



BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit social général
Dirigé par Monsieur le Professeur Patrick Morvan
2022

Le droit à la preuve en droit du travail

Monsieur Guillaume Gaudiot

Sous la direction de Monsieur le Professeur Arnaud Martinon

L'Université Paris Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers mots de remerciement vont à ma compagne, ma famille et mes amis. Merci à eux de m'avoir aidé, compris et encouragé tout au long de ces cinq dernières années.

Je remercie également l'ensemble du corps professoral du Master 2 Droit social général pour la qualité de leurs interventions, ainsi que les membres du laboratoire de droit social pour leurs conseils et leur bienveillance.

Je remercie plus particulièrement, Monsieur le Professeur Patrick Morvan pour m'avoir fait découvrir cette merveilleuse matière qu'est le droit social, ainsi que Monsieur le Professeur Arnaud Martinon, mon directeur de mémoire, pour sa confiance.

Enfin je remercie chaleureusement l'ensemble des mes camarades de promotion et plus particulièrement les habitué(es) du laboratoire à savoir, Laura Guarinos, Morgane Maillière, Quentin Sanchez et enfin Doriane Merigard. Je vous souhaite le plus bel avenir possible.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
art.	Article
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trans.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'Appel
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass. 1 ^{ère} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^{ème} civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale

CDRH	Cahiers du DRH
CE	Conseil d'Etat
Circ.	Circulaire
ch.	Chambre
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Constit.	Constitution
D.	Recueil Dalloz
DC	Contrôle de constitutionnalité
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Décr.	Décret
Dir.	Directive européenne
Dr. soc.	Droit social
DRT	Direction régionale du travail
éd.	Édition
et s.	Et suivants

<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
JCP G	Semaine Juridique Édition Générale
JCP S	Semaine Juridique Édition Sociale
JO	Journal officiel des lois et décrets de la République Française
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
not.	Notamment
Op. cit.	Opus citatum (ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presse Universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDT	Revue de droit du travail
Règl.	Règlement européen
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

s. Suivants

supra Ci-dessus

V. Voir

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	2
PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION GENERALE.....	9
PARTIE I : LES EXPRESSIONS DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL.....	19
TITRE I : LES MANIFESTATIONS IMPLICITES DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	21
Chapitre I : Les mécanismes d’obtention de la preuve.....	22
Chapitre II : Les aménagements de la production de la preuve en justice	67
TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE EXPLICITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	91
Chapitre I : L’affirmation du droit à la preuve par le juge social.....	92
Chapitre II : Les applications du droit à la preuve par le juge social	113
PARTIE II : LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	130
TITRE I : LES ELEMENTS PARTICIPANT A LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE	131
Chapitre I : La qualification du droit à la preuve.....	132
Chapitre II : Les perspectives du droit à la preuve dans les relations de travail ...	144
TITRE II : LES TEMPERAMENTS A LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	155
Chapitre I : Les lacunes de sa mise en œuvre par le juge social	155
Chapitre II : Les risques du droit à la preuve	161
CONCLUSION GENERALE :	167
BIBLIOGRAPHIE	169
TABLE DES MATIERES	179

« La preuve double le droit comme l'ombre suit le corps »

H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français.

INTRODUCTION GENERALE

« Il incombe à ceux qui détiennent l'autorité de rester modérés en toutes choses. Tout ce qui sort des bornes de la modération cesse d'exercer une influence bienfaisante. Considérez, par exemple, la liberté, la civilisation et d'autres biens analogues. Quelques favorables qu'ils puissent paraître aux hommes d'entendement, si on les pousse à l'excès, leur influence devient néfaste. »¹

1. Suivant cette prescription éclairée, toute chose en ce monde devrait faire l'objet de modération et de mesure. L'exercice d'une liberté ou d'un droit, aussi vertueux soit-il, ne saurait y échapper. Il ne pourrait se faire avec excès sans se muer en un vice qui heurterait quelque chose de peut-être tout aussi vertueux. Il faut donc apprendre à modérer, pour ne pas avoir à réprimer.

Face à la profusion de nouveaux droits consacrés ces dernières décennies avec une certaine frénésie et sans toujours en saisir ni la portée, ni la valeur, la modération devrait être la boussole guidant leur exercice à défaut d'avoir été celle qui a guidé leur apparition. Mais comme « *l'une des premières choses de l'homme, c'est sa fureur pour la nouveauté* »², la tâche ne sera pas aisée. C'est pourtant ce qui attend les praticiens, les juges et le législateur concernant le tout nouveau « droit à la preuve » dont ils devront tempérer la possible démesure avec laquelle les sujets de droit pourraient chercher à s'en prévaloir.

Pour comprendre pourquoi le droit à la preuve est susceptible de déclencher une telle impétuosité, particulièrement en droit du travail, il faut d'abord comprendre ce qu'il est (**I**). Pourront alors être envisagés les enjeux qu'il représente dans cette matière et l'influence néfaste que son hypertrophie pourrait y exercer (**II**).

¹ Mirza Husayn Ali Nuri, fondateur du Bahá'isme.

² N. Machiavel, Le Prince.

Section I – Le droit, le droit du travail et le droit à la preuve.

2. – Qu’est-ce que le droit ? Malgré les innombrables tentatives d’analyses de sa définition, de sa nature et de ses fonctions, le droit conserve encore aujourd’hui une grande part de mystère³. Il peut être vu comme un instrument au service de l’encadrement d’une société. Son caractère est alors ambivalent.

D’un côté, c’est à travers lui que la justice et la paix sociale sont assurées en soumettant l’activité humaine à des règles de droits impératives que l’autorité publique impose au besoin par la contrainte à défaut d’avoir été observées spontanément. L’autorité publique doit elle-même respecter ces règles, c’est ce que désigne l’« Etat de droit ». Selon la pensée positiviste et normativiste, le droit peut être dénué de tout jugement moral ou critique. Une règle de droit n’existe et ne doit s’appliquer que si elle intègre valablement un ordonnancement juridique normatif fondé sur la hiérarchie : pour produire ses effets chaque règle doit simplement respecter celle qui lui est supérieure. Cette vision instrumentaliste du droit peut évidemment conduire à des excès, comme légitimer la ségrégation d’une population ou organiser des génocides.

D’un autre côté, il est l’objet d’une lutte précisément lorsque la règle de droit se mue en excès et contredit le dessein originel de paix et de justice pour servir les intérêts de la barbarie, ce que l’Histoire a d’ailleurs pu démontrer. La guerre ou la révolution deviennent alors légitimes pour anéantir un droit au profit d’un autre, plus juste. La lutte consiste ainsi à combattre le droit mais pour le droit. Comme le soulignait un auteur « *le droit, c’est bien Saturne dévorant ses propres enfants ; il ne peut se rajeunir qu’en faisant table rase de son propre passé* »⁴.

La définition du juste et de l’injuste relève de l’opinion et de la vision que tout à chacun se fait de la société mais surtout de ses intérêts propres. Le rôle du droit est alors de concilier ces extrêmes pour éviter des confrontations incessantes. A l’époque contemporaine le droit est donc principalement mobilisé pour régler les difficultés et les conflits propres à chaque société. C’est ainsi que « le droit » général devient « un droit » particulier.

3. – Qu’est-ce qu’un droit ? Pour devenir un droit, le droit doit créer du droit. Il en existe deux catégories.

³ P. Mallaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 8^e éd., 2020, n° 1.

⁴ P. Coulombel, Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering, RTD civ. 1957, p. 609.

4. La première catégorie de droit c'est le « *droit objectif* ». Il est constitué par l'ensemble des règles juridiques qui régissent et encadrent la vie en société des sujets de droit. Il dépend de la société qu'il vise à encadrer. Qui du droit ou des valeurs, principes et idéologies de cette société influent sur l'autre ? La réponse est variable selon le temps et l'espace mais il existe en tout état de cause une interdépendance entre l'un et les autres. Le droit objectif reflète la société qu'il régit mais il est également capable de la faire évoluer.

Il y a donc autant de droits objectifs qu'il existe de sociétés différentes. Au-delà de cette variété, les droits objectifs présentent toujours trois traits distinctifs et intangibles. D'une part, les règles qu'ils posent traduisent toujours un idéal de justice et d'ordre (propre à chaque société) et leur observation fait l'objet d'une contrainte par les autorités publiques. C'est principalement cette deuxième caractéristique qui distingue le droit objectif du « non-droit »⁵ (règles de bienséance, morales ou éthiques par exemples). D'autre part, ces règles ont toujours des sources et des vecteurs ou supports (règlements, lois, traités) qui leurs permettent de produire leurs effets dans l'ordre juridique et de devenir du « droit positif », c'est-à-dire des règles qui s'imposent dans un espace et à un moment donnés. Enfin, ces règles confèrent aux individus des « droits subjectifs » qui se traduisent de manière très instinctive chez les sujets de droit comme la faculté « d'avoir un droit individuel » qu'ils peuvent revendiquer et opposer aux autres membres de la société. C'est la deuxième catégorie de droit.

5. *Prima facie*, un droit subjectif se distingue d'une liberté qui est une prérogative que les sujets de droit peuvent exercer de manière discrétionnaire dans les bornes fixées par la loi. La liberté est au-dessus du droit non pas hiérarchiquement mais chronologiquement puisqu'elle en commande l'exercice : le titulaire d'un droit est libre de l'exercer ou non. Elle revêt donc une double dimension, la liberté de faire ou de ne pas faire. Surtout la liberté bénéficie à toutes et tous sans conditions. Cette distinction paraît toutefois artificielle puisque certains droits confèrent à leur titulaire une véritable liberté (par exemple, le droit d'agir en justice ne confère-t-il pas la liberté de saisir un juge pour faire valoir ses droits ?) et sont parfois accordés à tous sans condition (comme le droit au respect de la vie privée notamment). Aussi, certains droits et libertés cohabitent aujourd'hui sous l'appellation « droits et libertés fondamentaux ». Ils visent à faire primer un intérêt individuel sur l'intérêt général en le rattachant à l'exercice d'un droit ou liberté qualifié de fondamental parce que participant à la protection de la dignité humaine et

⁵ P. Mallaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, op. cit., n° 26.

consacré par une norme à valeur supra-législative qui se sont multipliées depuis la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle sous l'influence du droit constitutionnel et des traités internationaux⁶. Cette distinction entre les droits subjectifs « fondamentaux » et les autres, est une première approche d'une caractéristique commune aux deux catégories de droit que sont le droit objectif et les droits subjectifs : le démembrement.

6. – Le démembrement du droit objectif. Le droit objectif se divise en différentes branches au sein desquelles une multitude de droits subjectifs sont reconnus aux sujets de droit. Une première division peut être opérée entre droit public et droit privé.

Le premier est lui-même divisé en trois sous-branches que sont le droit administratif (qui régit les rapports entre les particuliers avec les personnes publiques⁷), le droit constitutionnel (qui traite de l'organisation institutionnelle de l'Etat en définissant ses prérogatives et des droits et libertés fondamentaux qui les limitent) et le droit international public (qui régit les relations entre les Etats).

Le deuxième a un démembrement bien plus fourni. Trois sous-branches principales peuvent être identifiées à savoir le droit international privé (qui régit les relations entre particuliers qui comportent un élément d'extranéité), le droit civil (le droit commun des relations entre particuliers qui ne comportent pas d'élément d'extranéité) et la procédure civile qui régit la manière dont les particuliers vont pouvoir saisir le juge pour obtenir la reconnaissance et la réalisation de leurs droits subjectifs. La question de la preuve y tient une place centrale puisque selon l'adage romain « *ne pas pouvoir prouver son droit équivaut à ne pas avoir de droit* »⁸. Une situation juridique qui n'a pas été prouvée est juridiquement inexistante.

La particularité du droit privé est que le droit civil a donné naissance à une multitude d'autres droits objectifs qui régissent chacun une forme particulière de relation entre individus. Le droit de la consommation qui régit les relations entre professionnels et consommateurs, le droit commercial qui régit les relations entre commerçants ou encore le droit du travail qui régit les relations entre employeurs, salariés et leurs représentants. Ce dernier est qualifié de « *droit mixte* »⁹ par certains auteurs du fait de l'intervention ponctuelle de l'Etat¹⁰ et la présence d'autorités administratives propres (Inspection du travail notamment). Il n'en reste pas moins

⁶ Ils participent à un mouvement de fond qualifié de « *fondamentalisation du droit* », v. en ce sens Revue de droit d'Assas, oct. 2015, n° 11, p. 32 et s.

⁷ L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics administratifs.

⁸ *Idem est non esse et non probari.*

⁹ P. Mallaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, op. cit., n° 74.

¹⁰ Par exemple au travers des arrêtés d'extension et d'élargissement des conventions et accords collectifs de branche.

un droit privé du fait que son application se base sur l'existence d'un contrat (de travail) entre deux particuliers. Dérivé du droit civil, son autonomie a été longtemps discutée en doctrine¹¹ et l'est toujours dans une certaine mesure aujourd'hui¹². C'est que le droit du travail présente de nombreuses particularités par rapport au droit commun. Il est en effet un terrain extrêmement fertile à l'existence et au développement de nombreux droits et obligations qui vont venir s'imposer dans le chef des parties prenantes. Dans leurs versants individuel et collectif, les relations qui lient employeurs, salariés et leurs représentants, sont imprégnées du lien de subordination juridique qui s'exerce du premier vers les seconds et qui vient, de fait, déséquilibrer ces relations. Il existe ainsi une multitude d'obligations légales, réglementaires ou conventionnelles qui pèsent sur l'employeur et qui visent principalement à compenser ce déséquilibre ou, a minima, à protéger les salariés et leurs représentants des dérives auxquelles il est susceptible de conduire. Pour compenser sa situation de partie faible, le salarié se voit donc reconnaître pléthore de droits subjectifs dont la portée et la valeur sont aussi variables que ces droits sont nombreux (droit à l'information, droit à la protection de sa santé et sa sécurité, droit au repos, droit à la participation dans l'élaboration collective des conditions de travail, etc).

7. – Démembrement des droits subjectifs. La reconnaissance exponentielle des droits subjectifs en droit du travail rejoint un phénomène plus large qui touche l'ensemble des branches de droit objectif : « les droits à ». Ce phénomène a d'ailleurs fait l'objet d'une étude approfondie dans une thèse remarquable¹³. L'auteur relève une tendance à la multiplication de ces « droits à » dans la législation et la jurisprudence autant française qu'internationale. Il soulève également le risque « *d'explosion des institutions en mini-droits* »¹⁴. Leur nature de droit subjectif y est fortement remise cause, il est vrai que certains sonnaient et sonnent encore aujourd'hui comme des « *promesses fallacieuses* »¹⁵ ou des « *droits sans provision* »¹⁶. Pourtant, force est de constater que certains d'entre eux ont eu des effets tout à fait remarquables ces dernières années. Le « droit au mariage » a rayonné à travers le « mariage pour tous », le « droit à l'enfant » à travers l'élargissement de la PMA¹⁷, ou encore, en droit du travail, le

¹¹ G. Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : RTD civ. 1974, p. 229. ; G. Couturier, Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur : D. 1975, p. 151 et p. 221.

¹² P. Lokiec et C. Neau-Leduc, Droit du travail : le renouvellement des techniques, Dr. soc. 2019, p. 468.

¹³ M. Pichard, Le droit à, étude de législation française, Economica, 2006.

¹⁴ Ibid, n° 2.

¹⁵ G. Cornu, Droit civil – Introduction, Les personnes, les biens, Montchrestien, 12^e éd., 2005, n° 9, p. 15.

¹⁶ P. Denier, Idée nominaliste et déconstruction du droit, APD, t. 28, p. 229 et s., p. 240.

¹⁷ Procréation médicalement assistée.

« droit à l'emploi », principe à valeur constitutionnel, qui est régulièrement confronté par le Conseil constitutionnel à la liberté fondamentale d'entreprendre¹⁸. Le démembrement du droit subjectif en une multitude de « droits à » rejoint le phénomène de la fondamentalisation déjà évoqué (v. supra § 6). Ils tendent le plus souvent à se voir reconnaître une valeur fondamentale pour venir au soutien d'une liberté confrontée à un interdit¹⁹. Le « droit à la preuve » concentre ces deux phénomènes.

8. D'un point de vue strictement terminologique, il s'inscrit dans la classe hétérogène « des droits à » et soulève donc les mêmes interrogations que n'importe quel droit de cette catégorie. Mais lorsqu'il est envisagé dans le champ si particulier du droit du travail, il soulève d'autres interrogations toutes aussi particulières.

Section II – Les enjeux du droit à la preuve dans le droit du travail

9. – Questions. Quelle est sa valeur ? Au profit de qui et comment pourrait-il être mobilisé ? Son application suivra-t-elle la logique de faveur envers la partie présumée faible au contrat de travail ? Quel sera son impact sur les relations de travail et sur l'office du juge en cas de contentieux mais également dans un cadre extra judiciaire ? Quels sont les intérêts contraires avec lesquels il est susceptible d'entrer en confrontation ?

Autant de questions auxquelles il ne sera possible de tenter d'apporter une réponse qu'après avoir saisie la logique dans laquelle s'inscrit le droit à la preuve en droit du travail.

10. – L'émergence du droit à la preuve. De l'avis du plus grand nombre, l'idée d'un droit à la preuve est d'abord d'origine doctrinale²⁰. Il serait né dans la pensée de Gény pour qui il était « *une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale (notamment les lettres missives) pour la justification et la défense de ses droits* »²¹. Il était alors présenté comme un droit devant être mis en confrontation par le juge judiciaire avec son concurrent, le droit au secret des lettres missives, au moyen d'une balance

¹⁸ Cons. constit., 21 mars 2018, n° 2017-761 DC : Selon le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi... ». Dès lors, il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. Il lui incombe également d'assurer la mise en œuvre de ce droit tout en le conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

¹⁹ M. Pichard, Le droit à, étude de législation française, Economica, 2006, op. cit. n° 85 et s.

²⁰ J.-C., Saint-Pau, Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée, D. 2016, p. 884.

²¹ F. Gény, Des droits sur les lettres missives, T. 2 Sirey, Paris, 1911, p. 81 s.

des intérêts qui aboutirait à faire primer le plus légitime des deux selon les circonstances. Le droit à la preuve a ensuite grandi dans la doctrine tout au long du XX^{ème} siècle jusqu'à être envisagé de manière générale comme un droit processuel à part entière. Cette vision est l'œuvre d'une étude du professeur Goubeaux qui considère que le Nouveau code de procédure civile marqué des idées de Motulksy consacre dans le chef des parties un véritable droit d'obtenir et de produire des éléments de preuve²². Elle ne faisait pas l'unanimité jusqu'à être débattue et contredite par l'idée que, plus que d'augmenter les droits des parties à l'égard du juge en matière d'administration de la preuve, le Nouveau code de procédure civile accordait plutôt à ce dernier des nouvelles prérogatives au contraire des parties qui voyaient leurs devoirs augmentés²³.

11. – La consécration du droit à la preuve. Peu à peu l'idée d'un droit à la preuve est apparue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) d'abord à travers l'égalité des armes²⁴. Il fut ensuite consacré de manière autonome²⁵ puis finalement rattaché au droit à un procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH)²⁶. Le juge français en fit de même quelques années plus tard²⁷. Entre la consécration par le juge européen et le juge français, une thèse saluée par la doctrine a été réalisée afin de conceptualiser ce tout nouveau droit²⁸.

12. – L'importance du droit à la preuve. La consécration du droit à la preuve s'inscrit dans un mouvement plus profond de changement de perception de la matière probatoire dans le procès.

Le droit de la preuve est en effet marqué sur le long terme par un élan toujours plus favorable à la recherche et la découverte de la vérité. L'abandon progressif de la preuve légale pour la liberté de la preuve et l'augmentation des pouvoirs du juge dans l'administration de la preuve en procédure civile en témoignent. Le procès civil doit permettre de régler un différend entre des particuliers, mais il doit aussi permettre à la vérité de triompher.

Cette vision de la matière probatoire était déjà solidement ancrée dans la culture anglo-saxonne. En accordant une place importante à la vérité, sa démonstration devient le cœur du procès.

²² G. Goubeaux, « Le droit à la preuve » in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La Preuve en droit*, Etudes publiées par C. Perelman et P. Floriers, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 s.

²³ L'une des évolutions majeures en ce sens est l'al. 2 de l'art. 11 C. proc. civ qui met un terme à l'application de l'adage « nul ne peut être tenu de prouver contre soi » (*nemo contra se edere tenetur*).

²⁴ Cour EDH 27 oct. 1993, aff. n° 14448/88, « D. B. c/ Pays-Bas ».

²⁵ Cour EDH, 10 oct. 2006, aff. n° 7508/02, « L. L c/ France »

²⁶ Cour EDH, 13 mai 2008, aff. n° 65097/01, « N.N. et T.A. c/ Belgique ».

²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177 ; Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203.

²⁸ A. Bergeaud,, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010.

Bentham, dans son *Traité des preuves judiciaires* écrivait ainsi que « *l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves* »²⁹. Il est vrai que selon un adage connu, la vérité fait loi³⁰, mais encore faut-il la prouver puisque cette preuve est la condition d'effectivité de la vérité : ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un. Vérité et preuve sont d'ailleurs liées jusque dans leur définition dans le langage commun : la preuve s'entend ainsi de « *ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait* »³¹ ou comme « *ce qui démontre, établit la vérité d'une chose* »³².

Face à l'importance de la preuve, son « droit à » apparaît comme un outil remarquable pour faciliter la tâche des parties au procès à établir la vérité. Pour prouver, elles doivent disposer de moyens de preuve que ce droit est susceptible de décupler. Il pourrait par exemple justifier que le juge soit tenu d'admettre la recevabilité de n'importe quel élément de preuve et faire tomber l'ensemble des règles qui l'encadrent. Mais il y aurait alors une forme d'excès qui conduirait inexorablement à faire produire à ce droit des effets néfastes comme toute chose, aussi bienfaisante soit-elle, qui serait dépourvue de modération dans sa mise en œuvre.

13. – La nécessaire modération du droit à la preuve en droit du travail. De manière générale le droit à la preuve doit être abordé avec prudence. En effet, la preuve permet d'établir la vérité mais laquelle ? Celle du juge ou celle des parties ? Dans le cadre d'un procès, la vérité ne peut être que relative puisqu'elle est affectée par un jugement de valeur du juge³³. Dès lors, le droit à la preuve consisterait plus à établir ce qui dans l'esprit du juge paraîtrait le plus vraisemblable ou probable au détriment, parfois, de la vérité réelle et objective. Ce défaut de la vérité se vérifie d'autant plus lorsqu'il s'agit d'établir une vérité émotionnelle comme une intention ou un dommage psychique.

La prudence doit être encore plus grande lorsque le droit à la preuve est envisagé en droit du travail. Plusieurs éléments tirés des spécificités de la matière y invitent expressément.

Historiquement la question de la preuve en droit du travail a subi une lente évolution. Le point de départ n'était pas très glorieux puisqu'il traduisait l'extrême domination de l'employeur autant sur le terrain contractuel que probatoire : jusqu'en 1868 le Code civil de 1804 prescrivait la règle selon laquelle, en matière de louage de domestiques et d'ouvrier le maître (l'employeur) est cru sur son affirmation. Les dires de ce dernier étaient présumés exactes jusqu'à la preuve

²⁹ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1, 2^e éd., Bossange, Paris, 1830, p. 3.

³⁰ Veritas facit legem.

³¹ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*.

³² Petit Larousse illustré.

³³ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, op. cit. n°2.

(impossible) du contraire par l'ouvrier. S'en est suivie une lente évolution vers le consensualisme du contrat de travail qui permettait aux parties de « *constater dans les formes qu'il leur convient d'adopter* » pour finalement aboutir à la liberté de la preuve³⁴.

Aujourd'hui, la question probatoire en droit du travail dépasse le cadre strictement judiciaire. Elle relève également de l'exécution même du contrat de travail par son attribut majeur : le lien de subordination juridique qui offre à l'employeur un pouvoir de contrôler l'activité de ses salariés. Face à ce pouvoir, le juge social a développé toute une batterie de protections pour faire contrepoids. La prohibition absolue des procédés déloyaux de surveillance pour obtenir des éléments de preuve à l'insu des salariés³⁵ et la consécration du droit au respect de la vie privée (devenue plus tard personnelle³⁶) au temps et au lieu de travail³⁷ ont jeté les bases de cette protection. Pour assurer la bonne marche de l'entreprise, son chef doit composer avec ces limites ce qui n'est pas toujours aisé en pratique.

Le droit à la preuve apparaît dès lors comme un moyen privilégié de remettre en cause ces solutions bien établies. Mais une application démesurée qui conduirait à écarter purement et simplement cette protection au profit de l'employeur reviendrait à rebasculer dans le système du Code civil de 1804. L'employeur pourrait mettre en œuvre des mécanismes déloyaux et intrusifs lui permettant d'être celui qui « *est cru dans son affirmation* » au détriment d'un salarié dans l'impossibilité d'apporter la preuve contraire. D'un autre côté, l'exigence de loyauté et le droit au respect de la vie privée ne doivent pas servir la mauvaise foi du salarié. Il faut garder une certaine cohérence : puisqu'il est admis qu'un fait tiré de la vie privée du salarié peut justifier son licenciement³⁸, l'employeur doit être en mesure de le prouver au besoin en s'y introduisant.

Côté salarié, le droit à la preuve apparaît cette-fois comme le moyen privilégié permettant de tempérer la domination probatoire que l'employeur tire de sa position de partie forte au contrat de travail. Pour autant, un droit à la preuve exacerbé au point de remettre totalement en cause la légitime protection du secret des affaires de l'employeur voire celle de la vie privée de certains collègues au détriment desquels des éléments de preuves pourraient être obtenus ou produits en justice paraîtrait démesuré et dangereux pour la pérennité de l'entreprise.

³⁴ Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666.

³⁵ Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, « Néocel ».

³⁶ Cass. soc., 8 juil. 2009, n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, « Sté. Okaidi ».

³⁷ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, « SA Nikon France ».

³⁸ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636.

14. Les enjeux qui se cachent derrière l'application du droit à la preuve dans le droit du travail sont donc particulièrement sensibles. Une application excessive conduirait à avoir des effets néfastes sur des intérêts individuels et collectifs qui dépasseraient le seul objectif de la recherche de la vérité aussi louable soit-il. La nouveauté est toujours source d'impétuosité qu'il faut alors canaliser pour ne pas basculer dans l'excès.

Une analyse poussée du droit à la preuve participerait à la recherche de ce que devrait être une application modérée de ce droit en droit du travail eu égard aux spécificités de la matière. De surcroît, l'analyse permettrait de répondre aux multiples questions qui ont pu être soulevées ci-avant (v. supra § 9) certaines renvoyant à la manière dont s'y exprime le droit à la preuve (**Partie I**), d'autres à sa propre légitimité (**Partie II**).



Partie I : Les expressions du droit à la preuve en droit du travail

15. – Pluralité. La question de la preuve intervient le plus souvent dans un contexte litigieux. Ce n'est que lorsque des sujets de droit se retrouvent confrontés à l'obligation de prouver la véracité de ce qu'ils allèguent pour l'opposer à un adversaire³⁹ que leur attention commence à se porter sur la question. S'agissant des relations de travail, salariés, leurs représentants mais également les employeurs peuvent se retrouver confrontés à des exigences probatoires qu'ils ignoraient et qu'ils n'ont pas ou qu'ils n'ont pas pu satisfaire.

Les règles qui posent ces exigences sont éclatées entre le droit commun et les différents droits spéciaux. L'articulation est classique, les règles générales ne s'appliquent qu'à défaut de règles spéciales. Par exemple, là où le Code civil exige que la preuve de tout acte juridique dont la valeur serait supérieure à mille cinq cent euros soit apportée par écrit⁴⁰, le Code du travail n'exige aucun formalisme particulier quant à la preuve du contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein, ce dernier pouvant « être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter »⁴¹. En dehors des exigences formelles imposées par la loi, la preuve peut être rapportée par tout moyen⁴² ce qui, en soit, est une première expression générale d'un droit à la preuve. Le Code du travail n'impose d'exigences formelles qu'à titre exceptionnel et, lorsqu'il le fait, le formalisme est, en apparence, moins imposé dans une perspective contentieuse que de transparence entre les parties⁴³ en dehors de tout contexte litigieux.

16. Car la question de la preuve n'a pas vocation à intervenir exclusivement dans un tel contexte. Elle peut également surgir en amont et notamment au moment de la conclusion d'un acte juridique ou encore pendant son exécution à travers l'apport d'éléments attestant de la bonne foi de la partie qui les apporte à l'autre. Dans le premier cas c'est la conclusion de l'acte

³⁹ C. proc. civ., art. 9.

⁴⁰ C. civ., 1359.

⁴¹ C. trav., art. L. 1221-1 ; en revanche le Code du travail pose des exigences formelles pour les contrats de travail à durée déterminée ou à durée indéterminée mais à temps partiel.

⁴² C. civ., art. 1358.

⁴³ Exigence d'un écrit pour l'accord collectif (C. trav., L. 2231-3) ; exigence d'un écrit pour le contrat à durée déterminée (C. trav., L. 1242-12, al. 1), pour le contrat à temps partiel (C. trav., L. 3123-6, al. 1).

qui est encouragé, dans le second c'est le litige qui, a minima, est temporairement évité ou au moins purgé d'une partie des problématiques probatoires⁴⁴ en facilitant l'allégation des faits et la preuve de ces derniers⁴⁵. L'expression « faire preuve de bonne foi » tirée du langage courant reçoit alors une véritable traduction dans les rapports juridiques et particulièrement dans les relations collectives et individuelles de travail. Etant soumises à cette exigence générale, chacune des parties prenantes devraient avoir le droit que les autres lui prouvent leur bonne foi. Le Code du travail œuvre d'ailleurs en ce sens en leur imposant d'apporter des éléments d'information ou d'agir d'une certaine manière afin d'attester réciproquement de leur bonne foi et garantir la transparence de leurs relations.

17. – Typologie des expressions. Entre l'absence d'exigences probatoires formelles et la place centrale de la bonne foi, le droit du travail apparaît comme un environnement propice à l'expression du droit à la preuve. La particularité de ce dernier est qu'il n'a été que récemment consacré⁴⁶, encore plus en droit du travail⁴⁷. Il a d'abord trouvé des traductions implicites que nous tenterons d'identifier et d'analyser en détail (**Titre I**). L'objectif est de démontrer qu'elles constituent des expressions d'un droit à la preuve en droit du travail intervenues préalablement à sa reconnaissance expresse par la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette reconnaissance expresse a ensuite donné lieu à une multitude de mise en œuvre explicite qu'il conviendra également d'analyser pour comprendre comment le droit à la preuve est désormais mobilisé en droit du travail (**Titre II**).

⁴⁴ P. Henriot, Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, RDT 2018, p. 120, pour qui le « contentieux de l'accès à la preuve » vient « s'enchaîner dans le litige au fond », « ressemble trop souvent à un épuisant et stérile parcours du combattant » et qui « se heurte immanquablement à une panoplie d'objections aussi inappropriées que stéréotypées, mais répétées à l'envie et trop souvent accueillies avec complaisance par un juge hésitant ou réticent à remplir son office. »

⁴⁵ Qui pèsent sur les parties en procès en application des art. 6 et 9 du C. proc. civ., préc., dans sa thèse A. Bergeaud remarque d'ailleurs que « la preuve possède une dimension extrajudiciaire d'une infinie diversité » mais constate que « de manière générale, le droit appréhende la preuve en tant que phénomène judiciaire », A. Bergeaud, Le droit à la preuve, LGDJ, 2010, op. cit., n° 1.

⁴⁶ Cour EDH, 10 oct. 2006, aff. n° 7508/02, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

⁴⁷ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

Titre I : Les manifestations implicites du droit à la preuve en droit du travail

18. – Obtention et production. En cas de litige, à défaut de disposer, le cas échéant, de la preuve exigée ou, dans tous les cas, de la preuve nécessaire, la partie qui en supporte la charge devra la produire en justice pour voir ses prétentions accueillies par la juridiction saisie. En principe celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et réciproquement celui qui s'en prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit son extinction⁴⁸. Mais avant d'apporter et produire la preuve en justice, encore faut-il l'avoir obtenu. Sur ce point, dans les litiges relatifs aux relations de travail, il n'est pas rare que les parties soient limitées du fait qu'elles ne disposent pas, ou très peu, d'éléments permettant de répondre à leur charge probatoire. Par exemple, dans l'hypothèse d'un licenciement pour insuffisance professionnelle, très peu de salariés auraient pensé à archiver l'ensemble des retours positifs qui leurs auraient été faits au cours de l'exécution du contrat pour en contester le bien-fondé. Autre exemple, dans l'hypothèse d'une grève, seul un employeur très averti prendra le soin de faire constater par huissier les participants afin de pouvoir engager leur responsabilité en cas d'abus.

19. Exigences probatoires, détermination de la charge de la preuve, obtention et production d'éléments de preuves sont autant de problématiques qui relèvent d'une thématique commune, celle de l'administration de la preuve. C'est principalement au niveau de l'obtention et de la production que le droit à la preuve influence implicitement l'encadrement légal et jurisprudentiel de la question probatoire dans les relations de travail.

20. – Dualité des traductions. Au stade de l'obtention, le droit à la preuve peut être envisagé comme le fondement implicite des différents mécanismes qui permettent aux parties prenantes d'obtenir des éléments de preuve (**Chapitre I**).

Au stade de la production, le droit à la preuve va implicitement justifier qu'il soit procédé à des aménagements dans la production d'élément de preuve en justice au bénéfice de celui qui en supporte la charge (**Chapitre II**).

⁴⁸ C. civ., art. 1353.

Chapitre I : Les mécanismes d'obtention de la preuve

21. – Dualité des mécanismes : droit commun – droit du travail. Que le but poursuivi soit d'obtenir la preuve de l'existence d'une obligation d'origine conventionnelle, réglementaire, légale⁴⁹, ou encore celle de son respect sinon de sa violation, c'est bien au nom d'un droit à l'obtention de cette preuve que des mécanismes existent et sont mobilisés.

22. Ces mécanismes sont importants que la loi impose ou non une exigence probatoire formelle. Dans le premier cas, ils vont par exemple permettre au salarié qui supporte la charge de la preuve d'obtenir les éléments exigés dans l'hypothèse où ils seraient détenus par l'employeur. Dans le second cas, la preuve pouvant par principe se faire « *par tout moyen* »⁵⁰, ils vont permettre d'éviter une constitution illicite de preuve⁵¹ par abus de cette liberté probatoire, et faciliter l'obtention légitime d'éléments probants dont l'admissibilité pourra difficilement être contestée.

23. - Spécificités. Les spécificités du droit du travail (v. supra § 13) peuvent donner lieu à une application particulière des concepts civilistes⁵². En parallèles, des concepts de droit du travail dérivés du droit civil ont parfois acquis une certaine autonomie⁵³. Ces deux phénomènes (application spécifique et concept juridique autonome) se vérifient également s'agissant des mécanismes d'obtention de la preuve.

24. Ces spécificités vont, d'une part, justifier une application particulière des mécanismes de d'obtention d'éléments de preuve issus du droit commun (I), et d'autre part, permettre l'apparition de mécanismes propres au droit du travail (II).

⁴⁹ C. civ., art. 1100.

⁵⁰ C. civ., art. 1358, préc.

⁵¹ C. proc. civ., art. 9, préc.

⁵² G. Couturier, Droit du travail : le renouvellement des techniques, Dr. soc. 2019 p. 471, l'auteur cite par exemple l'obligation légale de sécurité mise en avant par les arrêts « amiante » sur la base de la responsabilité contractuelle.

⁵³ Cass. avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001, la Haute juridiction écarte l'application des dispositions du Code civil sur la résiliation du contrat pour la prise d'acte

Section I – Les mécanismes de droit commun appliqués à la relation de travail

25. - Contexte de mise en œuvre. Ces mécanismes figurent principalement au Code Civil et au Code de procédure civile mais ils trouvent naturellement à s'appliquer en droit du travail. Ils sont d'ailleurs déclinés ponctuellement dans le Code du travail. Une première distinction peut être opérée en fonction du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre.

26. D'un côté, il existe des mécanismes qui mettent en œuvre le droit à l'obtention d'éléments de preuve dans la perspective d'un litige judiciaire entre les parties prenantes aux relations de travail. Au sein de cette catégorie, ce sont principalement les mesures d'instructions⁵⁴ qui retiennent l'attention. D'un autre côté, se trouvent des mécanismes qui, en dehors de tout contexte litigieux, consacrent un véritable droit d'accès à certaines informations et imposent en parallèle un devoir d'assurer un accès effectif à ces éléments. Il s'agit principalement du devoir d'informer et du droit à l'information connu en droit commun des contrats⁵⁵ mais également en droit de la consommation⁵⁶ qui a également la particularité d'encadrer une relation déséquilibrée entre une partie présumée forte et une partie présumée faible.

§. 1 : Les mesures d'instruction

27. – Rôle du juge. L'ensemble des mesures d'instruction prévues au Code de procédure civile sont applicables pour les litiges dont sont saisies les juridictions prud'homales⁵⁷. Elles constituent l'expression même d'un droit à la preuve en ce qu'elles facilitent l'accès aux éléments requis ou nécessaires pour corroborer des allégations. Dans les litiges de travail, le rôle du juge est évidemment nécessaire pour éviter que le déséquilibre inhérent à la relation employeur-salarié se répercute sur l'accès aux éléments de preuve et empêche la manifestation de la vérité au détriment de la partie supposée faible, le salarié. Néanmoins, il faut aussi garder à l'esprit que ce n'est pas toujours pour le seul salarié que l'accès aux éléments de preuve est

⁵⁴ C. proc. civ., art. 143 à 284-1.

⁵⁵ C. civ., art. 1112-1, 1^{er} alinéa : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. »

⁵⁶ C. cons., art. L. 111-1, 1^{er} alinéa : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à titre onéreux, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes. »

⁵⁷ C. trav., art. R. 1451-1.

limité. Les mesures d'instructions présentent ainsi un intérêt pour l'ensemble des parties prenantes aux relations de travail.

