

## PROUVER LE FAIT QUI FAIT LE DROIT

Colloque en hommage à Tiennot Grumbach

# Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié

par Daniel BOULMIER, Maître de conférences, Université de Lorraine

### PLAN

- I. Les preuves qui s'imposent à l'employeur
  - A. Le droit de savoir et l'obligation d'informer
  - B. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil
- II. La faute grave et la dispense de preuve
- III. Documents établis par le salarié lui-même
- IV. Attestations et témoignages
  - A. Liberté d'attester
  - B. Le contenu utile de l'attestation
  - C. Neutralisation de la libre attestation par transaction
  - D. L'attestant désormais protégé
- V. Les constats d'huissier à fins probatoires
- VI. Les documents dans et de l'entreprise
  - A. Documents appartenant à d'autres salariés
  - B. Documents appartenant à l'entreprise
  - C. Pour une autre approche sur les documents de l'entreprise
  - D. Les documents de l'entreprise via l'inspecteur du travail
- VII. Preuves illicites ou déloyales
- VIII. Correspondances privées à l'initiative d'une partie

« S'armer de la preuve utile et licite », tel est le thème assigné ; mais un sujet si large dépasse la surface d'expression que nous offre cette revue ; aussi nous en tiendrons-nous à une reformulation pour traiter de « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », ce qui nous excusera de ne pas être exhaustif, et donc de faire des choix dans ce vaste magasin (1).

Si « la preuve est la porte d'accès au droit » (2), ce n'est en fait qu'une des portes d'accès, car il est avant tout essentiel que le droit d'agir en justice ne soit pas entravé de quelque manière que ce soit. Si ce droit d'agir reste risqué pour le salarié encore pris dans un lien de subordination, la difficulté s'est trouvée tempérée par des évolutions notables de la jurisprudence protectrice de ce droit d'agir. Les atténuations portent sur la règle de l'unicité d'instance et sur les conséquences des reprécisions de l'employeur envers un salarié intervenant dans une instance. Certes, nous ne sommes pas alors dans la problématique de la preuve, mais ces décisions fortes peuvent conduire à inciter davantage à engager des actions prud'homales en cours de contrat et en temps réel. Ainsi, il pourrait être fait échec (pour partie seulement) aux dispositions conduisant à l'immunité sans cesse croissante de l'employeur découlant, par exemple, pour la dernière période, de l'inique abaissement des délais de prescription, résultant d'une collusion entre certains syndicats salariés (représentatifs ?) et les employeurs (3). Il faut rapidement faire référence à ces évolutions jurisprudentielles.

### Unicité de l'instance

Depuis son arrêt du 16 novembre 2010, rendu dans l'hypothèse d'une nullité de procédure, la Cour de cassation écarte l'application de la règle de l'unicité de l'instance tant que l'instance précédente ne s'est pas achevée par une instance au fond (4). Cependant, cette évolution de jurisprudence favorable aux salariés est quasi anéantie du fait de la réduction drastique des délais de prescription évoqués. En effet, lorsque l'instance prend fin pour désistement, radiation ou péremption, certes, l'unicité de l'instance ne peut plus être opposée au salarié, mais, dès lors que ces événements rendent non avenue l'interruption de la prescription, et qu'il s'est écoulé une période telle depuis l'introduction initiale il n'y a plus grand-chose à réclamer dans l'instance nouvelle, la prescription ayant fait son œuvre.

(1) Pour des éléments introductifs à la preuve, nous renvoyons à l'introduction de notre ouvrage : *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ coll. Bibliothèque de droit social, 2002, 679 p., préf. S. Hennion-Moreau. Pour un panorama général sur la preuve, voir l'étude éponyme in Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La documentation Française, 2013, 614 p., spéc. pp.97-370.

(2) G. Mangin, « Quelques réflexions sur l'évolution du droit de la preuve en droit français », *Rev. jur. pol.*, 1985, p. 603, spéc. p. 608.

(3) M. Poirier, À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronale » ?, *Dr. Ouv.* 2013 p.240 ; v. également du même auteur dans le précédent numéro du *Droit Ouvrier* : Éviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. *Add. supra nos Libres-propos.*

(4) *Cass. Soc.*, 16 nov. 2010, n°09-70.404, *Bull. civ. V*, n°260 ; *JCP S*, 2011, 1517, n. I. Pétel-Teyssié ; *D.* 2011, p.227, n. V. Orif ; *RJS*, 1/11, n°67 ; *JSL* 23 déc. 2010, n°289-290.4, n. A-F. Petit ; *Procédures*, janvier 2011, comm. 15, n. A. Bugada ; *RDT* 2011, p.55, n. E. Serverin ; M. Keller, L'unicité de l'instance prud'homale enfin respectueuse des droits de la défense (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 nov. 2010), *Dr. soc.* 2011, p.432. Cette solution est confirmée, jusqu'à présent, en cas de désistement (*Cass. Soc.*, 9 mars 2011, n°09-65.213, *Bull. civ. V*, n°72 ; *Cass. Soc.*, 29 févr. 2012, n°10.25.800 ; *Cass. Soc.*, 29 févr. 2012, n°10-23.266), de radiation (*Cass. Soc.*, 28 mars 2012, n°10-24.124), de péremption (*Cass. Soc.*, 23 mai 2012, n°10-24.033, *Bull. civ. V*, n°157, *Dr. Soc.* 2012, p.756, n. D. Boulmier).

Toutefois, étrangement, la Cour de cassation persiste dans sa lecture de l'article R. 1452-6 du Code du travail. Cet article précise que la règle de l'unicité de l'instance « n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes », alors que la Cour de cassation persiste à retenir « l'extinction de l'instance primitive » (5).

### Droits d'agir en justice

Jusqu'à très récemment, le salarié qui agissait en justice était à la merci de représailles de l'employeur, sans que la jurisprudence ne le protège efficacement (6). Sur cette question, la Cour de cassation a enfin emprunté le chemin de la raison en faisant obligation à l'employeur, sous peine de nullité, d'établir que sa décision de rupture du contrat de travail d'un salarié, intervenant dans le temps d'une instance prud'homale engagée par lui à son encontre, est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice (7).

Il faut signaler l'extension de cette jurisprudence prononçant la nullité de la rupture. Dans un arrêt du 9 octobre 2013, le visa de l'article 6-1 de la CEDH précède l'attendu de principe, selon lequel « le principe

de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose » (8). Dans un arrêt du 18 décembre 2013, au visa de ce même article 6-1 de la CEDH, l'attendu de principe énonce que « l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme partie intégrante du procès équitable » au sens de ce texte ; ainsi « lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle » (8 bis).

Le droit d'agir en justice est lié au droit de pouvoir produire dans l'instance des témoignages de tiers et, là aussi, la jurisprudence vient récemment de généraliser la protection de tout attestant/témoin contre les représailles de l'employeur (9) ; mais nous y reviendrons.

Si ces évolutions jurisprudentielles rendent l'environnement plus serein pour traiter de la preuve, cette preuve pose encore de nombreuses difficultés.

## I. Les preuves qui s'imposent à l'employeur

Dans l'étude du rapport annuel de la Cour de cassation de 2010, *Le droit de savoir* (10), on rencontre des formulations telles que « droit de savoir », « droit de connaître », « obligation d'informer », etc. Un certain nombre d'informations, qui peuvent être nécessaires en tant que preuves, doivent être communiquées par

l'employeur (10 bis). La preuve utile pour le salarié passe donc par la connaissance des circonstances dans lesquelles la preuve doit être produite par l'autre partie à l'instance et ce, en dehors des aménagements exprès de la charge de la preuve (11).

(5) Cass. Soc., 25 sept. 2013, n° 12-13.965 & 12.14.351 P, RDT 2013, p. 717, n. F. Guiomard ; V. Orif, Les pièges persistants de la règle de l'unicité de l'instance, Dr. soc. 2014, p. 64. V. encore Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-23578, P.

(6) Dans un arrêt de 2008, la Cour de cassation s'en tenait aux seules protections du Code du travail : « Le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié, intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal, n'encourt pas la nullité » (Cass. Soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085, Bull. civ. V, n° 38, RDT 2008, p. 330, n. F. Guiomard, Dr. soc. 2008, p. 530, n. C. Radé).

