, c'est l'ensemble du régime probatoire du droit du travail qui doit être considéré comme étant redéfini (4).

Le présent article n'a donc pas pour objet d'étudier de manière exhaustive l'aménagement de la charge de la preuve dans l'intégralité des problématiques du droit du travail. Il a pour objet d'une part d'étudier quelles peuvent être les stratégies du salarié dans la recherche de certaines preuves, limitativement étudiées, dans le cadre du procès prud'homal (I) et, d'autre part, d'étudier les réponses qui peuvent être apportées aux arguments les plus fréquemment soulevés par les employeurs pour s'opposer aux communications forcées de pièces (II).

I. Sur le rôle actif du salarié dans la mise en état de son dossier : sur les pièces nécessaires aux débats et sur la stratégie du salarié

Tant le salarié que le juge se doivent d'avoir un rôle actif lors de l'audience initiale du Bureau de Conciliation pour solliciter, et ordonner, la communication de pièces nécessaires à la mise en état du dossier (4 bis).

Deux catégories principales de pièces peuvent être nécessaires dans le cadre du litige prud'homal :

– les pièces permettant de contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur (transfert L.1224-1, motif économique, faute grave) ou, à l'inverse, de démontrer la fraude : seule la production de ces pièces permettra au juge de contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur et/ou l'absence de fraude ;

– les pièces permettant, pour le salarié, non pas tant de prouver ce qu'il invoque (discrimination, heures supplémentaires) que de chiffrer son préjudice subi.

1.1 Sur les pièces permettant de contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur

1.1.1 Sur les pièces dont la non-production est sanctionnée par le juge sans qu'il soit nécessaire de les solliciter

Pour certaines catégories de litiges (faute grave et licenciement économique notamment), le juge tire les conséquences judiciaires du refus de l'employeur de produire spontanément les pièces permettant d'établir la réalité des motifs qu'il invoque. Au vu de cette jurisprudence, il n'est plus même juridiquement nécessaire à l'avocat du salarié de demander ces pièces puisqu'il est d'ores et déjà acquis que leur non-production par l'employeur vaudra absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

a) La faute grave

Ainsi, en matière de licenciement pour faute grave, le refus de l'employeur de communiquer des pièces pour prouver la faute prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (5). Dès lors, il apparaît inutile de demander la production de ces pièces dont la non-production vaut absence de cause.

La Cour de cassation va même plus loin : la demande du salarié qui viserait à obtenir la communication de ces pièces serait infondée. Ainsi, dans un arrêt du 7 mars 2006, la Cour de cassation a jugé que le salarié ne pouvait demander aux Prud'hommes, saisis en référé, d'ordonner à la société de produire les pièces à l'appui de la faute grave puisqu'aucune obligation probatoire ne pesait sur le salarié (6).

Si les tribunaux ont jugé que la responsabilité probatoire repose exclusivement sur l'employeur dans le cadre du licenciement pour faute grave, c'est parce que l'employeur, en invoquant la faute grave, se soustrait à ses obligations légales (paiement de l'indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de licenciement). Les tribunaux ont donc procédé à une simple application de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil : l'employeur se prétendant libéré de l'obligation de verser ces indemnités dues au salarié, c'est sur lui que repose l'obligation de prouver la faute grave l'exonérant du paiement de ces indemnités.

Si le salarié n'a donc pas à solliciter de l'employeur des pièces justifiant de la faute grave, il lui appartient en revanche, dès l'audience de conciliation ou en référé, de solliciter une provision sur l'indemnité compensatrice de préavis et de licenciement (le choix de l'audience dépendant du quantum demandé puisqu'il est peut être intéressant de recourir au référé quand les provisions sollicitées sont supérieures à six mois de salaire). Ainsi, dans un arrêt du 13 avril 2000, la Chambre sociale de la

(4) M. Henry « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit » Dr. Ouv. 1997 p. 401 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(4 bis) Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin "Rappels et illustrations de l'office du juge devant le Bureau de Conciliation prud'homal. Une véritable audience initiale" RDT janvier 2009.

(5) Soc. 21 nov. 1984 n° 82-43380 et 11 déc. 1985 n° 845563.