28. – Temporalité. Parmi ces mesures, il convient de distinguer les mesures in futurum qui interviennent avant tout procès à l'initiative de toute personne intéressée et les mesures d'instructions qui interviennent en cours de procès à l'initiative des parties au litige ou du juge.

A. Les mesures d'instruction avant tout procès

29. – Préconstitution de preuves. Le mécanisme est prévu à l'article 145 du Code de procédure civile⁵⁸. Il constitue un cas autonome et commun d'ouverture d'une procédure de référé ou d'une procédure sur requête⁵⁹. Le juge du provisoire va ainsi servir de vecteur à l'exercice du droit à l'obtention d'éléments de preuve par les parties. Elles vont le saisir pour qu'il ordonne « *toutes mesures d'instruction légalement admissibles* » leur permettant une préconstitution d'éléments de preuve dans la perspective d'un litige judiciaire.

30. Une rapide analyse du mécanisme mettra en évidence que s'il constitue l'expression même du droit d'obtenir des éléments de preuve, cette expression reste cependant conditionnée. L'étude de sa mise en œuvre en droit du travail permettra ensuite d'en délimiter la portée.

1. L'analyse du mécanisme

31. – Droit à la preuve conditionné. L'exercice du droit d'obtenir des éléments de preuve dans le cadre des mesures in futurum est conditionné, il doit être légitime et préalable à tout procès. Le texte conditionne ainsi l'obtention de la preuve à l'existence d'un motif légitime de la conserver ou de l'établir dans la perspective d'un litige dont la solution pourrait en dépendre. Le juge saisi vérifiera que la mesure d'instruction sollicitée répond à ces conditions.

⁵⁸ « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

⁵⁹ La recevabilité n'est pas soumise à la démonstration d'une situation d'urgence ou d'un trouble manifestement illicite.

32. S'agissant d'abord du caractère préalable à un litige⁶⁰, la mesure d'instruction doit être demandée en référé ou par voie de requête avant toute saisine d'une juridiction sur le fond du litige⁶¹. La condition s'apprécie à la date de la saisine du juge provisoire⁶².

33. S'agissant ensuite du motif légitime, différents paramètres interviennent dans son appréciation et garantissent l'effet utile de la mesure. En premier lieu, il faut que la mesure soit demandée dans la perspective d'un « *litige éventuel* ». Le terme « *éventuel* » renvoi à « *potentiel* », c'est-à-dire une possibilité de litige. La situation dans laquelle va s'inscrire la mesure d'instruction doit donc présenter un risque conflictuel sans que celui-ci n'ait encore éclaté ou que l'ensemble de ces éléments soient déterminés. Par exemple, si une construction à laquelle plusieurs maîtres d'ouvrage ont participé s'effondre, une mesure d'expertise peut être demandée in futurum par le donneur d'ordre pour déterminer d'où le défaut provient et diriger l'action en responsabilité contre le maître d'ouvrage qui en avait la charge. Par ailleurs, l'action au fond susceptible d'être menée pour résoudre le litige ne doit pas être prescrite. Enfin, la mesure d'instruction demandée doit objectivement servir à la résolution de ce dernier.

34. Une dernière condition relève de l'atteinte à des intérêts légitimes que constituerait la mesure tels que le secret des affaires ou la protection de la vie privée. L'atteinte n'est pas en elle-même susceptible de faire obstacle à l'application de l'article 145 du Code de procédure civile pourvu que les mesures ordonnées soient « *nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités* »⁶³. Il faut que l'atteinte soit disproportionnée à ce but.

35. – Portée. Il est intéressant de noter que l'appréciation de ces conditions par le juge provisoire évolue vers une plus importante souplesse qui conduit à envisager l'article 145 non plus comme un moyen permettant de réunir des preuves avant un procès mais comme un moyen de s'assurer de l'opportunité d'une telle entreprise. Reste à voir comment le mécanisme est reçu et mobilisé en droit du travail.

⁶⁰ C. proc. civ., art. 145 : « Avant tout procès ».

⁶¹ Cass. 2^{ème} civ., 15 janv. 2004, n°01-14.933.

⁶² Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 2014, n°13-19.967.

⁶³ Cass. 2^{ème} civ. 7 janv. 1999, n°95-21.934 : l'arrêt ne mentionne pas encore le droit à la preuve mais c'est bel est bien de cela dont il s'agit.

2. Sa mobilisation en droit du travail

36. – Ambivalence. Les mesures in futurum constituent un outil de tactique judiciaire non négligeable pour les parties aux relations individuelles et collectives de travail.

De prime abord, le mécanisme tend à s'appliquer au bénéfice de la partie salariale (salariés et leurs représentants élus ou syndicaux) mais il peut également présenter un grain intérêt pour l'employeur.

a. La mobilisation par les salariés et leurs représentants

37. – Intérêts. La mesure d'instruction in futurum est d'autant plus importante qu'une action en justice est susceptible de tendre une relation quotidienne avec l'employeur. Autant n'agir que si la preuve de ce qui est allégué est possible. Souvent, le salarié ne dispose que de peu d'éléments pour se livrer à une telle appréciation du fait qu'ils sont détenus par l'employeur. La mesure avant tout procès va permettre de corriger ce déséquilibre en forçant l'employeur à lui transmettre ces éléments pour ensuite apprécier l'opportunité d'une action en justice. Mais ce déséquilibre ne constitue pas à lui seul un motif légitime de recourir à une mesure in futurum, le salarié devra toujours justifier qu'elle est destinée à participer à la révélation d'une violation de ses droits au cours d'un éventuel procès.

38. – Force. Pour faire obstacle à la mesure, l'employeur tentera d'invoquer la vie privée d'autres salariés ou encore le secret de ses affaires. Néanmoins, à l'unisson avec la 2^{ème} chambre civile⁶⁴, la chambre sociale de la Cour de Cassation juge que le respect de la vie personnelle et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application de l'article 145 du Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités⁶⁵. Adossé à une intervention du juge, le droit pour le salarié d'obtenir des éléments de preuve dans la perspective d'un procès prend, grâce aux mesures in futurum, une force considérable. La combinaison de cette force et des mécanismes qui aménagent la charge de la preuve dans un sens plus favorable au salarié⁶⁶ peut justifier quelques réserves.

⁶⁴ Cass. 2^{ème} civ. 7 janv. 1999, n°95-21.934, préc.

⁶⁵ Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528

⁶⁶ De tels aménagements existent notamment en matière de harcèlement, de discrimination ou encore de temps de travail (v. infra, Chapitre 2).

39. – Réserves. Premièrement, combiner mesure in futurum et aménagement probatoire favorable pourrait amener à considérer l'administration de la preuve comme étant exclusivement judiciaire et donc contraire à l'article 146 du Code de procédure civile⁶⁷. Le salarié n'aurait qu'à saisir le juge du provisoire pour qu'il ordonne la transmission des quelques éléments constituant le faible commencement de preuve que la loi lui impose d'établir. Ces éléments laissant supposer l'existence du fait allégué ne seraient présentés qu'indirectement par le salarié puisque ce n'est qu'avec le seul concours du juge qu'il y est parvenu. Néanmoins, la mesure in futurum nécessite bien une action positive du salarié pour obtenir cette preuve. Il doit saisir le juge et présenter des éléments qui justifient de l'existence d'un motif légitime de procéder à la mesure d'instruction demandée. De plus, les textes qui prévoient un aménagement probatoire ne posent aucune condition quant à la manière dont les éléments apportés doivent être obtenus.

40. Deuxièmement, cette faveur accordée au salarié pourrait justifier une appréciation différenciée du caractère « *nécessaire* » de la mesure. Sa nécessité devrait être remise en question, ou tout du moins appréciée de manière plus stricte, lorsque le salarié bénéficie déjà de règles lui permettant de faire valoir ses prétentions plus efficacement⁶⁸. L'idée pourrait faire son sens si elle n'était pas contraire à l'esprit des règles probatoires favorables aux salariés (il n'y a aucun intérêt à alléger la charge de la preuve si son obtention est complexifiée). Elle est également contraire à la solution retenue par la Cour de Cassation puisque selon cette idée la nécessité de la mesure ne s'apprécierait qu'au regard de la seule nécessité probatoire. Or, c'est plutôt au regard de la nécessité de protéger les droits de la partie qui sollicite la mesure (ici le salarié) que la Cour invite à procéder. De quels droits s'agit-il ? Certes, ces droits comprennent la nécessité probatoire (sous-entendu le droit à la preuve) mais aussi les droits substantiels invocables par le salarié⁶⁹ qui sollicite la mesure laquelle participera au jugement de leur bien-fondé. La Haute juridiction a d'ailleurs déjà écarté l'idée⁷⁰.

⁶⁷ C. proc. civ., art. 146 : « En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. »

⁶⁸ J.-F. Cesaro, Le droit à une mesure d'instruction in futurum pour mettre en œuvre une présomption de discrimination, JCP S n°21, mai 2013, 1222.

⁶⁹ Droit à réparation du préjudice subi du fait d'une discrimination, d'un manquement à l'obligation de sécurité, droit au paiement des heures supplémentaires.

⁷⁰ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.147 : « la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail. »

b. *Sa mobilisation par l'employeur*

41. – Intérêts. Le constat d'une impossibilité matérielle d'accéder à des éléments de preuve du fait qu'ils sont détenus par la partie adverse ou même un tiers peut également se faire du point de vue de l'employeur. Les éléments qui permettent par exemple de prouver un comportement déloyal ou le non-respect d'une obligation contractuelle par le salarié peuvent tout autant être détenus exclusivement par celui-ci, une organisation syndicale ou même un concurrent. Le mécanisme des mesures *in futurum* est intéressant pour l'employeur au regard de ses forces qu'il faut conjuguer avec quelques limites.

42. – Forces. Les mesures *in futurum* vont permettre à l'employeur d'obtenir des éléments principalement destinés à prouver les manquements du salarié pour justifier une sanction. La condition du litige « *éventuel* » semble toujours remplie puisque'une mesure défavorable prise à l'encontre d'un salarié entraîne un risque de contestation judiciaire par ce dernier. Le seul obstacle serait de considérer que cette condition n'est remplie que si le litige potentiel est à l'initiative de la partie qui sollicite la mesure. De ce point de vu, le manquement susceptible d'être identifié par la mesure pourrait toujours conduire à l'introduction par l'employeur d'une action en résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts du salarié. Finalement, le contrôle du juge de la condition du litige éventuel portera moins sur la potentialité d'un litige que sur l'existence d'un litige pendant devant une juridiction devant statuer sur le fond du litige pour lequel est sollicité la mesure *in futurum*. Sur ce point, c'est notamment au regard du fondement juridique commun ou distinct entre l'action éventuelle et l'action déjà engagée que sera appréciée cette condition⁷¹.

L'exigence d'un motif légitime n'est en revanche jamais préconstituée, à charge pour l'employeur d'invoquer une violation soupçonnée de ses droits au soutien de sa demande.

43. Le mécanisme va également forcer un rééquilibrage entre l'exercice du pouvoir disciplinaire et le droit au secret de la vie privée du salarié au temps et au lieu de travail⁷² qui empêche par exemple l'employeur d'accéder seul aux fichiers informatiques désignés comme « *personnels* »

⁷¹ CA Paris, 24 juin 2021, n°21/00048 : « l'existence d'une procédure prud'homale engagée par le salarié pour contester son licenciement prononcé pour faute lourde notamment en raison d'agissements constitutifs de concurrence déloyale ne fait pas obstacle à la possibilité pour l'employeur de solliciter une mesure d'instruction dans l'éventualité d'un procès en concurrence déloyale devant le Tribunal judiciaire. »

⁷² Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, préc., : solution fondée sur l'article 9 du Code civil.

par le salarié. Plus encore, c'est le droit au secret des correspondances privées de ce dernier qui va être tempéré alors qu'en principe il ne souffre que de limites strictement définies par la loi⁷³. L'employeur ne peut en principe se fonder ni sur un fichier personnel ni sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner le salarié⁷⁴. Sous couvert du stockage de fichiers personnels ou d'une correspondance privée, le salarié pourrait ainsi commettre une multitude de manquements en toute impunité. Les mesures in futurum permettent à l'employeur de saisir le juge pour confronter les droits du salarié avec son droit d'obtenir des éléments de preuve avant tout procès. Au terme d'une mise en balance le juge pourra ainsi rétablir l'équilibre puisque comme pour le secret des affaires, la chambre sociale juge de manière constante que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile. Il a ainsi été admis que l'employeur pouvait valablement solliciter et obtenir que soient ordonnées l'accès et l'enregistrement, par voie d'huissier, des messages électroniques personnels échangés par le salarié via sa messagerie professionnelle⁷⁵.

44. – Limites. Dans cette opération de mise en balance le juge devra prendre en compte les protections spécifiques accordées au salarié par le Code du travail, notamment l'article L. 1222-4 selon lequel aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance, ainsi que la jurisprudence qui interdit le recours à des procédés déloyaux⁷⁶. Cette prise en compte permettra de garantir la licéité de la preuve obtenue et par voie de conséquence l'effet utile de la mesure (à quoi bon obtenir des preuves irrecevables car obtenu en contradiction avec le droit du travail et donc de manière illicite). S'agissant par exemple de l'accès à des fichiers personnels du salarié stockés

⁷³ Article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1991 dispose que « le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi » et qu'il « ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ».

⁷⁴ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803.

⁷⁵ Cass. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818 : pour des messages échangés par le salarié avec deux personnes identifiées, étrangères à l'entreprise et avec lesquelles la société lui prêtait des relations constitutives, à son égard, de manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente ; Cass. soc., 10 juin 2008, n°06-19.229 : pour des messages électroniques échangés avec des personnes identifiées comme étant susceptibles d'être concernées par les faits de concurrence soupçonnés.

⁷⁶ Caractérisés par une preuve obtenue à l'insu du salarié, voir en ce sens : Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, préc.

sur un matériel informatique mis à disposition par l'employeur, la chambre sociale vérifie que l'exigence de transparence posée par sa jurisprudence⁷⁷ a bien été respectée⁷⁸.

45. A défaut d'avoir sollicité des mesures d'instruction avant le procès pour se pré-constituer des éléments de preuve, employeurs, salariés et leurs représentants pourront évidemment les solliciter en cours d'instance auprès du juge saisi du litige mais celui-ci pourra également les ordonner de sa propre initiative⁷⁹.

B. Les mesures d'instruction en cours de procès

46. – Recherche de la vérité. Saisie d'un litige, le juge va pouvoir jouer un rôle proactif dans l'administration de la preuve en ordonnant, d'office ou sur demande des parties, des mesures d'instruction. Le procès et l'impérieuse recherche de la vérité qui en découle implique nécessairement une plus grande souplesse des conditions d'octroi que pour les mesures avant tout procès. Le droit de l'une ou l'autre des parties à obtenir des éléments de preuve intervient implicitement pour justifier cette souplesse. Dans ce cadre, le droit à la preuve est particulièrement protégé puisque l'article 10 du Code civil pose une obligation d'apporter son concours à cette recherche sous peine d'astreinte ou d'amende civile⁸⁰. En revanche, l'intensité de son intervention va varier en fonction de l'initiative de la mesure et en raison des spécificités du droit du travail.

1. L'intervention variable du droit à la preuve en fonction de l'initiative de la mesure

47. – Initiative du juge ou des parties. En cours de procès une mesure d'instruction peut être ordonnée par le juge à la demande des parties ou d'office. Peu importe l'initiative de la mesure, les parties sont tenues d'y apporter leur concours en vertu du premier alinéa de l'article 11 du

⁷⁷ Cass. soc., 15 mai 2005, n°03-40.017 : « l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé. »

⁷⁸ Cass. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, préc. : la Cour vérifie que l'huissier rempli sa mission en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé.

⁷⁹ C. proc. civ., art. 143.

⁸⁰ « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »

Code de procédure civile⁸¹. S'agissant des mesures ordonnées d'office par le juge, les règles du de ce même Code les soumettent, là encore, à certaines conditions.

48. Pour que le juge puisse ordonner une mesure d'instruction, d'abord, il ne doit pas disposer d'éléments suffisants pour statuer⁸². Ensuite, la partie au bénéfice de laquelle est ordonnée la mesure ne doit pas disposer d'éléments suffisant pour prouver le fait allégué⁸³. Elle doit cependant faire état d'un commencement de preuve⁸⁴ établissant les faits allégués. L'intervention du juge vient seulement compléter la fourniture de la preuve dont la charge repose sur les parties⁸⁵. En outre, le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la résolution du litige en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux⁸⁶. Enfin, l'intervention volontaire dépendra essentiellement de la manière dont le juge conçoit son office puisqu'en aucun il n'est tenu d'ordonner une mesure d'instruction⁸⁷.

49. Quant aux mesures d'instruction sollicitées par les parties, le juge ne pourra y faire droit que dans le respect des conditions citées ci-avant et s'il les estime utiles à la manifestation de la vérité. S'il estime le contraire, il est fondé à refuser d'ordonner la mesure⁸⁸, il ne peut en aucun cas se voir reprocher un tel refus⁸⁹, cette décision relevant de sa seule appréciation⁹⁰. En revanche, il ne peut refuser d'ordonner qu'après avoir apprécié la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis au soutien de la demande de mesure d'instruction⁹¹ et il ne peut en aucun cas rejeter cette demande au vu de la seule absence de preuve des faits que la mesure avait précisément pour objet d'établir ou d'infirmer⁹² sous peine de commettre un déni de justice.

50. – Volonté du juge – droit à la preuve. Finalement, que la mesure soit ordonnée d'office ou à la demande d'une des parties, la décision implique nécessairement que le juge ait la volonté

⁸¹ « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. »

⁸² C. proc. civ., art. 144.

⁸³ Les deux conditions sont liées, a priori si le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer c'est parce que les parties elles-mêmes ne disposent pas d'éléments suffisants pour prouver.

⁸⁴ C. proc. civ., art. 146, préc.

⁸⁵ Cass. soc., 26 oct. 1994, n° 91-43.617 ; Cass. soc., 8 juill. 1993, n° 91-15.860

⁸⁶ C. proc. civ., art. 147.

⁸⁷ Cass. soc., 13 mai 1997, n° 95-41.025.

⁸⁸ Cass. soc., 31 janv. 1979, n° 77-40.984.

⁸⁹ Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.647.

⁹⁰ Cass. soc., 18 déc. 1978, n° 77-40.657.

⁹¹ Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.647, préc.

⁹² Cass. soc., 8 jui. 2020, n° 18-23.765.

d'y procéder. Le droit à la preuve de la partie qui sollicite la mesure ou au bénéfice de laquelle le juge est susceptible de l'ordonner d'office apparaît comme un critère déterminant pour favoriser la volonté du juge d'y procéder. Plus il accepte d'intervenir dans l'administration de la preuve, plus il accorde (implicitement) de force au droit à la preuve de la partie au profit de laquelle il intervient. Evidemment, le degré de prise en compte est plus élevé lorsque cette intervention se fait d'office et non à la demande des parties.

51. Toutefois, comme pour les mesures in futurum, l'intervention du juge est conditionnée. Ces conditions apparaissent comme des limites assez strictes au concours du juge dans le droit des parties à obtenir des éléments de preuve et qui, eu égard aux spécificités de la relation de travail, pourraient le placer dans une situation inconfortable vis-à-vis de la recherche de la vérité. Ces spécificités font que les litiges de travail peuvent souvent nécessiter qu'une dose d'inquisitoire soit injectée à une procédure en principe accusatoire. Il devrait en être déduit qu'implicitement c'est une intervention plus intense du droit à la preuve qui justifie une incursion plus importante du juge dans l'administration de la preuve.

2. L'intervention plus intense du droit à la preuve dans les litiges de droit du travail

52. – Particularisme. Comme évoqué plus haut, les litiges relatifs aux relations de travail ont pour particularité que les parties peuvent n'avoir qu'un accès très limité aux éléments de preuve permettant d'établir les faits allégués. Ils peuvent être entre les mains de l'adversaire ou d'un tiers. Si cette carence n'a pas été comblée avant le procès par des mesures in futurum, elle se répercutera lors du procès rendant quasi obligatoire les mesures d'instruction pour rechercher et établir la vérité. Dès lors, que celles-ci soient demandées par les parties ou ordonnées d'office par le juge, le droit à la preuve doit justifier une appréciation plus souple des conditions permettant au juge d'ordonner ces mesures et favoriser son intervention volontaire. C'est ce qu'opère implicitement le Code du travail au travers de règles spécifiques en matière d'instruction qui confèrent au juge prud'homale un semblant de pouvoir inquisitorial.

53. – Une dose d'inquisitoire. De prime abord, ces dispositions imposent ponctuellement au conseil de prud'hommes de former sa conviction au besoin après toutes mesures d'instructions

qu'il estime utiles. Elles valent en matière de licenciement⁹³, de sanction disciplinaire⁹⁴ et d'heures supplémentaires⁹⁵. Dans ces contentieux, la charge de la preuve n'appartenant, en théorie, pas plus à l'employeur qu'au salarié, le juge prud'homale sera amené à ordonner volontairement des mesures d'instruction si les éléments apportés par chacune des parties ne sont pas suffisant pour forger sa conviction d'autant plus qu'il ne peut fonder sa décision sur la seule insuffisance de ces éléments⁹⁶.

54. Dans un deuxième temps, elles confèrent des pouvoirs étendus en matière d'instruction à un acteur spécifique à la procédure prud'homale, le conseiller-rapporteur. Il est désigné par le bureau de conciliation ou de jugement ou la formation des référés en vue de « réunir les éléments d'information nécessaires au conseil de prud'hommes pour statuer » sur l'affaire⁹⁷ et peut également faire partie de la formation de jugement. Il peut notamment entendre les parties, les inviter à fournir des explications, mais surtout les mettre en demeure de produire, dans un délai qu'il fixe, les éléments propres à éclairer le conseil de prud'homme, procéder ou faire procéder à toutes mesures d'instruction et auditionner toute personne⁹⁸. En offrant la possibilité de désigner un acteur autonome de la formation de jugement qui pourra initier, de son propre chef, toutes les mesures d'instruction nécessaires, le droit du travail incite davantage que le droit commun à une intervention volontaire du juge dans l'administration de la preuve. Le droit d'obtenir des éléments preuve apparait ainsi à la fois comme la cause et la conséquence de cette spécificité. Il justifie l'existence d'un cadre plus incitatif à l'intervention du juge dans l'obtention de la preuve (la cause) qui permet de favoriser sa prise en compte par le juge (la conséquence) afin d'œuvrer « pour la manifestation de la vérité. »⁹⁹

55. Le contexte litigieux est donc un terrain propice aux expressions implicites du droit d'obtenir des éléments de preuve par les mesures d'instructions ordonnées avant ou au cours d'un procès. Mais ce droit trouve également à s'exprimer, toujours de manière implicite, en dehors de tout contexte litigieux et ce notamment à travers le droit à l'information lequel trouve dans le droit du travail un champ d'application de premier choix.

⁹³ C. trav., art. L. 1235-1.

⁹⁴ C. trav., art. L. 1331-1.

⁹⁵ C. trav., art. L. 3171-4.

⁹⁶ Cass. soc., 27 oct. 1998, n°96-43.635.

⁹⁷ C. trav., art. R. 1454-1.

⁹⁸ C. trav., art. R. 1454-3 et s.

⁹⁹ C. trav., art. R. 1454-4, al. 3.

§. 2 : Le droit à l'information

56. – Informations et preuve. Au stade de la formation du contrat, chaque partie est tenu par un devoir d'information à l'égard de son futur cocontractant¹⁰⁰. Avant la réforme de 2016¹⁰¹ cette obligation existait déjà sous la forme du principe général de bonne foi. D'ailleurs, au stade de l'exécution, c'est toujours par application de ce principe que les parties sont tenues de s'informer utilement tout au long de la vie du contrat¹⁰². Chaque partie à un contrat peut donc se prévaloir à l'égard de l'autre d'un droit à l'information.

Sous l'angle de l'obtention de la preuve, ce droit confère à son créancier un véritable droit d'obtenir des éléments permettant de prouver l'existence d'un droit substantiel. Si celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, encore faut-il qu'il ait été préalablement informé de ce dont il est en droit de réclamer. C'est la facette « *positive* » du droit à l'information (il produit ses effets parce que son créancier cherche à obtenir la preuve de ce à quoi il a droit). Toujours sous le même angle, le droit à l'information empêche de reprocher l'inexécution d'une obligation par son débiteur sans qu'il ait été mis en mesure de la respecter. Si le débiteur qui se prétend libéré d'une obligation doit le prouver¹⁰³, encore faut-il démontrer qu'il a été préalablement informé de ce dont il était tenu. C'est la facette « *négative* » du droit à l'information (il produit ses effets parce que son créancier n'a pas obtenu la preuve de ce par quoi il était lié).

57. – Cadre contractuel et au-delà. A travers le contrat de travail, par principe soumis aux règles de droit commun¹⁰⁴, les relations individuelles apparaissent comme un cadre privilégié à la mobilisation des deux facettes du droit à l'information. Néanmoins, celui-ci trouve également à s'appliquer, avec force, dans les relations collectives de travail quand bien même celles-ci prendraient place en dehors de tout cadre contractuel.

A. Le droit à l'information dans les relations individuelles

58. – Information initiale et continue. Employeurs et salariés sont tenus de s'informer mutuellement et utilement pour garantir la transparence de leur relation aussi bien avant la

¹⁰⁰ C. civ., art. 1112-1.

¹⁰¹ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 et L de ratification n°2018-287 du 20 avr. 2018.

¹⁰² C. civ., art. 1134.

¹⁰³ C. civ., art. 1353, préc.

¹⁰⁴ C. trav., art. L. 1221-1.

conclusion du contrat et que pendant son exécution. Le Code du travail encadre plus ou moins précisément la forme et l'objet de l'information selon que celle-ci est mobilisée en amont ou tout au long de la relation de travail.

1. L'information initiale jusqu'à la conclusion du contrat

59. – Facette positive. En amont de la relation de travail, c'est essentiellement la facette positive du droit à l'information du salarié et de l'employeur qui va être mobilisée. L'un comme l'autre va chercher à obtenir les informations déterminantes de sa volonté de conclure le contrat de travail en fonction des droits et obligations qui en découlent. Elle va se manifester à deux niveaux, avant l'embauche et au moment de la conclusion du contrat de travail.

a. *L'information au stade du recrutement*

60. – Information limitée et réciproque. Si en vertu de la liberté du travail toute personne est libre d'accepter ou de refuser une offre d'emploi, l'employeur est quant à lui libre de choisir ses collaborateurs¹⁰⁵. Choisir librement implique de pouvoir s'informer librement sur les candidats afin d'obtenir la preuve qu'ils répondent, au moins théoriquement, aux exigences du poste proposé. La liberté n'est pas absolue, les juges¹⁰⁶ mais également les législateurs français et européens¹⁰⁷ sont intervenus pour fixer des limites tant pour les méthodes d'obtention que pour le contenu des informations avec en toile de fond la protection de la vie privée des candidats¹⁰⁸.

61. En conséquence, lors du recrutement, l'employeur peut se prévaloir de son droit à l'information à l'égard d'un candidat seulement pour apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé et ses aptitudes professionnelles¹⁰⁹. Réciproquement, le candidat est tenu de répondre « *de bonne foi* » à ces demandes d'informations¹¹⁰.

L'information permet ainsi à l'employeur d'obtenir des éléments destinés à prouver la compétence du candidat à occuper le poste proposé.

¹⁰⁵ Cons. constit., 20 jui. 1988, n°88-244 DC.

¹⁰⁶ Cass. soc., 17 oct. 1974, n° 11-17.698

¹⁰⁷ L. n°78-17 du 6 janv. 1978 modifiée par L. n°2018-493 du 20 juin 2018 et Ord. n°2018-1125 du 12 déc. 2018 ; Règl. UE n°2016/670 du 27 avr. 2016.

¹⁰⁸ C. civ., art. 9.

¹⁰⁹ C. trav., art. L. 1221-6, alinéa 1 et 2.

¹¹⁰ C. trav., art. L. 1221-6, alinéa 3.

62. En outre, la mise en œuvre du droit à l'information précontractuelle par l'employeur ne peut se faire qu'avec des méthodes et des techniques probatoires pertinentes au regard de la finalité poursuivie¹¹¹ (à savoir l'appréciation de la capacité à occuper l'emploi et des aptitudes professionnelles). La pertinence de ces moyens dépendra du poste proposé : des fonctions d'encadrement impliquent une évaluation de « *soft skills* » (capacité de décision, tolérance, empathie, etc) pouvant justifier des investigations plus poussées que pour des fonctions d'exécution.

Réciproquement, l'employeur doit préalablement informer le candidat des techniques utilisées à son égard¹¹². L'information permet à ce dernier d'obtenir la preuve que l'employeur ne s'est pas livré à des techniques d'investigations prohibées¹¹³.

63. – Réciprocité relative. La réciprocité du droit à l'information précontractuelle dans les relations de travail ne fait aucun doute, elle ressort des textes (v. supra § 61 s). Toutefois, en pratique, elle reste très relative. D'abord, parce qu'il est de jurisprudence constante qu'il appartient à l'employeur de vérifier les informations que le candidat présente dans son curriculum vitae. Ainsi, les mensonges¹¹⁴ du candidat lors du recrutement ne sont susceptibles de produire des effets a posteriori qu'à la condition d'établir l'incompétence du salarié à occuper les fonctions pour lesquelles il a été recruté¹¹⁵. Ensuite, parce que l'employeur peut donner l'illusion qu'il fonde son recrutement sur des informations et des méthodes légitimes alors que sa décision se joue en réalité sur un autre terrain, peut-être moins légitime¹¹⁶. D'ailleurs, le recours d'un candidat évincé est un litige rarissime¹¹⁷ faute justement de pouvoir obtenir des éléments de preuve suffisants par son droit à l'information précontractuelle. Ce relativisme gangrène jusqu'à l'intérêt du droit à l'information : à quoi bon s'informer ou être informé s'il est quasiment certain que les informations obtenues ou transmises seront tronquées ou illusoire ?

¹¹¹ C. trav., art. L.1221-8.

¹¹² C. trav., art. L. 1221-8, alinéa 1.

¹¹³ Discriminatoires ou contraire à C. trav., art. L. 1221-6.

¹¹⁴ Un manquement à l'exigence de bonne foi.

¹¹⁵ Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521, justifie un licenciement pour faute grave.

¹¹⁶ Notamment la « googlelisation » des candidats ou l'observation de leur comportement privée via les réseaux sociaux ou en se basant sur des critères discriminatoires.

¹¹⁷ J.-E. Ray, Droit du travail : droit vivant, Liaisons, 30^e éd., p.102, 129.

64. Raccrocher le droit à l'information précontractuelle au droit à la preuve et non plus au seul principe de bonne foi¹¹⁸ permettrait sans doute de le renforcer autant à l'égard des employeurs que des salariés à l'instar de sa portée au stade de la conclusion du contrat.

b. L'information au stade de la conclusion du contrat

65. – Consensualisme et information. Le contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein, cadre contractuel de principe pour les relations individuelles de travail¹¹⁹, n'est soumis à aucun formalisme particulier¹²⁰. En l'absence d'écrit, le salarié est susceptible de s'engager à exécuter un contrat dont il ne connaît pas réellement la portée et dont les éléments essentiels ont pu être déterminé unilatéralement par l'employeur¹²¹. La transparence des relations en ressort fragilisée et l'un comme l'autre auront le plus grand mal à prouver leurs droits respectifs, voire l'existence même du contrat. C'est donc à nouveau dans une perspective probatoire que le droit à l'information va intervenir au stade de la conclusion du contrat. Puisque son contenu est le plus souvent déterminé à l'avance et unilatéralement par l'employeur, c'est au bénéfice du salarié que l'intervention s'opère en priorité.

66. – Insuffisance. L'écrit est le moyen qui permettrait de répondre le plus efficacement à la problématique probatoire et le législateur européen l'a bien compris. En 1991, une directive¹²² impose ainsi aux Etats membres de prévoir dans leur législation la remise à tout travailleur d'un écrit portant sur les éléments essentiels de la relation de travail dans les deux mois qui suivent le début de la relation de travail peu important la nature du contrat¹²³. Ces exigences sont satisfaites dans notre droit par la remise d'une copie de la déclaration préalable à l'embauche et du bulletin de paie, ce que la Cour de Justice a d'ailleurs validé¹²⁴. Mais cette transposition de « *bric et de broc* » n'est pas satisfaisante pour le salarié. Le document remis à l'embauche comporte des informations trop lacunaires qui, en réalité, ne portent pas sur des éléments

¹¹⁸ Un droit à la preuve de sa bonne foi ou de celle de son cocontractant.

¹¹⁹ C. trav., art. L.1221-2, alinéa 1.

¹²⁰ C. trav., art. L.1221-1 : « Il peut être établi selon les formes que les parties cocontractantes décident d'adopter ».

¹²¹ B. Attias, Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun, JCP S n°51-52, déc. 2018, 1413.

¹²² Dir. 91/533, du 14 oct. 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

¹²³ Dir. 91/533, préc., impose à l'écrit de comporter notamment : « l'identité des parties ; le lieu de travail ; le titre ; le grade ; la qualité ou la catégorie d'emploi ; la date de début du contrat ou de la relation de travail ; la convention collective applicable ; la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ; le montant de base initial. »

¹²⁴ CJCE, 4 déc. 1997, aff. n° 96/253.

essentiels de la relation de travail mais plutôt sur des éléments évidents (dénomination sociale ou nom et prénoms de l'employeur, date et heure d'embauche, nature et durée du contrat, durée de la période d'essai éventuelle). D'ailleurs, la remise de ce document ne crée que « l'apparence d'un contrat de travail » pour la chambre sociale¹²⁵. Ce n'est qu'à la remise du bulletin de paie que le salarié sera davantage informé (convention collective de branche applicable, période et nombre d'heures de travail auxquels se rapporte le salaire, etc).

67. En l'absence de contrat de travail écrit, le salarié reste donc assez peu informé du contenu obligationnel du contrat. Face au privilège du préalable¹²⁶ de l'employeur il n'a que peu de moyens pour apporter la preuve que ce qui lui est demandé va bien au-delà. Même l'existence d'un contrat écrit n'est pas forcément gage d'une meilleure information, l'employeur cherchant à éviter au possible la contractualisation des éléments relatifs à la relation de travail pour lui garantir une certaine flexibilité¹²⁷.

68. – Renforcement. La combinaison des caractères consensuel et d'adhésion¹²⁸ du contrat de travail confèrent à l'employeur une grande marge de manœuvre dans la détermination de son contenu. Associée au privilège du préalable, il peut imposer au salarié l'exécution de sa prestation de travail dans des conditions qu'il a unilatéralement déterminées sans l'en avoir complètement informé en amont. Le droit à l'information au stade de la conclusion du contrat a donc dû être renforcé au profit du salarié dans le souci d'assurer la transparence de la relation de travail et éviter le contentieux. Implicitement c'est bien le droit du salarié d'obtenir la preuve des droits et obligations qu'il tire du contrat qui vient appuyer ce renforcement. Sont ainsi mobilisées, autant la facette positive (obtenir l'information) que négative (se prévaloir de l'absence d'information) du droit à l'information.

69. L'élément le plus marquant de ce renforcement est sans doute la directive européenne du 20 juin 2019¹²⁹. Elle vient élargir et préciser la liste des éléments essentiels de la relation de travail devant être portés à la connaissance du salarié au plus tard dans un délai de sept jours à

¹²⁵ Cass. soc., 9 juin 2017, n°16-14.253.

¹²⁶ A la manière de l'Administration, l'employeur peut imposer au salarié ses directives sans avoir recours à l'autorisation préalable d'un juge eu égard à son pouvoir de direction.

¹²⁷ En évitant l'application du régime propre à la modification du contrat de travail qui implique d'obtenir l'accord préalable du salarié.

¹²⁸ B. Attias, Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun, op. cit.

¹²⁹ Dir. 2019/1152, du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles.

compter du premier jour de la relation de travail pour la plupart¹³⁰ et un mois pour les autres¹³¹. Le système français ne permet pas de satisfaire ces exigences notamment pour les informations dont la transmission est soumise au délai de sept jours. A l'heure actuelle, ces informations ne sont transmises au salarié que par la remise du premier bulletin de paie et donc seulement après l'écoulement d'une durée minimum d'un mois¹³².

70. La transposition de la directive doit intervenir au plus tard en août 2022. Elle permettra de renforcer l'information sur le contenu obligationnel du contrat de travail dont la preuve est un enjeu déterminant également au stade de l'exécution du contrat. C'est par exemple au regard de la preuve du contenu obligationnel qu'employeur et salarié vont devoir articuler modification des conditions de travail et modification du contrat de travail. Cette articulation fait l'objet d'un important contentieux notamment s'agissant du lieu et des horaires de travail ou encore des fonctions et des missions du salarié. Tout l'enjeu est d'obtenir la preuve que des éléments de la relation de travail intègrent « *le socle contractuel* » en ce qu'ils sont inhérents à l'existence du contrat de travail ou en ce que les parties ont manifesté la volonté de les « *contractualiser* ». Leur modification nécessiterait alors l'accord du salarié ce que contestera l'employeur pour exercer son pouvoir de direction en toute flexibilité. La détermination claire et précise de ce socle au moment de la conclusion du contrat motivée par un droit à l'information envisagé sous un angle probatoire permettrait d'éviter les contentieux.

71. – Nécessité d'une information continue. Au contenu obligationnel du contrat il faut ajouter des obligations légales et réglementaires liées à l'exécution du contrat lui-même¹³³ ou à la situation personnelle du salarié pendant toute la durée de l'exécution¹³⁴. D'où la nécessité d'une information continue entre les parties.

¹³⁰ Dir. 2019/1152, préc., art. 4, paragraphe 2, points a) à e), g), k), l), m) : durée de la journée ou semaine de travail, modalité des heures supplémentaires, caractérisation ou description sommaires du travail, etc.

