

PROUVER LE FAIT QUI FAIT LE DROIT

Colloque en hommage à Tiennot Grumbach

Alléger le salarié du fardeau de la preuve

par *Hervé GOSSELIN*, ancien conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation

PLAN

- I. Alléger la charge de la preuve pour le salarié
 - A. Par la loi
 - B. Les aménagements d'origine prétorienne
- II. Faciliter la recherche de la preuve pour le salarié
 - A. Les obstacles dressés devant le salarié
 - B. Faciliter la recherche de la preuve par le salarié

En matière de charge de la preuve, l'application mécanique des articles 1315 du Code civil (« *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ») et 6 et 9 du Code de procédure civile (« *À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder* » et « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ») conduirait à faire peser quasi systématiquement la charge de la preuve sur le salarié, qui est pratiquement toujours le demandeur. Sauf dans les hypothèses où l'employeur, débiteur d'une obligation, est tenu de justifier s'en être libéré (art. 1315, al.2). Or, la difficulté pour le salarié de réunir les preuves nécessaires pour convaincre le juge risquerait de priver le salarié de faire reconnaître ses droits, les éléments de preuve étant souvent détenus par l'employeur et peu accessibles au salarié.

Mais le droit du travail est un droit de protection pour le salarié. Il tient compte de la position particulière du salarié dans une relation de travail par nature déséquilibrée. Si l'on recherche l'effet utile des dispositions du Code du travail, cela passe nécessairement par un allègement du fardeau de la preuve en faveur du salarié dans de nombreuses situations. Cela se fait soit par la loi, soit par la jurisprudence.

Après avoir évoqué quelques exemples de cet allègement, on s'attardera sur certains moyens qui peuvent être mis en œuvre pour faciliter la recherche de la preuve par le salarié.

I. Alléger la charge de la preuve pour le salarié

Arrêtons-nous sur quelques exemples d'aménagements de la charge de la preuve, d'abord d'origine législative, ensuite d'origine prétorienne. Souvent, ces aménagements ont pour objet de prendre en compte la vulnérabilité particulière du salarié ou la difficulté particulière de preuve.

A. Par la loi

On se limitera à quelques observations relatives au régime probatoire de la discrimination, du harcèlement moral et des heures de travail effectuées.

1. Le régime probatoire de la discrimination

Ce régime est le fruit d'un aménagement amorcé par la Chambre sociale à la fin des années 1990 et au début des années 2000 (1), inspiré par le contenu de la directive relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination en raison du sexe du 15 décembre 1997 ; puis il est expressément prévu par les deux directives relatives à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement de 2000. Il trouve enfin sa consécration légale par la loi du 16 novembre 2001.

(1) Cass. Soc. 23 novembre 1999, n°97-42.940 par exemple.

Le mécanisme est désormais bien connu : la personne qui s'estime victime d'une discrimination « établit des faits » (selon les directives), « présente des faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination » (selon l'article L 1134-1 du Code du travail) ; à charge pour l'employeur de prouver que la décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Les faits doivent être matériellement établis. Ils doivent laisser présumer l'existence d'une discrimination. Un seul fait suffit. Et la comparaison n'est pas toujours indispensable (2). Elle reste, cependant, souvent nécessaire pour faire apparaître la discrimination directe et plus encore, dès lors qu'il s'agit d'une discrimination indirecte frappant toute une « population » (3). Mais on observera que, même dans cette hypothèse, la jurisprudence se révèle assez souple et n'impose pas nécessairement une comparaison en bonne et due forme, comme cela ressort d'un arrêt récent concernant la mise en place d'une visite systématique de retour d'absence, jugée discriminatoire en raison de l'état de santé du fait de la stigmatisation des salariés absents pour maladie qu'elle entraînait (4).

Lorsque la comparaison est opérée à partir de panels de salariés, le juge du fond doit examiner le ou les panels produits, mais, pour l'instant, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas souhaité rentrer dans l'appréciation de la pertinence des panels produits (5). Peut-être y aura-t-il place, ultérieurement, pour un contrôle léger de ces panels, tant il est évident que la composition du panel est déterminante dans la mise en évidence d'une discrimination (6).

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que cet aménagement du régime probatoire n'est pas contraire au principe du respect de l'égalité des armes (7).