(6) Bonnefoi c/ Sté Galalium : « Mais attendu que la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à de simples arguments, a fait ressortir l'absence d'obligation probatoire de M. X dans le litige envisagé et a souverainement décidé que sa demande ne reposait pas sur un motif légitime ».

Cour d'appel de Lyon a confirmé une ordonnance de référé aux termes de laquelle l'employeur avait été condamné à verser une provision sur préavis et indemnité de licenciement à un salarié licencié pour faute grave (7). La Cour d'appel, dans cet arrêt, contrôlait même si les pièces produites par l'employeur présentaient « une apparence de sérieux » (8).

b) Le licenciement pour motif économique

De même, en matière de licenciement pour motif économique, la Cour de cassation juge que la non-communication, par l'employeur, des documents comptables entraîne la requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'article R. 1456-1 fait peser sur l'employeur la charge de la preuve du motif économique. Même s'il a été jugé que cet article ne s'applique qu'aux licenciements collectifs pour motif économique, il a été retenu que, dès lors que l'employeur ne produit pas les éléments établissant la réalité des difficultés économiques invoquées, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (9). Cette solution apparaît logique dans la mesure où c'est l'employeur qui détient les pièces comptables permettant de prouver ce qu'il allègue et que le salarié n'y a pas accès. Dans le cadre d'un procès loyal, il est donc légitime que soit exigée de l'employeur la production des documents comptables permettant d'établir la réalité des difficultés qu'il invoque.

La Cour de cassation va même plus loin puisqu'elle exige la production des documents comptables détenus par des tiers, à savoir les autres sociétés du groupe. En effet, la Cour de cassation a plus précisément retenu que, dès lors que l'employeur ne produit pas les éléments sur la situation comptable du groupe à l'étranger, elle n'est pas en mesure d'apprécier la pertinence des difficultés

économiques invoquée et que le licenciement est donc sans cause réelle et sérieuse (10).

La Cour de cassation applique le même principe au licenciement pour motif économique fondé sur la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité (11). Aux termes de ce dernier arrêt, le licenciement est ainsi privé de cause réelle et sérieuse dès lors que l'employeur ne communique pas les comptes d'une seule de ses filiales, peu important que les comptes de l'intégralité des autres filiales aient été versés aux débats.

La déloyauté de l'employeur, qui ne permet pas au juge d'apprécier la réalité du motif économique au niveau de l'ensemble du secteur d'activité du groupe mondial, est sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

c) Sur l'inversion du calendrier de procédure

Dès lors, tant en matière de licenciement pour faute grave que pour motif économique, et alors que la charge de la preuve pèse sur l'employeur, il n'est pas tant utile de demander la communication des pièces que de solliciter l'inversion du calendrier de procédure. Il convient de rappeler que l'article R. 1454-18 ne fixe aucunement comme principe que c'est au salarié de communiquer en premier ses pièces, le juge ayant donc toute liberté pour apprécier quel calendrier il convient de fixer (12).

Par ailleurs, de manière plus générale, au regard du réaménagement de la charge de la preuve induit par l'obligation du juge de contribuer à la recherche de la vérité par la production forcée de pièces, tout licenciement, et pas uniquement pour faute grave ou pour motif économique, devrait donner lieu à une inversion du calendrier de communication des pièces.

(7) « Attendu qu'en application des articles L. 122-6 et L. 122-9 du Code du travail recodifiés L. 1234-1 et L. 1234-9, l'employeur qui licencie un salarié ayant une ancienneté d'au moins six mois doit d'une part respecter un délai-congé, d'autre part, payer au salarié une indemnité de licenciement et n'échappe à ces obligations qu'en cas de faute grave ; que par ailleurs s'il invoque la faute grave, l'employeur doit en rapporter la preuve ; que dès lors qu'elle a relevé que « toutes les pièces produites à l'appui de ses demandes » avaient été communiquées par M. Takvorian à la Société Jet Services alors que cette dernière n'avait apporté aucun élément justifiant son refus de paiement, la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Lyon a pu retenir que la créance de M. Takvorian n'était pas sérieusement contestée et accorder une provision sans que sa décision eut pour effet « d'éluider la règle selon laquelle le demandeur doit en premier communiquer ses pièces et conclusions » ; qu'en effet, la contestation sérieuse alléguée par la société et relative à la commission d'une faute grave par M. Takvorian ne peut pas résulter de la seule lettre de licenciement, quels que soient les motifs qui y sont énoncés ».