¹³¹ Dir. 2019/1152, préc., art. 4, paragraphe 2, points h), i), j), n), o) : droit à la formation, convention collective applicable, etc.

¹³² C. trav., art. L. 3242-1 CDT : « La rémunération des salariés est mensuelle (...) » de sorte que le salarié ne reçoit son premier bulletin de paie qu'à l'issu du premier mois de travail.

¹³³ Le respect des durées maximales de travail et des temps de repos minimums.

¹³⁴ Dispositions liées à la protection de la maternité, à l'exercice d'un mandat représentatif.

2. L'information continue pendant l'exécution du contrat

72. – Facette négative. Au moment du déroulement de la relation de travail, c'est plutôt la facette négative du droit à l'information qui va être mobilisée. Employeur et salarié vont revendiquer l'absence d'information de leurs obligations respectives pour justifier leur inexécution : le fait ne pas avoir obtenu la preuve de ce par quoi ils étaient liés va empêcher de leur en faire grief.

73. – Information mutuelle mais asymétrique. Tout au long de la vie du contrat de travail, les parties sont tenues de s'informer mutuellement de tout événement susceptible d'impacter son exécution. Il est vrai que « *l'une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'ils ont intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »¹³⁵ en tout cas dès lors que l'évènement concerné est susceptible de créer, dans leur chef, des droits et des obligations en lien avec le contrat.

74. L'obligation d'information pendant l'exécution à l'origine parfaitement mutuelle peut devenir asymétrique selon que l'une ou l'autre des parties dispose d'un accès privilégié à l'information relative à l'évènement. De prime abord on pourrait estimer que l'asymétrie suit le déséquilibre de la relation contractuelle salarié-employeur. Il est vrai que ce dernier est le mieux placé pour être informé d'évènements créateurs de droit et d'obligation qui surviennent à l'occasion du travail. A l'inverse, il ne l'est pas forcément dès lors que l'évènement est extérieur au travail.

75. Une des particularités du droit du travail est qu'une multitude d'évènements qui surviennent pendant l'exécution du contrat sont créateurs de droits et d'obligations d'origine légale ou réglementaire. Leur raison d'être originelle étant de corriger le déséquilibre entre salarié et employeur, ces obligations pèsent presque exclusivement sur l'employeur que ces évènements surviennent à l'occasion ou en dehors du travail. C'est naturellement lui qui mobilisera en priorité la facette négative du droit à l'information. Si « *nul n'est censé ignorer la loi* », lorsqu'elle soumet la création d'une obligation à la survenance d'un fait générateur, celle-ci ne

¹³⁵ R. Démogue, Traité des obligations en général, Tome IV, Effets des obligations, Paris, Rousseau, 1933, n°29.

doit pouvoir être opposée à son débiteur que si la preuve qu'il a été préalablement informé de la réalisation de ce fait est rapportée.

76. – Expression d'une logique probatoire au profit de l'employeur. C'est parce que l'employeur a le droit d'obtenir la preuve de la réalisation du fait générateur de son obligation que son créancier (le salarié ou ses représentants) ne pourra pas la lui opposer s'il y a failli à son devoir d'information. Deux exemples illustrent parfaitement la mise en œuvre de cette logique probatoire.

77. Le premier exemple est celui de la protection accordée à la salariée en état de grossesse. Cet état de grossesse est le fait générateur qui fait naître l'obligation pour l'employeur de respecter la protection de la grossesse et de la maternité prévue aux articles L. 1225-1 et suivants du Code du travail¹³⁶. Pour s'en prévaloir, la loi impose à la salariée d'informer ce dernier de cet état au moyen d'un certificat médical remis physiquement contre récépissé ou par lettre recommandée avec avis de réception¹³⁷. La jurisprudence reste assez souple à l'égard de cette formalité puisqu'elle considère qu'elle n'est pas une condition substantielle du bénéfice de la protection : la salariée sera protégée dès lors que l'employeur a eu connaissance de son état de grossesse par tous moyens¹³⁸. Reste que si aucun élément ne suffit à prouver que l'employeur était au moins tacitement informé de l'état de grossesse, il lui est bien inopposable¹³⁹.

78. Le deuxième exemple concerne la protection accordée au salarié en vertu de l'exercice d'un mandat représentatif. L'article L. 2411-1 du Code du travail prévoit la liste des mandats qui ouvrent droit à une protection spécifique contre le licenciement¹⁴⁰ pour les salariés qui en sont titulaires. Parmi cette liste figure des mandats s'exerçant à l'extérieur de l'entreprise de sorte que l'employeur n'en a pas forcément connaissance. En raison d'un droit à l'information précontractuelle très limitée (v. supra § 60 s) il peut par exemple recruter un salarié titulaire d'un mandat de conseiller prud'hommes ou de défenseur syndical sans pouvoir en être informé. Si la personne concernée ne satisfait pas à ses exigences pendant la période d'essai, l'employeur va rompre unilatéralement le contrat et se rendre coupable d'une violation du statut protecteur.

¹³⁶ Protection contre le licenciement, etc.

¹³⁷ C. trav., art. R. 1225-1.

¹³⁸ Cass. soc., 11 déc. 2013, n°12-23.687.

¹³⁹ Cass. soc., 23 juin 2015, n°14-15.210.

¹⁴⁰ Notamment l'exigence d'une autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

Depuis une décision du Conseil constitutionnel¹⁴¹, la chambre sociale estime de manière constante qu'il appartient au salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise qui se prévaut du statut protecteur lié à ce mandat d'établir qu'il a informé son employeur de son existence au plus tard avant la notification de l'acte de rupture de la période d'essai, ou que celui-ci en avait connaissance par d'autres voies¹⁴². Là encore, à défaut d'apporter les éléments suffisants pour établir la preuve de la connaissance du mandat extérieur par l'employeur, le statut protecteur lui est inopposable¹⁴³.

79. – Expression d'une logique probatoire au profit du salarié. L'obligation générale d'information sur les risques en matière de santé et sécurité au travail qui pèse sur l'employeur¹⁴⁴ permet au salarié d'obtenir la preuve que son activité l'expose à des risques. C'est ici la facette positive du droit à l'information qui est mobilisée à son profit.

Il pourra s'en prévaloir pour tenter de démontrer que l'employeur n'a peut-être pas pris toutes les mesures nécessaires¹⁴⁵ à leur prévention et engager sa responsabilité pour manquement à son obligation de sécurité¹⁴⁶. Le droit à l'information permet là d'anticiper une partie de la problématique probatoire en cas de contentieux (l'existence du risque).

En revanche, ces risques doivent être raisonnablement prévisibles. Pour informer encore faut-il identifier les risques et au titre de son obligation de prévention l'employeur n'est tenu que « *d'évaluer les risques qui ne peuvent être évités* »¹⁴⁷. A priori, l'obligation d'information ne porte que sur ces derniers et sa méconnaissance par l'employeur constitue elle-même un manquement à son obligation de sécurité. Le droit du salarié d'obtenir la preuve de l'existence de risques professionnels justifie de pouvoir opposer à l'employeur non plus seulement son devoir d'information mais également son devoir de s'informer des « *risques qui ne peuvent être évités* ». Le droit à l'information du salarié en matière de santé et sécurité bénéficie donc d'une portée et d'une protection particulièrement forte¹⁴⁸.

¹⁴¹ Cons. constit., 14 mai 2012, n°2012-243 QPC.

¹⁴² Cass. soc., 16 janv. 2019, n°17-27.685.

¹⁴³ Y. Pagnerre, « Conditions d'application du statut protecteur lié à un mandat de défenseur syndical », JCP S n°8, fév. 2019, 1061.

¹⁴⁴ C. trav., art. L. 4141-1.

¹⁴⁵ Ces mesures font également l'objet d'une obligation d'information (précité n°95) ce qui permettra au salarié, le cas échéant, de prouver qu'elles n'ont pas été prises.

¹⁴⁶ Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444, « Sté. Air France » : une obligation de moyen renforcée qui implique de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés.

¹⁴⁷ C. trav., art. L. 4121-2.

¹⁴⁸ L'information du salarié sur les risques peut servir à démontrer (voire même présumer) la conscience du risque par l'employeur dans le cadre d'un contentieux sur sa faute inexcusable.

Une logique similaire ressort de l'obligation d'informer préalablement le salarié de tout dispositif entraînant une collecte de donnée personnelle.

80. Le droit à l'information trouve dans les relations individuelles un terrain favorable à son appréhension dans une logique probatoire, dont il procède en réalité, et non pas seulement dans une logique de loyauté contractuelle ou précontractuelle. Il présente en outre un grand intérêt quant à l'allégation et la preuve des faits si d'aventure un contentieux prud'homale surviendrait. L'affirmation explicite du droit à la preuve permettra peut-être de contribuer à son renouvellement d'autant plus qu'en droit du travail il trouve à s'appliquer avec encore plus de vigueur dans les relations collectives même en dehors de tout cadre contractuel.

B. Le droit à l'information dans les relations collectives

81. – Double canal de représentation. Les relations collectives concernent les rapports entre « *un ou plusieurs employeurs ou groupements d'employeurs et un groupement de salariés* »¹⁴⁹ qui les représente collectivement. S'agissant des salariés, notre droit connaît deux canaux de représentation collective : l'une juridiquement extérieur à l'entreprise, la représentation syndicale ; l'autre interne à l'entreprise, la représentation élue. Chacun de ces canaux de représentation est doté de prérogatives propres.

Comme pour les relations individuelles, employeur et organes représentatifs des salariés doivent mutuellement s'informer de tout élément qui serait de nature à influencer leur rapport afin de permettre un exercice transparent de ces prérogatives. L'enjeu est d'autant plus important qu'un risque pénal pèse sur l'employeur avec le délit d'entrave¹⁵⁰.

82. La dimension probatoire du droit à l'information ne poursuit pas le même objet selon qu'il est mobilisé dans les rapports entre l'employeur et la représentation syndicale ou la représentation élue.

¹⁴⁹ B. Teyssié, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 12^e éd., 2020.

¹⁵⁰ C. trav., art. L. 2146-1 ; C. trav., art. L. 2317-1.

1. Le droit à l'information dans les rapports avec les syndicats

83. – Preuve de l'exercice légitime du droit syndical. La représentation syndicale se constitue initialement à l'extérieur de l'entreprise, certains auteurs la qualifie d'ailleurs de « *représentation externe* »¹⁵¹. La constitution d'un syndicat ne peut se faire qu'entre des personnes exerçant une profession identique, similaire, ou connexes¹⁵² dans le but exclusif de défendre leurs droits et intérêts¹⁵³, c'est le principe de spécialité. Si ces personnes exercent la profession concernée en tant que salarié au sein d'une entreprise celle-ci deviendra alors le cadre privilégié de l'exercice de l'activité syndicale. Le Code du travail réserve d'ailleurs un Titre entier à « *l'exercice du droit syndical* »¹⁵⁴ qui prévoit les principales prérogatives dont dispose les organisations syndicales de salariés dans l'entreprise.

84. Pour s'assurer que l'organisation est en droit d'exercer ces prérogatives au sein de son entreprise, l'employeur, mais également les autres organisations, sont en droit d'obtenir des éléments de preuve permettant d'établir que d'une part, elle dispose bien de la qualité de syndicat professionnel, et d'autre part, qu'elle remplit les conditions de leur exercice. Comme pour les relations individuelles c'est à nouveau une expression implicite du droit d'obtenir une preuve que traduit l'obligation d'information qui pèse sur les organisations syndicales. La particularité est que souvent l'information n'est pas directement transmise à celui à qui elle bénéficie.

85. – Syndicat professionnel. S'agissant de la preuve de la qualité de syndicat professionnel, l'obligation d'information se traduit par l'obligation de rédiger des statuts écrits, d'y faire figurer leur objet et de les déposer en mairie pour qu'ils soient ensuite transmis au procureur de la République.

Sur le fond, c'est dans ces statuts que l'employeur, ou toute personne intéressée¹⁵⁵, pourra obtenir la preuve que l'organisation dispose ou non de la qualité de syndicat professionnel au regard des conditions imposées par la loi, notamment celle tenant à son objet. Un syndicat ne

¹⁵¹ B. Teyssié, Droit du travail, Relations collectives, op. cit.

¹⁵² C. trav., art. L. 2131-2.

¹⁵³ C. trav., art. L. 2131-1.

¹⁵⁴ C. trav., art. L. 2141-1 à L. 2146-2.

¹⁵⁵ Ch. Mixte 10 avr. 1998, n°97-17.870 : Toute personne justifiant d'un intérêt à agir soit recevable à contester la qualité de syndicat professionnel d'un groupement dont l'objet ne satisfait pas aux exigences légales.

peut pas être constitué pour un objet illicite ou contraire au principe de spécialité¹⁵⁶. Ainsi, une organisation qui prône des distinctions fondées sur la race, la couleur ou l'origine nationale ne saurait recevoir la qualification de syndicat professionnel¹⁵⁷. De même, si la réalisation de son objet passe par une activité politique ou commerciale, la qualification de syndicat professionnel sera exclue¹⁵⁸. Dans les deux cas, c'est par une interprétation souveraine des statuts de l'organisation que les juges pourront la priver de la qualité de syndicat professionnel et annuler l'exercice d'une de leur prérogative¹⁵⁹.

Sur la forme, le non-respect de l'obligation d'information (ne pas déposer les statuts en mairie) empêche à l'organisation d'acquérir la capacité juridique lui permettant d'agir.

86. – Conditions d'exercice des prérogatives. S'agissant de la preuve des conditions d'exercice des prérogatives syndicales, si avoir la qualité de syndicat professionnel est la condition générale, le Code du travail soumet certaines d'entre elles à d'autres conditions spécifiques.

Par exemple, l'article L. 2142-1 du Code du travail exige qu'un syndicat professionnel puisse se prévaloir d'au moins deux membres au sein de l'entreprise pour y constituer une section syndicale. Pour s'assurer qu'une organisation est en droit d'exercer cette prérogative au sein de son entreprise l'employeur est en droit d'obtenir la preuve que celle-ci remplit cette condition. Le syndicat devra donc rapporter cette preuve, le moyen le plus pertinent est de produire la liste des adhérents. Problème, l'adhésion à un syndicat professionnel relève de la vie personnelle du salarié et ne peut être divulguée sans son accord. A défaut d'accord, le syndicat ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents à l'employeur. Pour régler le problème, la jurisprudence admet que seul le juge peut prendre connaissance d'éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat¹⁶⁰. Si l'organisation syndicale n'est pas tenue (ni même en droit) d'informer l'employeur de l'identité de ses adhérents pour justifier la création d'une section syndicale dans l'entreprise, elle n'en reste pas moins tenue de l'informer de la circonstance en elle-même ne serait-ce que pour bénéficier des avantages qui y sont liés¹⁶¹. En cas de contestation ou de doute de l'employeur, l'information

¹⁵⁶ L'organisation syndicale doit avoir pour objet l'étude et la défense des droits et des intérêts matériels et moraux tant individuels que collectifs des personnes visées par ses statuts.

¹⁵⁷ Ch. Mixte 10 avr. 1998, n°97-17.870, préc.

¹⁵⁸ Cass. soc., 15 nov. 2012, n°12-27.315.

¹⁵⁹ Cass. soc., 15 nov. 2012, n°12-27.315, préc., en l'occurrence la candidature au scrutin organisé pour la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de 11 salariés.

¹⁶⁰ Cass. soc., 8 jui. 2009, n°09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, préc.

¹⁶¹ Attribution d'un local, etc.

permettant l'identification des adhérents devra donc être transmise non pas directement à ce dernier mais au juge afin de permettre à l'employeur d'obtenir (indirectement) la preuve que le syndicat remplit les conditions pour créer une section syndicale dans l'entreprise. (lacune preuve)

87. L'information dans les rapports entre organisation syndicale et employeur n'est pas toujours direct mais passe le plus souvent par des vecteurs (maire, procureur) et s'opère parfois dans un contexte litigieux (le vecteur est alors le juge). La dimension probatoire est en revanche parfaitement palpable puisqu'elle est liée tant à la preuve de l'existence de l'organisation syndicale que de sa faculté à en exercer les prérogatives.

Dans les rapports avec la représentation élue, l'information est beaucoup plus directe mais qu'en est-il de sa dimension probatoire ?

2. Le droit à l'information dans les rapports avec la représentation élue

88. – Grand CSE. Dans les entreprises de plus de cinquante salariés, le CSE « *a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »¹⁶². Pour ce faire, la loi impose à l'employeur d'informer et de consulter le CSE de manières récurrentes sur différents thèmes déterminés¹⁶³ et ponctuellement sur certains projets en fonction de leur impact sur l'entreprise¹⁶⁴.

89. – Dimension probatoire de l'information. Grâce aux informations transmises par l'employeur dans le cadre de ces procédures de consultation, le CSE va émettre un avis positif s'il estime que les décisions de l'employeur et sa gestion de l'entreprise vont dans l'intérêt des salariés, ou un avis négatif s'il estime le contraire. C'est son rôle de vérifier « *la prise en compte permanente* » de cet intérêt. Le droit à l'information du CSE traduit donc implicitement le droit pour ce dernier d'obtenir des éléments de preuve qui lui permettent d'opérer cette vérification et de se prononcer en connaissance de cause. La dimension probatoire peut sembler moins palpable que les hypothèses qui ont déjà été évoquées précédemment au cours de cette étude

¹⁶² C. trav., art. L. 2312-8.

¹⁶³ C. trav., art. L. 2312-17.

¹⁶⁴ C. trav., art. L. 2312-8, préc., et C. trav., art. L. 2312-37.

mais le régime qui l'encadre traduit bien la volonté de donner à l'information du CSE une véritable force probante.

90. Cette force est garantie par des exigences légales de forme et de fond.

Selon l'article L. 2312-15 du Code du travail, les informations doivent être « écrites » et être « transmises ou mises à disposition » directement par l'employeur. A défaut, le délai dont dispose le CSE pour rendre son avis ne commence pas à courir¹⁶⁵. Les informations doivent être « précises », si le CSE estime le contraire il doit saisir le juge avant l'expiration de ce même délai pour obtenir des éléments complémentaires ainsi que sa prolongation¹⁶⁶.

En l'absence d'accord collectif sur ce point, la loi énumère les informations devant être mises à disposition du CSE dans une base de données économiques et sociales pour les consultations récurrentes¹⁶⁷ dont le contenu est précisé par des dispositions réglementaires¹⁶⁸. Logiquement, pour les consultations ponctuelles, aucune énumération légale ou réglementaire n'est prévue en dehors de la consultation pour un projet de licenciement collectif¹⁶⁹. Enfin, les membres de l'instance étant tenu par une obligation de confidentialité à l'égard des éléments présentés comme confidentiels par l'employeur¹⁷⁰ celui-ci ne peut pas leur opposer ce caractère pour limiter leur droit à l'information.

91. L'ensemble de ces exigences donne ainsi au droit à l'information du CSE une importance probatoire aussi bien quantitative que qualitative. Il a même été admis qu'il était opposable à une société tierce à l'employeur¹⁷¹. Cette importance s'accroît encore lorsqu'il recourt à l'expertise.

92. – Renforcement ponctuel. Le droit à l'information du CSE se renforce lorsqu'il décide de recourir à un expert-comptable ou à un expert habilité dans les cas prévus par loi¹⁷².

¹⁶⁵ Cass. Soc. 28 mars 2018 n°17-13.081.

¹⁶⁶ Cass. soc., 26 fév. 2020, n° 18-22.759 : interprétant le droit français conformément à la directive 2002/14/CE, la Chambre sociale juge que le président du Tribunal de grande instance (aujourd'hui Tribunal judiciaire) pourra prolonger le délai quand bien même il serait expiré à la date où il statue dès lors qu'il a été saisi avant l'expiration.

¹⁶⁷ C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2312-20.

¹⁶⁸ C. trav., art. R. 2312-7 à R. 2312-15.

¹⁶⁹ C. trav., art. L. 1233-31 à L. 1233-33 : énumèrent les éléments qui doivent être transmis.

¹⁷⁰ C. trav., art. L. 2315-2.

¹⁷¹ CA Versailles, 6e ch., 15 avr. 2021, 21/0038, (dernier volet de l'affaire de la consultation du CSE de Suez par Véolia) : la CA juge bien fondé l'information-consultation du CSE de Suez à mener par Véolia pour son acquisition auprès d'Engie de 29,9% des titre de Suez.

¹⁷² Pour les trois consultations récurrentes (C. trav., art. L. 2315-87 à L. 2315-9) et pour certaines consultations ponctuelles (C. trav., art. L. 2315-92).

L'employeur est alors tenu de fournir à ce dernier « *les informations nécessaires à l'exercice de sa mission* ». Un auteur assimile les prérogatives de l'expert à un « *pouvoirs d'investigation* » dont ils notent l'« *élargissement jurisprudentiel* »¹⁷³ avec la substitution du caractère « *nécessaires* » des informations par celui d'« *utiles* » dès lors que l'expert les considère comme tels¹⁷⁴. D'ailleurs, l'expert est seul juge des éléments complémentaires qu'il estime utile (« *nécessaire* » dans le texte) à l'accomplissement de sa mission¹⁷⁵. A l'instar des membres du CSE, l'expert est tenu par un devoir de confidentialité¹⁷⁶ qui empêche encore l'employeur de limiter son droit d'accès.

93. Le recours à l'expert vise à corriger « *l'asymétrie des connaissances entre le chef d'entreprise et les représentants du personnel* »¹⁷⁷ en offrant au CSE la possibilité d'obtenir, à travers le rapport d'expertise, des éléments techniques lui permettant d'apprécier l'impact d'un projet pour les salariés et rendre un avis éclairé. Indirectement c'est encore pour obtenir la preuve que les intérêts de ces derniers sont pris en compte que l'expert désigné par la CSE se voit reconnaître un droit à l'information renforcé.



94. – Du droit commun, au droit du travail. Les mécanismes de droit commun permettant d'obtenir des éléments de preuve s'adaptent donc parfaitement aux relations individuelles et collectives de travail. Leur portée vise autant à faciliter la recherche de la vérité que la transparence des relations elles-mêmes. A ces mécanismes, il faut en ajouter d'autres tout à fait spécifiques au droit du travail mais qui traduisent la même expression implicite d'un droit d'obtenir des éléments de preuve.



¹⁷³ B. Teyslié, L'expert habilité du comité social et économique, JCP S n°7, fév. 2021, 1040.

¹⁷⁴ Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-18.228.

¹⁷⁵ C. trav., art. R. 2315-45.

¹⁷⁶ C. trav., art. L. 2315-84.

¹⁷⁷ Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-18.228, préc.

Section II – Les mécanismes propres à la relation de travail

95. – Particularisme. Les spécificités du droit du travail amènent naturellement à l'élaboration de mécanismes particuliers d'obtention de la preuve. C'est principalement le lien de subordination juridique qui en justifie l'existence. Il donne au contrat de travail un caractère déséquilibré qui le rapproche sur plusieurs points d'un contrat d'adhésion¹⁷⁸ où le salarié serait la partie faible. Mais ce postulat ne se vérifie pas toujours sur le terrain probatoire.

96. Dans le cadre d'un litige, le salarié est parfois en position de force. L'employeur peut n'avoir qu'un accès limité à certains éléments notamment ceux relevant de la vie privée ou personnelle de son salarié. Toutefois, le déséquilibre contractuel se poursuit souvent sur le terrain probatoire, la position dominante de l'employeur lui permettant d'être le seul à détenir ou à avoir accès à des éléments déterminants au succès des prétentions du salarié. Des mécanismes doivent donc intervenir pour corriger ces déséquilibres.

En dehors d'un litige, eu égard à son pouvoir de direction, l'employeur doit pouvoir bénéficier de mécanismes lui permettant d'obtenir la preuve que le salarié exerce correctement ses fonctions. Réciproquement, d'autres mécanismes doivent permettre aux salariés de s'assurer que l'employeur exerce raisonnablement ce pouvoir.

Dans tous les cas ces mécanismes de contrôle réciproque vont permettre à celui qui les met en œuvre d'obtenir des éléments de preuve, c'est en cela qu'ils sont des expressions implicites du droit à la preuve.

§. 1 : Des outils spécifiques au contrôle des parties hors contexte litigieux

97. – Contrôle réciproque. En dehors de tout contexte litigieux, l'exercice par l'employeur d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction sur le salarié place naturellement ce dernier en position de faiblesse dans l'exécution du contrat de travail.

Cependant, sur le terrain de l'obtention de la preuve, la partie faible n'est pas forcément celle qui l'est sur le terrain contractuel. Tout dépend de l'origine des éléments probants. Par exemple, l'employeur d'un chauffeur-livreur qui se ferait retirer son permis de conduire en dehors de ses heures de travail n'est-il pas en position de faiblesse probatoire par rapport à ce dernier ?

¹⁷⁸ B. Attias, Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun, op.cit.

C'est précisément pour corriger ces éventuelles asymétries que va implicitement intervenir le droit à la preuve à travers des mécanismes qui vont permettre un contrôle réciproque de l'employeur et des salariés dans l'exécution de leurs obligations. Peuvent ainsi être distingués, son intervention au service de l'employeur et son intervention au profit du salarié.

A. Le droit à la preuve au service du pouvoir du contrôle l'employeur

98. – Contrôle du salarié. Le pouvoir de contrôle dont dispose l'employeur lui offre la possibilité de surveiller l'activité de ses salariés et ainsi obtenir la preuve qu'ils exécutent correctement mais surtout loyalement (ou non) leurs obligations contractuelles¹⁷⁹. Le contrôle dépend alors de la volonté de l'employeur. Mais au-delà de cette possibilité, la surveillance de ses salariés est parfois une nécessité lorsque la loi lui impose certaines obligations. Le contrôle lui est donc (indirectement) imposé et se justifie implicitement par son droit à la preuve du respect de ses obligations qui va permettre un contrôle plus intrusif.

1. Le contrôle volontaire des salariés

99. – Surveillance conditionnée. Le contrôle des salariés implique d'opérer une surveillance pendant leur temps de travail et, le cas échéant, sur leur lieu de travail selon différents moyens. La validité de la surveillance est soumise à des conditions fixées par la loi, le règlement mais également par des délibérations de la CNIL¹⁸⁰.

a. Les moyens de surveillance

100. – Diversité. Il existe différents moyens à disposition de l'employeur pour surveiller l'activité des salariés pendant leur temps de travail. Certains relèvent d'une méthode de surveillance générale, d'autres d'une surveillance ponctuelle.

101. – Surveillance générale. Sans prétendre à l'exhaustivité il s'agit ici de regrouper dans une même catégorie certains dispositifs de surveillance dite « générale » en ce qu'ils vont s'appliquer sans viser un ou plusieurs salariés en particulier.

¹⁷⁹ C. trav., L. 1222-1 : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi. »

¹⁸⁰ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

Il s'agit principalement de la fouille, de la vidéosurveillance, du contrôle des communications téléphoniques et de la géolocalisation.

102. L'employeur peut ainsi organiser des fouilles de bureaux, de vestiaires, de sacs appartenant aux salariés, voire même des fouilles corporelles à l'entrée ou à la sortie de l'entreprise. Il peut également mettre en place un système de vidéosurveillance du lieu de travail ou de contrôle du nombre et de la durée des appels du salarié voire même d'écoute des conversations téléphoniques passées via le matériel professionnel. Enfin, il peut géo localiser ses salariés par des dispositifs de traçage GPS permettant l'identification de leur position géographique ou encore par un traçage informatique¹⁸¹ permettant l'identification des heures de connexion et des fichiers informatiques consultés.

Ces procédés permettent à l'employeur d'opérer une surveillance générale des salariés sans que leur but originel ne soit d'identifier un quelconque manquement. Ils sont généralement motivés par la nécessité d'assurer leur propre sécurité, celle des biens de l'entreprise ou de personnes tierces qui implique une exécution loyale et régulière de leurs fonctions. La surveillance des salariés qu'ils entraînent et l'identification de manquement qui peut en découler ne sont que des conséquences collatérales de leurs finalités.

103. – Surveillance particulière. Toujours sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit de regrouper ici des dispositifs qui permettent une surveillance particulière de salariés en ce qu'ils ne vont viser que certains d'entre eux. La logique est différente des dispositifs de surveillance générale puisqu'ici c'est bien l'identification de manquements des salariés surveillés qui est recherchée.

Il s'agit principalement de la lecture des correspondances (courriers, courriels et SMS) et de la consultation des fichiers conservés par le salarié sur son ordinateur professionnel.

104. Pour identifier les manquements d'un salarié l'employeur va pouvoir accéder aux correspondances qu'il reçoit sur son lieu de travail ou qu'il adresse depuis un outil informatique ou téléphonique mis à sa disposition par l'employeur. Même solution concernant les fichiers envoyés, reçus ou stockés à l'aide d'un tel outil. Il peut également prendre connaissance d'une

¹⁸¹ Qui n'est d'ailleurs pas assimilé à un dispositif de surveillance par la jurisprudence, v. en ce sens Cass. soc., 18 jui. 2000, n°98-43.485.

correspondance personnelle qui lui serait volontairement transmise par le destinataire initiale¹⁸².

L'employeur ne va pas accéder à l'ensemble des correspondances et fichiers conservés par l'ensemble de ses salariés, le contrôle n'est donc pas général. Il va plutôt viser les correspondances des seuls salariés pour lesquels il a un doute quant à l'existence d'éventuels manquements, éventualité dont il est le seul juge¹⁸³.

105. Le droit de l'employeur d'obtenir la preuve de la bonne exécution du contrat par son salarié justifie donc implicitement qu'il fasse l'objet d'une surveillance généralisée ou particulière mais uniquement dans le respect de certaines conditions.

b. Les conditions de validité de la surveillance

106. – Information et loyauté. La surveillance des salariés ne peut se faire qu'au moyen de dispositifs qui sont préalablement portés à sa connaissance¹⁸⁴ et à celle du CSE pour qu'il formule un avis¹⁸⁵. La consultation porte d'ailleurs sur la mise en place mais également sur la finalité du dispositif¹⁸⁶. L'idée est d'empêcher que les mécanismes de surveillance généralisée, par nature plus intrusive d'un point de vue quantitatif¹⁸⁷ qu'une surveillance particulière, ne soient mis en œuvre dans l'unique but d'identifier des manquements à l'insu des salariés. D'ailleurs, à titre d'exemple, l'exigence de l'information préalable de la mise en place d'un système de vidéosurveillance ne peut être écartée que si le dispositif ne permet effectivement pas de contrôler et surveiller l'activité des salariés¹⁸⁸. La Cour Européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) est plus souple que la Cour de Cassation sur ce point puisqu'elle admet que des circonstances particulières peuvent justifier l'absence d'information préalable des salariés¹⁸⁹.

¹⁸² Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269.

¹⁸³ Ces mesures de surveillance ne sont pas subordonnées à l'existence de raisons objectives qui laissent à penser qu'un manquement a été commis.

¹⁸⁴ C. trav., art. L. 1222-4.

¹⁸⁵ C. trav., art. L. 2312-37.

¹⁸⁶ Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-11.792.

¹⁸⁷ Eu égard au nombre de salariés visés

¹⁸⁸ Cass. soc., 18 nov. 2020, n° 19-15.856 : « le système de vidéo-surveillance avait été installé pour assurer la sécurité du magasin, n'enregistrait pas les activités des salariés sur un poste de travail déterminé et n'avait pas été utilisé pour contrôler l'intéressée dans l'exercice de ses fonctions. »

¹⁸⁹ Cour EDH, grande chambre, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13 « L. R. et a. c/ Espagne » : en faveur d'un système de vidéosurveillance mis en place à l'insu de salariées pour lesquelles il existait des soupçons d'irrégularités graves commises dans l'entreprise, à savoir des vols.

En revanche, pour la surveillance particulière (v. supra § 103), l'employeur pourra accéder sans information préalable et sans la présence du salarié aux correspondances et fichiers qui ont un caractère professionnel. C'est le cas des correspondances adressées ou reçues par un salarié sur son lieu de travail dont le caractère personnel n'est ni apparent, ni identifiable¹⁹⁰. De même pour des courriels¹⁹¹ ou SMS¹⁹² reçus ou envoyés via un outil mis à disposition par l'employeur.

107. – Proportionnalité et légitimité. D'une manière générale, le contrôle des salariés ne peut s'exercer qu'au temps et lieu de travail. Mais les salariés ont droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée¹⁹³. Constituant une atteinte à ce droit fondamental, tout dispositif de surveillance doit donc être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché comme l'impose l'article L. 1121-1 du Code du travail.

Pour reprendre l'exemple de la vidéosurveillance, celle-ci doit être justifiée par l'objectif d'assurer la sécurité des personnes ou des biens et ne peut pas conduire à placer les salariés sous une surveillance constante¹⁹⁴. Quant aux correspondances, il est interdit à l'employeur d'y accéder si leur caractère personnel est expressément mentionné ou clairement identifiable. Le contraire constituerait une atteinte disproportionnée au secret des correspondances¹⁹⁵. S'agissant des fichiers stockés sur un outil professionnel, toujours par soucis de proportionnalité, la mention du caractère personnel fait échec à l'accès par l'employeur en l'absence du salarié ou sans qu'il ait été dûment appelé.

108. – Protection des données personnelles. Les données personnelles font l'objet d'une protection par la législation nationale¹⁹⁶ et européenne¹⁹⁷.

Elles imposent un principe de « minimisation » de la collecte de données à caractère personnel : peuvent être collectées les seules données strictement nécessaires à l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur et seulement pour un temps limité.

Elles imposent également un principe de transparence dans le traitement des données. L'employeur doit tenir un registre des activités de traitement dès lors qu'elle est susceptible

¹⁹⁰ Cass. soc., 11 jui. 2012, n° 11-22.972.

¹⁹¹ Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884.

¹⁹² Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-16.995.

¹⁹³ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, préc.

¹⁹⁴ Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856.

¹⁹⁵ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, préc. : « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ».

¹⁹⁶ L. n°78-17 du 6 janv. 1978 modifiée par L. n°2018-493 du 20 juin 2018 et Ord. n°2018-1125 du 12 déc. 2018.

¹⁹⁷ Règl. UE n°2016/670 du 27 avr. 2016, dit « RGPD ».

d'entraîner un risque pour les droits et libertés des salariés concernés. Il doit comporter diverses informations comme par exemple les finalités du traitement ou le nom et les coordonnées de son responsable.

109. L'obtention d'éléments de preuve par l'employeur au moyen d'une surveillance volontaire des salariés est donc strictement encadrée. Lorsque la surveillance est « générale », elle est soumise à des conditions strictes de loyauté et de proportionnalité. Mais lorsqu'elle est « particulière » l'exigence de proportionnalité est tempérée. Il en va de même lorsque le contrôle des salariés s'impose à l'employeur.

2. Le contrôle imposé

110. – Obligations légales et réglementaires de contrôle. Certaines obligations légales ou réglementaires de l'employeur lui imposent de contrôler ses salariés. Autrement dit, c'est la surveillance des salariés qui va permettre à l'employeur de respecter ses obligations. Implicitement c'est le droit d'obtenir la preuve de ce respect qui va justifier une appréciation plus souple des conditions de validité de la surveillance¹⁹⁸. Elle s'impose notamment en matière de sécurité et de durée du travail.

a. Le respect de l'obligation de sécurité

111. – Obligation générale. L'employeur est soumis à une obligation générale d'assurer la santé et la sécurité de ses salariés et plus largement de toute personne placée à quelque titre que ce soit sous son autorité¹⁹⁹. Pour remplir son obligation l'employeur va devoir contrôler l'activité de ces personnes afin de s'assurer qu'elles l'exercent dans des conditions de sécurité satisfaisantes et éviter de voir sa responsabilité engagée. Plus le risque pour leur santé ou leur sécurité est élevé plus les conditions de validité de la surveillance seront assouplies.

112. – Proportionnalité de l'intrusion. L'appréciation du caractère proportionnée de l'atteinte au respect de la vie privée entraînée par les dispositifs de surveillance les plus intrusifs va suivre

¹⁹⁸ Pour prouver qu'il a respecté, il doit prouver qu'il a surveillé : l'assouplissement de la validité de la surveillance va faciliter cette preuve. Un parallèle peut d'ailleurs être fait avec la facette négative du droit à l'information qui a été évoquée précédemment (v. supra § 72).

¹⁹⁹ Article L. 4111-5 du Code du travail.

la gravité du risque encouru. L'exposition à un risque « simple » pour la sécurité du salarié justifie par exemple le recours à un système de géolocalisation d'un véhicule, « *assurer la sécurité de l'employé* » est d'ailleurs l'une des finalités limitativement énumérées par la CNIL pour ce dispositif²⁰⁰. Un risque « particulier » auquel les salariés seraient exposés justifie par exemple un placement sous vidéosurveillance continue des postes de travail des salariés²⁰¹ alors qu'elle est en principe prohibée²⁰².

113. – Information préalable. C'est également « *un risque ou un évènement particulier* » qui peut justifier l'ouverture par l'employeur, sans la présence du salarié ou à défaut sans l'avoir dûment appelé, des fichiers à caractère personnel stockés sur un outil informatique mis à sa disposition²⁰³. Le risque visé pourrait parfaitement être un risque pour la sécurité des salariés. Par exemple, si un salarié se livre au cyber-harcèlement (moral ou sexuel) d'un autre salarié via un outil informatique, le risque que fait courir cette situation pour la santé du salarié visé devrait justifier l'ouverture de fichiers personnels stockés sur cet outil sans information préalable.

114. – Déqualification. Le risque que fait courir certaines situations pour la santé et la sécurité du salarié va faire sortir du champ d'application de L. 1222-4 du Code du travail certains dispositifs de contrôle et de surveillance destinés à les identifier. Leur mise en place va ainsi être dispensée de toute information préalable des salariés concernés.