(7) Cass. Soc., 6 févr. 2013, n° 11-11.740 P, Dr. Ouv. 2013, p. 549, obs. A. Mazières ; J. Mouly, Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice : la nullité des mesures de rétorsion, Dr. soc. 2013, p. 415 ; Lexbase Hebdo, éd. Soc. n° 519, 14 mars 2013, n. B. Gauriau ; JCP S 2013, 1385, note F. Bousez.

(8) Cass. Soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882 PBR, reproduit en annexe de l'étude de A. Chirez et F. Chirez, *Egalité des armes et pouvoir de licencier*, Dr. Ouv. 2014 p.158 ;

Lexbase Hebdo, éd. Soc. n° 545, 24 oct. 2013, n. C. Radé ; JCP S 2013, 1456, n. A. Bugada ; S. S. Lamy, 28 oct. 2013, n° 1603, note P. Florès.

(8 bis) Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-27.383 P, S. S. Lamy, 3 févr. 2014, n° 1616, note P. Florès, reproduit en annexe de l'étude de A. Chirez et F. Chirez prec.

(9) Cass. Soc., 29 oct. 2013, n° 12-22.447 PB, reproduit en annexe de l'étude de A. Chirez et F. Chirez prec.

(10) A. Lepage, Avant-propos à l'étude *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, La Documentation française, 2011, 610 p., spéc. pp.65 et s. ; plus particulièrement sur le contrat de travail ibid., pp. 140 et s.

(10 bis) B. Dabosville, *L'information du salarié, Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 123, 2013, 601 p.

(11) Sur ces aménagements v. D. Boulmier, *Conseil de prud'hommes – Agir et réagir au procès prud'homal*, Lamy coll. « Axe droit », 2011, 494 p., spéc. n° 688 s. ; Lamy prud'hommes 2014, n° 317-30 s.

## A. Le droit de savoir et l'obligation d'informer

Le contrat de travail doit informer le salarié ; à défaut, certaines caractéristiques que l'employeur pourrait revendiquer ne pourront s'imposer. C'est le cas, notamment, pour le contrat de travail à durée déterminée, le temps partiel, la période d'essai, les clauses particulières d'exercice du contrat de travail...

Les documents collectifs peuvent être opposés au salarié, à condition qu'ils aient été édictés avec les personnes habilitées et selon toutes les procédures légales, et sous réserve que le salarié en ait été informé : convention collective, règlement intérieur, etc.

Lorsque l'employeur entend prendre une décision à l'encontre du salarié, une information et/ou une motivation s'imposent à lui ; il en est ainsi de la rupture du contrat, d'une sanction, d'une modification du contrat de travail pour cause économique, etc.

Dans plusieurs domaines, non régis par des règles de preuve particulières, la preuve que la demande du salarié n'est pas justifiée repose sur l'employeur, en application de l'article 1315 du Code civil, dès lors qu'il est sans conteste débiteur de l'obligation réclamée ou parce que l'employeur détient, seul, l'information. Sans prétendre à une liste exhaustive, il en est ainsi pour les nombreux domaines suivants : paiement du salaire (12) ; calcul de la rémunération (13) ; information de la priorité de réembauchage (14) ; proposition du contrat de sécurisation professionnelle (15) ; motif de recours au contrat précaire (16) ; rupture étrangère à l'action

en justice (17) ; violation de la clause de non-concurrence (18) ; présomption des éléments portés sur le bulletin de paie, telles la date d'ancienneté (19) ou la surqualification (20) ; obligations à la charge du salarié (21) ; prise effective du congé (22) ; respect du temps de pause (23) ; respect des seuils et plafonds en droit communautaire et en droit interne (24) ; refus d'exécution d'un travail (25) ; dispense de la formation légale exigée par un contrat de professionnalisation (26) ; paiement des temps d'habillage et de déshabillage prévus au règlement intérieur (27) ; respect des obligations en matière d'examen de médecine préventive (28), etc.

## B. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (29)

Lorsque le pénal interfère dans une instance prud'homale, seuls les faits qualifiés dans une décision émanant d'un organe de jugement s'imposent au juge prud'homal. Ne peut donc valoir réalité des faits, le juge prud'homal devant lui-même se forger une conviction : le dépôt d'une plainte ; le classement sans suite (30) ; la relaxe pour défaut de réalité des faits ; l'ordonnance de non-lieu (31) ; la mise en œuvre d'un des modes alternatifs qui s'offrent au procureur de la république, tels le rappel à la loi (32), la médiation pénale et la composition pénale (33), ou encore une « mise en garde judiciaire » (34).

Ne peut donc valoir preuve des faits, qui s'impose au juge prud'homal, qu'une condamnation irrévocable ou une relaxe pour absence d'intention frauduleuse, les faits étant, dans ce cas, qualifiés. Toutefois, le juge reste souverain pour en apprécier le degré de gravité.

(12) Cass. Soc., 2 févr. 1999, n° 96-44.798 ; Cass. Soc., 22 sept. 2010, n° 09-42.289 ; Cass. Soc., 13 janv. 2010, n° 08-41.356 ; Cass. Soc., 23 oct. 2013, n° 12-14.237 P.

(13) Cass. Soc., 29 oct. 2002 n° 00-44.319 ; Cass. Soc., 24 sept. 2008, n° 07-41.383, Dr. Ouv. 2009, p. 99, n. M. Pécher ; Cass. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-15.269.

(14) Cass. Soc., 23 juin 2009, n° 07-44.640.

(15) Cass. Soc., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-41.950.

(16) Cass. Soc., 28 nov. 2007, n° 06-44.843 ; Cass. Soc., 15 sept. 2010, n° 09-40.473.

(17) Cass. Soc., 6 févr. 2013, n° 11-11.740 P, Dr. Ouv. 2013, p. 549, n. A. Mazières.

(18) Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-42.674.

(19) Cass. Soc., 21 sept. 2011, n° 09-72.054, Bull. civ. V, n° 191.

(20) Cass. Soc., 12 janv. 2010, n° 08-42.835, Bull. civ. V, n° 2.

(21) Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-67.492, Bull. civ. V, n° 167.

(22) Cass. Soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929, Bull. civ. V, n° 187 ; Cass. Soc., 31 oct. 2012, n° 11-19.024.

(23) Cass. Soc., 17 oct. 2012, n° 10-17.370, Bull. civ. V, n° 267 ; Cass. Soc., 20 févr. 2013, n° 11-21.599 P.

(24) Cass. Soc., 20 févr. 2013, n° 11-28.811 P ; Cass. Soc., 20 févr. 2013, n° 11-21.599 P ; Cass. Soc., 25 sept. 2013, n° 12-13.267 ; Cass. Soc., 27 nov. 2013, n° 12-26.155 P.

(25) Cass. Soc., 23 oct. 2013, n° 12-14.237 P.

(26) Cass. Soc., 29 mai 2013, n° 12-15.696 ; Cass. Soc., 23 mai 2013, n° 12-14.027 P.

(27) Cass. Soc., 27 nov. 2013, n° 12-22.269.

(28) Cass. Soc., 23 mai 2013, n° 12-14.027 P.

(29) V. J.-P. Dintilhac, La vérité de la chose jugée, Rapport de la Cour de cassation 2004, p. 49, spéc., p. 53 ; M. Poirier, Les retombées de l'affaire « d'Outreau » sur la procédure prud'homale : la nouvelle portée de la règle *Le criminel tient le civil en l'état*, Dr. Ouv. 2007 p. 459.

(30) Cass. Soc., 20 nov. 2001, n° 99-45.756.

(31) Cass. Soc., 30 mai 1996, n° 92-44.783.

(32) Cass. Soc., 21 mai 2008, n° 06-44.948, Bull. civ. V, n° 107, Dr. Ouv. 2009, p. 159, n. D. Boulmier.

(33) Cass. Soc., 13 janv. 2009, n° 07-44.718, Bull. civ. V, n° 1, Dr. Ouv. 2009 p. 169, n. D. Boulmier.

(34) Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 11-25.942, Droits et procédures, déc. 2013, p. 271, obs. D. Boulmier.