(8) « Que la Cour statuant en référé n'a certes pas à procéder à l'analyse de ces pièces, ce qui relève des pouvoirs du juge du fond, mais qu'elle doit vérifier qu'elles présentent une apparence de sérieux ; que la seule lecture de ces attestations fait apparaître qu'elles sont manifestement insuffisantes pour que puisse être retenue la faute grave ; qu'en effet les témoins se sont bornés à relater en termes généraux que M. Takvorian avait eu un comportement et des propos critiquables, sans aucune description

de ce comportement ni citation des paroles prononcées par M. Takvorian et sans indication de date et de lieu ».

(9) Soc. 3 fév. 1998 TPS 1998 comm. 118.

(10) « Que les difficultés s'appréciant au regard du secteur d'activité du groupe au sein duquel se situe l'entreprise qui a licencié, elle a pu en déduire, en l'absence d'informations sur la situation comptable et l'organisation du groupe (...) que la réalité des difficultés économiques invoquées n'était pas établie », Soc. 19 mars 2002 n° 00-40.324.

(11) « L'employeur doit produire tous les éléments permettant d'établir que les mesures de réorganisation sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité ; qu'appréciant souverainement les preuves qui étaient produites, la Cour d'appel qui a constaté que les résultats de toutes les entreprises faisant partie, comme la société Symphonie en Ligne, du groupe Agfa Healthcare, avaient été communiqués à l'exception d'une société basée en Allemagne et que cette carence ne permettait pas de connaître la situation économique réelle du groupe, en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse », Soc. 14 janv. 2009 n° 07-42708.

(12) « Le Bureau de conciliation peut fixer le délai de communication des pièces ou des notes que les parties comptent produire à l'appui de leurs prétentions. ».

Le juge se doit, dans l'établissement du calendrier de procédure, de fixer des dates de communication des pièces conformes à la charge probatoire des parties (13). C'est à cette seule condition que le dossier pourra être en état à l'audience de jugement. C'est à cette seule condition que le salarié pourra utilement conclure.

1.1.2 Sur les pièces dont il convient de demander la communication pour établir la fraude de l'employeur

Il est également illogique que pèse sur le salarié la charge de la preuve de l'existence des conditions requises pour un transfert dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, si à l'origine l'article L. 1224-1 avait pour objet de protéger le salarié en cas de succession d'employeurs, le recours à cet article est également devenu un moyen pour l'employeur de se séparer de salariés par le biais d'une externalisation.

En conséquence, l'employeur se prétendant libéré de l'obligation d'être employeur, conformément au deuxième alinéa de l'article 1315 du Code civil, c'est à lui qu'il appartient de prouver qu'il est libéré de cette obligation (14). Dès lors qu'il ne produit pas les pièces justifiant des conditions d'application de l'article L. 1224-1, il devrait donc être jugé que cet article ne s'applique pas.

Loin de retenir cette solution, les tribunaux sont même des plus réticents à ordonner la communication des pièces, parmi lesquelles des contrats conclus entres sociétés, notamment lors de cessions d'actifs ou de fonds de commerce. Or, ces pièces sont indispensables pour pouvoir contrôler que les conditions de l'article L. 1224-1 n'ont pas pour seul objet d'externaliser des salariés, sans garanties pour eux. Par le biais de la production forcée de pièces, il s'agit de **remonter à la source du transfert** du salarié pour en contrôler le caractère frauduleux ou non.

1.2 Sur les pièces détenues par l'employeur nécessaires pour chiffrer le préjudice

1.2.1 Sur la discrimination, l'égalité hommes-femmes et l'égalité de traitement

En matière de discrimination et d'égalité de traitement, il peut y avoir débat pour savoir si les pièces sollicitées concernant le panel d'appartenance du salarié permettent d'établir la preuve de la discrimination ou d'évaluer les préjudices.