La situation de harcèlement moral, sexuel ou sexiste en est un parfait exemple. Du fait de son obligation de sécurité, l'employeur doit prendre toutes les mesures en vue d'y mettre un terme et de les sanctionner²⁰⁴. Parmi ces mesures figure une enquête interne qui peut être diligentée par l'employeur à la suite d'une dénonciation de fait de harcèlement moral ou sexuel²⁰⁵. L'information préalable du salarié visé priverait sans doute la mesure d'une partie de son effet utile. Sa mise en œuvre devra néanmoins respecter les principes de finalité et de proportionnalité imposés par l'article L. 1121-1 du Code du travail même si l'appréciation de la proportionnalité de l'intrusion sera forcément compréhensive eu égard au but particulièrement légitime qu'elle poursuit (v. supra § 112).

²⁰⁰ <https://www.cnil.fr/fr/la-geolocalisation-des-vehicules-des-salaries>.

²⁰¹ Délib. CNIL, 17 jui. 2014, n° 2014-307.

²⁰² Délib. CNIL, n° 2011-036, 16 déc. 2011 : « surveillance constante et permanente » de l'employeur.

²⁰³ Cass. soc., 17 mai 2005, n°03-40.017.

²⁰⁴ L'article L. 1153-5 du Code du travail vise des faits de harcèlement sexuel mais doit nécessairement s'appliquer aux faits de harcèlement moral.

²⁰⁵ Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597.

115. Une autre obligation impose à l'employeur de mettre en place des dispositifs de contrôle des salariés, l'obligation de contrôler la durée du travail de ses salariés.

b. Obligation de contrôle du temps de travail

116. – Obligation et nécessité. Le droit de la durée du travail impose à l'employeur, à différents niveaux, de contrôler le temps de travail de ses salariés.

D'abord, en prescrivant des règles générales relatives au « *contrôle de la durée du travail* »²⁰⁶ lorsque le travail intervient dans un cadre horaire²⁰⁷. Il existe également des règles spécifiques à certaines professions, par exemple pour les chauffeurs routiers²⁰⁸.

Ensuite, en prescrivant des règles relatives au contrôle de la charge de travail lorsque celui-ci intervient en dehors d'un cadre horaire notamment pour les salariés soumis à une convention de forfait jours²⁰⁹.

Enfin, en imposant des règles probatoires qui incitent l'employeur à opérer un contrôle effectif de la durée du travail. Le contrôle devient une nécessité. Par exemple, le partage de la charge de la preuve des heures supplémentaires ou encore la théorie du préjudice nécessaire pour le dépassement des durées maximales de travail l'exposent à un risque économique que seul un contrôle effectif peut combattre.

117. Le droit à la preuve du respect de son obligation de contrôle de la durée du travail va permettre deux choses à l'employeur.

Premièrement, il va justifier la mise en place d'un système de contrôle intrusif de la durée du travail comme par exemple la géolocalisation. Toutefois, ce dispositif de contrôle n'est possible que si aucun autre moyen, même moins efficace, ne permet d'effectuer ce contrôle²¹⁰, la marge de mise en œuvre est donc assez restreinte.

Deuxièmement, il va justifier que l'employeur qui souhaite contrôler la durée du travail par un système d'enregistrement automatisé (type badgeuse par exemple) dispose de toute la latitude pour en déterminer l'emplacement au sein de l'entreprise²¹¹. En revanche, la loi lui impose de garantir le caractère fiable et infalsifiable du système²¹². La même latitude s'observe lorsqu'il

²⁰⁶ C. trav., art. L. 3171-1 à L. 3171-4.

²⁰⁷ Lorsque la durée du travail est décomptée en heures.

²⁰⁸ C. transp., art. R. 3312-58.

²⁰⁹ C. trav., art. L. 3121-60.

²¹⁰ Cass. soc., 19 dec. 2018 17-14.631.

²¹¹ Cass. soc., 13 jui. 2004, n° 02-15.142.

²¹² C. trav., art. L. 3171-4.

s'agit de contrôler la durée du travail des salariés soumis à un horaire collectif²¹³ ou variable²¹⁴. La seule limite repose alors sur l'article L. 1121-1 du Code du travail (principes de finalité et de proportionnalité).

La CJUE a récemment jugé que la directive du 4 novembre 2003²¹⁵ s'oppose à une réglementation nationale qui n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée journalière du travail effectuée par chaque travailleur²¹⁶. L'interprétation conforme de notre droit au regard de la directive pourrait impliquer un renforcement de l'obligation de contrôle²¹⁷. Corrélativement, le droit d'obtenir la preuve qu'elle est respectée devrait alors justifier une extension des moyens de contrôle auxquels peut recourir l'employeur.

118. Subir un pouvoir de contrôle n'est pas l'apanage du salariat. L'employeur est également soumis à contrôle exercé par différents organes ou institutions. Ce contrôle va profiter aux salariés en leur permettant de pallier leur accès limité aux éléments nécessaires pour s'assurer du respect ou du manquement de l'employeur à ses obligations.

B. Le droit à la preuve au service d'un contrôle de l'employeur profitable aux salariés

119. – Prérogatives. L'employeur, chef de l'entreprise, dispose d'un accès privilégié à l'ensemble des éléments relatifs à la relation de travail internes à l'entreprise et susceptibles d'établir la preuve qu'il respecte ou manque à ses obligations. Cet accès privilégié relève de son pouvoir de direction et de contrôle des salariés qui lui est d'ailleurs parfois imposé (v. supra § 110 et s.). Pour contrôler celui qui en principe contrôle, il faut donc disposer de prérogatives dérogatoires à celles très limitées du salarié afin d'avoir accès à ces éléments. Deux institutions du droit du travail permettent ce rééquilibrage : l'alerte et l'inspection du travail.

²¹³ C. trav., art. D. 3171-2 (pour le contrôle des salariés soumis à un horaire collectif) n'impose qu'un affichage des horaires daté et signé mais rien sur les moyens du décompte de la durée du travail.

²¹⁴ C. trav., art. D. 3171-8 (pour le contrôle des salariés non soumis à un arrêt collectif) vise un « enregistrement » (pour la durée journalière) et « récapitulation » (pour la durée hebdomadaire) « selon tous moyens ».

²¹⁵ Dir. 2003/88, du 23 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

²¹⁶ CJUE, 14 mai 2019, affaire C-55/18 relative à l'interprétation de la directive 2003/55 du 4 nov. 2003.

²¹⁷ Notamment pour les salariés soumis à un horaire collectif pour lesquels la loi n'impose pas réellement de mettre en place un système de contrôle (v. C. trav., art. D. 3171-2, préc.). C'est plus le déclenchement d'heures supplémentaires en cas d'emploi des salariés en dehors de ces horaires (C. trav., art. D. 3171-1) qui incitent au contrôle.

1. L'exercice de l'alerte à des fins probatoires

120. – Droits d'alerte du CSE. Le Code du travail consacre dans le Chapitre relatif aux attributions du CSE toute une sous-section sur les « *Droits d'alerte* » dont dispose ce dernier. Parmi ces alertes certaines permettent de corriger le déséquilibre probatoire subit par le salarié dans la relation de travail.

L'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes²¹⁸ en est un excellent exemple. Elle permet de forcer l'employeur à diligenter une enquête interne lorsqu'un membre de la délégation du personnel au CSE constate une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché. L'intérêt probatoire pour le salarié victime de l'atteinte est double.

121. – Intérêts probatoires. D'abord, le délégué participe à l'enquête avec l'employeur et aura donc accès aux mêmes éléments quand bien même ils seraient identifiés comme confidentiels, l'éventuel déséquilibre probatoire est en principe corrigé. De plus, en cas de divergence entre l'élu et l'employeur sur la réalité de l'atteinte, le salarié ou, si ce dernier ne s'y oppose pas, l'élu, peut saisir directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes pour que soit ordonnées toutes les mesures propres à faire cesser l'atteinte. L'action peut par exemple viser à réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles²¹⁹ ou encore à ce que soit ordonnée une enquête avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles avaient été consultés et ouverts par l'employeur des messages qualifiés de personnels ou pouvant l'être de par leur classement²²⁰.

122. Ensuite, le mécanisme est particulièrement intéressant lorsque l'alerte vise des faits pour lesquels le salarié bénéficie d'un aménagement probatoire, c'est le cas notamment en matière de harcèlement moral, sexuel ou sexiste et de discrimination. A l'instar des mesures in futurum²²¹, l'alerte et l'enquête qui en découle vont lui permettre d'obtenir des éléments de preuve qui laissent à penser que les faits existent mais cette fois sans saisine d'un juge. En outre,

²¹⁸ C. trav. art. L. 2312-59.

²¹⁹ Cass. soc., 10 déc. 1998, n°95-42.661.

²²⁰ Cass. soc., 17 juin 2009, n°08-40.274.

²²¹ C. proc. civ., art. 145, préc.

même si l'alerte n'aboutit pas à une enquête, rien n'empêche le salarié d'engager une action fondée sur la rupture ou l'exécution du contrat fondée sur les faits qui ont fait l'objet de l'alerte²²².

123. – Droits d'alerte des salariés. Au-delà des droits d'alerte ponctuellement accordés aux salariés par le Code du travail²²³, ils disposent d'un droit d'alerte général au titre de la procédure de signalement introduite par la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II »²²⁴. Cette alerte peut porter sur différentes situations²²⁵ et, dès lors qu'un salarié en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, il est en droit d'opérer un signalement en suivant une certaine procédure²²⁶.

124. Mais avant de signaler encore faut-il obtenir des éléments permettant au salarié d'avoir une croyance légitime de la véracité des faits qu'il signale, condition d'un exercice régulier du signalement²²⁷. Certes le régime du lanceur d'alerte n'offre pas de prérogatives exorbitantes au salarié pour aller à la pêche aux éléments de preuve mais il lui accorde une protection qui l'encourage à le faire.

125. – Double immunité. La protection accordée aux lanceurs d'alerte salariés se traduit par une double immunité. Une immunité pénale qui lui empêche d'être poursuivi pour violation d'un secret légalement protégé²²⁸. Mais également une immunité sociale qui lui empêche, en principe, de subir des mesures de rétorsion de la part de son employeur²²⁹. En protégeant ainsi le salarié lanceur d'alerte la loi l'incite à opérer un contrôle passif mais continu de l'employeur et favorise l'obtention d'éléments permettant de prouver d'éventuels manquements susceptibles de faire l'objet d'un signalement. La définition de ces manquements est tellement large qu'elle

²²² Cass. soc., 8 sept. 2021, n°20-14.011 s'agissant d'une action en résiliation du contrat fondée sur des faits de harcèlement ayant fait l'objet de l'alerte de L. 2312-59.

²²³ C. trav. art. L. 4131-1 à L. 4131-4 pour l'alerte en cas de danger grave et imminent pour la santé ; C. trav. art. L. 4133-1 à M. 4133-4 pour l'alerte en cas de risque grave pour la santé publique ou l'environnement.

²²⁴ L. n°2016-1691 du 9 déc. 2016.

²²⁵ L. du 9 déc. 2016 préc., art. 6 : « des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit, d'une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou d'une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général ».

²²⁶ L. du 9 déc. 2016 préc., art. 8 : Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels

²²⁷ Le texte fait référence à un signalement « de bonne foi ».

²²⁸ C. pénal art. 122-9.

²²⁹ C. trav., art. L. 1132-3-3.

peut parfaitement inclure la violation de n'importe quelle règle issue de la législation travailiste. Le caractère "grave" et "manifeste" renvoyait à une violation dont l'impact dans la relation de travail serait significatif d'un point de vue quantitatif (nombre de salariés concernés) ou qualitatif (violation d'une règle d'ordre public par exemple) mais ces mentions ont été supprimées par une loi du 21 mars 2022²³⁰ élargissant ainsi encore un peu plus le champ de l'alerte.

126. – Renforcement. Le lanceur d'alerte salarié est donc protégé contre d'éventuelles poursuites pénales et mesures de rétorsion décidées par l'employeur autant pour avoir obtenu des éléments probants que pour les avoir divulgués. La loi du 21 mars 2022 renforce cette protection en décrivant précisément les agissements couverts par l'immunité. La dimension probatoire de la protection ressort davantage puisque l'immunité couvre expressément des agissements qui concernent l'obtention des éléments de preuve des faits signalés²³¹ : soustraction, détournement, recèle des documents ou tout autre support contenant les informations dont l'auteur du signalement ou son complice a eu connaissance de manière licite. Plus la protection s'étend, plus l'incitation est forte et plus l'obtention des éléments probants profitables aux salariés s'en retrouve, implicitement, facilitée.

127. – Présomption. Qu'elle soit exercée par un membre du CSE ou par un salarié, l'alerte atteint parfois une dimension probatoire « ultime » lorsqu'elle fait présumer de manière irréfragable l'existence d'une faute de l'employeur. Ainsi, plus besoin pour les salariés d'en obtenir la preuve. C'est le cas de l'alerte en matière de santé et sécurité au travail : la réalisation du risque signalé par un salarié ou un membre du CSE entraîne la reconnaissance de plein droit de la faute inexcusable de l'employeur au bénéfice du salarié victime du risque²³².

²³⁰ L. n°2022-411 du 21 mars 2022.

²³¹ L. n°2022-411 du 21 mars 2022, préc., art. 6 : elle modifie l'article 122-9 du Code pénal en ajoutant : « N'est pas non plus pénalement responsable le lanceur d'alerte qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article. Le présent article est également applicable au complice de ces infractions ».

²³² C. trav., art. L. 4131-4.

2. Les prérogatives probatoires de l'inspection du travail

128. – Contrôle de l'employeur. Particularité du droit du travail, un grand nombre de règles sont assorties de sanctions pénales qui font du droit pénal du travail une branche de droit pénal spécial (par opposition au droit pénal général). La constatation des infractions à la réglementation du travail relève d'un corps spécifique : l'Inspection du travail. Elle est principalement composée d'agents de contrôle (inspecteurs du travail) qui disposent de prérogatives importantes leur permettant de vérifier la bonne application de la réglementation et d'en constater les éventuels manquements constitutifs d'infractions pénales. Autrement dit à travers l'exercice de ces prérogatives s'exprime implicitement le droit d'obtenir la preuve des manquements de l'employeur au bénéfice des salariés concernés, voire du ministère public en cas de poursuite pénale. Cette expression se mesure au niveau de la nature des prérogatives et de leur protection.

a. La nature des prérogatives

129. – Pouvoir d'enquête. Elles confèrent aux inspecteurs du travail un véritable pouvoir d'investigations, expression même du droit d'obtenir des éléments de preuve. Ils ont ainsi un droit d'entrée et de visite dans les locaux de l'entreprise sans avertissement préalable²³³, un droit d'auditionner l'employeur et le personnel de l'entreprise²³⁴ ou encore un droit à se voir communiquer certains documents en permanence, de manière générale²³⁵ ou en fonction de l'infraction concernée²³⁶. En outre, ce dernier est élargi à « *tout document* » pour certaines infractions spécifiques²³⁷.

Si les inspecteurs disposent de telles prérogatives c'est bien pour faciliter l'obtention d'éléments de preuve. Indirectement les salariés vont en bénéficier puisque les éléments obtenus vont permettre d'identifier des infractions qui les concernent directement²³⁸ et dont ils pourront ensuite se prévaloir à l'encontre de leur employeur.

²³³ C. trav., art. L. 8113-1.

²³⁴ C. trav., art. L. 4131-4, préc.

²³⁵ Par exemple les documents permettant de décompter les heures de travail (C. trav., art. L. 3171-2, L. 3171-3 et D. 3171-16).

²³⁶ Par exemple, pour le travail dissimulé (C. trav., art. L. 8271-9).

²³⁷ C. trav., art. L. 8113-5 en matière de discrimination et de santé/sécurité au travail ; C. trav., art. L. 8231-1 pour le marchandage ; C. trav., art. L. 8241-1 pour le prêt de main-d'œuvre illicite ; C. trav., art. L. 8221-5 pour le travail dissimulé

²³⁸ Par exemples : non-respect des durées minimales de repos ; infractions à la réglementation générale en matière de santé/sécurité au travail.

b. La protection des prérogatives

130. – Protections. D'une part, la protection émane de la loi. Le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail constitue une infraction autonome passible d'un emprisonnement d'un an et/ou d'une amende de 37 500 €²³⁹. Ce délit d'obstacle permet aux prérogatives des inspecteurs du travail de bénéficier d'une protection particulière qui renforce l'effectivité du droit d'obtenir des éléments de preuve en sanctionnant les entraves qui y seraient portées. La fourniture de documents et/ou de renseignements volontairement inexacts²⁴⁰ ou le refus de fournir les éléments requis et/ou sollicités²⁴¹ constituent par exemple cette infraction. Cela démontre bien, qu'implicitement, c'est l'atteinte au droit de l'inspecteur du travail d'obtenir des éléments de preuve qui est sanctionnée à travers ces infractions.

131. D'autre part, la protection émane de la jurisprudence. La Cour de cassation admet que « *le recours, par un agent de l'autorité publique, à un stratagème ne porte atteinte au principe de loyauté de la preuve que s'il a, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, pour objet ou pour effet d'en vicier la recherche en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie* »²⁴². Cette appréciation particulière du principe de loyauté de la preuve à l'égard des agents de l'autorité publique, dont font partie les inspecteurs du travail, participe à la protection mais surtout à l'extension de leurs prérogatives liées à l'obtention de la preuve en réduisant la portée limitative du principe.

132. Les différents moyens qui permettent un contrôle réciproque de l'employeur et des salariés de contrôle constituent donc des expressions implicites de leur droit d'obtenir des éléments permettant de prouver leurs manquements respectifs. Ils interviennent, en dehors de tout contexte litigieux, pour corriger un déséquilibre dans l'obtention de la preuve au bénéfice de celui qui le subit. A travers eux, c'est bien le droit d'obtenir des éléments de preuve de la partie affaiblit sur le terrain probatoire (et pas forcément sur le terrain contractuel) qui s'exprime

²³⁹ C. trav., art. L. 8114-1.

²⁴⁰ Cass. crim., 26 nov. 1980, n° 80-92.226.

²⁴¹ Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.226.

²⁴² Cass. ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86.767.

implicitement. L'élément déterminant est ainsi l'impossibilité de prouver et non la qualité des parties au contrat de travail. Mais lorsque ces moyens n'ont pas suffi, le déséquilibre existant se poursuit en cas de litige prud'homale. C'est à nouveau le droit à la preuve qui va justifier l'existence d'outils qui vont permettre de corriger ce déséquilibre au stade du procès.

§. 2 : Des outils correctifs du déséquilibre probatoires en cas de litige prud'homale

133. – Contexte. Malgré une baisse significative du nombre de saisines des conseils de prud'hommes depuis l'introduction de la rupture conventionnelle homologuée, et du barème Macron le contentieux prud'homale est loin d'être éteint. En 2020, le seul conseil de prud'hommes de Paris enregistrait pas loin de 11 000 saisines au fond.

Pour départager employeurs et salariés, l'administration de la preuve en la matière est gouvernée par un principe de liberté affirmé par la Cour de cassation qui estime « qu'en matière prud'homale, la preuve est libre »²⁴³. Rien de très particulier puisque ce principe rejoint celui posé par le droit commun : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous moyen* »²⁴⁴.

En revanche, elle est marquée par l'une des particularités du droit du travail : un rapport contractuel déséquilibré par le lien de subordination juridique. Particularité qui se traduit par un accès inégalitaire aux éléments de preuve entre les parties au contrat de travail, le plus souvent au détriment du salarié, qui doit absolument être corrigé dans un contexte litigieux pour garantir la loyauté des débats²⁴⁵ et l'égalité des armes²⁴⁶. Deux types de correctifs exprimant implicitement le droit à la preuve de la partie faible au contrat de travail peuvent être envisagés : des correctifs légaux et prétoriens.

A. Les correctifs légaux

134. – Renvoi. Les correctifs légaux sont les mesures d'instruction prévues au Code de procédure civile reprises par le Code du travail qui incite d'ailleurs avec, un peu plus d'intensité, les conseillers prud'homaux à y recourir. Sur ce point, v. supra § 46 s.

²⁴³ Cass. soc., 27 mars 2021, n° 98-44.666.

²⁴⁴ C. civ., art. 1358, préc.

²⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005, n° 05-60.044.

²⁴⁶ Conv. EDH, art. 6.

135. Mais le juge prud'homale ne peut pas s'appuyer expressément sur la seule inégalité des parties dans l'accès aux éléments de preuve pour ordonner des mesures d'instruction, le Code de procédure civile proscrit d'ailleurs cette logique d'intervention²⁴⁷. C'est donc par un autre outil que la jurisprudence a dû corriger plus efficacement le déséquilibre probatoire.

B. L'outil prétorien

136. – Principe de loyauté dans l'administration de la preuve. En matière civile, la preuve est donc par principe libre. Cette liberté occupe une place importante dans le contentieux prud'homale puisque dans la majorité des litiges ce sont des faits qui doivent être prouvés sans qu'aucune modalités particulières ne soit exigées. Employeurs et salariés vont donc bénéficier d'une grande liberté s'agissant des modalités d'obtention de la preuve par exemple en ayant la possibilité de se constituer par eux-mêmes des éléments de preuve, l'adage « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* » ne s'appliquant que pour les actes juridiques²⁴⁸.

Mais la liberté n'est pas totale, elle est tempérée par un principe d'origine prétorienne²⁴⁹ : le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Au nom de ce principe, des éléments de preuve obtenus de manière déloyale vont être jugés irrecevables et rejetés du débat. Il concerne donc la seule obtention d'éléments de preuve et non leur production. C'est un principe général de droit processuel mais l'autonomie de son application en droit du travail justifie qu'il soit envisagé parmi les mécanismes d'obtention de la preuve propre à la matière.

137. – Application autonome en droit du travail. De prime abord, envisager une limite à la liberté de la preuve comme un mécanisme d'obtention peut sembler contradictoire tant les deux notions paraissent antinomiques. Néanmoins, ce n'est pas le principe de loyauté en lui-même qui peut être appréhendé comme une expression du droit à la preuve dans sa variante obtention mais bien son application spécifique en droit du travail.

²⁴⁷ C. proc. civ., art. 146, préc.

²⁴⁸ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.440, pour des emails que le salarié a lui-même rédigé pour faire état d'une situation de harcèlement.

²⁴⁹ Cass. ass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : « *Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.* »

138. L'application particulière du principe s'explique par l'inégalité de la relation contractuelle entre salarié et employeur qui rejaillit sur les questions de preuve. Le postulat est que l'employeur est en position de force du fait de ses pouvoirs de direction et de contrôle. Il en résulte que dans le contentieux prud'homale, en matière de loyauté probatoire, le juge se montre bien plus exigeant à l'égard de l'employeur qu'à l'égard du salarié. Pour être tout à fait clair, le principe est presque exclusivement mobilisé à l'encontre de l'employeur avec une certaine sévérité qui conduit parfois à des solutions illogiques²⁵⁰. Preuve de la sévérité du juge social, avant même d'être consacré par l'Assemblée plénière, la chambre sociale de la Cour de cassation avait implicitement reconnu ce principe dans l'arrêt « Néocel »²⁵¹ en jugeant irrecevable des éléments de preuve obtenus « à l'insu » des salariés.

139. – Droit à la preuve du salarié. Là où l'employeur est tenu par un strict principe de loyauté dans l'obtention de la preuve qui l'empêche d'utiliser un quelconque stratagème ou procédé de surveillance clandestin à l'encontre des salariés, ces derniers bénéficient d'une bien plus grande indulgence. Le juge social est beaucoup moins regardant sur la manière dont sont obtenus les éléments de preuve par les salariés puisqu'il admet qu'ils le soient à l'insu de l'employeur. L'exemple le plus flagrant est la soustraction frauduleuse de documents dont le salarié a eu connaissance lors de l'exercice de ses fonctions dès lors que cela est « *strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur* »²⁵².

Qu'est-ce qui justifie une telle indulgence sinon le droit pour les salariés d'obtenir des éléments de preuve ? De même, n'est-ce pas le droit à la preuve qui s'exprime implicitement à travers « *les droits de la défense* » ? Assurément.

Le droit à la preuve justifie donc implicitement une plus grande liberté laissée au salarié dans l'obtention de la preuve sous couvert de rétablir une égalité probatoire présumée entre les parties à la relation de travail. Peut-être serait-ce le contexte litigieux qui induit une telle souplesse puisqu'il donne lieu à l'intervention du droit à un procès équitable²⁵³ ? Il viendrait œuvrer en faveur de la partie présumée faible au contrat (et a fortiori sur le terrain de l'obtention de la preuve) pour que ce droit ne soit pas compromis par ce déséquilibre²⁵⁴. Mais c'est bien du

²⁵⁰ Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521 : au visa du principe de loyauté dans l'administration de la preuve la Cour sanctionne « *l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée* » par l'employeur alors même que les enregistrements réalisés par la salariée l'ont été à l'insu de ses collègues de travail.

²⁵¹ Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, préc.

²⁵² Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521 ; Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410.

²⁵³ Conv. EDH. art. 6 § 1.

²⁵⁴ J.-Y. Frouin, La loyauté de la preuve en droit du travail, Procédures n° 12, déc. 2015, dossier 23.

droit à la preuve dont il s'agit en réalité et qui vient justifier que des éléments de preuve obtenus en contrariété avec le principe de loyauté puissent être jugés recevables. La Cour EDH ayant d'ailleurs déjà écarté l'assimilation d'une règle d'admissibilité de la preuve au droit à un procès équitable²⁵⁵.



140. – De l'obtention, à la production. Dans une approche chronologique de l'administration de la preuve, l'obtention vient donc avant la production de la preuve. Pour appréhender les traductions implicites du droit à la preuve en droit du travail, il était alors logique de suivre cette chronologie et d'envisager d'abord les manifestations d'un « *droit à l'obtention de la preuve* ». Ces manifestations résultent donc de mécanismes, soit de droit commun soit propres au droit du travail, destinés à faciliter l'accès à des éléments de preuve dans différents contextes afin de pallier un éventuel déséquilibre entre les parties dans cet accès ou garantir la transparence des relations collectives et individuelles de travail pour éviter un litige ou a minima anticiper la question probatoire qui s'y poserait.

Le droit d'obtenir des éléments de preuve n'est donc que la première facette du droit à la preuve, la deuxième concerne l'étape qui suit l'obtention à savoir, la production. Elle se matérialise par « *le droit de produire* » ces éléments en justice dans le cadre d'un contentieux. Le droit à la preuve va implicitement justifier l'existence de mécanismes et concepts juridiques destinés à aménager cette production pour permettre la manifestation de la vérité. En droit du travail ces mécanismes sont nombreux.



²⁵⁵ Cour EDH, 12 jui. 1988, aff. n° 10862/84, « S. c/ Suisse ».

Chapitre II : Les aménagements de la production de la preuve en justice

141. – Distinction processuelle. Dans l'administration de la preuve il faut donc bien distinguer le stade de l'obtention de celui de la production. L'obtention d'éléments de preuve peut se faire à la fois en dehors et dans un contexte litigieux à travers différents mécanismes (v. supra **Chapitre I**). La production d'éléments de preuve intervient quant à elle exclusivement dans le cadre d'un litige. Les enjeux ne sont donc pas les mêmes du fait de la sensibilité de ce contexte d'intervention. D'abord qui doit prouver ? C'est la question de la charge de la preuve. Elle est un enjeu déterminant du litige, puisque si celui qui la supporte n'y satisfait pas c'est son adversaire qui obtiendra gain de cause. En matière d'obligations, elle est en principe réglée par l'article 1353 du Code civil. Ensuite comment prouver ? C'est la question de savoir si n'importe quel élément peut être produit en justice pour prouver ce qui est allégué. Elle ne concerne pas la licéité du moyen par lequel l'élément a été obtenu mais la proportionnalité de l'atteinte à un intérêt légitime (droit à la vie privée, secret des correspondances, secret des affaires, etc) que sa production pourrait entraîner.

142. – Intervention implicite du droit à la preuve. En droit du travail, c'est principalement au niveau de la charge probatoire que la facette « droit de produire des éléments » du droit à la preuve intervient. A nouveau, l'intervention suit le déséquilibre présumé de la relation contractuelle entre salarié et employeur puisqu'il va justifier l'existence de mécanismes de partage de cette charge (**I**) mais également de dispense (**II**) toujours au profit de la partie présumée faible au contrat.

Section I – Les aménagements de la charge probatoire au bénéfice du salarié

143. – Répartition de la charge. Il y a en principe une répartition équitable et réciproque de la charge de la preuve entre le créancier d'une obligation qui agit en justice pour en obtenir l'exécution contre son débiteur. Cette répartition classique issu de l'article 1353 du Code civil trouve évidemment à s'appliquer dans le contentieux prud'homale, qui voit s'opposer salariés et employeurs sur le respect de leurs obligations respectives. De multiples exemples pourraient d'ailleurs être donnés sans toutefois épuiser le sujet²⁵⁶.

²⁵⁶ P. Bailly, Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail, RJS mars 2022, p. 191.

145. Mais le droit du travail prévoit des aménagements probatoires ponctuels en fonction de l'objet du litige afin d'éviter que l'inégalité contractuelle se répercute sur la production de la preuve au cours du procès. Ces aménagements vont déformer la répartition classique de la charge de la preuve en allégeant celle du salarié et, réciproquement, en augmentant celle de l'employeur. C'est bien au nom d'un droit à la preuve du fait allégué par le salarié que cette preuve lui est facilitée à travers des mécanismes d'aménagement de la charge probatoire²⁵⁷. Certains interviennent dans des matières où l'état de subordination du salarié l'empêche de prouver, d'autres dans des cas où la situation du salarié dans l'entreprise est menacée.

§. 1 : Les correctifs pour prouver malgré l'état de subordination

146. – Allègements. Lorsque le salarié agit contre son employeur, ce sont majoritairement des faits, des comportements ou des agissements qui doivent être rapportés afin de prouver le non-respect d'une obligation par ce dernier. Certes, la preuve d'un fait peut être apportée par tous moyens²⁵⁸ mais le salarié va souvent devoir faire face à une difficulté majeure : en raison du lien de subordination il arrive fréquemment que l'employeur soit le seul à avoir la main sur la connaissance et la preuve de ces faits. Un premier correctif pourrait-être le deuxième alinéa de l'article 11 du Code de procédure civile²⁵⁹, mais il suppose la connaissance de l'élément requis et l'identification de son détenteur. D'autres correctifs doivent donc permettre d'alléger la charge probatoire du salarié pour faire disparaître le déséquilibre et permettre la tenue d'un procès équitable. Cela se vérifie notamment en matière de discrimination, de harcèlement ou d'inégalité de traitement mais également en matière de durée du travail.

A. L'allègement de la charge de la preuve d'une discrimination et d'un harcèlement

147. – Assimilation et distinction. Les faits de discriminations et de harcèlements peuvent être de différentes natures mais ils bénéficient d'un régime probatoire identique qui consiste à alléger la charge de la preuve pesant sur la victime supposée. S'agissant plus précisément de la

²⁵⁷ En exigeant qu'il prouve moins, il prouvera plus facilement.

²⁵⁸ C. civ., art. 1358, préc.

²⁵⁹ « Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

discrimination, il faut bien la distinguer de l'inégalité de traitement qui fait également l'objet d'un régime probatoire favorable mais dont la portée est plus limitée.

1. Le régime en matière de discriminations et de harcèlements

148. – Assimilation. Harcèlements et discriminations peuvent être de différentes natures : la discrimination peut être directe ou indirecte²⁶⁰ ; le harcèlement quant à lui peut être sexuel²⁶¹ ou moral.

Dans tous les cas, le salarié qui estimerait en être victime bénéficiera du même régime favorable en matière de charge de la preuve. Pour l'ensemble de ces situations il devra simplement produire des faits qui laissent à penser l'existence de ces situations, à charge ensuite pour l'employeur de prouver qu'elles résultent d'éléments objectifs et étrangers à toute discrimination ou harcèlement²⁶². Particularité du harcèlement, même si l'employeur n'en est pas l'auteur sa responsabilité pourra être recherchée sur le fondement de son obligation de sécurité²⁶³. Il est d'autant plus exposé que le champ des auteurs de l'infraction a considérablement été élargi depuis une loi du 2 août 2021²⁶⁴.

Ce régime favorable résulte de la transposition de directives européennes²⁶⁵ qui imposent aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin de faciliter l'administration de la preuve au profit de la victime dans ces contentieux. Le harcèlement y est d'ailleurs assimilé à une forme de discrimination fondée sur le sexe.

149. – Conséquences. La Cour de cassation impose au juge d'examiner l'ensemble des éléments présentés par le salarié, d'apprécier s'ils permettent de présumer l'existence d'un harcèlement (ou d'une discrimination) et dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les

²⁶⁰ Dir. 2000/78 du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 2.

²⁶¹ Qui inclus désormais les comportements sexistes depuis l'entrée en vigueur de L. n° 2021-1018 du 2 août 2021.

²⁶² C. trav., art. L. 1154-1 pour le harcèlement ; C. trav., art. L. 1134-1 pour la discrimination.

²⁶³ Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914.

²⁶⁴ L. n° 2021-1018 du 2 août 2021, préc., art. 1 ajoute à l'article L. 1153-1 du Code du travail : « *Le harcèlement sexuel est également constitué :*

a) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements venant de plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

b) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements, successivement, venant de plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ; ».

²⁶⁵ Dir. 2000/78 du 27 nov. 2000, préc., en matière de discrimination. ; Dir. 2006/54 du 5 jui. 2006 en matière de harcèlement.

agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement (ou d'une discrimination) et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs qui y sont étrangers²⁶⁶. A défaut d'avoir opéré cet examen, la décision des juges du fond sera cassée pour violation de la loi²⁶⁷. En revanche, la portée des éléments produits (c'est-à-dire leur capacité à permettre de présumer l'existence du fait allégué) est appréciée souverainement par les juges du fond²⁶⁸. Néanmoins, en matière de discrimination la chambre sociale semble opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁶⁹ des juges du fond qui doivent donc garder à l'esprit « *qu'étayer n'est pas aussi exigeant que prouver* »²⁷⁰.

150. – Limites. L'allègement de la charge de la preuve des faits de harcèlement ou de discrimination « *ne dispense pas le salarié d'établir la matérialité de faits précis et concordants afin que la partie adverse soit en mesure de s'expliquer et de justifier des motifs de sa décision* »²⁷¹. Autrement dit, le commencement de preuve qu'il incombe au salarié de produire doit concerner des faits tangibles qui se sont effectivement produits et non de simples allégations²⁷². Aussi, ce régime favorable n'est pas applicable en matière pénale (harcèlement et discrimination constituent des infractions pénales²⁷³) puisqu'elle porterait une trop forte atteinte à la présomption d'innocence²⁷⁴.

Enfin, l'employeur ne saurait se prévaloir de ce régime favorable en matière disciplinaire pour sanctionner un salarié sur le fondement d'éléments qui laissent seulement à penser l'existence d'un harcèlement à l'encontre d'un autre salarié sans l'établir formellement²⁷⁵. Seul un salarié peut donc bénéficier du régime de faveur.

²⁶⁶ Cass. soc., 8 jui. 2020, n° 18-24.320.

²⁶⁷ Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-42.766.

²⁶⁸ Cass. soc., 8 juin 2016, n° 14-13.418.

²⁶⁹ Cass. soc., 3 jui. 2012, n° 11-11.059 : « Le seul fait du recrutement d'un autre salarié au poste auquel le salarié s'était porté candidat ne pouvait suffire à laisser supposer l'existence d'une discrimination. » ; Cass. soc., 28 mai 2014, n° 13-12.311 : viole les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 1132-4 du Code du travail, la cour d'appel qui rejette la demande en nullité du licenciement alors qu'il ressortait de ses constatations que le salarié présentait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur son état de santé.

²⁷⁰ J.-P. Lhernould, Licencié un salarié qui annonce un état de burn-out laisse supposer une discrimination à raison de l'état de santé, JSL, 6 avr. 2020, n° 495.

²⁷¹ Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

²⁷² Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.264 sur l'insuffisance de certificat médical versé aux débats qui ne « faisait que reprendre ses propos sur l'origine de l'affection médicalement constatée » pour caractériser la matérialité d'éléments précis et concordants pouvant présumer l'existence d'un harcèlement.

²⁷³ C. pénal, art. 225-1 (discrimination) ; C. pénal, art. 222-33 et art. 222-33-2-2 (harcèlements sexuel, sexiste et moral).

²⁷⁴ Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-84.779.

²⁷⁵ Cass. soc., 7 fév. 2012, n° 10-17.393 : « les dispositions de l'article L.1154-1 ne sont pas applicables lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement moral. »

151. Un régime probatoire de faveur similaire s'applique en matière d'inégalité de traitement mais il connaît une limite assez substantielle.

2. Le régime en matière d'inégalité de traitement

152. – Distinction. La discrimination ne doit pas se confondre avec l'inégalité de traitement en dehors du cas spécifique de l'égalité entre les femmes et les hommes²⁷⁶. L'égalité de traitement appelle à faire une démarche de comparaison entre deux salariés placés dans une situation identique, chose que n'appelle pas à faire la discrimination. Dans cette opération le salarié qui estime subir une inégalité de traitement bénéficie également d'un allègement de la charge de la preuve puisqu'il doit simplement produire « *des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement* » et qu'il appartient ensuite à l'employeur d'apporter « *des éléments objectifs justifiant cette différence* »²⁷⁷. Mais ce régime de faveur souffre d'une limite spécifique. Il cède lorsque la différence de traitement est opérée par voie d'accord collectif de travail dans des cas, a priori, limitativement énumérés par la jurisprudence de la chambre sociale²⁷⁸. La différence de traitement est alors présumée justifiée, chose inconcevable en matière de discrimination²⁷⁹. En conséquence de cette présomption de justification, la charge de la preuve est renversée au détriment du salarié contraint de produire des éléments qui prouvent que la différence est étrangère à « *toute considération de nature professionnelle* »²⁸⁰. Preuve difficile puisqu'une « *considération de nature professionnelle* » est beaucoup plus large qu'un « *élément objectif* » de sorte que l'employeur peut y raccrocher à peu près tout ce qui intervient dans la relation de travail.

153. C'est donc implicitement au nom du droit à la preuve d'une discrimination, d'un harcèlement ou d'une inégalité de traitement que le salarié bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve de ces faits. Un régime similaire existe également en matière d'heures supplémentaires.