Un point de vigilance mérite d'être souligné. Il concerne la mise en œuvre de l'article L. 1133-1 du Code du travail, issu de la loi du 27 mai 2008 de fin de transposition des directives de 2000, qui admet « des différences de traitement lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante

et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Exception à l'interdiction des discriminations étendue par l'article L. 1133-1 du Code du travail à tous les cas de discrimination de l'article L. 1132-1 par le législateur de 2008, cette « tolérance » d'une discrimination peut être dangereuse si une interprétation très stricte n'est pas rapidement retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation, à l'image du contenu des articles L. 1142-2 et R. 1142-1 du Code du travail, qui encadrent très limitativement les métiers qui imposent l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Telle n'est, cependant, pas l'orientation qui se dégage de l'arrêt rendu sur renvoi après cassation par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Baby Loup*, puisqu'elle retient dans son arrêt que « les restrictions prévues par le règlement intérieur répondent aussi, dans le cas particulier, à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi » (8).

2. La charge de la preuve en matière de harcèlement moral

Ce régime d'aménagement de la charge de la preuve est prévu à l'article L. 1154-1 du Code du travail : « Le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement... ».

Il faut rappeler que le harcèlement moral, tel que défini à l'article L. 1152-1 du Code du travail, vise des situations graves de dérèglement des relations de travail, emportant des conséquences parfois dramatiques pour les personnes concernées. Ces situations sont nombreuses et il n'est, dès lors, pas étonnant que ce contentieux se développe, mais cette notion n'a pas vocation à habiller des demandes supplémentaires de dommages et intérêts à l'occasion de la rupture du contrat de travail, sauf à en dénaturer profondément le sens et à risquer de relativiser l'exigence de prévention du harcèlement moral et d'en atténuer sa sanction.

(2) Cass. Soc. 6 novembre 2013, n°12-22.270 : retrait d'un dossier suivi d'un licenciement pour faute grave d'un salarié un mois après que l'employeur ait eu connaissance de son homosexualité ; Cass. Soc. 10 nov. 2009, n°07-42.849, Dr. Ouv. 2010 p.208 n. A. Ferrer.

(3) Cass. Soc. 6 juin 2012, n°10-21.489, Dr. Ouv. 2012, p.687, n. M.-T. Lanquetin ; Cass. Soc. 3 juillet 2012, n°10-23.013.

(4) Cass. Soc. 12 février 2013, n°11-27.689.

(5) Cass. Soc. 6 juin 2012, n°10-27.694 ; Cass. Soc. 3 juillet 2012, n°10-25.747.

(6) Cette question risque de prendre de l'importance si la proposition d'action collective devant le TGI, contenue dans le rapport rédigé par Laurence Pécaut-Rivolier en décembre 2013, est finalement retenue par les pouvoirs publics et utilisée par les organisations syndicales.

(7) Cass. Soc. 28 janvier 2010, n°08-41.959.

(8) CA Paris 27 novembre 2013, Dr. Ouv. 2014, p.73, n. I. Meyrat.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a construit une jurisprudence depuis 2008 qui permet de saisir les différentes formes de harcèlement moral, notamment le harcèlement institutionnel ou managérial, mais encore faut-il que, conformément à la définition retenue par le législateur, les faits établis par le salarié constituent des agissements répétés, qui peuvent être de nature différente (9), sur une période qui peut être courte ou longue, et qui entraînent une dégradation de ses conditions de travail *susceptible* (10) de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel. S'agissant du harcèlement managérial, les agissements peuvent concerner l'ensemble de la collectivité de travail... à condition qu'au moins l'un d'entre eux ait été subi par le salarié demandeur, car le contentieux reste un contentieux individuel (11).

Le contexte, très souvent délicat, des situations de harcèlement moral, généralement caractérisé par un grand isolement du salarié et une difficulté de sa part à réaliser ce qui lui arrive, rend la recherche de la preuve très difficile, ce qui justifie amplement l'existence d'un régime probatoire particulier en faveur de la victime (12). Ce régime probatoire doit être impérativement respecté. La Chambre sociale y veille, qui invoque son non-respect dans un tiers des cassations qu'elle prononce en matière de harcèlement moral (13).