## II. La faute grave et la dispense de preuve

Dans l'ordre de production des preuves, la jurisprudence a affirmé un régime spécifique au cas d'un licenciement disciplinaire pour faute grave, en ce qu'il fait peser la charge de la preuve de la gravité de la faute sur l'employeur. L'employeur doit prouver la gravité de la faute, mais la preuve de la faute elle-même reste soumise à l'application de l'article L. 1235-1 du Code du travail, c'est-à-dire à une répartition de la charge de la preuve. En licenciant un salarié pour faute grave, l'employeur est libéré de son obligation de verser au salarié le délai-congé (L. 1234-1), ainsi que l'indemnité de licenciement (L. 1234-9). La qualification de la gravité de la faute par l'employeur lui permet de s'auto-libérer des deux obligations précitées, il n'est donc pas anormal que la jurisprudence ait fait peser sur lui la charge de la preuve de cette gravité (art. 1315 al. 2 C. civ.) (35).

La preuve utile, vue du côté du salarié, est donc d'amener l'employeur à présenter ses propres éléments de preuve le premier, ce qui impose de solliciter le juge. Cette présentation d'éléments de preuve de la gravité de la faute doit intervenir dès le stade de la conciliation, pour éclairer les juges sur les demandes de provisions au titre des indemnités de préavis et de licenciement dont l'employeur s'est auto-libéré. Mais il semble que les Conseils de prud'hommes soient plus que frileux pour entrer dans cette démarche, et que c'est seulement lorsque la formation ose le départage que ce mécanisme probatoire est adopté (36). Il faut signaler, en incidente, que si le juge peut atténuer le degré de gravité de la faute retenue par l'employeur, il ne peut plus l'aggraver (37).

## III. Documents établis par le salarié lui-même

On pense principalement à la preuve des heures travaillées, dont la règle de preuve est inscrite à l'article L. 3171-4 du Code du travail. Lorsque le litige porte sur l'existence ou sur le nombre d'heures de travail accomplies par le salarié, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Dès le stade initial de sa demande, le salarié doit avancer des éléments rendant vraisemblables les heures travaillées qu'il dit avoir effectuées (38). Le salarié doit produire des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de fournir ses propres éléments (39). Toutefois, le salarié ne peut être débouté du seul fait que ses documents ne seraient

pas assez précis, ce qui reviendrait à faire peser la charge de la preuve sur lui seul (40).

En pratique, le salarié doit préparer, pour le Conseil de prud'hommes, un dossier étayant sa demande, avec toutes précisions sur les heures supplémentaires dont il réclame le paiement, sous peine de voir son action échouer. Ainsi, pour un exemple parmi tant d'autres, un décompte établi au crayon, calculé mois par mois, reçoit l'assentiment de la Cour de cassation, dès lors que l'employeur peut y répondre (41). La jurisprudence fait application de la règle de preuve des heures travaillées à la preuve des jours travaillés (42).

Dans une affaire récente, jugée par la Chambre sociale de la Cour de cassation, un employeur, pour voir écarter le relevé d'heures produit par le salarié, invoquait l'adage (ou principe, ou sentence) « *Nul ne peut se constituer une preuve à lui-même* ». Si cet

(35) Cass. Soc., 20 juil. 1989 : n°87-41.425 ; Cass. Soc., 14 nov. 1991, n°90-43.333 ; Cass. Soc., 22 févr. 1996 : n°92-43.353 ; Cass. Soc., 26 mars 1997, n°95-41.222 ; Cass. Soc., 17 mars 1998, n°95-45.446 ; Cass. Soc., 25 janv. 2000, n°97-45.222 ; Cass. Soc., 11 juil. 2001, n°99-42.475 ; Cass. Soc., 21 janv. 2009, n°06-46.391 ; Cass. Soc., 16 mars 2010, n°08-41.393 ; Cass. Soc., 17 mai 2011, n°10-16.207 ; Cass. Soc., 28 mars 2012, n°10-27.779. Cette jurisprudence est applicable également à la faute lourde.

(36) CPH Lyon, sect. ind. départage conciliation, 21 avr. 1999 : Dr. Ouv., 1999, p. 368, n. B. Augier ; CPH Bordeaux, départage conciliation, 8 nov. 1999 : Dr. Ouv., 2000, p. 173, n. K. Derouvroy ; CPH Grenoble, 5 juill. 2013, sect. Activités diverses, conciliation départage, Dr. Ouv. 2014 p. 229 n. D. Boulmier.

(37) Cass. Soc., 26 juin 2013, n°11-27.413 P, Dr. Ouv. 2013, p. 725, n. D. Boulmier.

(38) Cass. Soc., 25 févr. 2004, n°01-45.441, Bull. civ. V, n°62.

(39) Cass. Soc., 22 mars 2011, n°09-43.307.

(40) Dernièrement Cass. Soc., 18 sept. 2013, n°10-27.284.

(41) Cass. Soc., 24 nov. 2010, n°09-40.928, Bull. civ. V, n°266 ; Cass. Soc., 12 avr. 2012, n°10-28.090.

(42) Cass. Soc., 23 sept. 2009, n°08-41.377, Bull. civ. V, n°200 ; Cass. Soc. 4 mai 2011, n°09-71.003.

adage est intangible pour des actes juridiques (titre), il a été écarté pour ce qui est des faits juridiques, la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation ayant décidé, dans un arrêt du 13 février 2007, que « *l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à lui-même » n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques* » (43).

A son tour, la Chambre sociale écarte l'application de cet adage pour ce qui est de la présentation des éléments de fait rendant vraisemblable la réalité des heures supplémentaires, en énonçant que « *la règle selon laquelle nul ne peut se forger de preuve à soi-même n'est pas applicable à l'étalement d'une demande au titre des heures supplémentaires* » (44).

Lorsque le salarié établit son décompte d'heures, il établit bien une preuve à lui-même, mais dans des circonstances particulières, puisqu'il repose sur l'employeur des obligations en matière de suivi et de décompte du temps de travail des salariés ;

l'employeur devrait donc être systématiquement en mesure de combattre les déclarations présentées par les salariés ; faute pour lui d'apporter des éléments probants, ceux du salarié sont pris en compte, dès lors qu'ils sont crédibles (44 bis).

Néanmoins, il convient de s'interroger afin de savoir si l'on ne pourrait pas, dans d'autres domaines pour lesquels il n'a été posé aucune règle de preuve particulière, écartier également l'adage précité pour les faits juridiques, dès lors que l'employeur, disposant du pouvoir de direction et de contrôle dans l'entreprise, devrait disposer des données nécessaires pour répondre aux allégations du salarié. Aussi, « *ne peut-on estimer, comme le suggère le professeur Lagarde, que la simple allégation d'un plaideur contient inexorablement une part de vérité et que l'action en justice qu'il entreprend afin de la voir entérinée atteste de sa crédibilité ?* » (45).

## IV. Attestations et témoignages (46)

Il faut préciser, en préalable, que le salarié est protégé pour les écrits et leur contenu qu'il peut produire devant une juridiction, en vertu de la liberté fondamentale de la défense. Les écrits produits en justice sont régis par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ; les seules sanctions possibles sont la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et une condamnation à des dommages et intérêts. Un licenciement prononcé au motif que les propos auraient été injurieux encourt la nullité (47).

Autant les attestations sont nécessaires, autant elles sont parfois difficiles à obtenir. Mais parfois aussi, elles sont pléthoriques, tant dans leur contenu que dans leur nombre, au risque de les priver de tout effet, le juge pouvant « s'en lasser »...

### A. Liberté d'attester

Si l'article 202 CPC fixe le formalisme applicable aux attestations, la Cour de cassation décide régulièrement

que le formalisme n'est pas prescrit à peine de nullité (48). Le juge qui écarte une attestation doit préciser en quoi elle n'est pas régulière (49) ou en quoi l'irrégularité constatée constitue l'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public faisant grief à la partie qui l'invoque (50). Inutile, cependant, de s'affranchir d'un formalisme peu contraignant, l'adversaire étant à l'affût de ce type de négligence pour retarder l'issue de l'affaire.

Un salarié peut attester pour un autre salarié, peu importe qu'il soit lui-même en litige avec l'employeur (51). Le fait, pour un salarié, d'avoir agi comme représentant de l'employeur pour procéder à un licenciement ne le prive pas de la liberté de témoigner en justice en faveur de cette personne licenciée (52). Un salarié peut également attester pour son employeur contre un salarié, partie à une instance, dès lors que les attestations versées aux débats sont soumises à la discussion contradictoire

(43) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 févr. 2007, n°05-12.016, Bull. civ. I, n° 60.