²⁷⁶ C. trav., L. 3221-8 renvoi à L. 1144-1 : c'est le régime de la preuve des discriminations qui s'applique.

²⁷⁷ Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-41.285..

²⁷⁸ Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : la Cour rappelle ces cas et écarte l'idée d'une présomption générale de justification des différences de traitement opérée par voie d'accord collectif.

²⁷⁹ Cass. soc., 9 avr. 2019, n° 17-16.642.

²⁸⁰ Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517.

B. L'allègement de la charge de la preuve des heures supplémentaires

154. – D'un partage à un allègement de la charge probatoire. La question de la charge de la preuve du temps de travail effectif est réglée par l'article L. 3171-4 du Code du travail.

A première vue, le texte semble opérer un partage de la charge de la preuve entre employeur et salarié : le premier doit fournir au juge « *les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* », le second doit produire des éléments pour appuyer sa demande (sous-entendu en paiement d'heures supplémentaires). Le juge est ensuite tenu de forger sa conviction au regard de l'ensemble de ces éléments.

Mais la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de la directive dite « temps de travail »²⁸¹ est intervenue. Elle impose à l'employeur de mettre en place un système permettant de mesurer la durée du travail et d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectivement accomplies par chaque travailleur²⁸².

155. La chambre sociale en a donc logiquement déduit qu'il appartient au salarié de présenter des « *éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies* » à charge pour l'employeur d'y répondre utilement « *en produisant ses propres éléments* »²⁸³. Elle censure par exemple un arrêt d'appel qui avait débouté un salarié de sa demande au regard de la seule insuffisance des éléments qu'il a présenté pour étayer cette demande faisant ainsi « *peser la charge de la preuve sur le seul salarié* » en violation de l'article L. 3171-4. La solution est assez logique, l'employeur ayant l'obligation de mettre en place un dispositif de contrôle du temps de travail, et de surcroît la main sur cette mise en place,²⁸⁴ il est normal que la charge de la preuve pèse davantage sur lui que sur le salarié. Il en résulte que les éléments produits par ce dernier n'ont pas à être suffisamment précis pour établir avec certitude le nombre d'heures de travail accomplies mais seulement pour permettre à l'employeur d'y répondre. Autrement dit, le salarié doit simplement produire des éléments qui permettent de présumer l'accomplissement d'heures supplémentaires à charge pour l'employeur de contredire ces éléments.

²⁸¹ Dir. 2003/55 du 4 nov. 2003, préc., qui modifie une directive 93/104 du 23 nov. 1993.

²⁸² CJUE, 14 mai 2019, affaire C-55/18, préc.

²⁸³ Cass. soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919.

²⁸⁴ Cass. soc., 13 jui. 2004, n° 02-15.142, préc.

156. – Conséquences. En application de cette jurisprudence, l'imprécision du décompte produit par le salarié ne peut à lui seul justifier un rejet de sa demande en paiement d'heures supplémentaires alors même que l'employeur aurait été défaillant dans le contrôle de la durée du travail²⁸⁵. Là encore c'est assez logique, il ne peut pas être reproché au salarié de ne pas apporter une preuve précise du décompte alors que l'employeur tenu de mettre en place un dispositif de contrôle précis et objectif ne l'a pas fait. Le salarié allégé dans sa charge probatoire peut par exemple produire des éléments différents, voire qui se contrediraient, entre sa demande initiale et l'appel. Si les éléments présentés par l'employeur ne permettent pas de contredire le salarié, le juge retiendra l'existence d'heures supplémentaires dont il pourra évaluer souverainement l'importance²⁸⁶ ce qui là encore allège la charge de la preuve du salarié et impose à l'employeur d'être particulièrement précis (d'où l'importance du contrôle, v. supra §. **116**). Toutefois, la Cour de cassation opère un contrôle du caractère « *suffisamment précis* » des éléments produits par le salarié pour permettre à l'employeur de répondre²⁸⁷. C'est un léger filet de sécurité pour ce dernier contre des juges du fond trop laxistes à l'égard des salariés.

157. A nouveau, le droit à la preuve, cette-fois, des heures de travail accomplies, justifie implicitement que le salarié puisse bénéficier d'une charge de la preuve allégée. Comme pour le régime favorable en matière de discrimination, de harcèlement et d'inégalité de traitement, le but est de permettre au salarié de prouver plus facilement en apportant moins d'éléments probants. Ces régimes sont justifiés par le fait que l'employeur est le plus à même de détenir les éléments permettant de prouver ces situations dont il est (le plus souvent) à l'origine alors que le salarié, tenu par un lien de subordination, y aura difficilement accès.

Il existe aussi d'autres correctifs probatoires plus intenses qui s'appliquent lorsque la situation du salarié dans l'entreprise subit une menace.

§. 2 : Les correctifs liés à une menace pour la situation du salarié dans l'entreprise

158. – Renversements. Lorsque la situation du salarié dans l'entreprise est menacée la jurisprudence décide parfois, non pas d'aménager la charge de la preuve au profit d'un partage plus favorable à l'égard de ce dernier, mais de la renverser purement et simplement au détriment

²⁸⁵ Cass. soc., 20 oct. 2021, n° 19-23.844.

²⁸⁶ Cass. soc., 18 mars 2020, n° 18-10.919, préc., « sans préciser le détail de son calcul ».

²⁸⁷ Cass. soc., 27 janv. 2021, n° 17-31.046 : « En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations, (...), que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre (...) »

de l'employeur. Alors que la charge était initialement partagée, l'employeur va finalement devoir la supporter seul (ou presque). C'est notamment le cas lorsque la menace touche à la santé et la sécurité du salarié mais également lorsqu'il est question de la rupture de son contrat de travail.

A. Les renversements de la charge de la preuve en cas de menace pour la santé et la sécurité du salarié.

159. – Durée du travail et temps de repos. Au-delà de l'obligation générale de sécurité de l'employeur à l'égard de ses salariés, il existe une multitude d'obligations spécifiques qui touchent également à leur santé et leur sécurité. C'est notamment le cas en matière de durée du travail et de temps de repos.

160. Côté droit interne, le Code du travail prévoit des durées maximales de travail et des durées minimales de repos²⁸⁸. Côté droit communautaire, la directive européenne « temps de travail »²⁸⁹ pose également des seuils de durée du travail maximale et de temps de repos minimal que les législations des Etats membres doivent respecter. Le lien entre ces seuils et la santé des salariés est évident : pour préserver sa santé physique et mentale, le salarié ne doit pas travailler sans limite temporelle et doit disposer de congés et repos lui permettant de s'épanouir sur le plan personnel. D'ailleurs, selon la CJUE, ces seuils « *constituent des règles du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescriptions minimales nécessaires pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé*²⁹⁰ ». Leur violation constitue donc une menace pour la santé et la sécurité des salariés. En cas de dépassement des durées maximales de travail ou de non-respect des durées minimales de repos, le salarié peut logiquement solliciter la condamnation de son employeur à lui verser des dommages-intérêts pour le préjudice subi.

161. La chambre sociale a donc interprété notre droit à la lumière de la directive temps de travail pour faciliter la preuve de la violation de ces prescriptions au profit du salarié²⁹¹. Elle juge ainsi

²⁸⁸ C. trav., L. 3121-16 à L. 3121-26 pour les durées maximales de travail journalier et hebdomadaire et les temps de pause ; L. 3131-1 à L. 3132-32 pour les durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire ; L. 3141-1 à L. 3141-33 pour les congés payés annuels.

²⁸⁹ Dir. 2003/55 du 4 nov. 2003, préc.

²⁹⁰ CJC, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04 « Dellas ».

²⁹¹ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.015.

de manière constante que « *les dispositions de l'article L. 3171-4 du Code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié ne sont pas applicables à la preuve du respect des seuils et plafonds, prévus tant par le droit de l'Union européenne que par le droit interne* ». Il en résulte que la preuve du respect de ces seuils incombe exclusivement à l'employeur²⁹². Autrement dit, en matière de durée maximale de travail et de temps de repos, il ne s'agit plus de mettre en œuvre le mécanisme de partage de la charge de la preuve de l'article L. 3171-4 mais de renverser cette charge au détriment de l'employeur. Il est donc seul à devoir produire des éléments qui prouvent qu'il a respecté ses obligations en la matière²⁹³, le salarié n'est quant à lui plus tenu de présenter des éléments précis pour permettre à l'employeur de répondre aux manquements allégués²⁹⁴.

162. Le droit à la preuve justifie donc, toujours implicitement, un aménagement probatoire plus intense en matière de durée maximale de travail et de durée minimale de repos. Il vient s'allier au droit à la protection de la santé et de la sécurité des salariés pour que le partage de la charge de la preuve qui leur est initialement plus favorable se transforme en un renversement au détriment de l'employeur. Une logique similaire intervient lorsqu'il est question de la rupture du contrat de travail.

B. Les renversements de la charge de la preuve en cas de rupture du contrat de travail

163. – Modes de rupture. En dehors du cas particulier du contrat à durée déterminée qui ne peut être rompu avant son terme que dans des cas limitativement déterminés par la loi, le contrat à durée indéterminée peut être rompu à tout moment à l'initiative de l'employeur ou du salarié²⁹⁵. Il en va de la prohibition des engagements perpétuels²⁹⁶. Différents modes de rupture existent (démission, résiliation judiciaire, départ ou mise à la retraite), certains sont gouvernés par un régime probatoire très favorable au salarié. C'est notamment le cas du licenciement et de la prise d'acte.

²⁹² Cass. soc., 20 fév. 2013, n° 15-24.507.

²⁹³ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929, rendu en matière de congés annuels.

²⁹⁴ Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-24.507.

²⁹⁵ C. trav., L. 1231-1.

²⁹⁶ C. civ., 1210 al. 1.

1. La charge de la preuve en matière de licenciement

164. – Preuve de la cause réelle et sérieuse. Le licenciement c'est le mode de rupture du contrat de travail à l'initiative exclusive de l'employeur. Il est encadré par de nombreuses règles de procédure (convocation à un entretien préalable, tenue de l'entretien après un délai minimal de cinq jours, notification de la lettre de licenciement, etc) et de fond qui tiennent essentiellement à son motif. Ce dernier doit être soit personnel, soit économique. Mais que le licenciement repose sur un motif personnel ou économique, il doit avant tout être justifié par une cause réelle et sérieuse²⁹⁷ et c'est là que surgit la question de la charge de la preuve en cas de contestation. Qui doit prouver la cause réelle et sérieuse de licenciement ?

165. Il faut avant tout bien distinguer la question de la preuve de la cause et de celle du licenciement en lui-même. De manière générale, il revient à celui qui prétend que le contrat de travail a été rompu d'en apporter la preuve²⁹⁸. Il en résulte que c'est à celui qui se prévaut du licenciement (généralement le salarié) pour bénéficier des droits qui en découlent (indemnités de licenciement par exemple) d'apporter la preuve que la rupture du contrat de travail était un licenciement²⁹⁹.

S'agissant de la preuve de la cause réelle et sérieuse, la question est en théorie réglée par l'article L. 1235-1 du Code du travail. Il dispose que « *le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». A priori, le texte semble opérer un partage égalitaire entre salarié et employeur : le premier va produire des éléments qui démontrent que les motifs invoqués pour justifier son licenciement ne constituent pas une cause réelle et sérieuse ; le deuxième va produire des éléments qui démontrent que ces motifs constituent bel et bien une telle cause ; le juge se prononcera au regard de l'ensemble de ces éléments. D'ailleurs, la chambre sociale juge de manière constante que ni la preuve du caractère réel et sérieux du licenciement, ni la preuve contraire n'incombent spécialement à l'une ou l'autre des parties³⁰⁰. Certains estiment que cela revient à ne faire supporter la charge de la preuve sur personne³⁰¹. Mais une toute autre analyse est possible.

²⁹⁷ C. trav., L. 1232-1 al. 2. ; L. 1233-2 al. 2.

²⁹⁸ Cass. soc., 15 juin 1994, n° 92-14.661.

²⁹⁹ Cass. soc., 3 avr. 1990, n° 87-42.703.

³⁰⁰ Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-40.514.

³⁰¹ M. Mekku, Charge de la preuve et présomptions légales l'art de clarifier sans innover, Dr. et patr. n° 250, 1^{er} sept. 2015.

166. – Un renversement qui ne dit pas son nom. Le dernier alinéa de l'article L. 1235-1 du Code du travail dispose que « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ». Cette dernière phrase a priori anodine est un véritable tremblement de terre probatoire qui a pour effet pratique de renverser la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement et de la faire peser sur l'employeur. Il ne faut pas se fier à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel³⁰², ni aux précisions données par l'Administration pour qui la règle ne « *constitue pas un renversement de la charge de la preuve à l'encontre de l'employeur, mais se borne à régler le cas où après épuisement des mesures d'instruction, un doute subsiste encore* »³⁰³.

167. D'abord parce « *l'épuisement des mesures d'instruction* » ne subordonnent en aucun cas le jeu du dernier alinéa de l'article L. 1235-1 du Code du travail. Le juge prud'homale, comme n'importe quel juge, n'a aucune obligation de recourir à une mesure d'instruction pour statuer³⁰⁴, l'administration de la preuve devant rester la chose des parties. D'ailleurs, la chambre sociale n'opère aucune vérification sur ce point puisqu'elle reconnaît aux juges du fond un pouvoir d'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui leur sont soumis pour retenir qu'il existe un doute ou non sur la cause réelle et sérieuse de licenciement³⁰⁵.

168. Ensuite, parce que l'application pratique de la règle traduit bel et bien un renversement de la charge de la preuve à l'encontre de l'employeur. En permettant au doute du juge de profiter au salarié et de conduire au prononcé d'une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, la règle fait en réalité peser l'essentiel de la charge de la preuve sur l'employeur. Ce dernier ne doit pas simplement répondre aux éléments produits par le salarié, il doit aller au-delà et produire des éléments de fait qui permettent de confirmer les griefs allégués à l'encontre du salarié et de démontrer en quoi ils constituent un motif réel et sérieux de licenciement³⁰⁶. Dans le cas

³⁰² Cons. constit., 25 jui. 1989, n° 89-257 DC : « C'est seulement dans le cas où le juge sera dans l'impossibilité, au terme d'une instruction contradictoire, de former avec certitude sa conviction sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement qu'il sera conduit à faire application du principe selon lequel le doute profite au salarié. »

³⁰³ Circ. DRT n° 12-89, 4 oct. 1989.

³⁰⁴ Cass. soc., 15 mai 1991, n°89-44.647, préc., et Cass. soc., 18 déc. 1978, n°77-40.657, préc.

³⁰⁵ Cass. soc., 5 avr. 2018, n° 16-24.403.

³⁰⁶ Cass. soc., 24 sept. 1987, n° 85-41.581 : « Mais attendu que si la charge de la preuve du caractère réel et sérieux du licenciement ne pèse pas sur l'employeur, il incombe à celui-ci d'alléguer les faits précis sur lesquels il fonde le licenciement. » ; Cass. soc., 31 mars 2010, n° 08-70.277 rendu en matière d'insuffisance professionnelle où la Cour impose implicitement à l'employeur de produire des éléments de faits précis qui caractérisent l'insuffisance professionnelle pour démontrer la cause réelle et sérieuse de licenciement.

contraire le doute subsisterait forcément dans l'esprit du juge d'autant plus qu'il est tenu de vérifier la cause véritable du licenciement tant au regard de son caractère exact³⁰⁷ que sérieux³⁰⁸. Ces exigences ne sont-elles pas de nature à faire peser la preuve de l'existence d'une cause réelle et sérieuse exclusivement sur l'employeur ? Cela paraît d'autant plus vrai que ce sont les motifs énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement qui vont strictement délimiter les limites du litige relatif à ces motifs³⁰⁹. La question de la charge de la preuve que supporte l'employeur intervient donc dès la rédaction de la lettre. Il devra veiller à être en capacité de produire des éléments lui permettant de prouver la réalité et le sérieux de ces motifs en cas de contestation par le salarié.

169. Enfin, parce que selon la chambre sociale l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ne peut en aucun cas se déduire du silence du salarié sur les griefs que l'employeur a pourtant pris soin de détailler avec précision dès lors, par exemple, qu'il se contente de « *contester en bloc l'insuffisance professionnelle qui lui est reprochée* »³¹⁰. Selon la Cour de cassation, la solution inverse reviendrait à faire peser la preuve de la cause réelle et sérieuse sur le salarié alors qu'elle n'est pas censée, en théorie, incomber particulièrement à l'une ou l'autre des parties.

Autrement dit les juges ne peuvent déduire la cause réelle et sérieuse de licenciement du seul fait que le salarié ne répond pas aux griefs invoqués par l'employeur. Voilà qui tend à renverser la charge de la preuve au détriment de ce dernier : le salarié peut simplement contester, dans leur principe, les motifs de licenciement sans avoir à produire des éléments qui corroborent cette contestation, à charge par contre pour l'employeur de produire des éléments précis et au juge de ne surtout rien déduire du silence du salarié sur ces éléments. Là où la règle impose à l'employeur de participer activement à la preuve en apportant des éléments précis et convaincants, elle incite le salarié à une certaine passivité qui ne pourrait à elle seule le priver du bénéfice du doute. Mais le silence du salarié devrait justement l'en priver : s'il ne produit aucun élément de preuve pour remettre en cause la réalité et le sérieux des motifs de l'employeur, comment admettre qu'un doute subsiste à son profit dès lors que l'employeur produit des éléments précis qui corroborent ces motifs et que le salarié n'y répond pas ? Là encore cette construction probatoire part du postulat selon lequel le salarié ne disposerait que

³⁰⁷ Cass. soc., 26 mai 1998, n° 96-41.062.

³⁰⁸ Cass. soc., 25 oct. 2017, n° 16-11.273.

³⁰⁹ C. trav., art. L. 1235-2.

³¹⁰ Cass. soc., 11 déc. 1997, n° 94-42.045.

d'un accès limité aux éléments de preuve permettant de contester la cause réelle et sérieuse de licenciement.

170. Implicitement, c'est donc toujours au nom d'un droit à la preuve, ici de la réalité et du sérieux des motifs du licenciement prononcé par l'employeur, qu'un doute subsiste au profit du salarié et que la charge de la preuve s'en trouve en conséquence renversée. La solution est concevable eu égard à l'initiative de ce mode de rupture. Après tout, si un employeur décide de licencier son salarié il est normal, au regard des conséquences sociales et financières d'une perte d'emploi non voulue, qu'il incombe à l'employeur de prouver que le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse. D'ailleurs, le renversement ne fait aucun doute lorsque l'employeur invoque une faute grave³¹¹ et a fortiori une faute lourde du salarié³¹².

Mais un régime tout aussi favorable s'applique en matière de prise d'acte, mode de rupture pourtant à l'initiative du salarié.

2. La charge de la preuve en matière de prise d'acte

171. – Preuve d'un manquement suffisamment grave de l'employeur. La prise d'acte est un mode de rupture à l'initiative du salarié d'origine prétorienne et qui ne fait l'objet d'aucune dispositions spécifiques dans le Code du travail³¹³. Son régime a donc été façonné par la jurisprudence de la chambre sociale. Elle permet au salarié de rompre unilatéralement son contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail et de solliciter la requalification en licenciement auprès du juge. Le nerf de la guerre est ici la preuve de ce manquement et de son caractère suffisamment grave. S'il est reconnu, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle sérieuse, dans le cas contraire elle produira les effets d'une démission notamment à l'égard des droits au chômage. Prendre acte de la rupture reste un risque pour le salarié qui envisageait d'obtenir les

³¹¹ Cass. soc., 18 mars 2012, n° 10-27.779.

³¹² Il pourrait en être déduit une application de l'art. 1353 C. civ. (celui qui se prétend libéré d'une obligation doit prouver le fait qui a produit son extinction) : la faute grave ou lourde permet à l'employeur de se libérer de son obligation de verser l'indemnité de licenciement et d'observer une période de préavis. Mais l'idée de réciprocité qui se dégage du texte n'apparaît pas puisque le salarié n'est, en théorie, pas tenu de présenter des éléments qui remettent en cause la gravité de sa faute pour réclamer l'indemnité de licenciement et l'exécution du préavis.

³¹³ Seul l'article L. 1145-1 semble y faire référence en disposant que : « Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine. »

droits tirés d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse mais qui finalement se retrouverait sans aucune indemnité ni assurance chômage. C'est sans doute eu égard à ce risque que la jurisprudence a construit un régime probatoire plus favorable pour le salarié que celui du licenciement pour l'employeur.

172. – Particularités par rapport au licenciement. Au niveau de la stratégie probatoire, quelques particularités du régime de la prise d'acte offrent au salarié un avantage dont ne bénéficie pas l'employeur pour le licenciement. Les plus marquants concernent le cadre du litige. Premièrement, les juges ne peuvent tenir compte que des griefs invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte. Ils ne peuvent tirer aucune conséquence de griefs invoqués postérieurement par l'employeur. Par exemple, si le salarié notifie sa prise d'acte par courrier en mentionnant différents manquements, les griefs mentionnés au courrier de réponse par lequel l'employeur a pris acte de la démission du salarié ne seront pas pris en compte³¹⁴. Autrement dit, ils leur incombent seulement de vérifier si les faits invoqués par le salarié justifiaient sa prise d'acte. La solution pourrait paraître logique puisque la prise d'acte entraîne la rupture immédiate du contrat de travail, peu importe donc la lettre envoyée postérieurement par l'employeur pour imputer au salarié cette rupture³¹⁵. Mais elle est d'autant plus troublante que, deuxièmement, l'éventuel écrit du salarié par lequel il prend acte de la rupture ne fixe pas les limites du litige de sorte que les juges doivent examiner l'ensemble des manquements invoqués même ceux qui n'auraient pas été initialement mentionnés dans cet écrit³¹⁶. Le salarié qui prend acte a donc la possibilité d'ajuster le cadre du litige au grès des griefs qu'il entend reprocher à son employeur là où ce dernier, lorsqu'il licencie, ne dispose pas d'une telle faveur. Une proposition de loi visant à offrir un cadre légal à la prise d'acte semblait d'ailleurs vouloir corriger ce déséquilibre³¹⁷.

173. – Principe de la charge de la preuve. Sur le terrain de la charge probatoire, le principe veut que la preuve des manquements suffisamment graves soit apportée par le salarié ce qui implique d'établir leur existence³¹⁸ et leur gravité³¹⁹ (ce qui renvoi à la preuve de la cause réelle

³¹⁴ Cass. soc., 19 mai 2009, n° 07-44.435.

³¹⁵ Cass. soc., 19 mai 2009, n° 07-44.435, préc.

³¹⁶ Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 06-46.523.

³¹⁷ Proposition de L. n° 3418 du 11 mai 2011 qui introduisait au Code du travail l'article L. 1237-18 disposant que : « Pour que la prise d'acte de rupture du contrat de travail puisse être valable, celle-ci doit reposer sur des motifs et faits suffisamment graves [...] qui devront être exposés dans la lettre de rupture »

³¹⁸ Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578.

³¹⁹ Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-69.801.

et sérieuse de licenciement). Dans cette opération, le salarié n'a pas le bénéfice du doute que lui octroi l'article L. 1235-1 en matière de licenciement de sorte que s'il existe un doute sur la réalité des faits invoqués à l'appui de la prise d'acte, celle-ci doit produire les effets d'une démission³²⁰ (en quelque sorte le doute profite à l'employeur).

Mais ce principe souffre de plusieurs exceptions qui viennent renverser la charge de la preuve au détriment de l'employeur. Elles vont présumées l'existence des manquements de sorte que ce ne sera plus au salarié de les prouver mais à l'employeur de produire des éléments permettant d'établir la preuve contraire.

174. – Exceptions. Le salarié pourra notamment se prévaloir des régimes probatoires favorables qui s'appliquent aux faits de harcèlement, de discrimination et d'inégalité de traitement (v. supra § 148 et s.). Il n'aura qu'à présenter des éléments qui laissent à penser que ces faits existent, présomption qui suffira à requalifier la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse si l'employeur n'a pas apporté la preuve contraire³²¹. Il est vrai que l'exception relève ici plus d'un allègement de la charge de la preuve que d'un véritable renversement puisque le salarié doit quand même produire quelques éléments. Mais il existe d'autres situations où l'existence d'un manquement sera totalement présumée sans que le salarié ne produise un quelconque élément à l'appui. C'est notamment le cas en matière de santé et sécurité au travail. En effet, lorsqu'un salarié invoque une inobservation des règles de prévention et de sécurité à l'appui de sa prise d'acte, il incombe à l'employeur de démontrer l'absence de manquement à son obligation de sécurité. Par exemple, le salarié victime d'un accident de travail peut prendre acte de la rupture du contrat en invoquant (et non pas en apportant la preuve) le non-respect des règles de sécurité par l'employeur qui devra alors prouver que la survenance de l'accident est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité³²². Il s'agit bien là d'un véritable renversement de la charge de la preuve et non d'un simple allègement³²³. Le retour à une obligation de moyen renforcée³²⁴ n'a pas modifié la solution, il incombe simplement à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés.

³²⁰ Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754.

³²¹ Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-13.278.

³²² Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.838.

³²³ J.-P. Lhernoud, Le régime de la prise d'acte consécutive à un accident du travail, JSL, n° 294, 24 fév. 2011.

³²⁴ Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444, préc.



175. – De l'aménagement, à la dispense. Allègement, partage, renversement de la charge de la preuve, les aménagements probatoires au profit du salarié sont donc nombreux, ont des origines prétoriennes ou légales et interviennent dans des situations diverses et variés. Ils ont en commun de corriger l'inégalité d'accès aux éléments de preuve auquel le salarié est présumé faire face dans ces situations. A travers eux, c'est toujours le droit à la preuve du salarié qui se manifeste implicitement. Mais bien plus qu'un aménagement, il arrive parfois que le salarié soit tout simplement dispensé de la charge de la preuve.



Section II – Les dispenses de preuve au profit du salarié

176. – Quintessence du droit à la preuve. Dans le contentieux prud'homale, en dehors des nombreux aménagements qui existent au profit du salarié, la charge de la preuve devrait, en application du droit commun, peser autant sur l'employeur que sur le salarié. Mais celui-ci va toutefois être dispensé de sa charge dans certaines situations. Ces cas sont rares mais le fait qu'ils représentent une pure manifestation (implicite) d'un droit à la preuve mérite qu'une attention particulière y soit portée : fondamentalement c'est au nom de ce droit que le salarié va être dispensé de produire des éléments de preuve permettant d'établir un fait, voire d'en faire simplement l'allégation.

177. La classification de ces situations semble difficile de par leur spécificité et leur champ d'application très restreint. Il convient néanmoins de distinguer les dispenses volontairement instituées par la jurisprudence dans un souci de protection des salariés et un cas de dispense involontaire résultant d'une application inadaptée du droit commun.

§. 1 : Les dispenses volontaires

178. – Protection des salariés. A l'instar du renforcement des aménagements de la charge de la preuve au profit du salarié qui joue lorsque sa situation dans l'entreprise est menacée, la

jurisprudence fait aussi intervenir la dispense dans une logique de protection. C'est notamment le cas lorsque le salarié subit, au temps et au lieu de travail, une atteinte à son intégrité physique ou morale pour laquelle la faute de l'employeur sera présumée de manière irréfragable. C'est également le cas lorsqu'il subit une violation de ses droits fondamentaux pour laquelle c'est cette fois un préjudice qui sera nécessairement reconnu.

A. Les présomptions irréfragables de faute de l'employeur

179. – Manquement à l'obligation de sécurité et faute inexcusable. Comme il a pu être précédemment évoqué (v. supra § 79) l'employeur est tenu à l'égard de ses salariés d'une obligation de sécurité³²⁵ qui lui impose de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés³²⁶. En cas de manquement, l'employeur peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement du droit commun³²⁷ ou, en cas de reconnaissance d'un accident ou d'une maladie professionnelle, au titre de sa faute inexcusable³²⁸.

Au-delà de la présomption (simple) d'imputabilité à l'activité professionnelle d'un accident ou d'une maladie survenue au temps et au lieu du travail qui ne concerne que les rapports entre la caisse d'assurance maladie/le salarié et l'employeur/la caisse, il existe des présomptions irréfragables de faute de l'employeur dans ses rapports avec le salarié : des présomptions de manquement à l'obligation de sécurité qui vont dispenser ce dernier d'en apporter la preuve. Deux exemples peuvent être évoqués.

180. – Exposition à l'amiante. Premier exemple de dispense, le régime de preuve dérogatoire qui s'applique aux salariés éligibles à l'ACAATA³²⁹.

Pour rappel ces salariés sont ceux des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante qui figurent sur une liste établie par arrêté ministériel³³⁰. La chambre sociale leur a reconnu un triple régime de faveur dérogatoire qui les dispense d'apporter la preuve de leur exposition à l'amiante, de la faute de l'employeur et de leur préjudice³³¹. A titre de comparaison

³²⁵ C. trav., art. L. 4141-1, préc.

³²⁶ Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444, préc.

³²⁷ C. civ., art. 1240.

³²⁸ Cass. 2ème civ. 8 oct. 2020, n° 18-25.201 : « Le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

³²⁹ Allocation de cessation anticipée d'activité.

³³⁰ L. n° 98-1194 du 23 déc. 1998, art. 41.

³³¹ Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-18.311.

les salariés non bénéficiaires de l'ACAATA sont soumis au régime probatoire de droit commun en matière de responsabilité civile³³² et doivent donc apporter la preuve du fait générateur (l'exposition à l'amiante), la faute de l'employeur (le manquement à l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter l'exposition), le préjudice subi (par exemple le préjudice d'anxiété résultant de la crainte de développer une pathologie grave) et le lien de causalité. De même pour les salariés exposés à une autre substance nocive ou toxique que l'amiante³³³, à la différence qu'ils doivent en plus apporter la preuve de sa nocivité.

181. – Risque signalé. Deuxième exemple de dispense, le régime de preuve qui s'applique au profit des salariés victimes d'un risque signalé en amont à l'employeur.

L'article L. 4131-4 du Code du travail pose une présomption irréfragable de faute inexcusable de l'employeur au bénéfice du salarié victime d'un risque qui aurait fait l'objet d'un signalement. Celui-ci sera donc dispensé de produire, et corrélativement d'obtenir, des éléments permettant de prouver le manquement à l'obligation de sécurité, la conscience du danger et l'absence de mesure de prévention de la part de son employeur.

La Cour de cassation donne à ce cas de dispense une portée assez large en adoptant une lecture autonome de la notion de « *risque signalé* » au sens de l'article L. 4131-4 par rapport à la notion « *d'alerte d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé du salarié* » de l'article L. 4131-1 du Code du travail. Elle juge ainsi que la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur est de droit lorsque le risque signalé s'est matérialisé en accident du travail peu important que ce risque n'aurait pas présenté de danger grave et imminent pour la vie ou la santé du salarié³³⁴. La présomption de faute inexcusable pourrait ainsi jouer au bénéfice d'un salarié qui signale à son employeur un risque d'agression auquel il est exposé en lui transmettant une lettre anonyme de menace qu'il a reçu³³⁵.

B. Le préjudice nécessaire

182. – Consécration, abandon, survivance. La théorie du préjudice nécessaire, expression consacrée par la doctrine, désigne un mécanisme de présomption irréfragable de l'existence d'un préjudice³³⁶. Le dommage ouvrant droit à réparation se déduit automatiquement de la faute

³³² Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442.

³³³ Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-24.979.

³³⁴ Cass. soc., 17 jui. 1998, n° 96-20.988.

³³⁵ Cass. 2^{ème} civ., 8 jui. 2021, n° 19-25.550.

³³⁶ Cass. soc., 26 juin 1986, n° 83-43.481.

sans qu'aucun élément de preuve permettant d'établir sa réalité ne soit rapporté. En droit du travail, toujours dans une logique de faveur envers la partie faible au contrat, la théorie s'est facilement développée au fil des arrêts de la chambre sociale. La reconnaissance d'un préjudice automatique est intervenue dans de nombreuses situations comme par exemple, le non-respect de la procédure de licenciement³³⁷, l'exécution d'une clause de non-concurrence illicite³³⁸, le non-respect du repos quotidien de onze heures³³⁹ ou encore le défaut voire le simple retard de remise de l'attestation d'assurance chômage³⁴⁰.

183. L'une des difficultés de mise en œuvre de cette théorie est que les juges sont amenés à déterminer un quantum d'indemnisation alors même qu'en réalité le salarié peut n'avoir subi aucun dommage. D'ailleurs, la dispense de preuve ne concernant que l'existence du préjudice, le salarié reste tenu de rapporter la preuve de son étendue pour obtenir la plus importante réparation possible, chose difficile à faire s'il n'a en réalité subi aucun préjudice.

La chambre sociale a finalement marqué un coup d'arrêt au préjudice nécessaire par une décision du 13 avril 2016 qui donne lieu à un attendu de principe à la portée, a priori, générale selon lequel « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond* »³⁴¹. La généralité de la solution semblait confirmée par le Bulletin d'information de la Haute juridiction puisqu'elle y indiquait que la théorie du préjudice nécessaire avait pour résultat de multiplier les cas de sanction automatique en méconnaissance des règles de responsabilité civile³⁴². Les arrêts qui ont suivi ont donc opéré des revirements pour les préjudices nécessairement admis par exemple en matière de remise tardive d'attestation Pôle emploi³⁴³ ou d'exécution d'une clause de non concurrence illicite³⁴⁴.

184. Mais la théorie de préjudice nécessaire n'avait en fait pas dit son dernier mot puisqu'elle a été à nouveau mobilisée dans de nouvelles situations tout en étant écartée dans d'autres ce qui n'est pas sans entraîner une certaine insécurité juridique pour les employeurs.

Par exemple, dans un arrêt du 17 octobre 2018, il été reconnu que le défaut de mise en place d'institutions représentatives du personnel sans procès-verbal de carence avant la mise en

³³⁷ Cass. soc., 18 fév. 1998, n° 95-42.500.

³³⁸ Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280.

³³⁹ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.015.

³⁴⁰ Cass. soc., 17 sept. 2014, n° 13-18.850.

³⁴¹ Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293.

³⁴² BICC n° 849, 10 oct. 2016, IV n° 1220.

³⁴³ Cass. soc., 22 mars 2017, n° 16-12.930.

³⁴⁴ Cass. soc., 1^{er} fév. 2017, n° 15-23.299.

œuvre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique causait nécessairement un préjudice aux salariés³⁴⁵. En revanche, il a été jugé qu'il revenait au salarié d'apporter la preuve que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements en matière de licenciement économique lui avait causé un préjudice³⁴⁶.

185. Pour tenter de clarifier la casuistique certains auteurs ont pu avancer que la survivance du préjudice nécessaire était liée au fait qu'un texte fixait une indemnité minimale en cas de manquement par l'employeur. Si la loi prévoit une réparation minimale c'est que le manquement cause nécessairement un préjudice et que le salarié est en droit d'obtenir au moins cette indemnité légale³⁴⁷. Il est vrai que dans l'arrêt du 17 octobre le manquement de l'employeur était bien sanctionné par une indemnité minimale³⁴⁸ et qu'une solution similaire avait été rendu quelques mois avant en prenant en compte l'évolution législative à venir résultant de la mise en place du barème « Macron »³⁴⁹. L'idée avait le mérite de cantonner le jeu du préjudice nécessaire à des situations identifiables par les textes et d'enrayer la casuistique. Néanmoins, des décisions récentes mettent quelque peu à mal le raisonnement puisqu'un préjudice résultant nécessairement d'un manquement a été reconnu sans qu'aucun texte ne le sanctionne d'une indemnité minimale. Ces décisions concernent l'atteinte à la vie privée du salarié³⁵⁰, à son droit à l'image³⁵¹ ou encore le non-respect de la durée maximale de travail³⁵² pour lesquels aucun texte de droit du travail ne prévoit une indemnité minimale à payer par l'employeur en cas de manquement. Elles réinjectent une certaine casuistique dans le jeu du préjudice nécessaire et lui offrent peut-être une seconde jeunesse qui n'est pas sans entacher la lisibilité de la jurisprudence et la sécurité juridique.

186. Au même titre que les aménagements de la charge de la preuve, ces dispenses volontaires constituent des régimes de preuve dérogatoires au droit commun de l'article 1353 du Code civil.

³⁴⁵ Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392 : parce que privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

³⁴⁶ Cass. soc., 26 fév. 2020, n° 17-18.137.

³⁴⁷ G. François, Retour à la théorie du préjudice nécessaire ?, JCP S n° 48, déc. 2018, 1394.

³⁴⁸ C. trav., art. 1235-15.

³⁴⁹ Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578, rendu sous l'empire des textes antérieurs à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 (qui met en place le barème) mais à une date où « la publication du barème obligatoire figurant désormais à l'article L. 1235-3 du Code du travail et reposant sur une présomption de préjudice était largement annoncée » (M.-N. Rouspide-Katchadourian, Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? : Dr. soc. 2017, p. 892 et s., spéc. p. 894).

³⁵⁰ Cass. soc., 12 nov. 2020, n° 19-20.583.

³⁵¹ Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-12.240.

³⁵² Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 21-21.636.

Ils sont implicitement justifiés par le droit à la production d'éléments de preuves des salariés qui n'ont donc aucun élément à produire pour établir une faute de leur employeur ou l'existence d'un préjudice dans certaines situations spécifiques. La particularité de la relation déséquilibrée entre les employeurs et leurs salariés entraîne, dans une autre situation spécifique, un cas de dispense involontaire de la charge de la preuve de ces derniers résultant cette fois de l'application de ce même droit commun qui constitue lui aussi une traduction implicite du droit à la preuve.