Il appartient au juge de vérifier si les faits sont matériellement établis, et d'écarter souverainement ceux qu'ils considèrent comme étant non établis. Ensuite, il doit examiner si l'ensemble des faits qu'il a retenus laissent ou non présumer l'existence d'un harcèlement moral. Il ne peut, à ce stade de la mise en œuvre du régime probatoire, analyser chacun des éléments apportés par le salarié pris isolément et statuer sur la question de savoir si chacun d'entre eux permet de caractériser un harcèlement moral. Ce dernier étant défini par « *des agissements répétés* », c'est à une appréciation de l'ensemble des faits que doit se livrer le juge, pour dire si cet ensemble de faits laisse ou non présumer l'existence d'un harcèlement moral. S'il retient cette présomption, il lui revient d'apprécier si les preuves de l'employeur permettent

d'écarter la caractérisation de harcèlement moral. Dans cette dernière phase du régime probatoire, la charge de la preuve pèse intégralement sur l'employeur (14).

3 . La preuve des heures travaillées

Ce régime de preuve partagée, prévu par l'article L. 3171-4 du Code du travail, est un des plus utilisés dans le contentieux prud'homal. L'aménagement de la charge de la preuve qu'il contient est justifié par le fait que c'est l'employeur qui fixe les horaires de travail et qu'il doit être en mesure de justifier des horaires effectivement réalisés par le salarié.

Mais l'équilibre voulu par le texte est délicat à trouver, car si le juge est trop exigeant sur la consistance et la cohérence des éléments apportés par le salarié, il risque de lui faire supporter entièrement la charge de la preuve, n'ayant même pas à examiner les éléments que l'employeur doit fournir.

Ce balancement subtil explique les oscillations de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans les dix dernières années. Mais celle-ci a délibérément décidé de privilégier désormais le critère de la précision de la demande du salarié. Peu importe que cette demande soit fondée sur des documents qui émanent du seul salarié. Ce qui est décisif pour le juge, c'est de savoir si elle est suffisamment précise pour permettre à l'employeur de répondre. Dans l'affirmative, il lui appartiendra d'apprécier sa pertinence en la confrontant aux dires de l'employeur (15).

Deux remarques supplémentaires peuvent être faites. Les quatre arrêts rendus récemment par la Chambre sociale de la Cour de cassation ne remettent pas en cause cette jurisprudence. Ils portent sur les conditions d'évaluation du montant dû par l'employeur au titre des heures supplémentaires effectuées. Il est décidé, par ces arrêts, de laisser au juge du fond l'appréciation souveraine de ce montant (16).

Seconde remarque : ce régime probatoire des heures travaillées laisse la place à l'obligation pour l'employeur de prouver le respect des seuils de durées maximales ou moyennes et des repos résultant des directives européennes et des dispositions du Code du travail. L'employeur est ici débiteur d'une obligation (17).

(9) Mais un certificat médical qui atteste d'une dégradation de l'état de santé du salarié ne saurait constituer un agissement de l'employeur, tel que défini par l'article L. 1152-1 du Code du travail.

(10) Nous soulignons. Voir en ce sens Crim. 14 janvier 2014, n° 11-81.362.

(11) Cass. Soc. 10 novembre 2010, n° 07-45.321.

(12) Et non au bénéfice de l'employeur qui souhaite sanctionner un harceleur présumé, hypothèse dans laquelle le droit disciplinaire doit s'appliquer.

(13) Sur un échantillon de pourvois ayant donné lieu à 92 cassations et 75 rejets sur une période d'un an à compter du 1^{er} juillet 2012.

(14) Cass. Soc. 25 janvier 2011, n° 09-42.766 ; Cass. Soc. 6 juin 2012, n° 10-27.766 ; Cass. Soc. 9 octobre 2013, n° 12-22.288.

(15) Cass. Soc. 24 novembre 2010, n° 09-40.928 ; Cass. Soc. 10 mars 2009, n° 07-44.092, Dr. Ouv. 2009 p.456 n. P. Rennes.

(16) Cass. Soc. 4 décembre 2013, n° 12-11.886, 12-17.525, 12-22.344 et 11-28.314.

(17) Cass. Soc. 20 février 2013, n° 11-28.811.