Dans la mesure où le Code du travail aménage la charge de la preuve et où, pour obtenir les informations concernant le panel d'appartenance, le salarié doit uniquement être en mesure d'alléguer des éléments laissant présumer qu'il fait l'objet d'une discrimination, il semble logique de soutenir que ces pièces ne sont pas tant nécessaires pour établir la discrimination que pour chiffrer le préjudice du salarié et procéder à la reconstitution exacte de sa carrière. Au regard de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination (article L. 1134-1) et d'égalité hommes-femmes (article L. 1144-1), les tribunaux retiennent que, dès lors que l'employeur n'est pas en mesure de justifier par des éléments objectifs le traitement spécifique dont le salarié est l'objet, la discrimination est établie (15).

La Cour de cassation, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, retient le même système probatoire pour le respect du principe plus général « *à travail égal, salaire égal* » (16).

Dans un arrêt récent, elle a d'ailleurs rappelé que « *l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés* » (17), confortant ainsi l'idée que ces pièces ne sont pas indispensables à la preuve de la discrimination.

S'il n'est donc pas tant nécessaire d'obtenir de l'employeur des pièces pour établir la réalité de la discrimination, les bulletins de paie des salariés du panel d'appartenance sont en revanche indispensables pour procéder à la reconstitution de carrière du salarié. La Cour de cassation rappelle, d'une part, que doivent être comparés les salariés se trouvant dans une situation

(13) En ce sens CPH Grasse 10 juin 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 135 ; CPH Bordeaux 8 nov. 1999, Dr. Ouv. 2000 p. 173 n. K. Derouvroy.

(14) V. obs. M. Henry, concernant l'établissement du montant du salaire, sous Soc. 18 déc. 2001, Dr. Ouv. 2002 p. 446.

(15) Soc. 4 oct. 2005 n° 03-45689 ; Soc. 6 juillet 2005 n° 03-44645 ; Soc. 28 sept. 2004 n° 03-42624.

(16) « *En application de l'article 1315 du Code Civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe, « à salaire égal, travail égal » de soumettre au Juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments*

objectifs justifiant cette différence », Soc. 25 mai 2005 n° 04/40169 ; « *Attendu que les juges du fond ont fait ressortir que les salariés rapportaient la preuve des éléments susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, mais que l'employeur n'établissait pas l'existence d'éléments objectifs justifiant la différence de rémunération, ont légalement justifié leur décision* », Soc. 28 sept. 2004, n° 03-41829, Dr. Ouv. 2005 p. 65 n. M. Henry.

(17) Soc. 10 nov. 2009 n° 07-42849, ci-après n. A. Ferrer.

comparable à l'embauche (18), soit les salariés recrutés à des fonctions similaires, à une date et à niveau de qualification proche du salarié objet du panel (19) et, d'autre part, que le juge doit réparer l'entier préjudice du salarié, en procédant à la « **reconstitution nécessaire de la carrière** » du salarié, s'il n'avait pas été discriminé (20).

L'obligation de l'employeur de communiquer ces pièces a été renforcée par la loi du 17 juin 2008 puisqu'aux termes de l'article L. 1134-5 introduit dans le Code du travail « *l'action en réparation du préjudice (...) se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* ». Or, les débats parlementaires font clairement apparaître que le délai de prescription ne court désormais qu'à compter de la communication, par l'employeur, des éléments de comparaison du salarié avec la situation professionnelle de ses collègues, sous entendant que l'employeur a donc bien l'obligation de communiquer ces pièces (21). Il est donc anormal que ce soit si rarement que le Bureau de conciliation ordonne la communication des bulletins de paie des salariés du panel d'appartenance, ce d'autant plus que le Code rappelle expressément, spécifiquement en matière de discrimination et d'égalité hommes-femmes, le rôle actif du juge dans la recherche de la preuve (article L.1134-1 et 1144-1 (22)).

1.2.2 Sur les heures supplémentaires

De même, il ne devrait pas être aussi difficile d'obtenir du Bureau de conciliation qu'il ordonne la communication des justificatifs des horaires que l'employeur est tenu de fournir. Les textes légaux prévoient que l'employeur a l'obligation de verser aux débats les éléments justifiant des horaires réalisés par le

salarié (article L. 3171-4) (23). Il en résulte que l'employeur est tenu de fournir au juge les relevés horaires et que le Bureau de conciliation peut ordonner la communication de ceux-ci (24).