(44) Cass. Soc., 18 sept. 2013, n° 12-10.025.

(44 bis) Le juge apprécie souverainement l'importance des heures travaillées et en fixe la créance sans qu'il soit obligé d'entrer dans le détail du calcul appliqué (Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 12-17.525 P; Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 12-11.886 P; Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 12-22.344 P; Cass. soc., 4 déc. 2013, n° 11-28.314 P, à paraître au Dr. Ouvr., n. F. Drappier).

(45) In X. Lagarde, Finalités et principes du droit de la preuve, JCP G 2005. I. 133, n° 4 et 5, cité par C. Mouly-Guillemaud, RTDC 2007, p. 253.

(46) J.-P. Gridel, La valeur du témoignage en droit civil, RDIC 2-1994, p. 437.

(47) Cass. Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, Bull. civ., n° 127.

(48) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 févr. 2008, n° 08-60.022.

(49) Cass. Soc., 9 oct. 1996, n° 93-45.604.

(50) Cass. Soc., 9 déc. 1997, n° 95-41.457.

(51) Cass. Soc., 6 juin 2007, n° 06-44.259.

(52) Cass. Soc., 4 avr. 2006, n° 04-44.549, Bull. civ. V, n° 135.

des parties (53). Signalons, enfin, qu'un salarié peut produire une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'a assisté (54) sans que cette attestation ne se cantonne à l'objet même de l'entretien préalable (55).

L'évolution de la jurisprudence sur les attestations émises par l'employeur ou ses représentants va, selon nous, s'appliquer pour les attestations émises par le salarié lui-même. En 1999, la Cour de cassation, après avoir posé, au visa de l'article 1315 du Code civil, le principe selon lequel « *nul ne peut se constituer une preuve à lui-même* », avait écarté une attestation émanant du représentant légal de l'employeur relative à la date de la rupture d'un contrat de travail avant l'expiration de la période d'essai, dès lors que cette attestation était « *le seul élément de preuve retenu* », cet élément de preuve émanant « *d'un représentant légal de l'employeur* » (56). Par un arrêt du 23 octobre 2013, la Cour de cassation vient préciser la condition de recevabilité des attestations émanant de l'employeur. Elle décide que « *en matière prud'homale, la preuve est libre, [que] rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal examine une attestation établie par un salarié ayant représenté l'employeur lors de l'entretien préalable et qu'il appartient seulement à ce juge d'en apprécier souverainement la valeur et la portée* » (57).

L'arrêt de 1999 revient à interdire qu'une attestation puisse constituer un « titre » à soi-même (en l'espèce l'acte de rupture) ; l'arrêt du 23 octobre 2013 permet de rapporter des faits par attestation, faits qui devront être appréciés souverainement par le juge, et confrontés aux autres éléments de preuve qui lui ont été soumis. Cette solution de l'arrêt du 23 octobre 2013 méritait d'être signalée ici, car elle est, bien évidemment, applicable au profit de toutes les parties au procès, et donc applicable à une attestation émise par un salarié à son profit.

Rappelons que le juge peut toujours ordonner l'audition de témoin (58) et, en particulier, les auteurs d'attestations qui pourraient apparaître douteuses.

(53) Cass. Soc., 22 sept. 2011, n° 10-18.864.

(54) Cass. Soc., 30 oct. 2002, n° 00-46.314. Solution applicable au salarié de l'entreprise intervenant pour la même mission (Cass. soc., 19 juin 2013, n° 10-24.003).

(55) Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, Bull. civ. V, n° 108, Dr. Ouv. 2001 p. 389.

(56) Cass. Soc., 11 mai 1999, n° 97-41245, Bull. civ. V, n° 209.

(57) Cass. Soc., 23 oct. 2013, n° 12-22.342 P, JCP S 2013, 1494, n V. Bardin ; RDT 2013, p. 781, n F. Guiomard ; en l'espèce, étaient présents à l'entretien le responsable des ressources humaines et la responsable de l'unité de production à laquelle appartenait le salarié.

## B. Le contenu utile de l'attestation

Il est parfois fait abstraction du premier alinéa de l'article 202 CPC, selon lequel « *L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés* » ; or, cette prescription est primordiale. Ainsi, le juge du fond peut écarter des attestations, dès lors qu'elles ne font état d'aucun fait précis, circonstancié et daté (59) ou lorsque, rédigées en termes généraux, elles ne permettent pas de saisir la nature exacte des menaces exercées sur le salarié ou des faits constitutifs de harcèlement invoqués (60).

Par une lecture *a contrario* d'un arrêt du 9 octobre 2013 (61), on peut avoir une idée de ce qu'une attestation doit comporter pour être utile. Dans cette affaire sur fond de harcèlement, la Cour de cassation justifie la mise à l'écart d'attestations fournies par une salariée, les juges du fond ayant relevé que la salariée ne faisait référence à aucun fait précis et que les attestations produites relataient soit des propos ou comportements du mis en cause qui ne concernaient pas directement la salariée, soit émanaient de personnes qui reprenaient des propos que la salariée leur avait tenus (61 bis).

Il est donc essentiel de s'attacher à l'analyse de la pertinence des attestations au regard du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 202 CPC avant de les soumettre au juge. Non seulement une attestation non pertinente ne sert à rien, mais davantage, nous croyons que de mauvaises attestations peuvent avoir un effet néfaste sur l'appréciation globale de l'affaire par le juge.

## C. Neutralisation de la libre attestation par transaction

On rencontre des tentatives patronales pour priver les salariés du droit à témoigner par l'entremise de la transaction. Par la transaction, le salarié s'engage à ne pas agir en justice à l'encontre de son employeur pour les droits et prétentions prévus à cette transaction. Parfois le salarié s'engage également à ne pas apporter son concours à une action en justice initiée par un salarié de l'entreprise ; dans deux arrêts d'appel, une

(58) CPC art. 203.

(59) Cass. Soc., 6 avr. 2011, n° 09-66.818, Bull. civ. V, n° 94.

(60) CA Nancy, 1<sup>er</sup> juil. 2009, n° 08/02139, *Bedleg c/SA CNM*.

(61) Cass. Soc., 9 oct. 2013, n° 12-22.288 P.

(61 bis) V. encore Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19.472, arrêt dans lequel les attestations de collègues ne sont pas retenues comme apportant des éléments suffisamment précis concernant les heures travaillées du salarié demandeur, en ce que les attestations litigieuses ne font pas état de faits directement constatés, puisque cela supposerait que les salariés attestants effectuent les mêmes horaires que le salarié demandeur.

telle pratique a été sanctionnée. Dans l'un, la cour décide que, en application des articles 10, alinéa 1 et 1162 du Code civil, une telle clause est nulle (62) ; dans l'autre, la cour juge que l'obligation de confidentialité ne saurait faire obstacle à un ex-salarié d'apporter son concours à la justice en révélant des faits relatifs à l'entreprise qui ne présentent en eux-mêmes aucun caractère confidentiel (63).

L'arrêt du 29 octobre 2013 sur la protection des attestants, et dont il va être question juste en suivant, vient nettement affirmer, par contrecoup, l'illicéité de ces entraves transactionnelles.

#### D. L'attestant désormais protégé

Participe à la preuve utile la certitude pour les salariés attestants qu'ils ne seront pas inquiétés par l'employeur ou, pour le moins, qu'ils sont protégés contre d'éventuelles représailles. Le Code du travail protège les attestants salariés dans des domaines ciblés, en réservant la nullité des mesures de représailles que

pourrait prendre l'employeur à leur rencontre (64) ; mais il subsistait, pour un salarié n'entrant pas dans une de ces catégories, un risque non négligeable lorsqu'il attestait pour un salarié en conflit avec son employeur.

Classiquement, lorsqu'il apparaissait que la sanction de l'employeur à l'encontre d'un attestant était liée au fait d'avoir attesté au profit d'un salarié en litige, ou au fait d'avoir refusé de prendre cause pour l'employeur, la rupture ne s'analysait que comme une rupture sans cause réelle et sérieuse (65).