B. Les aménagements d'origine prétorienne

Ces aménagements se justifient, soit par la difficulté pour le salarié de réunir les preuves, soit par son statut précaire ou sa vulnérabilité.

1. La difficulté de réunir les preuves

L'engagement de l'employeur de faire bénéficier le salarié d'une part variable de la rémunération repose sur la vérification de critères qui nécessitent la connaissance, par le salarié, des données que seul l'employeur connaît et détient. Dans ce cas, il est jugé que l'employeur doit communiquer en temps utile (début d'exercice) les éléments permettant au salarié de contrôler la conformité de la rémunération aux engagements. C'est une condition essentielle pour pouvoir s'assurer de la mise en œuvre des critères... faute de quoi il appartient au juge de fixer le montant de la part variable de la rémunération. *A posteriori*, l'employeur doit communiquer les éléments qu'il est seul à détenir (18).

En matière d'égalité de traitement, une lecture audacieuse de l'article 1315 du Code civil a permis à la Cour de cassation de rapprocher *de facto* le régime probatoire de celui applicable à la discrimination : « *En application de l'article 1315 du Code civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe à travail égal, salaire égal de soumettre au juge des 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...* » (18 bis). Cette rédaction a ensuite évolué pour affirmer le contrôle par le juge de la pertinence des éléments apportés par l'employeur : « *L'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs pertinents* » et, désormais : « *L'employeur doit justifier la différence de traitement par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle* » (19).

2. La précarité ou la vulnérabilité du salarié

- La preuve du travail à temps partiel

L'absence de contrat écrit, ou le défaut de mention relative à la durée du travail, fait présumer que le contrat est à temps plein. À l'employeur de démontrer quelle était la durée du travail convenue, que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas tenu de se tenir constamment à la disposition de son employeur (20).

- La réalité du motif de recours au CDD

Si le salarié allègue de la fausseté du motif de recours au CDD en cas de remplacement d'un salarié absent, il appartient à l'employeur de prouver le contraire, y compris si le nom du salarié prétendument remplacé figure au contrat (21).

- Le recours au CDD d'usage

L'employeur doit prouver que l'emploi concerné est par nature temporaire, indépendamment de sa mention dans une convention collective comme un emploi qui peut être pourvu par un CDD d'usage (22).

- Salarié inapte en raison d'un accident du travail dû à un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat : par exception, le régime de la prise d'acte qui impose au salarié de démontrer que l'employeur a commis un manquement suffisamment grave pour justifier la rupture ne s'applique pas. L'employeur est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat : il doit prouver qu'il s'en est acquitté (23).

Mais, si le régime probatoire applicable au litige est déterminant pour l'issue du procès, encore faut-il que le demandeur soit en mesure d'accéder sans trop de difficulté et sans risque au juge, et qu'il soit en mesure d'apporter les éléments nécessaires au soutien de sa demande.

II. Faciliter la recherche de la preuve pour le salarié

Les tendances existent aujourd'hui à la limitation des possibilités pour les salariés d'accéder au juge. Par de multiples moyens : implantation géographique des juridictions, moyens de fonctionnement de ces

mêmes juridictions, niveau de l'aide juridictionnelle...

Parfois, la recherche de l'évitement du juge ou des restrictions à son accès passent par la conclusion d'accords collectifs (rupture conventionnelle,

(18) Cass. Soc. 14 octobre 2009, n°07-44.965 ; Cass. Soc. 24 septembre 2008, n°07-41.383, Dr. Ouv. 2009 p.99 n. M. Pécher ; Cass. Soc. 18 juin 2008, n°07-41.910, Dr. Ouv. 2008, p.533, avis F. Deby.

(18 bis) Soc. 28 sept. 2004, n°03-41.825, Dr. Ouv. 2005 p.65 n. M. Henry.

(19) Cass. Soc. 25 mai 2005, n°04-40.169.

(20) Cass. Soc. 25 février 2004, n°01-46.394 ; Cass. Soc. 25 mars 2009, n°08-41.229.

(21) Cass. Soc. 15 septembre 2010, n°09-40.473.

(22) Voir, par exemple, le secteur de l'audiovisuel : Cass. Soc. 9 octobre 2013 n°12-17.882, *supra* p.166.