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2008 a d'ailleurs précisé que l'employeur avait l'obligation de conserver les justificatifs des horaires réalisés par le salarié pendant cinq ans, alignant logiquement le délai de conservation des documents sur la durée de la prescription (25). La Cour de cassation tire comme conséquence de cette obligation de l'employeur de produire ces pièces que, alors que le salarié étaye sa revendication d'heures supplémentaires par divers éléments, il ne peut être débouté de sa demande dès lors que l'employeur ne fournit aucun élément (26). C'est pourquoi la communication des relevés-horaires n'est pas tant nécessaire pour prouver les heures supplémentaires que pour procéder au chiffrage de celles-ci.

1.2.3 Sur les primes ou le salaire variable

Il est également nécessaire d'obtenir la communication des éléments permettant de vérifier les modalités de calcul de la part variable du salaire. La Cour de cassation a précisé que l'employeur avait bien une obligation de communiquer ces éléments (27), au visa de l'article 1315 du Code civil. Il doit en résulter que, dès lors que l'employeur ne produit pas ces pièces, le salarié ne peut être débouté de sa demande, la difficulté étant donc de déterminer le montant de cette part variable (la solution retenue étant le plus souvent en référence aux montants reçus par le passé) et non le principe du versement de ce salaire.

(18) Soc. 22 janv. 2008 n° 06-44802 ; Crim. 20 juin 2006 n° 05-82955.

(19) « *Attendu que pour dire caractérisés les faits de discrimination syndicale, l'arrêt énonce que la constitution de trois échantillonnages pertinents, regroupant des salariés embauchés à une date et à un niveau de qualification proches de celui des parties civile et permettant de calculer le salaire mensuel moyen de ceux-ci en juin 1999, démontre que les salariés demandeurs se retrouvent, dans chaque échantillon auquel ils appartiennent, au bas de l'échelle indiciaire avec des salaires inférieurs à la moyenne de ceux de la population de référence* », Crim. 20 juin 2006, p. n° 05-82955.

(20) « *Vu l'article L. 2141-5 du Code du travail et le protocole d'accord du 20 février 1995 ; attendu qu'après avoir relevé que le salarié avait été victime d'une discrimination syndicale depuis 1987, la Cour retient qu'il y a lieu de confirmer la décision des premiers juges concernant la demande en rappel de salaires correspondant au coefficient 2024 et pour la période non prescrite, au motif adopté qu'il n'est pas contesté que le coefficient de la grille résultant du protocole d'accord du 20 février 1995 correspondant à la fonction de responsable d'édition, portée sur ses bulletins de paye est de 2024 ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le*

coefficient 2024 était applicable en 1995, compte tenu, d'une part, des fonctions antérieurement exercées par le salarié et, d'autre part, de la reconstitution nécessaire de sa carrière antérieure, à partir de 1987, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord et du texte susvisés », Soc. 12 nov. 2008 n° 07-40.899.

(21) Emmanuelle Boussard-Verrechia "L'Abréviation de la prescription en matière de discrimination compensée par l'exigence d'une révélation informée", RDT novembre 2008.

(22) « *Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

(23) M. Coupillaud « La preuve du temps de travail : le dispositif se précise » Dr. Ouv. 2002 p. 89.

(24) Cour d'appel de Paris 18 juin 2009 (pôle 6 ch. 2) 09/01625 et 09/01902, Dr. Ouv. 2009 p. 482 n. T. Grumbach et E. Serverin.

(25) N° 07-41418.

(26) Soc. 10 mars 2009 n° 07-44092, v. obs. P. Rennes au Dr. Ouv. 2009 p. 457.

(27) Soc. 24 sept. 2008 n° 07-41383, Dr. Ouv. 2009 p. 99 n. M. Pécher ; Soc. 18 juin 2008 n° 07-41910 P+B+R+I, Dr. Ouv. 2008 p. 533, Avis F. Deby ; Soc. 18 déc. 2001, Dr. Ouv. 2002 p. 446 n. M. Henry.