§. 2 : La dispense involontaire

187. – Clause de non-concurrence. Parmi les clauses communes du contrat de travail, la clause de non-concurrence est sans doute celle qui présente les spécificités probatoires les plus intéressantes. Pour rappel, elle vient formaliser et encadrer le respect d'une obligation de non-concurrence qui pèsera sur le salarié après la rupture de son contrat de travail. La jurisprudence a progressivement étoffé son régime pour aboutir à des conditions strictes de licéité qui concernent à la fois son principe et sa mise en œuvre. Ces conditions ont été synthétisées dans les arrêts « Barbier » du 10 juillet 2002³⁵³. Dans son principe, la clause n'est valable que si elle est justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, si elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, si elle est limitée dans le temps, dans l'espace, mais surtout si elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière substantielle au salarié³⁵⁴. C'est ce dernier point qui concentre la majorité du contentieux relatif à l'exécution de la clause : l'employeur cherchera à se libérer de son obligation de verser la contrepartie alors que le salarié cherchera à en bénéficier. Mais ce point entraîne également quelques crispations sur le terrain de la preuve. Il introduit une obligation de l'employeur comme condition de licéité d'une clause de non-concurrence et entraîne alors un bouleversement probatoire qui aboutit à dispenser le salarié de la charge de la preuve du respect de son obligation de non-concurrence par une application du droit commun³⁵⁵.

188. – Droit commun de la preuve. Le régime probatoire qui s'applique à la clause de non-concurrence c'est donc l'article 1353 du Code civil qui, pour rappel, prévoit une réciprocité

³⁵³ Cass. soc., 10 jui. 2002, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.135 et n° 00-45.387.

³⁵⁴ Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.576 : « Mais attendu qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie ».

³⁵⁵ C. civ., art. 1353, préc.

entre d'une part celui qui réclame l'exécution d'une obligation (qui doit en apporter la preuve) et d'autre part celui qui prétend en être libéré (qui doit apporter la preuve des faits ayant entraînés son extinction). Si la clause n'était pas assortie d'une contrepartie financière obligatoire, seul le salarié supporterait la charge de la preuve de son obligation de non-concurrence en cas de litige puisque aucune obligation ne pèserait sur l'employeur. Pour démontrer qu'il en est libéré le salarié devrait donc produire des éléments qui prouvent que la clause est illicite soit dans son principe, soit dans sa mise en œuvre.

L'ajout d'une obligation de verser une contrepartie financière pesant sur l'employeur créer de facto une charge probatoire à son encontre en application du droit commun. Celui-ci devrait conduire à ce que la charge de la preuve en cas de litige relatif à la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence soit répartie de la manière suivante : l'employeur qui estime ne pas devoir verser la contrepartie devra prouver que le salarié ne respecte pas la clause³⁵⁶ et réciproquement le salarié qui prétend avoir droit à la contrepartie devrait prouver qu'il respecte effectivement la clause.

189. – Application dérogatoire. Mais l'application du droit commun par la jurisprudence en matière de clause de non-concurrence déroge au principe de réciprocité. Si elle considère à juste titre que l'existence d'une contrepartie financière est une condition de licéité de la clause, elle fait de son versement effectif par l'employeur une condition de l'existence de l'obligation de non concurrence pesant sur le salarié, alors qu'elle en est plutôt le résultat (c'est parce que le salarié respecte une obligation de non concurrence qu'il a droit à une contrepartie financière). Seul le non-respect de la clause par le salarié peut libérer l'employeur de son obligation de verser la contrepartie³⁵⁷ mais le fait de ne pas la verser libère instantanément le salarié de son obligation³⁵⁸. Sur le terrain probatoire cela aboutit à dispenser le salarié d'apporter la preuve qu'il respecte effectivement son obligation de non-concurrence pour se prévaloir du versement de la contrepartie. La Cour de cassation considère en effet qu'il incombe à l'ancien employeur de rapporter la preuve de la violation de la clause par le salarié sans quoi la contrepartie lui est due³⁵⁹. Elle considère en outre qu'aucune stipulation ne peut avoir pour effet de renverser cette charge de la preuve³⁶⁰. L'application de ces principes font qu'en pratique, après la rupture du

³⁵⁶ Par exemple, avoir été embauché par une entreprise concurrente pour les activités visées par la clause (Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 95-42.201) ou avoir créé une société concurrente et la domicilier au lieu de son adresse professionnelle avant de démissionner (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-46.261).

³⁵⁷ Cass. soc., 14 janv. 1997, n° 94-40.328.

³⁵⁸ Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-42.999.

³⁵⁹ Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-41.646.

³⁶⁰ Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.894.

contrat de travail, le versement de la contrepartie est de droit pour le salarié sans que celui-ci soit tenu d'apporter la preuve qu'il respecte son obligation, le respect est en quelque sorte présumée. Si l'employeur entend ne pas verser la contrepartie c'est à lui de prouver que le salarié ne respecte pas la clause et non à celui-ci de prouver l'inverse. A défaut, la contrepartie lui est donc due peu importe qu'il prouve ou non qu'il respecte son obligation alors même qu'il ne peut y prétendre que pour la période pendant laquelle il l'a bien respecté³⁶¹ ce qui, en principe, devrait l'obliger à en apporter la preuve.

190. – Illustration. Par exemple, une clause de non-concurrence stipule que le salarié ne doit pas exercer d'activité concurrente à celle de son employeur pendant un an après la rupture de son contrat de travail sur l'ensemble du territoire national métropolitain moyennant une contrepartie égale au tiers de son salaire brut. Concrètement, après la rupture du contrat de travail, si l'employeur ne verse pas la contrepartie, le salarié va saisir le conseil de prud'hommes en référé³⁶² pour en obtenir le paiement. Ce sera alors exclusivement à l'employeur d'apporter la preuve que le salarié ne respecte pas son obligation afin de démontrer qu'il est fondé à ne pas opérer le versement. Le salarié pourrait, en théorie, rester totalement passif au cours de l'instance puisqu'il ne lui incombe pas de prouver qu'il respecte affectivement la clause.

191. – Difficultés probatoires. En plus de devoir apporter une preuve négative, chose difficile, l'employeur doit faire face à des difficultés d'accès à la preuve puisqu'il n'exerce plus sur son ancien salarié les pouvoirs qu'il tient du lien de subordination. Comment prouver qu'un ancien salarié s'est fait embaucher auprès d'un employeur concurrent sans le faire en méconnaissance du principe de loyauté dans l'obtention de la preuve ou sans porter atteinte à la vie privée du salarié ? Pour éviter l'écueil d'une preuve illicite l'employeur sera le plus souvent contraint de faire appel au juge pour que soient ordonnées des mesures d'instruction. L'issue d'un litige relatif au versement de la contrepartie financière sera donc, d'une manière ou d'une autre, judiciaire alors qu'il suffirait de rétablir une application stricte du droit commun de l'administration de la preuve et faire supporter au salarié la charge de la preuve qui devrait justement peser sur lui. Certes, il a récemment été admis qu'un employeur pouvait se prévaloir de la page LinkedIn d'un salarié à son encontre³⁶³. Mais un ancien salarié qui souhaiterait

³⁶¹ Cass. soc., 25 fév. 2003, n° 00-46.263.

³⁶² Cass. soc., 22 fév. 2000, n° 98-43.005 : le non-paiement de la contrepartie financière constitue un trouble manifestement illicite.

³⁶³ Cass. soc., 30 mars 2022, n° 20-21.665.

profiter du beurre (la contrepartie financière de la clause) et de l'argent du beurre (être embauché auprès d'un employeur concurrent) prendra soin de ne pas y publier des informations susceptibles de mettre à mal sa stratégie.

L'espoir de l'employeur réside sans doute dans la récente consécration d'un droit à la preuve dont il pourrait se prévaloir pour tenter d'élargir ses possibilités dans la production d'éléments permettant de prouver que le salarié ne respecte pas son obligation de non-concurrence (v. infra § 201).



192. – De la traduction implicite, à la mise en œuvre explicite. Moins nombreux quantitativement que les mécanismes d'obtention, les mécanismes d'aménagement de la production de la preuve sont cependant d'une grande importance qualitative. Ils réussissent à pallier l'inégalité d'accès aux éléments de preuve subit par le salarié en lui permettant, en cas contentieux, de n'avoir à en produire que quelques-uns voire de ne pas avoir à en produire du tout au détriment de l'employeur. Corrélativement, ces mécanismes allègent le salarié pour l'obtention de ces éléments : moins il y a d'élément à produire pour satisfaire la charge de la preuve qui lui incombe, moins il y a d'élément à obtenir.

Le premier Titre de cette étude était donc consacré aux traductions implicites d'un droit à la preuve en droit du travail qui facilitent l'obtention et aménagent la production. Ces traductions, dont la multiplicité vient d'être présentée sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, démontrent toute la pluralité de ce droit qui va bien au-delà de sa double dimension « *droit d'obtenir* » et « *droit de produire* ». Pluralité de mécanismes (droit commun, droit du travail), pluralité de facettes (obtention, production) et pluralité de contextes d'intervention (hors litige, dans le cadre d'un litige) de laquelle il peut être déduit une pluralité de natures. En dehors d'un contexte litigieux, le droit à la preuve peut être vu comme un droit substantiel dont les parties aux relations de travail peuvent se prévaloir les unes à l'égard des autres afin d'obtenir des éléments de preuve, de garantir la transparence ou anticiper la question probatoire d'un éventuel contentieux. Dans le cadre d'un litige, il constitue un droit processuel qui va être mobilisé au cours d'un procès de manière à faciliter la production d'éléments de preuve afin d'œuvrer pour la recherche de la vérité, garantir une égalité des armes et un procès équitable. C'est précisément cette double nature qui est désormais mise en œuvre explicitement en droit du travail.



Titre II : La mise en œuvre explicite du droit à la preuve en droit du travail

193. – Origine prétorienne. Comme cela a pu être constaté au cours du premier Titre de cette étude, l'intervention implicite d'un droit à la preuve se fait à travers une multitude de mécanismes d'origine légale et prétorienne qui prennent place à la fois dans et en dehors d'un contexte litigieux. La mise en œuvre explicite du droit à la preuve résulte quant à elle d'une construction exclusivement jurisprudentielle qui n'a vocation à intervenir que dans le cadre d'un litige judiciaire. Cette construction récente n'est pas totalement achevée, les travaux sont toujours en cours sans qu'il puisse être clairement affirmé qu'ils relèvent encore du gros œuvre (par exemple la détermination de la nature du droit à la preuve) ou des finitions (par exemple l'articulation avec des intérêts antinomiques). Cela s'explique très certainement par une culture juridique française moins ouverte à la transparence probatoire que ne l'est la culture anglo-saxonne où le droit à la preuve se mue en droit absolu via la procédure de « discovery ». Le législateur aurait pu consacrer l'œuvre prétorienne dans le Code civil à travers l'ordonnance du 10 février 2016 portant « *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* »³⁶⁴ mais tel n'a pas été son choix. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de décrier ce manque d'ambition de la réforme en matière probatoire³⁶⁵.

194. En droit du travail, c'est donc par l'intermédiaire du juge social que le droit à la preuve des salariés, de leurs représentants et des employeurs va être mis en œuvre. Mais avant de le mettre en œuvre, encore faut-il que le juge social le consacre. Les développements du présent titre concerneront donc précisément ces deux points. Avant de s'intéresser à la manière dont cette mise en œuvre est opérée (**Chapitre II**) il faudra d'abord analyser comment le droit à la preuve a été affirmé en droit du travail (**Chapitre I**).

³⁶⁴ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 et L. de ratification n°2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

³⁶⁵ G. Lardeux, De la preuve des obligations ou l'art de ne pas réformer, D. 2016, p. 850.

Chapitre I : L'affirmation du droit à la preuve par le juge social

195. – Affirmation progressive. Les premières traces de l'affirmation d'un droit à la preuve se trouvent au niveau européen et plus précisément du Conseil de l'Europe. C'est en effet la Cour.EDH qui a d'abord énoncé que « *l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause* »³⁶⁶. Elle a ensuite affirmé que « *le droit à la preuve du conjoint aux fins de faire triompher ses prétentions* » peut légitimer une atteinte au droit au respect de la vie privée³⁶⁷.

196. En droit interne c'est la chambre commerciale de la Cour de Cassation qui a fait office de « Pythie » (oracle dans la mythologie grecque) en énonçant que « *constitue une atteinte au principe d'égalité des armes (...) le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » et que la protection des droits de la défense peut justifier une atteinte proportionnée au droit au respect de la vie privée³⁶⁸. Quelques années plus tard, c'est finalement la première chambre civile qui a expressément consacré le droit à la preuve en 2012³⁶⁹ suivie par la chambre sociale en 2016³⁷⁰ dans des termes identiques. Cette affirmation récente par le juge social interroge logiquement quant à sa portée théorique et pratique.

Section 1 – La portée théorique de l'affirmation d'un droit à la preuve

197. – Ambivalence. La portée théorique de l'affirmation d'un droit à la preuve au profit des parties prenantes aux relations collectives et individuelles de travail est ambivalente.

D'un côté, la chambre sociale affirme l'existence de ce droit, ce qui revient en vérité à consacrer deux droits qui permettent de protéger les intérêts de la partie salariée autant que ceux de la partie employeur. En principe peu importe, à cet égard, la position occupée par l'une ou l'autre dans l'instance (demandeur ou défendeur), le droit à la preuve étant a priori autonome des droits de la défense il est donc reconnu à tout litigant³⁷¹.

³⁶⁶ Cour EDH, 27 oct. 1993, aff. n° 14448/88, préc., §33.

³⁶⁷ Cour EDH, 10 oct. 2006, aff. n° 7508/02, préc., §40 de l'arrêt.

³⁶⁸ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606.

³⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

³⁷⁰ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

³⁷¹ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD Civ. 2017, p. 15.

D'un autre côté, elle affirme les limites et les conditions de la mise en œuvre de ces deux facettes du droit à la preuve.

§. 1 : La dualité des droits reconnus

198. – Offre et demande de preuve. A l'instar du droit à l'information, précédemment envisagé comme l'une de ses traductions implicites (v. supra § 56), le droit à la preuve dispose d'une double dimension. Le droit d'obtenir des éléments de preuve (demander la preuve) et le droit de produire ces éléments en justice (offrir la preuve).

A. Le droit à l'obtention des éléments de preuve

199. – Soutien des procédés d'obtention des éléments de preuve. L'obtention licite d'un élément de preuve est la condition préalable à sa production en justice afin d'obtenir gain de cause. Chronologiquement c'est donc la variante « demande » du droit à la preuve qui doit être envisagée en premier lieu. Les règles relatives à l'administration de la preuve soumettent les procédés d'obtention à des exigences de licéité. Ils ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée aux secrets juridiquement protégés ou à la vie privée et ils ne doivent pas être déloyaux. Le droit à la preuve va donc être mobilisé pour soutenir les procédés d'obtention dans leur confrontation avec ces exigences de licéité.

200. L'une des premières affirmations de l'existence du droit à la preuve par la chambre sociale concernait la facette obtention de ce droit³⁷². Plus précisément, il s'agissait en l'espèce de l'octroi d'une mesure in futurum sollicitée par une salariée afin d'obtenir des éléments de preuve permettant d'établir une inégalité de traitement. Au visa des articles 145 du Code de procédure civile, 8 et 9 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (Conv. EDH), la Haute Juridiction casse l'arrêt d'appel pour ne pas avoir vérifié si la mesure sollicitée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui la sollicitait et ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés par la mesure. Autrement dit, saisie d'une demande de mesure d'instruction in futurum, le juge doit non seulement vérifier que les conditions d'octroi sont remplies (v. supra § 31 et s.) mais également vérifier le caractère nécessaire et proportionné de la mesure au regard

³⁷² Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163.

du droit d'obtenir une preuve de la partie qui sollicite la mesure et du droit au respect de la vie personnelle des personnes visées par la mesure. Le droit à la preuve venait donc au soutien des mécanismes d'obtention dans leur confrontation avec le droit au respect de la vie privée. Un soutien identique est intervenu face au secret des affaires mais en dehors du champ du droit du travail³⁷³. La solution y est évidemment transposable puisqu'avant même l'affirmation du droit à la preuve la chambre sociale avait admis que le secret des affaires, à l'instar du droit au respect de la vie privée, ne constituait pas en lui-même un obstacle à l'octroi d'une mesure in futurum (v. supra § 43).

201. Par la suite, c'est dans la confrontation avec le principe de loyauté probatoire que le soutien du droit à la preuve envers les procédés d'obtention d'éléments de preuve était attendu. Ce principe empêche l'employeur d'obtenir des éléments à l'insu de ses salariés.

Il ne peut donc pas utiliser des stratagèmes afin de provoquer une faute du salarié qui lui sera ultérieurement imputée³⁷⁴ ou des procédés de surveillance clandestins tels qu'une filature par un détective privé³⁷⁵ ou des constatations faites par un huissier qui a volontairement faussé son identité³⁷⁶. L'affirmation du droit à la preuve a conduit une Cour d'appel à admettre la possibilité pour un employeur de mener des opérations de filatures à l'encontre d'un ancien salarié dont elle suspectait la violation de la cause de non concurrence dès lors qu'elles étaient indispensables à la préservation de ses intérêts patrimoniaux et à la garantie de son droit de faire la preuve en justice, garantie que n'aurait pas assurée une mesure nécessairement contradictoire ordonnée en application de l'article 145 du Code de procédure civile³⁷⁷. Autrement dit, c'est par un contrôle in concreto que la licéité d'un procédé d'obtention doit être appréciée en prenant en compte les différents intérêts en présence dont le droit d'obtenir des éléments de preuve. Surtout, les juges du fond acceptent implicitement l'idée d'un procédé clandestin en admettant que l'absence de contradictoire était nécessaire à l'effet utile de la filature. La solution doit cependant être accueillie avec prudence puisqu'elle concerne des relations entre un employeur et un ancien salarié. Or, la rigueur du principe de loyauté de la preuve entre un employeur et ses salariés (et non anciens salariés) est bien connu de sorte qu'il n'est pas certain qu'il puisse être tempéré au profit de l'employeur par le droit à la preuve dans sa variante obtention.

³⁷³ Cass. 2^{ème} civ., 20 juin 2021, 20-11.987.

³⁷⁴ Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 89-41.052.

³⁷⁵ Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078 : pour une filature par un détective privée ; Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 : pour une filature par un supérieur hiérarchique.

³⁷⁶ Cass. soc., 5 jui. 1995, n°92-40.050 : pour un constat dressé par un huissier qui a volontairement faussé sa qualité.

³⁷⁷ CA Orléans, 26 sept. 2019, n° 16/03842.

Pour autant, le droit à la preuve sera (et devra) très certainement mobilisé pour que des procédés jugés illicites car objectivement déloyaux soient finalement considérés loyaux au regard des circonstances particulières dans lesquelles ils ont été mis en œuvre.

202. En suivant la logique chronologique, après s'être interrogé sur la licéité de l'obtention d'un élément de preuve le juge va examiner la question de la légitimité de sa production. C'est là qu'intervient la dimension « offre » du droit à la preuve.

B. Le droit à la production des éléments de preuve

203. – Soutien de la recevabilité des modes de preuve. La question de la recevabilité d'un mode de preuve est autonome de celle de sa licéité. Elle relève de la légitimité de sa production en justice et non plus de la licéité du procédé en lui-même. Dès lors, un élément obtenu de manière tout à fait licite peut être écarté par le juge comme il peut admettre la production d'un élément obtenu de manière illicite. L'affirmation du droit à la preuve va jouer à ces deux niveaux avec pour finalité commune d'accentuer le caractère productible d'un élément de preuve en justifiant l'atteinte portée par sa production au droit au respect de la vie privée ou à un secret juridiquement protégé.

204. C'est au niveau de la productibilité d'un mode de preuve licite que la chambre sociale a pour la première fois affirmé l'existence du droit à la preuve dans un arrêt du 9 novembre 2016³⁷⁸. En l'espèce, il était question de la production par un syndicat de photographies de documents prises par un délégué du personnel permettant de révéler l'existence d'heures de travail effectuées le dimanche. La Cour d'appel avait estimé que l'obtention de ces documents était illicite et que leur production, sans l'accord des salariés concernés, n'était pas admissible du fait qu'ils contenaient des données à caractère personnel. Sur le fondement des articles 6 et 8 de la Conv. EDH et de l'article 9 du Code de procédure, la Haute Juridiction corrige d'abord les juges du fond sur la licéité des photographies lesquelles avaient été faites dans le cadre d'une prérogative légalement reconnus aux délégués du personnel³⁷⁹ (aujourd'hui les membres du CSE) et constituaient donc un moyen de preuve licite. Elle affirme ensuite « *que le droit à la*

³⁷⁸ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

³⁷⁹ C. trav., L. 3171-2 dans sa version applicable au litige disposait que les délégués du personnel peuvent consulter les documents nécessaires au décompte des heures de travail effectués par les salariés qui ne travaillent pas selon le même horaire collectif.

preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. »³⁸⁰ L'atteinte à la vie privée ou personnelle n'est pas à elle seule un motif suffisant permettant au juge d'écarter la production d'un élément de preuve. Il est tenu de vérifier que l'atteinte n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la production d'éléments de preuve de la partie qui s'en prévaut et que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi (en l'espèce, vérifier que l'employeur respectait la règle du repos dominical). Ce tempérament du droit au respect de la vie privée par le droit à la preuve a bien été confirmé par la suite au profit de l'employeur dans l'arrêt « Petit Bateau » pour la production d'éléments extraits du compte privé Facebook d'une salariée³⁸¹.

205. S'agissant de la productibilité d'un moyen de preuve illicite, l'affirmation du droit à la preuve a entraîné un revirement remarquable de la jurisprudence de la chambre social.

Dans un arrêt du 25 novembre 2020 relatif à la production d'éléments de preuve obtenus en contrariété avec les règles applicables au traitement des données personnelles posée par la CNIL, la Haute Juridiction a admis que « *l'illicéité d'un moyen de preuve (...) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats* ». Elle impose au juge « *d'apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* »³⁸². En l'espèce, l'illicéité de l'obtention avait bien été constatée : c'est par le traitement de données à caractère personnel que l'employeur avait identifié les manquements de son salarié. Sous l'empire de la législation antérieure au RGPD un tel traitement devait faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL, chose qui n'avait pas été faite par l'employeur. Mais cette illicéité (le défaut de déclaration préalable à la CNIL) ne peut justifier à elle seule un rejet de la production de l'élément concerné par le juge comme cela avait pu être le cas auparavant³⁸³. Désormais, le juge est tenu de vérifier si la production porte une atteinte au caractère équitable de la procédure en prenant en compte le droit à la preuve de la partie qui produit l'élément.

³⁸⁰ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

³⁸¹ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, « Petit Bateau ».

³⁸² Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, « AFP ».

³⁸³ Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-14.991.

206. Les droits d'obtenir et de produire des éléments de preuve sont donc distincts mais ont pour finalité commune d'assouplir les règles relatives à l'administration de la preuve dans le contentieux du travail. Cette dualité des droits reconnus sur le fondement du droit à la preuve constitue le premier versant de l'ambivalence théorique de son affirmation par le juge social. Elle fait écho à la dualité du deuxième versant de cette ambivalence : la dualité des conditions de mise en œuvre du droit à la preuve.

§. 2 : La dualité des conditions de mise en œuvre

207. – Identité de régime. Il pourrait être tentant de distinguer les conditions de mise en œuvre du droit à la preuve selon ses deux facettes avec d'un côté des conditions propres au droit d'obtenir, d'un autre celles propres au droit de produire. Mais ne serait-il pas illogique de soumettre les deux dimensions d'un même droit à un régime différent ? Fort heureusement les conditions affirmées par le juge social sont identiques qu'il s'agisse de la dimension offre ou demande du droit à la preuve. Ces conditions tiennent à la qualité de l'élément de preuve et à la méthode de mise en œuvre du droit.

A. La condition tenant à la qualité de l'élément de preuve

208. – Élément indispensable. L'affirmation originelle du droit à la preuve par la première chambre civile de la Cour de cassation conditionnait sa mise en œuvre au soutien d'un élément de preuve dont la production était « *indispensable* » à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui s'en prévalait³⁸⁴. Lors de sa première affirmation du droit à la preuve, la chambre sociale conditionnait quant à elle sa mise en œuvre au soutien d'un élément de preuve dont la production était « *nécessaire* » à l'exercice de ce droit³⁸⁵. Certains auteurs en ont alors déduit qu'elle autorisait plus facilement la production d'éléments de preuve attentatoires à un droit ou une liberté fondamentale et procédait à sa « *propre lecture* » du droit à la preuve « *pour inscrire sa mise en œuvre dans la continuité de sa jurisprudence sur l'accès aux éléments de preuve dans l'entreprise* »³⁸⁶. Mais dans l'arrêt « Petit Bateau »³⁸⁷ la chambre sociale change de

³⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

³⁸⁵ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

³⁸⁶ C. Blanquart, De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise, JCP S sept. 2019, n° 36, 1244.

³⁸⁷ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

terminologie et se conforme à celle employée par la première chambre civile en exigeant à son tour de la production qu'elle soit « *indispensable* » à l'exercice du droit à la preuve. La distinction entre une condition de nécessité et d'indispensabilité n'est pas sans incidence notamment sur le contrôle opéré par le juge. Le caractère nécessaire renvoie à un élément déterminant pour apporter la preuve de ce qui est allégué sans devoir pour autant être le seul, contrairement au caractère indispensable qui renvoie à une impossibilité absolue de prouver sans l'élément dont la production est sollicitée.

Pour la dimension obtention du droit à la preuve un changement identique de terminologie a également été observé. Initialement, la chambre sociale exigeait que l'octroi d'une mesure in futurum soit « *nécessaire* » à l'exercice du droit à la preuve³⁸⁸ pour finalement exiger qu'elle y soit « *indispensable* »³⁸⁹.

209. Le droit à la preuve ne peut donc venir au soutien d'un élément de preuve dont l'obtention ou la production est l'unique moyen permettant à la partie qui s'en prévaut de prouver ce qu'elle allègue. Au-delà de cette condition tenant à la qualité de l'élément de preuve concerné, c'est la méthode de sa propre mise en œuvre qui conditionne également le jeu du droit à la preuve.

B. La condition tenant à la méthode de la mise en œuvre

210. – Atteinte proportionnée. Dans son arrêt fondateur de 2006, la Cour.EDH rattachait l'exigence de proportionnalité à l'élément de preuve en lui-même. Ainsi, elle juge que le seul fait qu'il existe d'autres éléments de preuve que ceux portant atteinte à un droit fondamental (le plus souvent droit au respect de la vie privée) ou un secret juridiquement protégé (par exemple le secret médical ou le secret professionnel) établit le caractère disproportionné de l'atteinte. Les conditions d'indispensabilité et de proportionnalité ne font alors qu'une et l'office du juge s'en retrouve grandement simplifié.

La Cour de cassation n'a pas retenue cette approche et distingue clairement la condition de proportionnalité qui relève de la méthode de mise en œuvre du droit à la preuve et la condition d'indispensabilité qui relève de la nature de l'élément de preuve lui-même. La logique est totalement différente, la condition d'indispensabilité participe à la condition de proportionnalité, elle en est le préalable ce qui *in fine* ajoute une étape au contrôle du juge : il

³⁸⁸ Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163, préc.

³⁸⁹ Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144.

doit vérifier que l'élément est indispensable et que son obtention ou sa production ne porte pas une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Là où au niveau européen le caractère indispensable de l'élément de preuve obtenu ou produit rend automatiquement proportionnée l'atteinte entraînée par le jeu du droit à la preuve, au niveau interne les deux conditions sont autonomes mais participent l'une comme l'autre à l'application proportionnée du droit à la preuve par le juge. Un élément dont l'obtention ou la production serait indispensable à l'exercice du droit à la preuve pourra être jugé comme portant une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Cela s'explique peut-être parce que l'objet de ces deux conditions n'est pas tout à fait le même : la condition d'indispensabilité relève de l'appréciation de la qualité intrinsèque de l'élément requis alors que la condition de proportionnalité relève de la mise en œuvre du droit à la preuve c'est-à-dire le fait même d'obtenir ou de produire cet élément attentatoire. Ce dernier (l'obtention ou la production d'un élément) est donc conditionné par cette exigence de proportionnalité qui n'est pas satisfaite par le seul caractère indispensable de l'élément, elle ne pourra l'être qu'après une mise en balance de l'atteinte et du but poursuivie par cette mise en œuvre.

211. – But légitime. Pour justifier une mise en balance avec le droit au respect de la vie privée ou un secret juridiquement protégé le droit à la preuve ne se suffit pas à lui-même, il doit être adossé à un but légitime que sa mise en œuvre va servir. Dans son rapport annuel qui fait suite au premier arrêt ayant donné lieu à l'affirmation d'un droit à la preuve³⁹⁰, la Cour de cassation évoque les notions « *d'intérêts à la satisfaction desquels le secret ou le respect de la vie privée fait obstacle* » et de « *légitime prétention au fond* »³⁹¹. Autrement dit, la preuve du bien fondée d'une prétention (en demande ou en défense d'ailleurs) ne peut à elle seule justifier la mise en balance, il faut légitimer cette prétention (reconnaissance ou rejet d'un droit subjectif au profit du demandeur) par un intérêt particulier.

Par exemple, dans l'arrêt du 9 novembre 2016, le but de la mise en œuvre du droit à la preuve était permettre aux délégués du personnel d'exercer leurs fonctions de représentations et de vérifier si l'employeur respectait la règle du repos dominical dans l'intérêt de la protection de la santé des salariés³⁹². Ce n'est pas cet intérêt ou but légitime qui est directement mis en balance avec le droit à la vie privée ou le secret juridiquement protégé mais la mise en œuvre du droit à la preuve pour satisfaire ce but. Autrement dit, toujours dans cet arrêt du 9 novembre, ce n'est

³⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

³⁹¹ Rapp. C. cass. 2012, La preuve. p. 329.

³⁹² Préambule Constit. du 27 oct. 1946, alinéa 11.

pas le droit à la santé qui a été mis en balance avec le droit au respect de la vie personnelle mais la mise en œuvre du droit de produire un élément de preuve dans le but de protéger la santé des salariés. Il n'y a pas de parallélisme de nature exigé entre le droit qui subit l'atteinte et le but qu'elle poursuit même si plus l'intérêt est fondamental plus il pèsera en faveur d'une atteinte plus intense. Autre exemple, dans l'arrêt « Petit Bateau », c'est la protection de la confidentialité des affaires de la société que la mise en œuvre du droit à la preuve servait³⁹³.

212. Certains auteurs confondent parfois ce but légitime et l'exercice même du droit à la preuve. A propos des motifs de cassation retenus par la Haute Juridiction dans un arrêt du 16 mars 2021 rendu en matière de preuve d'une discrimination, un auteur a pu écrire que « *la Cour d'appel devait rechercher si la communication des informations non anonymisées n'était pas proportionnée au but poursuivi, à savoir l'exercice du droit à la preuve.* »³⁹⁴ Autrement dit, le but poursuivi ici serait le droit à la preuve de la discrimination.

Cette analyse revient à neutraliser la condition du but légitime dans l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte qu'entraîne l'exercice du droit à la preuve. Elle rejoint la solution retenue par la Cour EDH évoqué plus haut (v. supra § 210) : si le but poursuivi est le droit à la preuve lui-même, le caractère indispensable de l'élément produit ou obtenu pour prouver l'allégation fait que l'atteinte subséquente au droit à la vie privée poursuit forcément un but légitime. Le contrôle de proportionnalité de l'atteinte en ressortirait sans doute simplifié mais pour la Cour il s'agit, certes, de mettre en balance le droit de prouver une discrimination et le droit au respect de la vie privée mais en appréciant l'intensité de l'atteinte que peut justifier la poursuite d'un but légitime, à savoir en l'espèce l'objectif de protection contre les discriminations.



213. – De la théorie, à la pratique. Au niveau théorique, l'affirmation du droit à la preuve par le juge social permet d'identifier ses deux dimensions (obtenir et produire un preuve) qui vont donc œuvrer pour la manifestation de la vérité dans le procès. Elle permet également de comprendre les conditions pour les mettre en œuvre. Elles tiennent à la fois de la qualité intrinsèque de l'élément obtenu ou produit qui doit être indispensable mais aussi du caractère proportionné de cette mise en œuvre. Il convient désormais d'envisager la portée de pratique de l'affirmation.



³⁹³ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

³⁹⁴ B. Bossu, Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées, JCP S n° 16-17, avr. 2021, 1111.

Section II – La portée pratique de l’affirmation

214. – Renouvellement. L’affirmation explicite d’un droit à la preuve revient à inclure une nouvelle donnée dans le champ de l’administration de la preuve qui vise à renforcer l’importance de l’objectif de recherche de la vérité et à garantir un procès équitable au moins sur le terrain probatoire. En pratique, cette nouvelle donnée entraîne un renouvellement de deux questions fondamentales dans l’administration de la preuve : la question de la recevabilité des éléments de preuve et celle des prérogatives en matière de preuve.

§. 1 : Le renouvellement des principes en matière de recevabilité de la preuve

215. – Exigences. La recevabilité d’un élément de preuve dans le cadre d’un procès relève d’abord d’exigences de licéité qui tiennent aux conditions dans lesquelles l’élément a été obtenu. Il doit avoir été obtenu de manière loyale et sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne visée ou à un secret juridiquement protégé.

A. La recevabilité au regard du principe de loyauté

216. – Fin annoncée de l’absolutisme. Depuis sa création implicite par la chambre sociale en 1991 dans l’arrêt Néocel³⁹⁵, le principe de loyauté dans l’administration de la preuve, ou plutôt devrait-on dire dans l’obtention, fait l’objet d’une application sévère et absolue à l’égard de l’employeur. Il l’empêche de se prévaloir d’un quelconque élément de preuve obtenu à l’insu de ses salariés quand bien même le procédé ou stratagème aurait été le seul et unique moyen lui permettant d’établir le fait allégué. A l’égard de ces derniers en revanche, l’application du principe est beaucoup plus compréhensive (v. supra § 139).

L’affirmation du droit à la preuve devrait logiquement venir bousculer l’absolutisme du principe de loyauté et tempérer les solutions dégagées par le juge social en la matière depuis 1991. Le droit pour l’employeur d’obtenir des éléments de preuve devrait justifier qu’un élément puisse être obtenu à l’insu de ses salariés dès lors qu’il n’avait aucune autre alternative que d’user d’un procédé clandestin afin d’exercer ce droit. La confrontation entre le principe

³⁹⁵ Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, préc.

de loyauté et le droit à la preuve devrait d'ailleurs logiquement tourné à l'avantage du second eu égard à leur fondement respectif (v. infra § 319).

217. – Résistance. Une parade semble cependant déjà toute trouvée puisque la chambre sociale opère de longue date un rattachement (ou une confusion ?) du principe de loyauté de la preuve au droit au respect de la vie privée. C'est donc au visa des articles 8 de la Conv. EDH et 9 du Code civil qu'elle a déjà rejeté la preuve par filature³⁹⁶ sans mentionner l'obtention « à l'insu » caractéristique de la prise en compte du principe de loyauté. Cette confusion rejoint celle opérée par la Cour EDH qui, encore récemment³⁹⁷, rattachait l'exigence de loyauté (matérialisée par une information préalable du salarié) à « un simple élément du test de proportionnalité entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée »³⁹⁸.

Mais en droit français, le principe de loyauté est bel et bien autonome du droit au respect de la vie privée plus encore en droit du travail où leur affirmation successive par le juge social au profit des salariés dans leur relation avec l'employeur s'est faite de manière totalement distincte³⁹⁹. Le principe de loyauté reçoit d'ailleurs parfois une consécration législative autonome, comme par exemple à l'article L. 1222-4 du Code du travail ou dans les lois relatives au traitement des données personnelles⁴⁰⁰.

218. L'instinct maternelle pousse sans doute la chambre sociale à opérer ce rattachement artificiel afin de protéger son enfant. Après tout c'est bien elle qui l'a adopté en 1991 et le voilà aujourd'hui grandement menacé par son némésis, le droit à la preuve.

C'est ainsi que dans une affaire récente elle envisage l'exigence d'information préalable du salarié sur un mécanisme de contrôle mis en œuvre par l'employeur (en l'espèce un dispositif de vidéosurveillance) sous le prisme d'une atteinte à la vie personnelle du salarié que sa méconnaissance constituerait⁴⁰¹. Elle l'avait déjà fait au sujet de l'exigence de déclaration préalable à la CNIL d'un dispositif de collecte des données personnelles.⁴⁰² D'autres signaux annonciateurs avaient été envoyés auparavant, notamment la note explicative de l'arrêt de

³⁹⁶ Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, préc.

³⁹⁷ Cour EDH, 5 sept. 2017, aff. n° 61496/08, « B. c/ Roumanie » ; Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

³⁹⁸ P. Adam, Sur le recevabilité d'un moyen de preuve illicite – Nouvelle variation sur le droit à la preuve, Dr. soc. 2022, p. 81.

³⁹⁹ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, préc., le droit au respect de la vie privée ; Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, préc., pour la loyauté.

⁴⁰⁰ L. n°78-17 du 6 janv. 1978 modifiée par L. n°2018-493 du 20 juin 2018, préc., et Ord. n°2018-1125 du 12 déc. 2018, préc.

⁴⁰¹ Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263.

⁴⁰² Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc.

principe du 9 novembre 2016 qui mentionne un arrêt de 2011 en guise d'exemple de ce qu'elle refuse la preuve par des éléments contenant des informations relevant de la vie privée ou qui ont été obtenus par un procédé y portant atteinte alors même que l'arrêt traite exclusivement de la loyauté⁴⁰³.

Pourtant ces exigences de déclaration préalable sont seulement justifiées par un souci (implicite) de loyauté afin d'empêcher toute collecte clandestine d'informations et de preuves et non pour protéger la vie privée du salarié sur son lieu de travail. Pour le dire autrement, le défaut d'information préalable de la mise en place du dispositif de contrôle trahit exclusivement l'exigence de loyauté alors que seule la mise en œuvre intrusive du dispositif trahit l'exigence de respect de la vie personnelle. En conséquence, lorsque la recevabilité d'une preuve est contestée en raison d'un défaut d'information préalable, le droit à la preuve mobilisé au soutien de cet élément devrait être mis en balance avec le principe de loyauté et non le droit au respect de la vie privée. La Haute Juridiction préfère cependant considérer qu'une violation du principe de loyauté par une collecte clandestine de preuve entraîne nécessairement une atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié⁴⁰⁴.