(23) Cass. Soc. 12 janvier 2011, n°09-70.838.

raccourcissement des délais pour agir ou des délais de prescription...).

A. Les obstacles dressés devant le salarié

Avant d'explorer quelques hypothèses dans lesquelles l'employeur cherche à dissuader le salarié de faire valoir ses droits devant la juridiction prud'homale, on peut évoquer une tentative d'interdiction du recours au juge organisée par un accord de branche.

1. L'interdiction du recours au juge pour contester le nombre d'heures travaillées (24)

Le mécanisme imaginé par les signataires de la convention collective de la distribution directe est lié aux contraintes du métier. Il est, effectivement, difficile d'évaluer de façon précise le temps mis par un distributeur de prospectus pour effectuer sa tournée (25). D'où l'idée d'une quantification préalable de ce temps de travail à partir d'un certain nombre de critères prévus par la convention collective. Ceci n'est pas en soi critiquable.

Mais dans le litige soumis à la Cour de cassation, le salarié contestait le temps retenu en application de l'accord collectif. Le Conseil de prud'hommes avait ordonné une expertise, qui avait retenu un temps de travail, certes inférieur à celui revendiqué par le salarié, mais substantiellement plus important que celui fixé par l'employeur en application de la convention collective. Dans son pourvoi, la société soutenait que « *le salarié ne pouvait contester la durée de la distribution telle qu'elle résultait d'une application conforme des règles de la quantification préalable fixées par la convention collective, ni en particulier prétendre que le temps réellement nécessaire à l'exécution de la tournée était supérieur à celui déterminé par la convention collective, dont il n'y aurait pas lieu de tenir compte* ».

La Chambre sociale a rejeté ce pourvoi en énonçant clairement que « *la quantification préalable ne saurait à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du Code du travail* », relatif à l'office du juge en matière d'heures travaillées (25 bis).

Ainsi, les partenaires sociaux ne peuvent porter atteinte par la voie conventionnelle à l'office du juge tel qu'il est prévu par la loi.

2. La rétorsion (26)

Dans cette affaire, l'employeur met fin à une succession de CDD de plusieurs salariés pour un motif, présenté comme économique, ne pouvant justifier légalement la rupture avant terme des contrats... immédiatement après l'action en justice intentée par les salariés pour faire requalifier en CDI la succession de contrats à durée déterminée.

Faisant respecter la liberté fondamentale que constitue l'accès au juge, la Cour de cassation fait droit à la demande des salariés, en estimant que le juge peut, dans une telle espèce, ordonner en référé la poursuite des relations contractuelles, même en l'absence de texte.

Au-delà de l'intérêt de cette solution, ce qui retient l'attention, c'est qu'à cette occasion, la Chambre sociale crée un régime probatoire spécifique, en l'occurrence une véritable présomption en faveur du salarié. En effet, il ressort de cet arrêt que, si la rupture illicite fait suite à l'action en justice, il appartient à l'employeur d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à la volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice. Il s'agit, sans doute, d'une présomption simple, mais, dès lors que le motif de rupture est illicite, on peine à imaginer quelle pourrait être l'argumentation de l'employeur susceptible d'emporter la conviction du juge.

3. Les pressions en cours de procédure (27)

L'hypothèse évoquée ici correspond à la mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir disciplinaire à l'encontre d'un salarié afin de se soustraire à la décision rendue par le juge en première instance. Dans le cas précis, pour se conformer au jugement, l'employeur avait proposé un nouveau contrat, mais avec une rémunération inférieure à celle retenue par le juge. Puis il avait licencié le salarié, compte tenu de son refus du contrat, bien que le litige soit toujours en cours.

Au visa de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que le principe d'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise

(24) Cass. Soc. 16 juin 2010, n°08-42.758.

(25) v. déjà Cass. Soc. 25 mai 2005, n°03-44.301, Dr. Ouv. 2005 p. 460, n. R. Gourdol.

(25 bis) Cass. Soc. 16 juin 2010, prec. ; on observera, toutefois, que, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, ces heures travaillées non rémunérées ne peuvent être analysées comme du travail dissimulé, compte tenu de la

rédaction de l'article L. 8221- 5 du Code du travail (Cass. Crim. 16 avril 2013, n°12-81.767, Dr. Ouv. 2013, p.564, n. H. Guichaoua).