II. Sur la légitimité des motifs invoqués par les employeurs pour se soustraire à l'obligation de communiquer des pièces

Les entreprises tentent d'invoquer divers arguments pour s'opposer à la communication forcée de pièces.

2.1 Un empêchement légitime de communiquer des pièces qui ne peut être invoqué que par les tiers au procès

Une interprétation littérale de l'article 11 du CPC pourrait être opposée aux employeurs qui invoquent « des motifs légitimes » pour refuser de communiquer des pièces : « *Les parties sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toutes les conséquences d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». En effet, le motif « d'empêchement légitime » n'est prévu que pour les tiers au procès et aucunement au bénéfice des employeurs, parties au procès.

L'article 141 du CPC (chapitre II « L'obtention des pièces détenues par un tiers ») précise également pour les seules pièces détenues par un tiers : « *En cas de difficulté, ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, le juge qui a ordonné la délivrance ou la production peut, sur la demande sans forme qui lui en serait faite, rétracter ou modifier sa décision. Le tiers peut interjeter appel de la nouvelle décision dans les quinze jours de son prononcé.* »

Par ailleurs, ces dispositions permettent également de contester un argument fréquemment soulevé par les employeurs, selon lequel ils ne pourraient être forcés à communiquer des documents (livre d'entrée et sortie du personnel, documents comptables...) appartenant à d'autres sociétés du groupe, puisque le juge a le pouvoir d'ordonner la communication de pièces détenues par des tiers.

2.2 Sur les « motifs légitimes » fréquemment invoqués par l'employeur, soudainement défenseur de libertés

Soucieux de s'opposer à la communication forcée de pièces, les employeurs s'abritent derrière les libertés, réelles ou supposées. Les motifs invoqués par les employeurs pour s'opposer à la communication de

pièces sont principalement l'atteinte à la vie privée et l'une de ses déclinaisons, le secret des correspondances ainsi que le secret des affaires.

a) *Le respect de la vie privée : un droit relatif*

L'employeur, pour s'opposer à une communication forcée de pièces, trouve soudainement intérêt à invoquer une atteinte à la vie privée des salariés dont il devient un ardent défenseur. Dans les dossiers en discrimination notamment, il se refuse à communiquer les bulletins de paie des salariés du panel d'appartenance, au motif qu'il s'agit là d'informations touchant à la vie privée du salarié. Outre qu'on peut se demander si le salaire est une information touchant à l'essence de la vie privée (il s'agirait d'un nouveau principe fondamental selon lequel je serais ce que je gagnerais...), il sera démontré qu'il peut être porté atteinte à un droit fondamental dès lors que l'objectif est de protéger les droits et liberté d'autrui.

Le respect de la vie privée est bien protégé par différents textes (article 9 du Code civil, article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme intitulé « Droit au respect de la vie privée et familiale »). Or, il ressort précisément de cet article 8 qu'une ingérence dans ce droit peut exister dans certaines conditions : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » Le juge, autorité publique, peut donc s'ingérer dans ce droit au respect de la vie privée, à la condition que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui. En l'espèce, on doit considérer que le principe de l'égalité des armes est un droit fondamental qui justifie, et exige, cette ingérence. Il doit en être de même, quand il s'agit de combattre une discrimination, par nature attentatoire aux droits et libertés d'autrui.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 mai 2007 (28), la Chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne et du principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable, a jugé qu'il pouvait être porté atteinte à la vie privée, à l'occasion d'une communication de pièces, à la

(28) N° 06-10606.

condition que la production de cette pièce reste légitime et que l'atteinte soit proportionnée (29). On retrouve donc ici l'exigence du contrôle de la légitimité et de la pertinence de l'atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, posée par l'article L.1121-1. La Cour d'appel de Versailles (30) vient de retenir cette position pour ordonner à l'employeur de communiquer les salaires du groupe d'appartenance d'un salarié discriminé, au même visa du principe de l'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable (31).

b) Le secret des correspondances : un droit relatif

Le secret des correspondances doit être considéré comme relevant du droit au respect de la vie privée. L'article 8 de la Convention européenne (intitulé « Droit au respect de la vie privée et familiale »), rappelé ci-dessus, vise d'ailleurs le secret des correspondances. Le secret des correspondances est également protégé par la loi n° 91-6646 du 10 juillet 1991, article 1^{er}, qui tout comme l'article 8, prévoit qu'il peut être porté atteinte à ce secret, sous certaines garanties : « *Le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci* ».