Cette qualification de la rupture était plus qu'inappropriée, aussi l'évolution jurisprudentielle récente ne peut que favorablement être accueillie. Désormais, au visa des articles 6 (procès équitable) et 10 (droit d'expression) de la Convention EDH, la Cour de cassation décide que, sauf en cas de mauvaise foi, tout témoignage est protégé au même titre que les témoignages spécifiquement protégés ; la sanction prise par l'employeur à l'égard d'un salarié attestant encourt donc la nullité (66).

## V. Les constats d'huissier à fins probatoires

Dans les relations de travail, le constat d'huissier est sollicité plus qu'on ne le pense (67) et il n'est pas rare que les salariés recourent à cet outil probatoire. Rappelons que, depuis la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, le constat d'huissier fait foi jusqu'à preuve contraire (68). Ce n'est qu'en matière pénale qu'il continue à n'avoir valeur que de simple renseignement.

Le recours à un huissier de justice, alors que le salarié exécute son contrat hors de l'entreprise ou que le constat peut se réaliser hors de l'entreprise, ne pose pas de difficulté (69). Si le constat d'huissier doit se

réaliser à l'intérieur de l'entreprise, il faut obtenir l'accord de l'employeur ou pouvoir prouver que l'employeur ne s'est pas opposé à l'entrée de cet huissier. Si le salarié a fait entrer l'huissier dans l'entreprise à l'insu de l'employeur, une sanction disciplinaire est alors possible.

Pour être recevable en justice, le constat d'huissier doit avoir été établi en conformité avec les prescriptions de la profession (70) ; il ne peut, non plus, être le fruit d'un stratagème pour piéger celui à qui on l'opposera (71).

(62) CA Nancy, 27 juin 2007, n°4/03479.

(63) CA Montpellier, 4<sup>e</sup> Ch. Soc., 15 oct. 2008, n°08/03602.

(64) Témoins de harcèlement moral (C. trav., art. L. 1152-2 et L. 1152-3) et harcèlement sexuel (C. trav., art. L. 1153-3 et L. 1153-4), de discrimination (C. trav., art. L. 1132-3 et L. 1132-4), de corruption (C. trav., art. L. 1161-1), de faits relatifs à la santé publique ou l'environnement (C. sant. pub. art. L. 1351-1), de faits relatifs à un conflit d'intérêts (art. 25 de la loi 2013-917 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, JO du 12, p.16829), de certaines infractions au Code des impôts (C. trav. art L. 1132-3-3). Bénéficie également d'une protection le salarié témoignant de faits de maltraitance (CASF L. 313-24), mais alors la nullité de la sanction doit être expressément demandée par le travailleur social.

(65) Cass. Soc., 23 nov. 1994, n°91-41.434, Dr. soc. 1995, p. 62 ; Cass. Soc., 6 juin 2007, n°05-43.996 ; Cass. Soc., 31 mars 1999, n°97-40.885.

(66) Cass. Soc., 29 oct. 2013, n°12-22.447 P, Dr. Ouv. 2014 p. 169 obs. A. Chirez et F. Chirez. Lexbase Hebdo, Éd. soc. n°547, 14 nov. 2013, n. C. Radé.

(67) D. Boulmier, La preuve et l'huissier de justice en droit du travail, Droit et procédures, n°6, nov.-déc. 2008, p.304.

(68) D. Boulmier, La force probante du constat d'huissier après la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2011, Dr. Ouv. 2012, p.168.

(69) Si ce n'est son coût et l'incertitude de pouvoir en recouvrer le montant au titre de l'article 700 CPC.

(70) La contestation ne relève pas de la procédure d'inscription de faux (Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 juin 2013, n°12-17.771 P, Gaz. Pal. n°244-246, 1<sup>er</sup>-3 sept. 2013p.34, n. L. Lauvergnat ; Revue Droit et procédures, sept. 2013, p.200, N. Fricero (dans cet arrêt, l'inobservation du ressort de compétence de l'huissier conduit à l'annulation des procès-verbaux).

(71) Cass. Soc., 18 mars 2008, n°06-40.852, Bull. civ. V, n°65 ; P. Waquet, Halte aux stratagèmes, S. S. Lamy n°1348, 7 avr. 2008, p.5 ; Dr. Soc. 2008, p.610, obs. C. Radé.

## VI. Les documents dans et de l'entreprise

### A. Documents appartenant à d'autres salariés

Un salarié, cherchant à prouver son droit à une prime exceptionnelle versée aux autres salariés, avait fait usage, auprès de l'inspection du travail, d'une fiche de paie d'un de ses collègues de travail, fiche de paie qu'il avait photocopiée en son absence. L'employeur licencie le salarié pour faute grave, la gravité de la faute admise par le juge du fond est confirmée par la Cour de cassation : « le salarié s'était, à l'insu de son collègue et pendant son absence, emparé de la fiche de paie de ce dernier, qu'il l'avait photocopiée et en avait fait usage auprès de l'inspection du travail, la Cour d'appel a pu décider que ce fait était à lui seul suffisamment grave pour constituer une faute, dont l'employeur pouvait se prévaloir, rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise » (72).

Si la fiche de paie avait été présentée devant le Conseil de prud'hommes à fin probatoire, le licenciement pour faute grave aurait également été approuvé et, de plus, le document ayant été obtenu par une manœuvre déloyale, il aurait été rejeté, comme preuve illicite (73).

### B. Documents appartenant à l'entreprise

Le salarié peut présenter des documents appartenant à l'entreprise dans un procès prud'homal. Quelle réception de ces documents par le juge civil ? Quelle analyse du juge criminel, saisi par l'employeur du chef de vol ? La jurisprudence applicable remonte à 2004, époque à laquelle on a vu la Chambre sociale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation procéder à une convergence d'analyse.

Par deux arrêts du 11 mai 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation marque une légère inflexion de sa position jusqu'alors suivie, qui était, lorsqu'un salarié présentait des documents sans l'accord de l'employeur, de retenir la qualification de vol. Dans ces arrêts, la qualification de vol est écartée, dès lors que le salarié a eu connaissance des documents présentés en justice à l'occasion de ses fonctions et

que ces documents étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense (74).

Par un arrêt du 30 juin 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation harmonise sa formulation avec celle du juge criminel, au prix d'un resserrement de sa jurisprudence antérieure. Elle énonce dans cet arrêt qu'« un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions » (75).

La difficulté, pour le salarié, est principalement de savoir si le document produit « est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense » devant le Conseil de prud'hommes. Deux arrêts non publiés de la Chambre criminelle sont quelque peu contradictoires quant au contrôle exercé sur la stricte utilité des documents. Dans l'un, elle énonce qu'« il n'appartiendra qu'à la juridiction compétente pour trancher le litige relatif à l'exécution du contrat de travail de le dire ; qu'il suffit pour le juge pénal de constater que ces pièces sont en tout cas en relation directe avec les droits revendiqués par la salariée dans le cadre de l'instance prud'homale » (76), mais, dans l'autre, elle maintient l'exigence d'une production « strictement nécessaire à l'exercice de ses droits » (77).

Si les documents sont en rapport avec l'affaire prud'homale, il est difficile pour le juge criminel, sans juger l'affaire prud'homale, de pouvoir affirmer que les documents ne sont pas nécessaires. Tout au plus, le juge criminel pourrait statuer sur des documents qui ne sont pas du tout en rapport avec l'affaire prud'homale, comme il l'a fait dans un arrêt de 2011 (78).

Une autre question se pose sur le moment auquel le salarié peut appréhender les documents. Tant la Chambre criminelle que la Chambre sociale semblent admettre que la prise de possession des documents doit se faire dans un temps proche d'une instance

(72) Cass. Soc., 1<sup>er</sup> févr. 2011, n°09-67.959 ; J. Crépin et D. Fabre, La production en justice des bulletins de paie de salariés non-demandeurs à l'instance, JCP S 2011, 1346.

(73) Il pourrait même être envisagé une action pénale du salarié à qui le document a été subtilisé, pour vol. Voir en suivant la question des documents de l'entreprise.

(74) Cass. Crim., 11 mai 2004, n°03-80.254, Bull. crim., n°113 ; Cass. Crim., 11 mai 2004, n°03-85.521, Bull. crim., n°117, Dr. Ouv. 2004 p.558 n. R. Marié ; D. Boulmier, Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir, JSL, n° 157, p.4.