(26) Cass. Soc. 6 février 2013, n°11-11.740, Dr. Ouv. 2013, p. 549, n. A. Mazières.

(27) Cass. Soc. 9 octobre 2013, n°12-17.882 ; *supra* A. et F. Chirez « Egalité des armes et pouvoir de licencier ».

son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose, et juge qu'« en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier afin d'imposer au salarié sa propre solution dans le litige qui les opposait relativement à l'exécution du jugement du Conseil de prud'hommes, litige qui n'avait pas été définitivement tranché, la Cour d'appel a violé... » (27 bis).

Examinons pour finir les interventions possibles du juge pour faciliter la recherche de la preuve par le salarié.

B. Faciliter la recherche de la preuve par le salarié

Le juge peut intervenir ici à plusieurs niveaux. Il peut assurer la protection des témoins afin de faciliter les témoignages, souvent décisifs dans les procédures. Il peut garantir l'exercice des missions confiées au Défenseur des droits et à l'inspecteur du travail. Il peut, enfin, permettre la pleine utilisation des ressources de la procédure au bénéfice du demandeur.

1. La protection des témoins

Elle est expressément prévue, dans un certain nombre de cas, par le Code du travail : articles L. 1132-3 (discrimination), L. 1152-2 (harcèlement moral), L. 1153-3 (harcèlement sexuel). Ainsi, s'agissant du harcèlement moral, « *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié... pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés* ». Cette protection figure également dans les directives anti-discrimination de 2000. Elle joue, selon la Chambre sociale, sauf en cas de mauvaise foi, définie comme la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce ou relate (28).

Plus récemment, la Chambre sociale a estimé que la liberté de témoigner était une liberté fondamentale à laquelle l'employeur ne pouvait porter atteinte au-delà même des hypothèses visées par le Code du travail. Ainsi a-t-elle jugé, de nouveau au visa de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qu'« *en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre, est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur* » (29).

2. La garantie apportée au plein exercice des missions de l'inspecteur du travail et du Défenseur des droits

- L'exemple de l'action en référé de l'inspecteur du travail pour faire cesser le travail du dimanche illicite (30)

Selon l'article L. 3132-31 du Code du travail, l'inspecteur du travail peut agir en référé pour faire cesser l'emploi illicite de salariés le dimanche. Il lui était reproché par un employeur de ne pas l'avoir fait en établissant un procès-verbal, tel que prévu par l'article L. 8113-7 du Code du travail dans le cadre de la constatation des infractions pénales.

Au visa des articles relatifs au travail du dimanche, aux pouvoirs de l'inspecteur du travail et au principe de liberté de la preuve, la Chambre sociale décide que l'inspecteur du travail n'est pas tenu de dresser procès-verbal : « *Il lui appartient simplement d'établir, par tous moyens et en usant des pouvoirs qu'il tient de la loi, l'emploi illicite qu'il entend faire cesser et dont il atteste dans le cadre de son assignation* » (30 bis).

- L'action du défenseur des droits (31)

Faisant suite à des interrogations de praticiens sur le statut précis de la Halde au procès, et aux critiques formulées quant au déséquilibre que l'intervention de la Halde introduirait entre les parties, compte tenu notamment des moyens d'enquête dont elle dispose, la Chambre sociale juge que les dispositions de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée ne méconnaissent pas, en elles-mêmes, les exigences du procès équitable et d'égalité des armes, dès lors que les parties sont en mesure de répliquer, par écrit et oralement, à ces observations et que le juge apprécie la valeur probante des preuves qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire.

(27 bis) Cass. Soc. 9 oct. 2013, prec.

(28) Cass. Soc. 10 mars 2009, n°07-44.092, Dr. Ouv. 2009 p.456 n. P. Rennes ; Cass. Soc. 19 octobre 2011, n°10-16.444 ; Cass. Soc. 7 février 2012, n°10-18.035.

(29) Cass. Soc. 29 octobre 2013, n°12-22.447 ; *supra* A. et F. Chirez prec.