219. Le risque est néanmoins que le principe de loyauté finisse par être absorbé par le respect de la vie privée, peut-être que la chambre sociale préfère continuer de faire vivre son enfant par procuration, plutôt que de devoir elle-même le renier. En effet, cette logique conduit à ce que le débat sur la recevabilité d'un élément de preuve se déplace exclusivement sur le terrain de l'atteinte à la vie privée ou personnelle du salarié.

B. La recevabilité au regard du droit au respect de la vie privée et des secrets juridiquement protégés

220. – Tendances de fond. Avant même l'affirmation d'un droit à la preuve, la chambre sociale considérait de manière constante que ni le secret des affaires de l'employeur, ni le droit au respect de la vie privée du salarié, ne constituaient en eux-mêmes un obstacle à l'obtention d'un élément de preuve par une mesure d'instruction ordonnée in futurum⁴⁰⁵. Avant d'ordonner la mesure, le juge était alors tenu de mettre en balance l'atteinte qu'elle entraînait pour ces intérêts

⁴⁰³ Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43.204.

⁴⁰⁴ Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, préc.

⁴⁰⁵ Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, préc. ; Cass. soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, préc.

légitimes avec la nécessité de protéger les droits de la partie qui la sollicitait. Une certaine tendance favorable à la preuve et la recherche de la vérité se dégageait alors déjà.

L'affirmation du droit à la preuve s'inscrit dans cette tendance. C'est désormais lui et le but poursuivi par sa mise en œuvre qui doivent être confrontés avec les exigences de respect de la vie privée et des secrets protégés.

221. – Secrets protégés. S'agissant des secrets, la chambre sociale n'a pas eu beaucoup d'occasion d'opérer cette confrontation depuis l'affirmation d'un droit à la preuve. Celle-ci a tout de même eu lieu au sein de la chambre commerciale et de la première chambre civile respectivement au sujet du secret des affaires⁴⁰⁶ et du secret bancaire⁴⁰⁷ pour aboutir à ce que l'un comme l'autre s'incline au profit du droit à la preuve.

Toujours en dehors du champ travailliste, la Haute Juridiction a maintenu la primauté de certains secrets notamment les secrets qui lient certains professionnels (secret des professionnels du droit ou encore des professionnels de santé). Dans un arrêt du 4 juin 2014, la Cour de cassation juge que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Conv. EDH ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel, seule la loi le peut⁴⁰⁸ en application de l'article 226-14 du Code pénal. Solution difficilement compréhensible du point de vue de la hiérarchie des normes⁴⁰⁹ qui n'a sans doute pas vocation à rester en l'état.

Dans le champ travailliste cette fois, la chambre sociale a fait primer le secret des correspondances de personnes tierces sur le droit à la preuve d'une représentante du personnel dès lors qu'elle ne faisait pas valoir qu'elle avait eu connaissance des éléments litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation⁴¹⁰.

222. – Respect de la vie privée. Protégé sur le plan interne⁴¹¹ et supranational⁴¹², le droit au respect de la vie privée a été expressément reconnu au bénéfice des salariés au temps et au lieu de leur travail⁴¹³. L'utilisation généralisée d'outils informatiques professionnels et les réseaux sociaux, où vie professionnelle et vie personnelle se mêlent facilement, ont constamment nourri

⁴⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2017, n° 15-27.845.

⁴⁰⁷ Cass. com., 15 mai 2019, n° 18-10.491.

⁴⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2014, n° 12-21.244.

⁴⁰⁹ Comment une loi nationale pourrait empêcher de manière absolue un droit tiré d'un texte international reconnu d'effet direct de produire ses effets en droit interne sans y porter une atteinte disproportionnée ?

⁴¹⁰ Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-19.237, la solution renvoi à celle du 9 novembre 2016 où le représentant du personnel avait bien eu accès aux éléments litigieux dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

⁴¹¹ C. civ., art. 9.

⁴¹² Conv. EDH, art. 8.

⁴¹³ Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42.942, préc.

le contentieux sur le terrain probatoire : jusqu'où l'intrusion de l'employeur dans la vie privée du salarié pouvait aller afin de prouver les manquements de ce dernier à ses obligations ? Plus très loin à dire vrai (v. supra § 98 et s.) et ce d'autant plus que sur le terrain probatoire « *la vie privée au temps et au lieu du travail* » s'est progressivement muée en « *vie personnelle* » incluant dans son champ de protection des éléments de la vie du salarié qui ne se rapportent pas à sa vie professionnelle, comme par exemple l'adhésion à un syndicat⁴¹⁴. Ce vaste champ de protection explique sans doute pourquoi la confrontation du droit à la preuve avec le respect de la vie personnelle du salarié est beaucoup plus fréquente en droit du travail que celle avec un secret juridiquement protégé. Elle intervient d'ailleurs autant au stade de l'obtention de la preuve que de sa production en justice.

223. S'agissant précisément du stade de la production, un recul de la vie personnelle doit être immédiatement constaté depuis l'arrêt du 9 novembre 2016 en passant par la retentissante affaire « Petit-Bateau »⁴¹⁵. Le contrôle de proportionnalité qui y est imposé au juge entre vie personnelle du salarié et le volet offre du droit à la preuve tourne souvent à l'avantage de ce dernier. Un autre recul plus remarquable encore est intervenu en ce que la chambre sociale admet désormais que l'illicéité d'un élément de preuve tenant à l'atteinte portée au droit au respect de la vie personnelle du salarié (la question relève en réalité de la loyauté, v. supra § 218) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, les juges devant d'abord procéder à une mise en balance entre le droit à la preuve et celui au respect de la vie personnelle⁴¹⁶ (v. supra § 205). Il est d'autant plus important qu'il pourrait annoncer un recul du respect de la vie personnelle également au stade de l'obtention de la preuve.

224. En effet, plutôt que d'admettre la production d'un élément obtenu de manière illicite, pourquoi ne pas mobiliser le droit à la preuve afin d'assouplir l'exigence de licéité tenant au respect de la vie personnelle ?

Une pareille solution pourrait s'inspirer de celle retenue par la Cour EDH dans l'arrêt « Lopez »⁴¹⁷ rendu à propos d'une vidéosurveillance clandestine. Elle juge que « *dans les circonstances particulières de l'espèce, eu égard notamment au degré d'intrusion dans la vie privée des requérants et aux raisons légitimes ayant motivé la mise en place de la*

⁴¹⁴ Cass. soc., 8 jui. 2009, n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, préc.

⁴¹⁵ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

⁴¹⁶ Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc. ; Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263, préc.

⁴¹⁷ Cour EDH, grande chambre, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc., v. §. 134 et 151 de l'arrêt.

vidéosurveillance » les juges nationaux ont pu « *considérer que l'atteinte à la vie privée des requérants était proportionnée* ». Elle estime par ailleurs que si elle ne saurait accepter que, de manière générale, « *le moindre soupçon que des irrégularités commises par des employés puisse justifier la mise en place d'une vidéosurveillance secrète de l'employeur, l'existence de soupçons raisonnables que des irrégularités graves avaient été commises (...) peuvent apparaître comme des justifications sérieuses* ».

Elle en déduit de manière générale que « *pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 ou en violation du droit interne a privé le procès du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause* ». Autrement dit, le droit d'obtenir la preuve de manquements particulièrement graves des salariés pourrait justifier un procédé d'obtention plus intrusif.

225. Il faudrait pour cela écarter le contrôle de proportionnalité prévu à l'article L. 1121-1 du Code du travail⁴¹⁸ pour inclure le droit à la preuve dans l'équation, mais ce n'est pas le chemin que semble prendre la chambre sociale. Dans un arrêt encore récent elle a contrôlé la licéité d'un dispositif de vidéosurveillance au regard de ce seul texte. Elle y juge que la surveillance vidéo constante d'un salarié exerçant seul son activité portait une atteinte disproportionnée à sa vie personnelle de sorte que les enregistrements qui en étaient issus ne lui étaient pas opposables pour établir la preuve de ses manquements⁴¹⁹. L'employeur arguait pourtant d'un but légitime de protection de la sécurité des personnes pour lequel le comportement du salarié (manquements aux règles d'hygiène en cuisine) présentait une menace évidente. C'est précisément pour tempérer ces faveurs excessives pour le respect de la vie personnelle du salarié qui frôlent parfois l'injustice voire l'absurde que le droit à la preuve doit être mobilisé à l'avenir en pratique.

226. Le renouvellement de la question de la recevabilité des éléments de preuve entraîné par l'affirmation du droit à la preuve se traduit donc par une tendance générale à la baisse d'intensité de ces exigences même si quelques îlots résistent encore à la vague. Collatéralement, cette baisse entraîne un renouvellement de la question des prérogatives probatoires.

⁴¹⁸ Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

⁴¹⁹ Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856, préc.

§. 2 : Le renouvellement des prérogatives liées à l'administration de la preuve

227. – Renforcement et extension. Dans l'administration de la preuve, les principaux acteurs que sont le juge et les parties ont un rôle bien déterminé. Pour satisfaire ce rôle, ils disposent de prérogatives propres. Les parties, qui ont le rôle de prouver les faits qu'ils allèguent, vont bénéficier de mécanismes leur permettant d'obtenir des éléments de preuve et de les produire en justice. Le juge, qui a pour rôle de se rapprocher au plus de la vérité et de garantir la loyauté de la procédure, dispose de prérogatives qui vont lui permettre de faciliter l'obtention et la production d'éléments de preuve déterminants pour la solution du litige.

L'affirmation du droit à la preuve va avoir pour effet de renforcer les mécanismes probatoires à disposition des parties et d'étendre le rôle du juge dans l'administration de la preuve.

A. Le renforcement des mécanismes probatoires à disposition des parties

228. – Sécurisation et élargissement des traductions implicites. L'affirmation du droit à la preuve participe donc à un mouvement plus général tendant à faciliter le libre accès aux éléments de preuve pour les parties aux relations de travail, elle en est quelque sorte la consécration. L'effet utile de ce droit est par exemple de donner une assise solide aux traductions implicites mises en œuvre par la jurisprudence qui en étaient jusqu'alors dépourvu ou qui reposaient sur des fondements inadaptés, voire de renforcer ces mécanismes.

1. Un nouveau fondement plus cohérent

229. – Autonomie du principe de loyauté. Côté salarié, tel est notamment le cas de l'appréciation autonome du principe de loyauté dans l'obtention de la preuve au profit de ces derniers (v. supra § 139). Les fondements de la solution que sont l'exécution de bonne foi du contrat de travail⁴²⁰ et le droit commun de la répartition de la charge de la preuve⁴²¹ peine à justifier la torsion du principe de loyauté pourtant très rigide à l'égard de l'employeur. En quoi la bonne foi et la réciprocité de la charge de la preuve viennent justifier un assouplissement de la condition de loyauté de la preuve au profit des salariés ? En rien, il en constitue plutôt le dévoiement. Au contraire, le droit à la preuve du salarié justifierait parfaitement cette solution :

⁴²⁰ C. trav., art. L. 1221-1, préc.

⁴²¹ C. civ., art. 1353, préc., (C. civ., anc. art. 1315).

c'est parce que les documents obtenus par le salarié à l'insu de son employeur sont indispensables à l'exercice de son droit à la preuve dans le cadre d'un litige l'opposant à ce dernier qu'ils ne doivent pas être jugés irrecevables. La formule retenue dans le dernier arrêt rendu par la chambre sociale sur la question datant de 2015⁴²², soit avant l'arrêt de principe du 9 novembre 2016, montre d'ailleurs qu'elle avait le droit à la preuve sur le bout des lèvres puisqu'elle vise « *l'exercice des droits de la défense* » un brin plus restreint.

230. – Accès aux correspondances et outils informatiques. Côté employeur, le droit à la preuve renforce la légitimité des mécanismes de contrôle volontaire de l'activité des salariés (v. supra § 98 et s.). Il vient par exemple donner un fondement à la présomption de caractère professionnel des correspondances reçues ou envoyées par le salarié sur son lieu de travail ou les fichiers créés ou stockés sur un outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail⁴²³. Cette présomption a été dégagée par la chambre sociale sans fondement particulier, les arrêts ne font état d'aucun visa en rapport avec la preuve excepté l'un d'entre eux où est visé l'article 9 du Code de procédure civile. Là encore, en quoi l'obligation faite à chacune des parties au litige de prouver conformément à la loi peut justifier l'existence d'une telle présomption ? A nouveau en rien, d'ailleurs dans cette espèce, le texte est visé au côté de l'article 9 du Code civil (protection de la vie privée) et tend donc plus à justifier le moyen permettant de renverser la présomption⁴²⁴. Le droit à la preuve justifie quant à lui pleinement cette présomption. C'est bien pour exercer son droit à la preuve qu'il est admis que l'employeur dispose d'un libre accès au contenu des outils professionnels mis à sa disposition. Il pourrait même assouplir l'accès à des fichiers personnels sans la présence du salarié dans l'hypothèse d'un risque ou évènement particulier⁴²⁵ en imposant au juge une mise en balance entre droit au respect de la vie personnelle du salarié visé et droit à la preuve de l'employeur.

2. Des mesures in futurum renforcées

231. – Perfectionnement des mesures in futurum. L'affirmation du droit à la preuve donne aux mesures in futurum un nouvel élan en venant au soutien d'un assouplissement des conditions d'octroi et en sécurisant le périmètre des mesures demandées.

⁴²² Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, préc.

⁴²³ Cass. soc., 11 jui. 2012, n° 11-22.972, préc. ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, préc.

⁴²⁴ Par la simple identification des fichiers ou correspondances comme étant « personnels ».

⁴²⁵ Cass. soc., 17 mai 2005, n°03-40.017, préc.

232. – Octroi facilité. S’agissant du principe même de l’octroi de la mesure, le droit à la preuve vient d’abord au soutien d’une solution jurisprudentielle contestée en doctrine à savoir : « *la procédure prévue par l’article 145 du code de procédure civile n’étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement* »⁴²⁶. Pour certains auteurs, l’utilisation de ces mesures dans des matières où le régime probatoire obéit à des règles permettant d’établir plus facilement le fait allégué devrait être restreinte⁴²⁷. Postérieurement à l’affirmation du droit à la preuve, la chambre sociale a complété et renforcé sa solution en affirmant « *que la procédure prévue par l’article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l’existence d’un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l’article L. 1134-1 du code du travail* »⁴²⁸. Si le droit à la preuve n’y est pas expressément visé, il est évident que l’arrêt s’inscrit dans la même logique de faveur à l’égard de la recherche de la vérité dans laquelle s’est inscrite l’affirmation du droit à la preuve.

233. Il oblige ensuite les juges à vérifier la nécessité de la mesure au regard du droit à la preuve de la partie qui la sollicite et d’opérer un contrôle de proportionnalité entre ce droit et le droit au respect de la vie privée (ou personnelle) au regard du but poursuivi⁴²⁹, avant de rejeter la demande. La solution a d’ailleurs été récemment renforcée en ajoutant l’obligation pour le juge de vérifier, lorsque les éléments sollicités sont de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée, quelles mesures étaient indispensables à l’exercice du droit à la preuve⁴³⁰.

234. – Efficacité décuplée. Ensuite s’agissant de l’étendu de la mesure, le droit à la preuve empêche les juges du fond de rejeter une demande de mesure d’instruction in futurum au motif qu’elle serait trop étendue et s’analyserait en une mesure générale d’investigation portant une atteinte disproportionnée à la vie privée. Il leur impose au contraire de vérifier quelles mesures sont indispensables au droit à la preuve au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicités afin de parvenir à une atteinte proportionnée⁴³¹. Pour les rendre plus efficaces la chambre sociale impose aux juges de circonscrire leur périmètre pour en faire des « *frappes probatoires chirurgicales* » au bénéfice de la partie qui sollicite la mesure.

⁴²⁶ Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, préc.

⁴²⁷ J.-F. Cesaro, Le droit à une mesure d’instruction in futurum pour mettre en œuvre une présomption de discrimination, op. cit.

⁴²⁸ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.147, préc.

⁴²⁹ Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163, préc.

⁴³⁰ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.147, préc.

⁴³¹ Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144, préc.

235. Le juge ne peut donc pas simplement rejeter une demande de mesure d’instruction in futurum au motif qu’elle porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. Il doit opérer plusieurs vérifications au regard du caractère nécessaire et indispensable de la mesure pour l’exercice du droit à la preuve. Ce renouvellement de l’office du juge rejoint l’extension générale de son rôle dans l’administration de la preuve entraînée par l’affirmation de ce droit.

B. L’extension du rôle du juge dans l’administration de la preuve

236. – Tempéraments du principe de non-intervention. A la lecture des article 6 et 9 du Code de procédure civile, il appartient exclusivement aux parties d’alléguer les faits propres à fonder leur prétention et de prouver ces faits conformément à la loi. Autrement dit, le domaine de la preuve est indisponible pour le juge, il ne peut y intervenir et n’est tenu que de s’assurer que les éléments produits sont contradictoirement débattus. D’ailleurs l’article 7 du même Code lui interdit d’apporter dans le débat des faits dont il a eu personnellement connaissance mais qui n’ont pas été apporté par les parties.

Quelques tempéraments, existent malgré tout. Le juge peut inviter les parties à lui fournir des explications de fait qu’il estime nécessaires à la solution du litige ce qui lui permet de provoquer indirectement l’apport de nouveaux faits par les parties dans le débat. Mais surtout, il a le pouvoir d’ordonner d’office ou à la demande des parties toutes les mesures d’instruction légalement admissibles ayant pour objet les faits dont dépendent la solution du litige⁴³² sans toutefois suppléer à la carence des parties⁴³³. Ces tempéraments au principe de non-immixtion du juge dans l’administration de la preuve par les parties sont naturellement susceptibles d’être renforcés par l’affirmation du droit à la preuve ce qui étendrait corrélativement le rôle du juge en la matière.

237. Suivant les développements précédents (v. supra § 231 et s.) le constat de cette extension est évident. Le juge saisi d’une demande de mesure d’instruction in futurum dont il constaterait la disproportion doit désormais procéder lui-même à une sélection des éléments les plus

⁴³² C. proc. civ., art. 143, préc.

⁴³³ C. proc. civ., art. 146, préc, al. 2.

pertinents afin de permettre l'exercice du droit à la preuve de la partie qui a sollicité la mesure. S'il n'opère pas cette sélection, il prive sa décision de base légale qui encourt donc la cassation. Le demandeur peut ainsi solliciter une mesure d'instruction extrêmement large (par exemple portant sur des milliers de documents) sans encourir le rejet de sa demande. Le juge devra lui-même en extraire les éléments qui lui semblent les plus adaptés afin de limiter l'atteinte à la vie privée tout en garantissant l'effectivité du droit à l'obtention d'éléments de preuve.

En faisant peser sur lui l'obligation d'opérer cette sélection, n'est-ce pas finalement au juge à qui il incombe de prouver conformément à la loi ? De même, le fait pour le demandeur de ne pas avoir été capable de délimiter un périmètre raisonnable pour la mesure sollicitée au regard de l'atteinte à la vie privée qu'elle entraîne ne devrait-il pas être assimilé à une carence auquel le juge ne devrait pas suppléer ?

Ces questions méritent d'être posées, certains estiment d'ailleurs qu'une telle extension du rôle du juge entraîne un risque d'arbitraire, amplifie l'aléa quant au sort de la demande et in fine fragilise le statut des mesures in futurum « *d'outil probatoire fiable* »⁴³⁴.

238. Une extension pourrait également être envisagée s'agissant des mesures d'instruction en cours de procès. Le droit à la preuve pourrait-il se muer en un droit à l'octroi d'une mesure d'instruction ? Probablement pas, le juge n'est en aucun tenu d'ordonner une mesure d'instruction⁴³⁵ et il ne peut pas non plus se voir reprocher un refus⁴³⁶.

En revanche, si la faculté d'ordonner une mesure d'instruction est en principe laissée à l'appréciation des juges du fond⁴³⁷, il peut ne pas être vain d'appuyer sa demande, notamment lorsque les éléments suffisants pour prouver font défaut, en faisant valoir son droit à la preuve afin que le juge l'inclue dans son appréciation. Peut-être même qu'in fine, l'interprétation du premier alinéa de l'article 146 du Code de procédure civile à la lumière du droit à la preuve conduira les juges à considérer qu'une mesure d'instruction est de droit dès lors que la partie qui la sollicite ne dispose pas d'éléments suffisants pour prouver le fait allégué.

D'ailleurs les dispositions du Code de travail injectent dans l'administration de la preuve en matière prud'homale une petite dose d'inquisitoire (v. supra § 53) conduisant à ce que la question soit considérée avec une plus grande attention en droit du travail. Certains auteurs se demandent par exemple si, de manière générale, le droit à la preuve n'imposerait pas au juge prud'homale

⁴³⁴ J.D. Bretzner, Droit de la preuve - Notion de « mesures légalement admissibles », office du juge, contrôle de la proportionnalité de la mesure ordonnée, D. 2022, p. 431.

⁴³⁵ Cass. soc., 13 mai 1997, n° 95-41.025, préc.

⁴³⁶ Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.647, préc.

⁴³⁷ Cass. soc., 18 déc. 1978, n° 77-40.657, préc.

de faire droit aux demandes de mesure d’instruction des parties dès lors qu’il en est saisi à moins qu’il ne justifie de raisons particulières⁴³⁸. Ce ne serait donc plus aux parties de démontrer la nécessité de la mesure sollicitée mais au juge de justifier son refus d’ordonner la mesure. Le droit à la preuve, bras armé de l’impérieuse recherche de la vérité, pourrait le justifier.



239. – De l’affirmation, à l’application. L’analyse de l’affirmation du droit à la preuve par le juge social a permis de mesurer sa portée théorique et pratique sur l’administration de la preuve en droit du travail. Au niveau théorique, l’affirmation a permis d’identifier les deux facettes du droit à la preuve ainsi que leurs limites et conditions respectives de mise œuvre. Sur le plan pratique, l’affirmation entraîne un renouvellement de la question des exigences de licéité de la preuve pour tendre vers davantage de souplesse et de la question du rôle des parties et du juge dans l’administration de la preuve vers une répartition plus favorable à la recherche de la vérité. Il reste désormais à analyser comment le juge social applique ce qu’il a affirmé.



⁴³⁸ O. Leclerc, Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail, RDT 2020, 652.

Chapitre II : Les applications du droit à la preuve par le juge social

240. – Spéciale ou générale. Selon certains auteurs plus processualistes que travaillistes⁴³⁹, il existerait un droit commun du droit à la preuve et des régimes spéciaux qui y dérogeraient en fonction de l'intérêt défendu ou de l'objet du contentieux. Ces derniers trouveraient en droit du travail un terrain fertile à leur développement notamment en raison de la lecture particulière faite par le juge social du principe de loyauté de la preuve et de la place importante accordée au respect de la vie personnelle des salariés.

D'une manière plus générale, il est vrai que le déséquilibre dans l'accès aux éléments de preuve devrait justifier que, dans les relations de travail, le droit à la preuve y soit appliqué spécifiquement afin de le corriger. C'est d'ailleurs le souhait formulé par d'autres auteurs, cette fois plus travaillistes que processualistes⁴⁴⁰. Il est vrai également que l'application du droit à la preuve en droit du travail s'est faite sans trop de bruit jusqu'à l'affaire « Petit Bateau » qui a réveillé l'intérêt de la doctrine travailliste pour la question. Les commentateurs ont donc dû se plonger dans les premières applications du droit à la preuve par la chambre sociale pour mieux saisir la portée de cette décision largement médiatisée et scrutent depuis avec attention la construction progressive de son régime.

241. Que l'application du droit à la preuve soit qualifiée de commune ou spécifique, il apparaît d'abord clairement qu'il fait l'objet d'une application extensive (**I**) par le juge social mais qui reste toutefois proportionnée (**II**).

Section I – L'application extensive du droit à la preuve par le juge social

242. – Retard au démarrage. L'application du droit à la preuve par le juge social s'est faite avec quelques temps de retard par rapport au juge civil. Il a fallu quatre années pour que la chambre sociale finisse par s'en saisir. Comme toute nouveauté à la mode, le droit à la preuve a fait l'objet d'une mobilisation frénétique par les plaideurs conduisant le juge social à multiplier les cas d'application où l'homogénéité est rarement au rendez-vous.

⁴³⁹ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, op. cit.

⁴⁴⁰ C. Blanquart, De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise, op. cit.

§. 1 : La multiplication des cas d'application

243. – Employeurs et salariés. Pour tenter de classer les multiples applications du droit à la preuve plusieurs critères peuvent être utilisés (offre ou demande de preuve, objet du contentieux, etc). C'est sur le critère personnel qu'il convient de s'arrêter ce dernier permettant de vérifier au passage si l'application suit le déséquilibre présumé de la relation de travail.

A. L'applications au profit des salariés

244. – Application originelle. L'application du droit à la preuve au profit des salariés est sans doute celle qui vient automatiquement à l'esprit tant il est communément admis qu'en matière probatoire l'inégalité des armes est « *quasiment structurelle* »⁴⁴¹ en droit du travail. Il était donc logique que la première application du droit à la preuve par le juge social se fasse au profit des salariés ou de leurs représentants.

245. C'est ce qui fut le cas dans l'arrêt du 9 novembre 2016 en faveur d'une organisation syndicale désireuse de prouver les manquements de l'employeur en matière de travail et repos dominical en produisant des photographies de documents comportant des informations sur des salariés de l'entreprise. La chambre sociale suit les préconisations du rapport annuel de la Cour de cassation en abordant la recevabilité d'une preuve attentatoire au droit au respect de la vie privée à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts protégés par ce droit et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle. Dès lors qu'aux termes de cette mise en balance l'atteinte à la vie privée paraît moindre et être l'unique moyen de faire triompher une légitime prétention au fond, c'est la recevabilité de la preuve qui doit primer⁴⁴². Elle ne les suit toutefois pas totalement à la lettre puisqu'elle assouplit l'exigence du « *seul moyen* » en y préférant « *la nécessité* » (v. supra § 208). Une semaine plus tard, le 16 novembre 2016, c'est directement au profit d'une salariée désireuse de se préconstituer des éléments de preuve d'une atteinte au principe d'égalité de traitement que le droit à la preuve fut appliqué pour censurer le refus d'ordonner une mesure d'instruction in futurum jugée trop étendue et imprécise. La particularité de cet arrêt est que les moyens ne mentionnaient à aucun moment le droit à la preuve ce qui témoigne de la volonté du juge social d'appliquer avec ferveur ce nouveau droit qu'elle venait

⁴⁴¹ P. Henriot, Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, op. cit.

⁴⁴² Rapp. C. cass. 2012, La preuve., op.cit.

d'affirmer une semaine plus tôt. Par la suite c'est toujours pour empêcher le rejet de mesures in futurum au profit de salariés qui estimaient subir des discriminations de la part de leur employeur. La preuve d'une discrimination syndicale⁴⁴³ ou encore d'une discrimination fondée sur le sexe⁴⁴⁴ a ainsi été facilitée par l'application du droit à la preuve.

Toutes ces décisions ont en commun que le but poursuivi par l'exercice du droit à la preuve n'y est pas expressément mentionné, il faut le deviner comme si pour la Haute Juridiction il était présumé à l'égard du salarié. Seul l'arrêt du 9 novembre le mentionne à demi-mots⁴⁴⁵.

246. Le fait que le droit à la preuve ait été appliqué initialement au profit du salarié s'explique certainement par le déséquilibre structurel de la relation qu'il noue avec son employeur et qui le place, a priori, en position de faiblesse sur le terrain probatoire. L'explication peut également venir du fait que le lien de subordination juridique l'expose à subir les abus d'un employeur trop zélé. Ainsi, des deux parties à la relation de travail, c'est sans doute la partie salariée qui est le plus à même d'avoir une légitime prétention au fond à faire triompher avec l'aide du droit à la preuve pour que ces abus soient établis et sanctionnés. Mais le salarié peut lui aussi commettre des manquements justifiant une application du droit à la preuve au profit de l'employeur pour les mêmes fins.

B. L'application au profit des employeurs

247. – Application tardive. De l'aveu général de la doctrine qui a écrit sur le sujet, le droit à la preuve était déjà en marche au profit de l'employeur avant même d'être consacré par la Cour de Cassation. En témoigne les nombreux articles qui font références aux expressions implicites du droit à la preuve qui ont pu être évoqué dans le Titre 1 de cette étude. C'est notamment le cas des modes de surveillance des salariés⁴⁴⁶ ou des mesures in futurum⁴⁴⁷, tous envisagés comme des modes d'obtention de la preuve témoignant de l'existence d'un droit à la preuve de l'employeur antérieur à 2012. En 2008, un auteur envisageait déjà l'ouverture des fichiers du salarié par un huissier au titre d'une mesure d'instruction in futurum sollicitée par l'employeur

⁴⁴³ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.147, préc. ; Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144, préc.

⁴⁴⁴ Cass. soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063.

⁴⁴⁵ « Afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical » ce qui renvoi implicitement à la protection de la santé des salariés.

⁴⁴⁶ V. notamment : P. Bailly, Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail, op. cit., §.16 et suivants ; C. Blanquart, De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise, op. cit., §.13 et suivants.

⁴⁴⁷ H. Barbier, De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail, RDT. 2022, p.95

comme relevant du « *droit à la preuve* » de ce dernier⁴⁴⁸. Plus récemment, un autre auteur estimait quant à lui que le droit à la preuve avait principalement bénéficié à l'employeur notamment avec la possibilité d'user de l'article 145 du Code de procédure civile « *pour accéder aux secrets du salarié par des mesures d'instructions invasives de sa vie privée* »⁴⁴⁹. Pour autant ce n'est que tardivement après sa première application au profit des salariés que le droit à la preuve s'est vu appliquer au profit de l'employeur.

248. Il a fallu quatre années au juge social pour appliquer positivement le droit à la preuve au bénéfice d'un employeur. Cette première application a d'ailleurs fait grand bruit puisqu'elle n'est autre que celle opérée le 30 septembre 2020 dans l'affaire « *Petit Bateau* » au profit de la preuve par l'employeur de la faute grave d'une de ses salariés. Largement diffusée et commentée⁴⁵⁰, la décision est le point de départ d'un renouvellement de la question probatoire dans le droit du travail au regard des nouveaux moyens de communication que sont les réseaux sociaux à cheval entre vie publique et vie privée. La Cour y admet qu'un employeur puisse produire un élément tiré du compte Facebook privé d'une de ses salariées pour établir la preuve d'un grief et que l'atteinte à la vie privée de cette dernière qui en résultait était indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et proportionnée au but légitime de protection de la confidentialité de ses affaires⁴⁵¹. En 2017, elle avait pourtant jugé que des éléments tirés d'un compte Facebook privé d'une salariée à partir du téléphone d'un autre salarié autorisé à y accéder constituait une atteinte disproportionnée et déloyale à sa vie privée⁴⁵².

249. Quelques semaines après l'arrêt « *Petit Bateau* », la chambre sociale a de nouveau appliqué le droit à la preuve au profit d'un employeur en jugeant le 25 novembre 2020⁴⁵³ que ce droit peut justifier la production d'un moyen de preuve illicite après avoir été mis en balance avec le droit au respect de la vie privée afin de vérifier que l'utilisation de cette preuve ne portait pas une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Solution confirmée un an après dans un arrêt du 10 novembre 2021⁴⁵⁴. Dans ces deux affaires, l'application du droit

⁴⁴⁸ S. Maillard, Droit à la preuve de l'employeur : ouverture des fichiers du salarié, Dalloz actualité, 23 juin 2008.

⁴⁴⁹ P. Bailly, Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail, op. cit.

⁴⁵⁰ V. notamment : E. Putman, Admission du droit à la preuve dans le contentieux du licenciement, RJPF, n° 11, nov. 2020 ; F. Champeau, Facebook a encore frappé, SSL, n° 1924, oct. 2020 ; E. Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, SSL, n° 1937, janv. 2021.

⁴⁵¹ Contrairement aux applications du droit à la preuve au profit du salarié, la Cour prend soin de mentionner expressément le but poursuivi.

⁴⁵² Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609.

⁴⁵³ Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc.

⁴⁵⁴ Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263, préc.

à la preuve n'a pas eu d'effet positif pour l'employeur puisque les arrêts d'appel qui avaient débouté les salariés de leur demande ont été cassés par la Haute Juridiction. Toutefois, ils ne l'ont pas été au motif que l'atteinte au caractère équitable de la procédure portée par l'exercice du droit à la preuve était disproportionnée mais seulement parce que les Cours d'appel avaient considéré les preuves licites alors qu'elles étaient illicites. Elles ouvrent donc clairement la porte à ce qu'un employeur puisse établir un grief à l'encontre d'un salarié en produisant en justice des éléments de preuve obtenus de manière illicite. Le point 16 de l'arrêt du 25 novembre est révélateur du nouvel office du juge face à ces éléments : « *Il convient désormais de juger que l'illicéité d'un moyen de preuve (...) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats* ». Autrement dit, les juges du fond ne pourront plus rejeter des débats un élément obtenu de manière illicite sans opérer la mise en balance imposée par la chambre sociale, le contraire exposerait sans doute leur décision à la cassation pour défaut de base légale.

250. En suivant la chronologie de l'application du droit à la preuve par le juge social, il pourrait en être déduit qu'elle suit le déséquilibre inhérent à la relation de travail. L'application s'est d'abord faite au profit du salarié puis au profit de l'employeur. Mais la vraie question est de savoir si elle se fait de manière différenciée selon la partie auquel elle profite. De ce point de vue, l'application du droit à la preuve par le juge social tend plus à hétérogénéité qu'à l'homogénéité.

§. 2 : L'hétérogénéité dans les cas d'application

251. – Entre homogénéité et hétérogénéité. Au sein des deux catégories de cas d'application qui viennent d'être évoquées (au profit de l'employeur ou du salarié), le droit à la preuve n'est pas mobilisé de la même manière ce qui entraîne une hétérogénéité de l'application en-elle-même. Toutefois, un dernier rempart d'homogénéité se dresse pour au moins maintenir une méthode uniforme d'application du droit à la preuve.

A. L'homogénéité de la méthode d'application

252. – Application en deux temps. Que le droit à la preuve soit appliqué au profit d'un salarié ou d'un employeur, le juge social opère toujours cette application selon la même méthode en deux étapes. Dans l'ensemble des arrêts qui ont été évoqués, il vérifie toujours que la preuve a

été obtenue de manière loyale (ou licite) avant de mettre le droit à la preuve au service de sa production en justice quand bien même elle porterait atteinte à un droit fondamental ou à un secret juridiquement protégé.

L'arrêt « Petit Bateau » le montre de manière tout à fait claire à l'égard de l'employeur : la Cour vérifie d'abord la licéité du procédé d'obtention de l'élément et ensuite elle met en balance l'atteinte à la vie privée que sa production représente au regard du droit à la preuve⁴⁵⁵.

La même méthode avait été appliquée à l'égard d'un syndicat dans l'arrêt du 9 novembre 2016 peut être moins clairement au niveau de la forme en raison de l'ancienne méthode de rédaction mais sans aucun doute possible sur le fond⁴⁵⁶.

C'est le premier élément de l'homogénéité de la méthode d'application et il doit immédiatement être rapproché du second : l'intangibilité du principe de loyauté dans l'obtention de la preuve.

253. – Intangibilité du principe de loyauté. Second élément de l'homogénéité, il a pour effet que le juge social n'accepte d'appliquer le droit à la preuve qu'au profit exclusif d'un élément de preuve qui a été obtenu loyalement par celui qui s'en prévaut peu importe qu'il soit un employeur ou un salarié.

La comparaison entre les deux exemples qui viennent d'être évoqués et des décisions précédentes en donne une parfaite illustration. En effet, la nature de l'élément de preuve litigieux dans l'arrêt « Petit Bateau » était identique à celle d'un arrêt de 2017⁴⁵⁷ : des informations extraites du compte Facebook de la salariée pour établir les griefs qui lui étaient reprochés. La différence tenait à ce que pour l'arrêt « Petit Bateau » ces informations avaient été communiquées « spontanément » à l'employeur par un autre salarié qui était autorisé à accéder au compte, alors que pour l'arrêt de 2017 elles avaient été recueillies par l'employeur au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié ce qui pour la Cour relevait

⁴⁵⁵ « 5. D'abord, si en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve, la cour d'appel, qui a constaté que la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme « amie » sur le compte privé Facebook de Mme M..., a pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal.

6. Ensuite, il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

⁴⁵⁶ « (...) d'une part, que la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail constitue un moyen de preuve licite, d'autre part, qu'elle avait constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation » (loyauté de l'obtention) ; « Ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi (...) ».

⁴⁵⁷ Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.609, préc.

d'un procédé d'obtention déloyale l'empêchant d'appliquer le droit à la preuve au profit de l'employeur.

Dans le même esprit, dans un arrêt de 2019⁴⁵⁸, l'application du droit à la preuve au profit d'une salariée a été écartée en raison de la déloyauté du procédé. Les faits étaient similaires à l'arrêt du 9 novembre 2016 à ceci près que la salariée, délégué du personnel, avait eu connaissance des éléments de preuve en dehors de l'exercice de ses fonctions caractérisant ainsi un procédé déloyal d'obtention.

En revanche si la condition de loyauté est intangible autant à l'égard de l'employeur que du salarié, elle fait l'objet d'une appréciation à géométrie variable (v. infra § 322).

254. Une brèche dans l'intangibilité a indirectement été ouverte par la chambre sociale en ce qu'elle a admis dans plusieurs arrêts que l'illicéité d'un mode de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats (v. supra § 249). La portée de ces décisions reste cependant difficile à saisir (est-ce qu'elle ne concerne que certaines illicéités ?) mais une tentative sera toutefois menée en deuxième partie de cette étude (v. infra § 300).

255. En dehors de cette méthode homogène, l'application même du droit à la preuve au profit des salariés et des employeurs relève plutôt de l'hétérogénéité.