(75) Cass. Soc., 30 juin 2004, n°02-41.720, Bull. civ. V, n° 187, Dr. Ouv. 2004 p.560 n. R. Marié ; D. Boulmier, JSL n° 157, préc.

(76) Cass. Crim., 23 févr. 2011, n° 10-82.679.

(77) Cass. Crim., 11 oct. 2011, n° 10-86.834.

(78) Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, Bull. crim., n° 149.

prud'homale ; la Chambre criminelle approuve la prise de documents pour une procédure que le salarié a engagée peu après (79), et la Chambre sociale admet la production de documents détournés dans le seul dessein de préparer sa défense (80).

Au total, il semble donc que les documents doivent être connus du salarié dans l'exercice de ses fonctions, être strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense et être appréhendés concomitamment à l'instance prud'homale.

Ajoutons encore que la production en justice de documents couverts par le secret professionnel peut être justifiée par l'exercice des droits de la défense (81), dès lors que ces documents sont strictement nécessaires aux droits de la défense du salarié et seuls de nature à justifier les demandes (82).

### C. Pour une autre approche sur les documents de l'entreprise

Sur les documents de l'entreprise, limiter aux seuls salariés qui ont eu accès aux documents dans le cadre de leurs fonctions est insuffisant, car cela génère des inégalités dans l'accès à la preuve ; Dans un arrêt de 1998, le litige portait sur le montant de la participation, l'affaire étant introduite par un salarié ayant un accès professionnel aux éléments de calcul ; les documents de l'entreprise produits ont alors été jugés recevables. Toutefois, pour un litige de même nature, tant pis pour « le grouillot » de terrain, qui sera irrecevable à présenter ces mêmes documents obtenus en dehors de ses fonctions (83) !

L'entreprise est une communauté d'intérêts, composée des salariés et de l'employeur ; aussi, chacune de ces deux catégories doit avoir accès à la même preuve, au nom de l'égalité des armes. Le principe de l'égalité des armes est défini comme « *la possibilité raisonnable pour chaque partie de présenter sa cause dans des conditions qui ne le placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (84).

Un arrêt du 12 juin 2013, s'il ne résout pas nos interrogations, éclaire sur la marche à suivre, lorsque les documents nécessaires pour faire preuve sont identifiés : plutôt que de présenter un document qui risque d'être écarté par le juge, il faut solliciter le juge pour qu'il en ordonne la production à l'employeur ; cela nécessite de communiquer au juge des éléments relativement précis quant à la nature des documents. Ainsi, pour la Cour de cassation, « *lorsque le salarié soutient que la preuve de faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production* » (85).

Mais encore faut-il que le juge prud'homal se saisisse de ces pouvoirs en toute indépendance, ce qui n'est pas gagné si l'on se réfère à une décision récente, dans laquelle il a fallu 3 ans pour obtenir une mesure d'instruction de production de documents en bureau de jugement statuant en départage (86).

### D. Les documents de l'entreprise via l'inspecteur du travail (87)

Un arrêt récent montre que le recours à l'inspecteur du travail peut être des plus utiles dans le cadre d'un procès pour apporter des éléments de fait au service des salariés, à partir de documents de l'entreprise. Pour mener à bien leurs missions générales (88) les inspecteurs et contrôleurs du travail disposent d'un droit d'enquête inhérent à ces missions (89). Outre qu'ils peuvent se faire présenter, au cours de leurs visites, l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail ou par une disposition de loi ou de règlement relative au régime du travail (90), ils peuvent également se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions relatives aux discriminations, à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ou au droit syndical (91).

(79) Cass. Crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, Bull. crim., n° 134.

(80) Cass. Soc., 24 oct. 1995, n° 94-42.293.

(81) Cass. Soc., 18 nov. 2009, n° 08-42.498.

(82) Cass. Soc., 5 juil. 2011, n° 09-42.959.

(83) Cass. Soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.258, Bull. civ. V, n° 535, Dr. Ouv. 2000 p. 13 n. R. Marié ; sous peine, en plus, d'être condamné pour vol.

(84) F. Sudre et alii, *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., PUF, 2011. 335 ; add. A. Chirez et F. Chirez « Egalité des armes et pouvoir de licencier », Dr. Ouv. 2014 p. 158.

(85) Cass. Soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458 P, Dr. Ouv. 2013, p. 761, n. D. Boulmier Ce pouvoir du juge est inscrit au second alinéa de l'article 11 CPC : « *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* ». Sur l'obtention des pièces avant tout procès, v. Lamy prud'hommes 2014, n° 317-3 s. ; voir également la communication dans cette revue de N. Bruché et C. Porin.

(86) CPH Paris, Encadr. Départ. 7 févr. 2013, *M. c/ Musiwave IEB*, Dr. Ouv. 2013, préc. n. D. Boulmier.

(87) Sur l'inspecteur du travail, v. l'intervention de G. Le Corre dans le précédent numéro de la revue, p. 218.

(88) C. trav., art. L. 8112-1 et art. L. 8112-2.

(89) C. trav., art. L. 8112-5 et art. L. 8113-1.

(90) C. trav., art. L. 8113-4.

(91) C. trav., art. L. 8113-5.

Dans une affaire, des salariés qui s'estimaient victimes d'une discrimination syndicale avaient sollicité l'inspecteur du travail. Celui-ci avait alors réalisé un rapport d'enquête dans l'entreprise à partir des informations qu'il avait récolté, rapport d'enquête que les salariés avaient produit dans l'instance prud'homale engagée. La Cour d'appel ayant retenu la discrimination sur le fondement de ce rapport d'enquête, l'employeur a formé un pourvoi en cassation au motif que le juge ne pouvait se fonder sur ce seul rapport d'enquête de l'inspecteur du travail, rapport d'ailleurs sollicité par une partie.

La solution de la Cour de cassation, qui confirme celle des juges du fond, est pleine de potentialité qu'il va convenir d'exploiter largement. En effet, elle décide, pour rejeter le pourvoi de l'employeur, « *qu'il appartient au salarié, qui invoque un retard de carrière discriminatoire, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; qu'au nombre de ces éléments peut figurer un rapport établi par un inspecteur ou un contrôleur du travail eu égard aux compétences reconnues aux corps de l'inspection du travail, notamment par les articles L. 8112-1 et L. 8112-2 du code du travail, aux prérogatives qui leur sont reconnues par l'article L. 8113-5 du même code et aux garanties d'indépendance dont bénéficient leurs membres dans l'exercice de leurs fonctions, peu*

*important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées* » ; elle approuve donc la cour d'appel qui, « *après avoir examiné contradictoirement l'ensemble des éléments de fait relevés par l'inspecteur du travail dans son rapport produit à l'appui de leurs demandes par les salariés [...] a constaté que ces éléments, dont elle a vérifié la pertinence, laissent présumer l'existence d'une discrimination* », a ensuite relevé « *que l'employeur n'établissait pas que les différences de traitement dont les intéressés avaient fait l'objet étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (92).

Ainsi, en matière de discriminations, d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ou d'exercice de droit syndical, une large sollicitation des contrôleurs et inspecteurs du travail est vivement souhaitable, mais le peuvent-ils autant que cela serait nécessaire ? A en croire la fronde au sein de l'inspection du travail, à propos de la réforme de l'inspection et du contrôle, qui était incluse dans le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (92 bis), ne pouvait-on craindre que le temps passé dans les entreprises par les agents de contrôle, principalement les plus petites, ne devienne de plus en plus réduit (92 ter) ?

## VII. Preuves illicites ou déloyales

Lorsque l'article 9 du Code de procédure civile fait obligation aux parties de prouver conformément à la loi, il ne fait rien d'autre que de les inviter (les obliger) à un comportement loyal dans la recherche de la preuve. L'article 9 du Code civil énonce, par ailleurs, que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Dans l'instance prud'homale, ces textes concernent autant l'employeur que le salarié. Ainsi, lorsque les éléments de preuve présentés par la partie portent atteinte aux droits protégés, et qu'ils ont été obtenus par des procédés considérés comme déloyaux, ils seront écartés des débats.

Les Chambres civiles de la Cour de cassation sont en phase pour décider que les enregistrements de conversations téléphoniques (93) ou les enregistrements d'images à l'insu de l'interlocuteur constituent un moyen de preuve déloyal rendant irrecevable la preuve ainsi obtenue (94).