(30) Cass. Soc. 10 mars 2010, n°08-17.044. Voir dans le même sens, Soc. 15 janvier 2014, n°12-27.261, arrêt par lequel il est décidé que le juge peut se fonder sur

le rapport d'enquête de l'inspecteur du travail relatif à l'existence d'une discrimination syndicale, même si cette enquête fait suite à la demande du salarié et peu important que l'inspecteur du travail ne relève pas d'infraction par procès-verbal, en raison notamment de ses compétences, prérogatives et garanties d'indépendance dont il bénéficie dans l'exercice de ses fonctions.

(30 bis) Idem

(31) Cass. Soc. 2 juin 2010, n°08-40.628, Dr. Ouv. 2010 p.560 n. D. Boulmier.

3. Assurer la pleine utilisation des ressources de la procédure au bénéfice du demandeur

Plusieurs aspects méritent d'être brièvement évoqués.

- Promouvoir le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale

Un exemple récent en a été donné par la Chambre sociale au bénéfice, cette fois-ci, de l'employeur (32). Cela concernait la valeur probante de deux attestations du responsable des ressources humaines et du responsable de l'unité de production qui avaient représenté l'employeur lors de l'entretien préalable au licenciement. Pour écarter ces attestations et dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel s'était fondée sur la règle « *nul ne peut témoigner pour soi-même* ». La Cour de cassation censure cet arrêt en rappelant qu'en matière prud'homale, la preuve est libre et qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement la valeur et la portée des attestations fournies.

Ce n'est finalement pas tant la qualité du signataire de l'attestation qui est décisive pour apprécier sa valeur probante, mais bien plutôt la question de savoir si ladite attestation répond aux exigences de l'article 202 du Code de procédure civile : « *L'attestation contient la relation de faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés* ».

- L'utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile (33).

Selon cet article, « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de l'intéressé sur requête ou en référé* ».

Rares étaient, jusqu'à présent, les utilisations de cet article du Code de procédure civile par la Chambre sociale, à la différence des autres chambres de la Cour de cassation. Pourtant, un premier arrêt avait été rendu dans la période récente, au bénéfice d'un employeur, qui n'avait guère suscité de commentaires (34).

Il s'agissait d'un litige relatif à l'application d'une disposition de mise à la retraite prévue par une

convention collective. Soutenant que l'application correcte de cette disposition nécessitait qu'il ait connaissance de la situation du salarié au regard de ses droits à bénéficier d'une retraite à taux plein, et devant le refus du salarié de communiquer le relevé de carrière requis, l'employeur avait demandé au juge d'ordonner la communication de la pièce en application de l'article 145 du Code de procédure civile. Au visa des articles 9 du Code civil et 145 du Code de procédure civile, la Chambre avait alors jugé que « *l'employeur qui a la charge de rapporter la preuve que le salarié dont il envisage la retraite anticipée en application de stipulations de la convention collective l'y autorisant remplit les conditions pour bénéficier d'une retraite à taux plein, et cette preuve ne pouvant résulter que d'un relevé de carrière que le salarié est seul à détenir, il existait un motif légitime d'ordonner la communication du document demandée* ». On observera que, dès cet arrêt, la Chambre écartait la motivation de la Cour d'appel, fondée sur le caractère confidentiel du document relevant de la vie privée (éléments relatifs aux rémunérations du salarié).

Dans un second arrêt (35), rendu, cette fois-ci, en faveur de salariées, dans un contentieux de la discrimination, la Chambre sociale reprend cette jurisprudence. La demande de communication de pièces des salariées visait à établir la discrimination dont elles se plaignaient, par comparaison avec des salariés occupant des fonctions identiques de chargés de réalisation, mais classés dans une catégorie supérieure. Elle concernait des tableaux d'avancement, des contrats de travail, avenants, bulletins de paie, montants des primes de sujétion depuis 2000.

Dans sa décision, la Chambre sociale fait droit à la demande des salariées. Elle écarte l'argument du respect de la vie privée et du secret des affaires. Elle estime qu'il existe un motif légitime, l'établissement d'éléments permettant de laisser supposer l'existence d'une discrimination, et nécessaire à la protection des droits des parties qui font la demande, la procédure n'étant pas réservée à la conservation des preuves, mais pouvant aussi tendre à leur établissement. Sans doute faut-il que certaines circonstances soient réunies pour assurer le succès d'une telle procédure : que l'employeur dispose seul des éléments demandés et qu'il ait refusé de les communiquer ; que la communication des pièces demandées soit nécessaire

(32) Cass. Soc. 23 octobre 2013, n° 12-22.342.