Dès lors, si le secret des correspondances a un fondement légal, il ne peut être un obstacle à la communication d'une pièce ordonnée par le juge, autorité publique. Le salarié en supporte d'ailleurs les conséquences puisque les tribunaux autorisent l'employeur à accéder à la messagerie du salarié dès lors qu'un huissier a été désigné dans le cadre de l'article 145 du CPC (32) et la Cour semble même avoir récemment encore alourdi le contrôle de l'employeur (33). Le juge peut donc ordonner, au profit des salariés, la

communication de pièces qui seraient couvertes par le secret des correspondances.

c) Sur le secret des affaires : un secret sans fondement légal

Pour s'opposer à la communication de pièces (et notamment de contrats), les employeurs invoquent également un principe, qu'ils voudraient fondamental, celui du secret des affaires. Or, il n'existe en droit français aucun principe général du secret des affaires.

La seule disposition légale française visant le secret des affaires est l'article L. 463-4 du Code de commerce (Livre IV "De la liberté des prix et de la concurrence", titre VI "De l'autorité de la concurrence", chapitre III de la procédure), qui concerne donc exclusivement les procédures devant l'Autorité de la concurrence (34). Cet article ne définit pas le secret des affaires. De plus, le décret n° 2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du Code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence prévoit les modalités d'aménagement suivantes, dès lors qu'une partie invoque le secret des affaires :

– la partie qui invoque la protection du secret des affaires écrit à l'Autorité dans le mois qui suit la communication de la pièce pour expliquer, pour chaque information, l'objet et les motifs de sa demande ; elle fournit séparément une version non confidentielle et un résumé de chacun de ces éléments ;

– dans le cadre de l'instruction par l'autorité de la concurrence, le rapporteur examine, avant que les éléments concernés du dossier soient rendus accessibles ou communiqués aux parties, les demandes de protection de secrets d'affaire qui ont été formulées ;

– le rapporteur général notifie au demandeur une décision de traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents en cause ;

(29) « Vu les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; que sanctionner les demandes de communication de pièces formulées par le salarié par une irrecevabilité, comme le demande l'employeur, conduirait à interdire au salarié, victime de discrimination, de pouvoir faire valoir utilement ses droits et pouvoir calculer le rappel de salaires auquel il est en droit de prétendre en ne disposant d'aucun élément comparatif avec d'autres salariés de l'entreprise ».

(30) 6^e Ch. soc., 19 janv. 2010 n° 09/00655.

(31) « Que l'employeur s'y oppose (à la communication des salaires) au visa de l'article 9 du Code civil ; attendu que d'une part, constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de

la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, une telle atteinte pouvant être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; que sanctionner les demandes de communication de pièces formulées par le salarié par une irrecevabilité, comme le demande l'employeur, conduirait à interdire au salarié, victime de discrimination, de pouvoir faire valoir utilement ses droits et pouvoir calculer le rappel de salaires auquel il est en droit de prétendre en ne disposant d'aucun élément comparatif avec d'autres salariés de l'entreprise ».

(32) Soc. 23 mai 2007 n° 05-17818.

(33) Soc. 17 juin 2009 Dr. Ouv. 2010 p. 90 n. A. Brousse.

(34) « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article ».

– « Lorsque le rapporteur considère qu'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou de plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'autorité », il en informe la partie qui a demandé la protection du secret des affaires et lui fixe un délai pour présenter des observations.

Il résulte donc très clairement de l'article L. 463-4 du Code de commerce, seul article visant le secret des affaires que celui-ci n'est pas érigé en principe fondamental : le secret des affaires, ne peut empêcher la communication d'une pièce dès lors que la connaissance de cette pièce « est nécessaire à l'exercice des droits de la défense et d'une partie mise en cause » (34 bis).