La même irrecevabilité de la preuve a été jugée lorsque la conversation téléphonique a été transcrite par un tiers, écoutant la conversation transmise via le haut-parleur du téléphone du réceptionnaire, l'interlocuteur, à qui l'on oppose la transcription, n'ayant pas été prévenu que son appel était

(92) Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-27.261 P.

(92 bis) Texte présenté en conseil des Ministres du 22 janvier 2014 et discuté au parlement selon la procédure d'urgence, avec un vote prévu fin février 2014.

(92 ter) Si un risque immédiat semble être écarté, il n'a pas pour autant disparu. En effet, le volet inspection et contrôle a été retiré du projet de loi finalement adopté le 26 février 2014 (AN TA n°317), mais il est reporté à plus tard.

(93) V. Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 oct. 2004, n°03-12.653, Bull. civ. II, n°447 ; v. A.-E. Credeville, Vérité et loyauté des preuves, Rapport de la Cour de cassation 2004, p.45.

(94) Cass. Soc., 29 janv. 2008, n°06-45.814 (enregistrement par la salarié de conversations téléphoniques avec un dirigeant de l'entreprise) ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 oct. 2004, n°03-12.653, Bull. civ. II, n°447, JCP G 2005, II, 10025 (cassette de conversation pour établir la preuve d'un prêt) ; Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, n°09-14.316 et n°09-14.667, Bull. AP, n°1 (pratique anticoncurrentielle) ; Cass. Soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, Bull. civ. V, n°519 (enregistrements à l'insu des salariés) ; Cass. Soc., 4 févr. 1998, n°95-43.421, Bull. civ. V, n°64 (filature d'un salarié par un enquêteur privé).

écouté (95). La Chambre commerciale a adopté la même position, considérant que ce à quoi l'on a assisté et ce que l'on a constaté doit l'avoir été dans des conditions loyales (96).

En l'état actuel de la jurisprudence, le salarié sera donc irrecevable à produire des enregistrements ou des transcriptions d'enregistrements obtenus à l'insu de l'employeur ou de son représentant, au cours d'un entretien préalable, d'un entretien d'évaluation ou de toute autre circonstance (97).

La Chambre criminelle (98) admet, elle, une souplesse lorsque les conversations transcrites restent sur un plan strictement professionnel. Un salarié demandeur dans une instance, avait pris contact téléphoniquement avec deux anciens collègues qui avaient attesté en faveur de l'employeur, et donc contre lui, pour demander des renseignements sur les circonstances de la rédaction de ces attestations ; il verse alors aux débats une transcription, faite par huissier de justice, de ces conversations téléphoniques enregistrées par ses soins. L'employeur et les deux anciens collègues l'ont cité devant le tribunal correctionnel du chef d'atteinte à l'intimité de la vie privée. En justification de la relaxe prononcée, l'arrêt de la Chambre criminelle énonce que les conversations, bien qu'enregistrées par le prévenu à l'insu de ses interlocuteurs, ont porté exclusivement sur les conditions de rédaction des attestations produites par l'employeur lors de l'instance prud'homale et qu'aucune information ne touchait à la vie privée des intéressés. Dès lors que ces propos entraînent dans le cadre de la seule activité professionnelle des intéressés,

et n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée, les juges ont justifié leur décision (99).

Une question se pose alors. Dès lors que le juge pénal ne relève pas, dans les transcriptions des conversations qui lui sont présentées, d'atteintes à la vie privée, le juge prud'homal ne devrait-il pas alors admettre ces transcriptions comme éléments probatoires ? Rien n'est moins sûr, compte tenu de la jurisprudence des chambres civiles.

Sans un détour préalable devant le juge pénal, le juge prud'homal ne devrait-il pas s'attacher à analyser le contenu des conversations enregistrées à l'insu de l'interlocuteur et, si elles sont uniquement professionnelles, les admettre comme preuve ? Il en résulterait que, pour les preuves obtenues à l'insu d'une partie, seules celles qui porteraient atteintes à la vie privée seraient empruntées de déloyauté (100). Mais une telle évolution est-elle souhaitable, car il sera alors difficile de ne pas en faire bénéficier également l'employeur, qui dispose de bien plus de moyens que le salarié pour obtenir de telles preuves ? Nous ne le pensons pas, car cela risquerait d'exacerber les « espionnages » en tous genres.

Lorsque les transcriptions de propos ou d'écrits dont l'émetteur a conscience qu'il laisse des traces, ces transcriptions font preuve. Cela vaut pour des envois de SMS (101) et de messages laissés sur la boîte vocale du téléphone appelé (102). Le juge considère alors que l'auteur ne peut ignorer que ses messages sont enregistrés par l'appareil récepteur (103).

## VIII. Correspondances privées à l'initiative d'une partie

Interviennent ici, selon les arrêts, les articles 9 du Code de procédure civile (« *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* »), 9 du Code civil (« *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ») et 8 de la Convention EDH (« *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* »). Il faut préciser que les

courriels échangés sur des messageries personnelles (en opposition à professionnelles) sont assimilés à des correspondances privées.

La production de correspondances privées à fin probatoire se verra écarter des débats si une des parties au courrier n'a pas donné son accord pour s'y référer ; le contenu ne peut donc servir à prouver une faute (104).

(95) Cass. Soc., 16 déc. 2008, n°07-43.993 ; cet arrêt a été rendu au visa des articles 9 CPC et 6 §1 CEDH.

(96) Cass. Com., 13 oct. 2009, n°08-19.525.

(97) Comme nous l'avons déjà précisé, le salarié pourra établir une attestation relatant le contenu de l'entretien, attestation appréciée par le juge.

(98) V. M. Lemoine, La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle), Rapport de la Cour de cassation 2004, p. 141.

(99) Cass. Crim., 14 févr. 2006, n°05-84.384, Dr. Ouv. 2007, p. 296, n. D. Boulmier.

(100) Sur cette question visant à qualifier la preuve déloyale selon qu'elle porte ou non atteinte à la vie privée, v. J. Raynaud, Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail, JCP E 2013, 1044.

(101) Cass. Soc., 23 mai 2007, n°06-43.209, Bull. civ. V, n°85.

(102) Cass. Soc., 6 févr. 2013, n°11-23.738 P ; Dr. Ouv. 2013, p. 297, n. D. Boulmier.

(103) Sauf au titulaire de l'appareil émetteur de prouver qu'il n'est pas l'auteur de ces messages.

(104) CPH Lyon, sect. commerce - départment, 22 janv. 1993, Cah. prud'h. 1994, p. 97 ; Cass. Com. 26 juin 2013, n°12-15.657 ; Cass. ch. mixte 18 mai 2007, n°05-40.803, Bull. ch. mixte n°3, Dr. Ouv. 2008 p. 25 n. S. Ducrocq.

Toutefois, dans une affaire de succession, un arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile écarte la protection de la vie privée et le secret des correspondances aux cas où la production d'un courrier « est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence » (105). Le courrier produit avait été trouvé par la partie, agissant en qualité de gérant de la succession, dans les papiers des défunts ; il n'y avait donc pas eu manœuvre déloyale.

S'il est incontestable que le droit à la preuve « est au moins le droit de produire les preuves que l'on détient » (106), l'article 9 du Code de procédure civile, en faisant obligation à chacune des parties de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention, conformément à la loi, restreint en fait la portée de la précédente affirmation. Pourtant, la Cour EDH a également posé le droit à la preuve (107). Pour le commentateur de l'arrêt du 5 avril 2012, « le respect dû à la vie privée peut devoir céder devant les nécessités probatoires, autrement dit l'impératif de vérité ».

Cela devrait également valoir pour les pièces de l'entreprise (108). C'est déjà certain lorsque ces pièces sont obtenues dans le cadre d'une action à fin probatoire, la Cour de cassation ayant précisé que ni le respect de la vie privée, ni le secret des affaires ne pouvaient faire obstacle à une mesure d'instruction *in futurum* (109).