(33) sur le recours à cet article v. dans la deuxième partie des actes du colloque, à paraître, l'intervention de N. Bruché et C. Porin « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge ».

(34) Cass. Soc. 13 mai 2009, n° 08-41.826.

(35) Cass. Soc. 19 décembre 2012, nos 10-20.526 et 10-20.528, Dr. Ouv. 2013, p. 287, n. P. Riandey et S. Mazardo.

et le motif légitime ; qu'enfin, il existe des éléments qui permettent au juge de penser que la demande a une réelle consistance – les allégations ne sont pas imaginaires, elles présentent un certain intérêt –. Il ne peut s'agir, au travers de cette procédure, de chercher à découvrir le fondement juridique d'une demande, mais bien d'obtenir la preuve dont pourrait dépendre la solution du litige, preuve nécessaire à l'introduction de l'action.

- Les mesures d'instruction (36)

Dans le même esprit, il appartient au juge d'apprécier souverainement l'opportunité de recourir à une mesure d'instruction « *portant aussi bien sur des éléments présentés par le salarié, et laissant supposer l'existence d'une discrimination, que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Dans cet arrêt, la Chambre sociale avait rejeté l'argument de l'employeur, qui faisait valoir que le juge, en accordant la mesure d'instruction demandée, se substituait au salarié en prenant à son compte la part de la charge de la preuve qui lui revenait.

Mais encore faut-il, pour pouvoir écarter cette objection, que le salarié soit en mesure de communiquer au juge des éléments, qui, bien qu'incomplets ou insuffisamment précis, laissent présumer l'existence d'une discrimination.

- La production de pièces : le cas de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement

En matière d'égalité de traitement, le salarié doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération (37).

S'il soutient que la preuve de tels faits est dans les mains de l'employeur, il peut demander au juge d'ordonner la production des pièces utiles. Le juge pourra tirer les conséquences d'un éventuel refus de l'employeur ; mais il est nécessaire de formuler cette demande en temps utile. Le salarié, qui, après un refus de l'employeur avant l'introduction de l'instance, ne demande pas au juge d'ordonner la communication des pièces, ne peut arguer du refus de l'employeur de communiquer les éléments indispensables à l'établissement d'une différence de traitement en sa défaveur.

C'est ce qu'a jugé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans une affaire où le salarié, après avoir subi un refus de communication d'une pièce de la part de l'employeur, n'avait pas demandé au juge d'ordonner cette communication, alors qu'il invoquait l'existence d'une augmentation générale concernant tous les salariés effectuant le même travail que lui, dont il n'aurait pas bénéficié, en se fondant sur les informations données par certains de ses collègues. Mais la réalité de cette augmentation générale n'était pas établie et, faute pour le salarié d'avoir demandé au juge d'ordonner la communication des pièces utiles, ce dernier a pu estimer que le salarié n'apportait pas les éléments de fait nécessaires (38).

Sans doute n'est-il pas exagéré, en concluant ce propos, de souligner, dans la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'influence croissante du droit de la lutte contre les discriminations en matière d'allègement de la charge de la preuve en faveur du salarié, tout autant que la préoccupation grandissante du respect des libertés fondamentales liées, notamment, à l'action en justice.

Mais, quels que soient les allègements de la charge de la preuve en sa faveur et les ressources procédurales qu'il peut utiliser, il restera toujours pour le salarié la nécessité d'établir les faits pertinents qui définissent le litige et vont permettre au juge d'appliquer à ces faits la règle de droit, d'abord en les interprétant, puis en les qualifiant.

En ce sens, il n'y a pas de doute que c'est bien le fait qui fait le droit... mais encore faut-il le prouver !

Hervé Gosselin

(36) Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-42.697.

(37) Cass. Soc. 20 octobre 2010, n°08-19.748.

(38) Cass. Soc. 12 juin 2013, n°11-14.458, Dr. Ouv. 2013, p.761, n. D. Boulmier.