Ce « principe » du droit des affaires a beau n'avoir aucun fondement légal ni aucune définition, il s'imisce toutefois dans le droit français. Dans un arrêt du 7 janvier 1999 (35), la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation, si elle consacre indirectement le secret des affaires, a toutefois jugé qu'il ne pouvait être un obstacle à l'application de l'article 145 du CPC dès lors que la communication forcée de pièces était nécessaire et légitime (36).

Le 13 mai 2004, le député Bernard Carayon a présenté une proposition de loi relative à la protection des informations économiques visant à créer un droit au secret des affaires ainsi défini : « Sont qualifiées d'informations à caractère économique protégées, les informations ne constituant pas des connaissances générales pouvant être facilement et directement constatées par le public, susceptibles d'être source, directement ou indirectement, d'une valeur économique pour l'entreprise, et pour la protection desquelles leur détenteur légitime a pris, après consultation du comité d'entreprise et information des salariés de l'entreprise, des mesures substantielles conformes aux usages ». Ce projet de loi visait à créer un nouvel article 226-14-1 dans le Code pénal aux termes duquel aurait été punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la violation du secret des affaires. Ce projet de loi a été abandonné à ce jour et le secret des affaires ne fait donc l'objet d'aucune protection légale spécifique.

En l'absence de régime légal, le vocabulaire utilisé, même par le législateur, est parfois peu précis. Ainsi il est également fait référence au « secret en matière commerciale et industrielle » (37) pour refuser, sous conditions, la communication de certains documents administratifs. Cette nature administrative n'exclut pas

parfois une dimension économique intéressant des concurrents (marchés publics, contrats de délégation de service public, etc.). Ce secret est assurément assimilable au secret des affaires précédemment évoqué et ne présente pas plus de caractère absolu.

Si le vol, l'abus de confiance et l'intrusion informatique peuvent faire l'objet de poursuites pénales, la simple violation du secret des affaires ne peut constituer une infraction pénale.

Le secret des affaires ne peut pas plus être assimilé au secret professionnel (article 4 du décret 2005-790 du 12 juillet 2005 pour les avocats) ou au secret bancaire (article L. 511-33 du Code monétaire et financier) qui ont eux des fondements légaux. De surcroît, pour le secret professionnel, tant des banques que des avocats, ce secret n'est pas absolu (38), même si les atteintes qui peuvent y être apportées sont fortement limitées.

Dès lors, les employeurs ne sauraient invoquer un hypothétique principe du secret des affaires pour s'opposer à des communications forcées de pièces dans le cadre du débat prud'homal quand d'une part, ce principe n'a aucun fondement légal et quand, d'autre part, pour les droits qui ont un fondement légal, comme le droit au respect de la vie privée, il a été démontré qu'en application du principe de l'égalité des armes, la communication forcée de pièces pouvait être ordonnée.

La profession des avocats est actuellement animée d'un débat portant sur l'intégration des juristes d'entreprise. Ce débat n'est pas sans incidences sur la question de la production forcée de pièces. L'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat permettrait aux entreprises de rendre confidentiel, car couvert par le secret professionnel, tout document émanant de l'entreprise, à la seule condition qu'il soit signé de l'avocat d'entreprise. Le bureau de l'avocat d'entreprise deviendrait alors un coffre-fort inaccessible au juge. Le secret professionnel deviendrait alors non un devoir, mais un privilège qui permettrait à l'entreprise de s'opposer à toute communication forcée de pièces. Le secret professionnel ne serait plus un outil des droits de la défense du client, mais un outil pour faire échec au principe de la loyauté du procès et de l'égalité des armes. Si différentes jurisprudences de la CJCE (39), peuvent nous permettre d'espérer qu'un contrôle sera toutefois exercé et une distinction opérée selon la nature des documents, le débat sur la communication forcée de pièces n'en sera pas moins complexifié.

Savine Bernard

(34 bis) V. en particulier Com. 19 janv. 2010, p. n° 08.19761, Bull.

(35) N° 95-21943.

(36) « Mais attendu que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du CPC, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités ».

(37) Art. 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, loi qui a notamment instauré la CADA.

(38) Par exemple en matière de secret bancaire v. Com. 16 déc. 2008, p. n° 07-19.777.

(39) Notamment 155/79, 1983, *AM&S Europe v. EC Commission*.