Quelques mots sur les correspondances professionnelles et/ou courriels. Dès lors que le salarié est destinataire d'un courrier ou d'un courriel professionnel, rien ne l'empêche de le produire en justice. Il ne peut alors lui être opposé le secret des correspondances. Il faut préciser que les dispositions applicables aux preuves électroniques (110) ne sont pas applicables aux courriels (111). Il appartient

alors au juge d'apprécier la fiabilité de l'élément de preuve que constitue le courriel (112), une mesure d'instruction étant toujours possible.

## En conclusion

Des améliorations s'imposent dans plusieurs directions pour que le salarié soit en mesure de présenter les preuves utiles :

- Renforcer le droit de savoir des salariés, ce qui passe par une accentuation des informations dues par l'employeur.

- Améliorer le droit pour le salarié de présenter en justice les documents de l'entreprise, sans que le risque d'une condamnation pour vol ne plane au-dessus de sa tête. Ne pourrait-on pas envisager une disposition probatoire, au profit des salariés, consistant à rendre recevable devant le Conseil de prud'hommes tout élément de preuve émanant de l'entreprise qu'il aurait obtenu sans violence ou fraude (113) ?

- Faire peser une contrainte plus forte sur l'employeur pour qu'il produise les éléments de preuve qu'il détient.

- Modifier les règles de procédure pour que le juge prud'homal, saisi d'une mesure d'instruction pour production de documents détenus par l'employeur (bureau de conciliation, bureau de jugement, référé), ne tergiverse pas sur ces demandes, dès le stade du bureau de conciliation (114), et soit plus audacieux tant en référé qu'au fond. Le récent rapport sur les discriminations en entreprise (115) précise que les personnes auditionnées considèrent que le blocage sur les mesures ordonnant la communication des pièces serait dû à l'ambiguïté des textes, certains bureaux de conciliation estimant, pour leur part, ne pas avoir de compétences pour ordonner les pièces détenues par une autre partie (116) (!?). Outre que ces arguments

(105) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avr. 2012, n°11-14.177, Bull. civ. I, n°85 ; D. 2012, p. 1596, n. G. Lardeux.

(106) G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277, publ. Ch. Perelman & P. Foriers, spéc. p. 281.

(107) CEDH 13 mai 2008, n° 65097/01.

(108) C'est déjà le cas pour des pièces obtenues dans le cadre d'une mesure d'instruction sous contrôle du juge ; cela vaut également pour le secret des affaires.

(109) Les mesures *in futurum* font l'objet d'une communication dans cette présente revue, *supra* p. 247.

(110) CPC, art. 287 ; C. civ., art. 1316-1 et 1316-4s.

(111) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 30 sept. 2010, n°09-68.555, Bull. Civ. I, n° 178 ; Cass. Soc. 25 sept. 2013, n°11-25.884 P, JCP S 2013, 1488, n. B. Bossu.

(112) Courriels reçus comme preuve : Cass. Soc., 21 juin 2011, n°10-16.091 ; Cass. Soc. 25 sept. 2013, n°11-25.884 P ; courriels écartés car ne revêtant pas toutes garanties de fiabilité et/ou d'authenticité : Cass. Soc., 24 juin 2009, n°08-41.087 ; Cass. Soc., 22 mars 2011, n°09-43.307.

(113) En référence aux dispositions de l'article 259-1 du Code civil applicable entre époux. Ne faut-il pas, en effet, « gratter » dans ce sens pour rééquilibrer le droit à la preuve au profit du salarié ? Cela prendrait au mot ceux qui se plaisent à comparer la relation contractuelle de travail à celle d'un couple (v. les déclarations de Mme Parisot, lorsqu'elle appelait de ses vœux la rupture conventionnelle, ou de Mme Blohorn-Brenneur, dans certains de ses écrits anciens de prosélytisme en faveur de la médiation dans les relations de travail...).

(114) V. L. Buratti & C. Vigneau, Le bureau de conciliation exerce-t-il suffisamment ses pouvoirs ?, Controverse, RDT 2013, p. 743.

(115) L. Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail, un défi collectif*, déc. 2013, 165 p.

(116) Op. cit., p.101. Un texte est proposé en remède exclusivement pour les litiges portant sur une discrimination ; n'y a-t-il pas alors un risque que les conseillers prud'hommes écartent toutes mesures d'instruction pour tous les autres litiges ?

montrent à l'évidence les lacunes graves (117) dans la formation des conseillers prud'hommes, ils occultent le fait que les tergiversations et blocages sur les pouvoirs juridictionnels, ou pouvoirs d'instruction, sont principalement dus à l'antagonisme d'intérêts entre le juge salarié et le juge employeur (118).

S'armer d'une preuve utile, c'est également, au premier chef, ne pas fournir d'armes à la partie adverse. Il nous semble que les nouvelles technologies sont pourvoyeuses d'armes pour la partie adverse lorsque l'on n'est pas averti des conséquences, ou que l'on ne se questionne pas trop (insouciance ou inconscience). Pourquoi laisser traîner des informations personnelles sur un matériel de l'entreprise ? La vigilance s'impose également pour les périphériques (disques durs externes, clés USB, clouds), dès lors que, connectés à l'ordinateur professionnel, ces périphériques sont présumés être également professionnels (119).

Compte tenu des difficultés probatoires qui subsistent et de la nécessaire attention du juge, il n'est pas inutile de relire, en conclusion, le paragraphe suivant : « *Les débats contradictoires sont une exigence qui implique la loyauté des débats sous la responsabilité d'un juge actif, avec la participation souhaitée, contrainte ou réactive, de chacune des parties, qu'elles soient, ou non, assistées ou représentées par leurs conseils respectifs. Ce juge actif se doit, dans tous les cas, d'informer les parties sur l'étendue de leurs droits. Il dispose donc de nombreuses prérogatives inquisitoriales pour favoriser l'égalité des parties face à la production des preuves afin de leur permettre l'égalité dans la recherche de la solution qu'il est appelé à prendre* » (120).

**Daniel Boulmier**

(117) Graves, en ce que ces lacunes sont dommageables aux droits des justiciables et participent à l'allongement de la durée de traitement des affaires. Aussi ne faut-il pas hésiter, lorsque le bureau de conciliation ignore les demandes d'instruction, de former un appel-nullité : v. CA Chambéry, Ch. soc., 19 déc. 2013, RG 13/01691 et CA Chambéry, Ch. soc., 19 déc. 2013, RG 13/01648, et nos commentaires dans ce présent numéro de la revue.

(118) Nous ne voyons guère d'autres solutions que l'échevinage ou autre compétence professionnelle pour résoudre une telle difficulté ; v. D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, préc., § 779 s. ; comp. T. Durand et P. Henriot « Fable et légendes prud'homales », Dr Ouv. 2014 p. 171, disp. sur le site de la revue.

(119) Cass. Soc., 12 févr. 2013, n°11-28.649 P., Dr. Ouv. 2013 p.275 n. C. S. *A contrario*, la clé USB personnelle non connectée est inviolable. C'est ce que semble dire un arrêt relatif à un dictaphone personnel du salarié : « *l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée* » (Cass. Soc., 23 mai 2012, n°10-23.521).

(120) V. T. Grumbach, Procéduralisation et processualisation en droit du travail, in *Études offertes à Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz 2004, 631 p., spéc. p.255 ; voir également, en fin de ce même article (pp.275 et s.), les quelques préconisations faites aux défenseurs et aux juges.

## FORMATION DIPLÔMANTE AVEC V.A.P

### Licence professionnelle

## « Activités juridiques, spécialité Droit social et syndical »

L'université de droit et de science politique de Reims a créé une Licence professionnelle « Activités juridiques, spécialité Droit social et syndical » adaptée aux besoins de formation des syndicalistes. Pour eux, l'entrée dans cette formation est possible grâce à la validation des acquis professionnels et personnels (VAP). Les enseignements permettent d'acquérir une bonne maîtrise de la législation sociale. Les titulaires du diplôme posséderont également des compétences théoriques et pratiques leur permettant de participer à une négociation collective.

**► 9 mois de formation (d'octobre 2014 à juin 2015)  
au centre universitaire de Troyes (Aube)**

Candidature du 10 mars au 1<sup>er</sup> juillet 2014, dossier à retirer auprès du secrétariat du centre universitaire (Mme Laurent – 03 25 80 19 21 – martine.laurent@univ-reims.fr).

Référent CGT pour cette formation : Jean-Pierre Séguin 01 55 82 82 06 – jp.seguin@cgt.fr