B. L'hétérogénéité de l'application elle-même

256. – Hétérogénéité dans et entre les cas d'application. L'analyse des applications du droit à la preuve par la chambre sociale postérieures à son affirmation démontre que l'application ne se fait pas de la même manière entre mais également au sein même des deux cas d'application (au profit du salarié ou de l'employeur). Il est par définition difficile d'opérer une systématisation de l'application hétérogène d'une notion, mais rien n'empêche de la catégoriser en fonction de différents critères. L'hétérogénéité de l'application du droit à la preuve se constate ainsi au regard des personnes et des intérêts qu'elle confronte mais également au regard du stade de l'administration de la preuve auquel elle intervient.

257. – Personnes et intérêts confrontés. Pour l'application au profit de l'employeur, jusqu'à présent, celle-ci se fait essentiellement au détriment de salarié à qui il entend reprocher des

⁴⁵⁸ Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-19.237, préc.

griefs et très rarement au détriment d'autres salariés de l'entreprise. Le droit à la preuve est ainsi majoritairement mobilisé afin de faire échec au droit au respect de la vie privée ou personnelle du seul salarié dont il entend prouver les manquements et ainsi légitimer la sanction. Pour l'application au profit du salarié, elle se fait logiquement au détriment de l'employeur, pour faire échec au secret des affaires notamment, mais aussi très souvent au détriment d'autres salariés afin de faire échec au droit au respect de leur vie privée et personnelle derrière lequel l'employeur se retrancherait pour éviter d'avoir à communiquer des éléments probants de ses manquements. Seul point commun, l'application du droit à la preuve entraîne donc de manière générale un recul du droit au respect de la vie privée et personnelle des salariés profitable à l'employeur mais également à leurs collègues.

258. – Niveau d'application. Au profit de l'employeur l'application du droit à la preuve ne se fait pas de manière homogène entre l'obtention et la production. Le droit d'obtenir des éléments de preuve n'est que timidement voire pas du tout appliqué au profit de l'employeur. Cela pourrait sembler logique puisque le lien de subordination lui offre un pouvoir de contrôle exorbitant du droit commun sur son cocontractant qui devrait lui permettre d'obtenir la preuve des éventuels manquements de ce dernier. Mais cela tient surtout du principe de loyauté qui semble se muer à l'égard de l'employeur en un empêchement diriment à toute sortie en dehors des clous que représentent les mécanismes de surveillance que la loi ou la jurisprudence lui a autorisé en vertu de son pouvoir de contrôle. Une évolution sur ce point serait sans doute nécessaire (v. infra § 294). C'est donc principalement le droit de produire des éléments en justice qui s'applique au profit des employeurs pour éviter que l'un d'entre eux qui se serait efforcé d'obtenir loyalement une preuve la voit rejetée des débats en raison d'une atteinte modeste qu'elle porterait au droit au respect de la vie privée ou personnelle d'un salarié.

En revanche, au profit du salarié, l'application du droit à la preuve se fait de essentiellement au stade de l'obtention d'éléments de preuve. Il est vrai que l'arrêt de principe de la chambre sociale a été rendu en matière de production mais les applications qui ont suivi concernaient majoritairement l'obtention au travers l'octroi de mesure in futurum. L'application du droit d'obtenir la preuve permet ainsi au salarié de corriger l'inégalité d'accès aux éléments de preuve détenus par l'employeur. Elle intervient là où il fait état de plus de carences. L'intérêt du droit à la production des éléments en justice est alors moindre pour le salarié puisqu'une preuve dont l'obtention a été facilitée par l'exercice du droit à la preuve pourrait difficilement voir sa production écartée. C'est d'autant plus vérifiable qu'avec les mesures in futurum l'obtention se fait toujours dans la perspective d'une production en justice de par les conditions d'octroi de

ces mesures. En quatre ans les salariés et leurs représentants ont bien saisi la force de la combinaison du droit à la preuve avec les mesures in futurum comme en témoigne la pléiade d'arrêts rendu en la matière par la chambre sociale depuis 2016.



259. – Application extensive mais proportionnée. Le droit à la preuve s'applique donc autant au profit des salariés que des employeurs. Si l'homogénéité guide la méthode d'application du juge social pour les deux, une certaine hétérogénéité apparaît dans l'appréciation des conditions de mise en œuvre. Mais aussi multiples et hétérogènes que peuvent être les applications du droit à la preuve par le juge social, elles n'en demeurent pas moins soumises à la même condition tenant à la nature de l'application : elle doit être proportionnée.



Section II – L'application proportionnée du droit à la preuve par le juge social

260. – Notion familière. La proportionnalité n'est pas une notion inconnue des juristes. Elle est la condition centrale à toute atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux et se traduit par des exigences de proportionnalité appréciées de manière variable en fonction du caractère plus ou moins absolu des droits et libertés visés et de l'intérêt justifiant l'atteinte. L'application du droit à la preuve n'y échappe pas puisqu'il porte (principalement) atteinte au droit (fondamental) au respect de la vie privée (ou personnelle). Elle doit donc nécessairement se faire selon des exigences de proportionnalité qu'il appartient au juge social de fixer et d'apprécier.

§. 1 : Les exigences de proportionnalité

261. – Rôle du juge. Les exigences de proportionnalité qu'elles soient de portée générale⁴⁵⁹ ou spécifique⁴⁶⁰ sont formulées dans des termes vagues. Il revient au juge, chargé du contrôle de proportionnalité, d'en préciser le contenu. L'office est connu de longue date du juge administratif, du juge constitutionnel mais plus récemment du juge judiciaire et donc du juge social⁴⁶¹. Pour que l'application du droit à la preuve soit qualifiée de proportionnée ce dernier exige que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée soit circonstanciée et que la preuve soit utilisée avec précaution.

262 – Renvoi. Ces exigences ont déjà été évoquées précédemment dans la présente étude, elles tiennent, à titre préalable, au caractère nécessaire ou indispensable de l'élément de preuve puis à la légitimité de l'atteinte que son obtention ou sa production porte (le plus souvent) au droit au respect de la vie privée en prenant en compte le but poursuivi (v. supra § 207 et s.). Il convient désormais de se concentrer sur l'appréciation de ces exigences par le juge social, c'est-à-dire sur le contrôle de proportionnalité du droit à la preuve à proprement parlé.

§. 2 : L'appréciation des exigences de proportionnalité par le juge social

263. L'appréciation des exigences de proportionnalité ou plus communément appelé « le contrôle de proportionnalité » est une opération délicate qui ne fait pas forcément l'unanimité en doctrine. Certains estiment qu'il faut faire de la proportionnalité une « *norme juridique nouvelle* »⁴⁶² tandis que d'autres la juge dangereuse eu égard à sa grande part de subjectivité

⁴⁵⁹ Par exemples : « *l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* » (DDHC 26 août 1789, art. 4) ; « *Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* » (Ch. des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 52 §1).

⁴⁶⁰ Par exemple : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » (Conv. EDH, art. 8 §2 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale).

⁴⁶¹ Depuis 1993 et l'introduction de l'article L. 1121-1 au Code du travail qui impose de contrôler la proportionnalité des atteintes portées aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives dans le cadre des relations de travail.

⁴⁶² Entretien avec B. Louvel, Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle, JCP 2015, 1122.

source d'insécurité juridique⁴⁶³. S'agissant du droit à la preuve, le contrôle à proprement parlé passe alors par celui de l'exigence préalable de nécessité ou d'indispensabilité de l'élément de preuve puis par celui de la proportionnalité de l'atteinte entraînée par son utilisation⁴⁶⁴.

A. Le contrôle du caractère de l'élément de preuve

264. – Deux caractères. Pour être proportionnée, l'application du droit à la preuve doit concerner l'obtention ou la production d'un élément de preuve qui doit être soit nécessaire, soit indispensable pour établir la preuve du fait allégué. Le caractère indispensable de l'élément suppose que cette preuve ne puisse pas être réalisée par un autre moyen alors que son caractère nécessaire implique seulement qu'il présente un rapport direct avec le fait allégué sans forcément être l'unique moyen permettant de l'établir. Entre les deux, le juge social peine à faire son choix.

265. – Cafouillages terminologiques. Tel qu'introduite par l'arrêt fondateur du droit à la preuve en droit français⁴⁶⁵, la condition tenant au caractère de l'élément de preuve relevait de son caractère « indispensable » à l'exercice du droit à la preuve. La reprise à son compte du droit à la preuve par la chambre sociale l'avait transformé en caractère « nécessaire », puis « indispensable », puis à nouveau « nécessaire » et finalement encore « indispensable ». En effet, la condition du caractère « nécessaire » fut énoncée dans l'arrêt de principe du 9 novembre 2016⁴⁶⁶ pour une application de la dimension offre (production de l'élément) du droit à la preuve au profit du salarié. Elle est réitérée le 16 novembre cette fois pour une application de la dimension demande (obtention, en l'occurrence par l'octroi d'une mesure in futurum) toujours au profit du salarié. En 2019, pour une application similaire à celle du 16 novembre 2016⁴⁶⁷ la chambre sociale passe discrètement au caractère « indispensable » dans un arrêt inédit⁴⁶⁸. Elle confirme en 2020, toujours pour les mêmes circonstances d'application, par un arrêt publié⁴⁶⁹, ainsi que pour une application de la dimension offre au profit de l'employeur par les arrêts « Petit Bateau » et « AFP »⁴⁷⁰. Début 2021, retour au caractère « nécessaire » pour

⁴⁶³ P. Bailly, Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail, op. cit.

⁴⁶⁴ B. Bossu, Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées, op. cit.

⁴⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

⁴⁶⁶ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163, préc.

⁴⁶⁸ Cass. soc., 11 déc. 2019, n°18-16.516.

⁴⁶⁹ Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 19-17.667.

⁴⁷⁰ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc. ; Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc.

l'application de la dimension demande au profit d'une salariée alors que pour l'application de la dimension offre au profit de l'employeur le caractère « indispensable » est maintenu. Fin 2021, pour l'application de la dimension demande au profit des salariés, la Cour complexifie son raisonnement et invite les juges à raisonner en deux temps : d'abord vérifier le caractère « nécessaire » des éléments demandés et ensuite en cas d'atteinte à la vie personnelle (sous-entendu disproportionnée), vérifier le caractère « indispensable » de certains éléments⁴⁷¹. Le juge doit finalement effectuer un contrôle du caractère de l'élément de preuve à deux reprises : d'abord pour vérifier que le principe même de l'obtention est nécessaire au droit à la preuve et ensuite pour circonscrire l'obtention à ce qui est strictement indispensable à l'exercice de ce droit.

266. Est-il possible d'expliquer de tels cafouillages terminologiques ? Rien n'empêche d'essayer et cela commence par quelques constats.

D'abord, un constat qui s'inscrit dans la continuité de celui qui a été fait s'agissant de l'hétérogénéité de l'application du droit à la preuve. N'étant mobilisé qu'au profit du salarié (majoritairement pour l'octroi de mesure in futurum, v. supra § 258) dans sa dimension demande, le juge social a jusqu'à présent exclusivement apprécié la condition préalable de la proportionnalité du droit d'obtenir des éléments de preuve qu'à l'égard du salarié. A l'égard de l'employeur, c'est exclusivement dans le cadre de la proportionnalité de l'application du droit de produire des éléments de preuve que cette condition préalable a été appréciée⁴⁷².

Ensuite, dans le cadre de l'application de la dimension demande au profit du salarié, la Cour a vacillé entre « nécessaire » et « indispensable ». L'explication ne tient pas de l'objet du contentieux puisque les deux termes ont été utilisés dans deux arrêts portant sur la preuve d'une discrimination⁴⁷³.

Elle a finalement opéré un statu quo en scindant son raisonnement en deux étapes et en utilisant l'un des termes respectivement pour l'une et l'autre. Le caractère nécessaire de l'élément sollicité devient une condition préalable à la proportionnalité de l'octroi de la mesure (pour le favoriser) alors que le caractère indispensable devient une condition préalable à la proportionnalité de son étendue. Cela témoigne d'une véritable volonté de la chambre sociale

⁴⁷¹ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.144, préc. ; Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.147, préc.

⁴⁷² Comme en témoigne l'arrêt Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856, préc., la Cour persiste à contrôler la nécessité de l'atteinte à la vie privée par un procédé déloyal au titre de l'article L. 1121-1 et non au titre du droit à la preuve.

⁴⁷³ Cass. soc., 16 déc. 2020, n° 19-17.667, préc., pour une discrimination syndicale ; Cass. soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, préc., pour une discrimination à raison du sexe.

de donner toute sa vigueur au droit du salarié d'obtenir des éléments de preuve puisque c'est là que son statut de « partie faible » au contrat le pénalise le plus. Mais c'est également très intelligent et pragmatique de la part de la Haute Juridiction. En effet, la logique voudrait que la condition de « nécessité » de l'élément soit plus souple que celle « d'indispensabilité » et permette donc d'obtenir plus facilement. Mais à l'étape suivante, l'atteinte entraînée par une preuve seulement « nécessaire » pourra plus facilement être considérée comme disproportionnée que pour une preuve « indispensable ». Le caractère nécessaire vient favoriser l'octroi de la mesure mais ne garantit pas la proportionnalité de son utilisation chose que garantie un peu plus le caractère indispensable. Autrement dit, la chambre sociale permet au salarié de solliciter une mesure attentatoire, pourvu qu'elle soit seulement « nécessaire » à son droit à la preuve, et d'en tirer avec le concours du juge les éléments qui sont « indispensables » à l'exercice de ce droit, gage d'une atteinte proportionnée. A demi-mot, elle rejoint l'appréciation de la Cour EDH (v. supra § 210)

267. L'employeur ne bénéficie pas d'un tel pragmatisme. Jusqu'à présent il est privé d'une appréciation du caractère « nécessaire » ou « indispensable » de l'obtention d'un élément à l'exercice autonome⁴⁷⁴ de son droit d'obtenir des éléments de preuve. En outre, s'agissant de son droit de produire, la chambre sociale exige que l'élément dont il sollicite la production aux débats soit « indispensable » à l'exercice de ce droit, là où pour le salarié elle n'a pour l'instant jamais exigé autre chose que son caractère « nécessaire »⁴⁷⁵. Enfin, si le caractère indispensable est censé permettre à l'atteinte entraînée par son utilisation d'être plus facilement considérée comme proportionnée, les applications du droit à la preuve par le juge social faites au profit de l'employeur montrent qu'il opère en réalité un contrôle extrêmement poussé sur ce point.

B. Le contrôle de la proportionnalité de l'utilisation de l'élément

268. – Deux niveaux de vérification. Une fois la condition préalable du caractère indispensable de l'élément obtenu ou produit remplie, le juge va vérifier la proportionnalité de l'atteinte en opérant deux contrôles distincts. Celui de la légitimité du but poursuivi par la partie qui exerce son droit à la preuve puis celui de l'intensité de l'atteinte à la vie privée (ou personnelle) que cet exercice provoque.

⁴⁷⁴ C'est-à-dire sans le concours du juge.

⁴⁷⁵ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

1. La légitimité du but poursuivit

269. – Identification et appréciation. A l’instar du contrôle du caractère de l’élément de preuve, la Cour de cassation n’est pas toujours très clair et n’explicite pas forcément le but légitime qui vient au soutien de l’exercice du droit à la preuve. Il faut ajouter à cela une certaine confusion créée par la notion de « *légitime prétention au fond* » évoquée dans la note explicative de l’arrêt de principe du 9 novembre 2016⁴⁷⁶. Elle renvoi en effet à une appréciation anticipée du bien fondée de la prétention puisqu’exiger la légitimité de cette prétention revient à imposer la démonstration préalable qu’elle doit vraisemblablement être accueillie. Mais il s’agit plutôt d’apprécier seulement la recevabilité d’un élément de preuve qui ne présume en rien de son impact sur la conviction des juges quant au bien-fondé de la prétention et l’existence des faits nécessaires à son succès.

Dans l’arrêt fondateur de la première chambre civile⁴⁷⁷, la Cour évoquait simplement les « *intérêts antinomiques en présence* » à savoir la protection du droit au respect de la vie privée d’un côté et l’intérêt de voir sa prétention accueillie de l’autre qui se confondait alors avec l’intérêt à agir. La chambre sociale semblait être plus précise dès son arrêt de principe puisqu’elle mentionnait dans ses motifs, certes à demi-mot, le but poursuivi par l’exercice du droit à la preuve à savoir vérifier si l’employeur respectait la règle du repos dominical ou plus fondamentalement la protection de la santé et sécurité des salariés que sert les règles relatives à la durée du travail et au temps de repos. Dans les arrêts rendus au profit des salariés qui suivirent, la Haute Juridiction s’est faite encore moins explicite en se bornant à mentionner le « *but poursuivit* » sans expliciter duquel il s’agissait en réalité, qu’il faut donc deviner au regard des faits des différentes espèces, ni préciser en quoi il était légitime à justifier une atteinte à la vie privée. De telles approches du but poursuivit laissent à penser que la Cour de cassation souhaitait faire une appréciation objective (ou *in abstracto*) de sa légitimité sans tenir compte des faits de l’espèce.

Mais la chambre sociale fut cette fois bien plus explicite lorsqu’il a fallu appliquer le droit à la preuve au profit d’un employeur dans l’arrêt « Petit Bateau »⁴⁷⁸. Elle mentionne expressément le but poursuivi par l’exercice du droit à la preuve, à savoir la confidentialité des affaires de l’employeur, après s’être méthodiquement attelée à apprécier de manière subjective (ou *in*

⁴⁷⁶ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

⁴⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

⁴⁷⁸ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

concreto) sa légitimité en faisant référence au secteur d'activité très concurrentiel de l'employeur où il justifiait d'agissements de contrefaçon. C'est sans doute la nouvelle rédaction enrichie utilisée pour cet arrêt qui favorise la compréhension du raisonnement de la chambre sociale et permet d'en identifier la nature subjective de l'approche. C'est d'ailleurs une approche tout aussi concrète à laquelle elle se livre pour apprécier l'intensité de l'atteinte portée par l'exercice du droit à la preuve au respect de la vie privée.

2. L'intensité de l'atteinte

270. – Mesure de l'intensité. C'est le cœur du contrôle de proportionnalité. Pour que le droit à la preuve puisse primer sur le droit au respect de la vie privée (ou personnelle) il faut que l'atteinte qu'il lui porte soit la plus mesurée possible et c'est précisément le principal objet du contrôle de proportionnalité que mène la Haute Juridiction, bien plus que celui du but poursuivi. A l'instar du contrôle opéré sur celui-ci (lorsqu'il semble être fait), la chambre sociale choisit une approche *in concreto*. Elle mesure donc l'intensité de l'atteinte au regard des circonstances concrètes dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été obtenus ou produits. Dans l'arrêt « Petit Bateau »⁴⁷⁹, elle juge l'atteinte proportionnée après avoir constaté ainsi que l'employeur s'est borné à produire une capture d'écran de la seule photographie publiée par la salariée sur son compte Facebook (en l'occurrence celle où apparaissait l'information confidentielle) et non la page entière, mais également qu'il n'a révélé que les profils professionnels des seuls amis autorisés à accéder à la page qui travaillaient pour des sociétés concurrentes. La même approche se dégage des arrêts rendus au profit des salariés demandeurs de mesure *in futurum*. Le deuxième contrôle de proportionnalité, celui déclenché lorsque la mesure porte atteinte au droit au respect de la vie privée afin de vérifier parmi les éléments sollicités lesquels sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve⁴⁸⁰, s'apparente à une mesure de l'intensité de l'atteinte. La particularité dans ce cas c'est qu'a priori l'atteinte entraînée par la communication des éléments identifiés comme indispensables par le juge sera automatiquement considérée comme proportionnée. Elle suit ainsi la tendance initiée par la première chambre civile en matière de filature et d'enquête privée dans le domaine des assurances qui a pu juger comme portant une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée une enquête de grande ampleur menée sur une longue durée⁴⁸¹ contrairement à une

⁴⁷⁹ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, préc.

⁴⁸⁰ Cass. soc., 22 sept. 2021, n°19-26.144, n°19-26.147, préc.

⁴⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2016, n° 15-12.403.

enquête destinée à vérifier la réalité du préjudice oculaire allégué par la victime et qui se bornait à relater des observations faites sur la voie publique se limitant à constater l'absence de port de lunettes de l'intéressé dans des actes de la vie courante⁴⁸². Ces deux arrêts sont en outre particulièrement intéressants puisqu'ils montrent que la Haute Juridiction ne se contente pas de vérifier que les juges du fond ont apprécié la proportionnalité de l'atteinte avant de statuer sur la recevabilité de l'élément contesté mais n'hésite pas à casser l'arrêt (pour violation de la loi donc) s'ils ont jugé que l'atteinte était suffisamment mesurée alors qu'elle ne l'était pas⁴⁸³. Là encore la chambre sociale semble prendre la même direction puisqu'elle n'a pas hésité à casser pour violation de la loi la décision d'appel dès son arrêt de principe sur le droit à la preuve⁴⁸⁴, chose qu'elle a encore récemment réitérée⁴⁸⁵. Autrement dit, la Cour de Cassation contrôle le contrôle de proportionnalité exercé par les juges du fond, certains auteurs parlent de « *contrôle complet* »⁴⁸⁶. Bien sûr, lorsqu'ils omettent d'opérer ce contrôle, la Haute Juridiction censure également mais pour manque de base légale⁴⁸⁷.



271. – Bilan. L'application du droit à la preuve par le juge social suit globalement la tendance dessinée par les mécanismes qui en traduisaient implicitement l'expression. Elle contribue à faciliter l'obtention d'éléments de preuve par le salarié notamment au moyen de mesures in futurum et vient au soutien de la production d'éléments de preuve obtenus loyalement par des employeurs de bonne foi pour éviter une instrumentalisation du droit au respect de la vie privée par des salariés, au mieux de mauvaise foi ou fautifs, au pire malveillants.

Mais la reprise de cette tendance comporte des effets indésirables en reprenant les incohérences et les imperfections qu'elle a créés dans l'administration de la preuve en matière de relations de travail. Ainsi elle crée une dichotomie entre l'affirmation du droit à la preuve et son application. En affirmant ce droit de manière générale et indifférenciée au bénéfice de toute partie à un litige, ses deux dimensions devraient en principe bénéficier indistinctement à l'une ou l'autre selon ses besoins probatoires sur la base de leur seule impossibilité à prouver et non de leur qualité. Or, force est de constater que le droit pour l'employeur d'obtenir des éléments de

⁴⁸² Cass. 1^{ère} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.612.

⁴⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2016, n° 15-12.403, préc.

⁴⁸⁴ Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, préc.

⁴⁸⁵ Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144, n° 19-26.147, préc.

⁴⁸⁶ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, op. cit.

⁴⁸⁷ Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-16.516, préc.

preuve est ignoré par le juge social qui n'envisage pas une seule seconde le mettre en balance avec les exigences de licéité de la preuve chose qui a pourtant été faite au profit du salarié avant même l'affirmation d'un droit à la preuve (v. supra § 139). Ce dernier bénéficiant quant à lui des deux facettes de ce droit et dont la mise en œuvre se fait en outre avec un pragmatisme qui permet d'en assurer l'effet utile (faciliter tant l'obtention que la production d'élément de preuve dans les litiges l'opposant à son employeur). A quoi bon affirmer l'existence d'un droit pour le tordre jusqu'à en dévoyer la figure ?

Ce bilan pratique plutôt mitigé sur les mises en œuvre implicites et explicites du droit à la preuve doit cependant être relativisé. Il porte sur une période plutôt courte notamment s'agissant de la mise en œuvre explicite. Cette dernière est porteuse d'espoir puisque c'est à travers elle que le juge social pourra peut-être gommer, sinon tempérer, les faiblesses et les incohérences des règles relatives l'administration de la preuve en droit du travail. Il convient donc de prendre un peu de hauteur à l'égard de ce bilan pratique et de s'interroger sur la légitimité même du droit à la preuve afin de déterminer s'il dispose des ressources nécessaires pour supporter ce rôle.



Partie II : La légitimité du droit à la preuve en droit du travail

272. – Cadre général d’appréciation. La consécration et l’application du droit à la preuve par la Cour de cassation reste très récente sur l’échelle chronologique de la matière juridique. Elles ont soulevé et soulèvent encore de nombreuses interrogations doctrinales en raison d’un régime défini au départ de manière assez flou par la Haute Juridiction qu’elle précise aujourd’hui au fur et à mesure de ses arrêts. Ces interrogations auraient pu être au moins en partie levée par le législateur lors de la réforme du droit des obligations de 2016⁴⁸⁸. Mais le droit à la preuve fut complètement ignoré alors même que la question de la preuve des obligations était une question centrale de cette réforme.

Encore plus récente est la consécration et l’application du droit à la preuve par la chambre sociale. Les interrogations émises par la doctrine processualiste et privatiste ont ainsi été télescopées dans le champ du droit du travail, là où la question probatoire est extrêmement sensible. Elle est extrêmement sensible pour plusieurs raisons, déjà évoquées mais qu’il convient de remettre en perspective. Premièrement, la preuve en droit du travail concerne essentiellement des faits juridiques pour lesquels un principe de liberté s’applique : la preuve se rapporte pour tous moyens⁴⁸⁹. Mais la liberté de la preuve n’est pas sans limite, elle est tempérée par des exigences de licéité qui conditionnent leur recevabilité en cas de procès. Deuxièmement, l’articulation entre la liberté et la licéité de la preuve suit une ligne directrice autonome en droit du travail. Elle prend en compte les spécificités de ce droit et principalement le déséquilibre de la relation contractuelle entre employeur et salarié de par l’existence d’un lien de subordination. L’administration de la preuve en droit du travail part ainsi d’un postulat : le salarié, partie faible au contrat de travail, est présumée être également la partie faible sur le terrain probatoire. Ce postulat doit ensuite être articulé avec le légitime exercice des pouvoirs du chef d’entreprise sur l’activité de ses salariés, à savoir la diriger, la contrôler et sanctionner les manquements. Les règles qui gouvernent la question probatoire dans les relations de travail s’efforcent donc d’accentuer la liberté de la preuve au bénéfice du salarié, de le protéger d’un

⁴⁸⁸ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 et L. de ratification n°2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

⁴⁸⁹ Ce qui, en soit, peut apparaître comme un premier élément contredisant la légitimité du droit à la preuve en droit du travail : il ne devrait avoir vocation qu’à s’appliquer là où la preuve n’est pas libre pour justement contribuer à son ouverture.

exercice excessif des pouvoirs de contrôle et de sanction de l'employeur, tout en permettant à celui-ci de les exercer légitimement afin de préserver les intérêts de la collectivité de travail.

273. C'est dans ce schéma particulier que le droit à la preuve a intégré le champ des relations de travail en 2016. Son existence ne faisait auparavant aucun doute dans la doctrine qui en avait d'ailleurs très bien saisie l'ambivalence⁴⁹⁰. De par ce droit, employeurs et salariés devraient se voir faciliter l'un comme l'autre l'obtention d'élément de preuve et leur production en justice en cas de litige. Il devrait donc favoriser un peu plus la liberté de la preuve quasi-absolu dont bénéficie le salarié et renforcer le légitime exercice des pouvoirs de l'employeur sur l'activité de ses salariés. Il ne devrait pas simplement se borner à consacrer et sécuriser les règles applicables en matière d'administration de la preuve dans les relations de travail mais plutôt apporter un véritable renouveau afin de corriger les imperfections et incohérences qui ont pu apparaître. Ce renouveau tient donc essentiellement à la capacité du droit à la preuve de redéfinir l'approche globale des règles qui gouvernent l'obtention d'éléments de preuve et leur production en justice le cas échéant.

Pour produire et conserver cet effet utile le droit à la preuve doit être légitime et cette qualité ne se présume pas. Elle s'acquière après une mise en balance entre d'un côté des éléments qui participent à l'établir (**Titre I**) et de l'autre des éléments susceptibles de la remettre en cause (**Titre II**).

Titre I : Les éléments participant à la légitimité du droit à la preuve

274. – Qualités requises. Pour tenir le rôle qui devrait être le sien dans les relations de travail, le droit à la preuve doit donc présenter certaines qualités qui participent à établir sa légitimité. Ce sont ces qualités qui lui permettront de faire face aux différentes notions et concepts juridiques propres aux relations de travail susceptibles de faire obstacle à sa mise en œuvre. Deux types de qualités liées l'une à l'autre peuvent être distinguées : les qualités intrinsèques du droit à la preuve tenant notamment à sa qualification (**Chapitre I**) ainsi que les perspectives nouvelles qu'il va pouvoir offrir dans les relations de travail de par cette qualification (**Chapitre II**).

⁴⁹⁰ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve » in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), La Preuve en droit, op. cit.

Chapitre I : La qualification du droit à la preuve

275. Le premier élément qui permet d'établir la légitimité du droit à la preuve est sa qualification juridique. A quelle catégorie de droit appartient-il ?

Il faut bien distinguer cette question de celle de la nature conceptuelle d'un droit. Celle-ci permet d'envisager la manière dont un droit doit être appréhendé, la logique dans laquelle il doit être mis en œuvre, alors que la première consiste à identifier la place d'un droit dans l'ordonnement juridique et la hiérarchie des normes pour en identifier la portée.

La qualification du droit à la preuve va définir sa place dans les règles probatoires notamment son poids face aux exigences de licéité auxquelles ses effets vont devoir se confronter d'une manière particulièrement récurrente dans les relations de travail. Elle découle de plusieurs éléments qui vont donc déterminer sa capacité à faire plier ces exigences. Qualifier le droit à la preuve passe d'abord par l'identification de son origine et donc de ses sources (I). Ce sont elles qui vont permettre de définir ensuite les qualificatifs qui vont déterminer sa place hiérarchique dans le droit de la preuve (II).

Section I – Les sources du droit à la preuve

276. – Pluralité. De manière générale, dans les pays de droit écrit comme la France, un droit quel qu'il soit a pour origine une norme à laquelle il est rattaché ou dont il est la traduction, il en prend alors la valeur. La norme de rattachement d'un droit peut provenir de l'ordre juridique international, interne ou même des deux. Par exemple, la liberté syndicale consacrée à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et à l'article 11 de la Conv. EDH découle le droit pour toute personne d'exercer une activité syndicale. C'est également le cas du droit à la preuve.

§. 1 : Les sources nationales

277. – Distinction classique. Peuvent être distinguées, de manière assez classique, les sources législatives et les sources jurisprudentielles.

A. Les sources législatives

278. – Opposition doctrinale. Selon une partie de la doctrine processualiste, le droit à la preuve s'est manifesté par la mise en œuvre progressive dans le Nouveau Code de procédure civile⁴⁹¹ d'une atténuation du caractère accusatoire de la procédure devant les juridictions civiles avec une nouvelle définition du rôle du juge et des parties notamment dans l'administration de la preuve. Il était alors rattaché à l'article 30 dudit Code⁴⁹². Ce texte définissait et définit encore aujourd'hui le droit d'action, un droit subjectif que tiennent les parties à l'égard du juge et selon lequel celui-ci est tenu à l'égard de ses titulaires par une obligation d'examiner le bien-fondé de leur prétention. Pour en être titulaire et donc être recevable à agir encore faut-il avoir la qualité parfois requise par la loi⁴⁹³ mais surtout l'intérêt de le faire, condition remplie dès lors que celui qui agit le fait pour revendiquer l'existence d'un droit substantiel⁴⁹⁴. Dans cette logique le droit à la preuve serait un démembrement du droit d'action et il appartiendrait en conséquence au juge d'examiner tous les éléments de preuve produit pour établir les faits allégués au soutien des prétentions de celui qui agit ou se défend. L'obligation ne porterait cependant que sur des preuves licites (condition relative à la qualité de la preuve) et utiles (condition relative à l'intérêt de la preuve), caractères qu'il appartient au juge d'apprécier. Tout obligé qu'il soit d'examiner les éléments de conviction présentés par les parties, ce dernier en demeure donc le maître et ne peut pas être qualifié de « débiteur » du droit à la preuve des parties au procès. Le droit à la preuve obligerait également des tiers à leur fournir des éléments de preuve. C'est ce que traduiraient notamment les articles 11 alinéa 2 et 145 du Code de procédure civile.

Un autre courant doctrinal rejetait l'idée que le Nouveau Code de procédure civile consacrait un droit à la preuve au profit des parties. Selon ce courant, le Nouveau Code augmentait seulement les pouvoirs du juge en matière d'instruction et non ceux des parties qui au contraire voyaient peser de nouvelles obligations sur leurs épaules. Il faut dire que ce courant était bien favorisé par la protection expressément accordée par la loi aux intérêts à l'égard desquels le

⁴⁹¹ Décr. du 9 sept. 1971, du 20 jui. 1972, du 28 août 1972, du 17 déc. 1973, du 5 déc. 1975, auxquels on doit ajouter des dispositions législatives ayant un autre objet mais procédant d'une inspiration analogue, telle la loi du 5 jui. 1972.

⁴⁹² G. Goubeaux, « Le droit à la preuve » in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La Preuve en droit*, op. cit.

⁴⁹³ Il s'agit alors d'une action dite « attitrée ».

⁴⁹⁴ Une légitime prétention au fond.

droit à la preuve est susceptible de porter atteinte tel que le droit au respect de la vie privée⁴⁹⁵, le secret des correspondances⁴⁹⁶ ou le secret professionnel⁴⁹⁷.

Le droit à la preuve n'a donc jamais eu de fondement législatif a proprement parlé. La réforme de 2016⁴⁹⁸ qui devait pourtant porter sur la preuve des obligations n'a pas remédié à cette lacune alors qu'il avait déjà été assez remarquablement consacré par la jurisprudence.

B. Les sources jurisprudentielles

279. – Prémices et consécration. Nul besoin de faire durer le suspense dans ce développement, il a déjà été révélé à plusieurs reprises au cours de cette étude que le droit à la preuve avait été consacré par la Cour de cassation et plus précisément par un arrêt fondateur de la première chambre civile dont la substance fut ensuite reprise en substance par les autres chambres relevant de la matière civile.

Mais avant cela, la jurisprudence, notamment celle de la chambre sociale, évoquait une notion proche : la nécessité probatoire affirmée à travers le caractère « *nécessaire à l'exercice des droits de la défense* » d'un élément de preuve. Elle fut principalement mobilisée à l'égard du salarié pour lui permettre de faciliter autant l'obtention (puisque le salarié ne pouvait se voir reprocher un vol au sens pénal du terme), que la production (puisque le salarié ne pouvait se voir opposer l'irrecevabilité des documents soustraits à l'employeur) d'éléments de preuve ce qui n'est pas sans faire écho à la double dimension du droit à la preuve. Mais la référence aux « *droits de la défense* » circonscrivait sa portée à la position de « défendeur » à l'instance, comme par exemple un salarié se défendant contre une demande reconventionnelle de son employeur⁴⁹⁹. Dans la même lignée, c'est à nouveau sur la notion de « nécessité » mais cette fois de la protection des « *droits de la partie* » qui sollicite une mesure in futurum sur laquelle s'est appuyée la chambre sociale pour empêcher le secret des affaires ou le droit au respect de la vie privée d'être à eux seuls un obstacle à l'octroi d'une telle mesure⁵⁰⁰.

Ces solutions, tout comme une multitude d'autres qui ont fait l'objet d'une longue analyse dans la première partie de cette étude⁵⁰¹, étaient en réalité motivées par un droit à la preuve qui ne

⁴⁹⁵ C. civ., art. 9, préc.

⁴⁹⁶ C. pén., art. 226-15.

⁴⁹⁷ C. pén., art. 226-13.

⁴⁹⁸ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 et L. de ratification n°2018-287 du 20 avr. 2018, préc.

⁴⁹⁹ Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.410.

⁵⁰⁰ Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, préc.

⁵⁰¹ Par exemple, la présomption de caractère professionnel de fichiers reçus, émis ou stockés sur un matériel informatique mis à disposition par l'employeur pour l'exercice de l'activité du salarié.

disait pas son nom en ce qu'elles visaient à faciliter l'accès à la preuve au profit de la recherche de la vérité sinon de la transparence des relations de travail. C'est dans ce mouvement jurisprudentiel général que l'expression « droit à la preuve » est finalement apparue en 2012 dans la jurisprudence de la première chambre civile et en 2016 dans celle de la chambre sociale. Mais en l'absence de fondement législatif interne c'est sur des sources internationales que la Haute Juridiction a fondé cette consécration.

§. 2 : Les sources internationales

280. – Sources européennes. Pour que le droit à la preuve produise un effet direct dans l'ordre interne, il se devait d'être fondé sur une norme internationale disposant de cet effet et pour laquelle il ne fait pas débat autant d'un point de vue vertical (dans les relations entre personnes publiques et particuliers qu'horizontal (dans les relations entre particuliers). Le plus sur était d'aller chercher du côté des sources européennes que sont le droit du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne.

A. Le droit du Conseil de l'Europe

281. – Conv. EDH. La source originelle du droit à la preuve n'est autre que le droit du Conseil de l'Europe à travers son instrument normatif le plus remarquable, la Conv. EDH, et la jurisprudence de l'organe juridictionnel chargé d'en contrôler le respect par les Etats membres, la Cour EDH. Aucun droit à la preuve n'est expressément consacré par un article de la Convention, c'est donc la Cour EDH qui en a consacré l'existence aux termes d'une jurisprudence plus ou moins explicite.

La consécration du droit à la preuve s'est faite de manière progressive (v. supra § 195). Il fut d'abord évoqué à travers le principe d'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable consacré à l'article 6 § 1 de la Convention et donc applicable autant au procès civil que pénal. Selon la Cour ce principe implique « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁵⁰². En 2006, l'expression « *droit à la preuve* » est expressément utilisée par la Cour sans toutefois être rattachée à un fondement spécifique. Elle se contente de mentionner l'arrêt « *Dombo Beheer* »

⁵⁰² Cour EDH 27 oct. 1993, aff. n° 14448/88, préc.

mais n'évoque ni l'article 6 § 1 ni le principe d'égalité des armes⁵⁰³. C'est cependant ce qu'elle fera dans un arrêt de 2008 où elle juge qu'une partie à un procès dispose d'un droit de « *faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable* ». Elle précise d'ailleurs que ce droit et celui au respect de la vie privée méritent un « *égal respect* »⁵⁰⁴. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation consacrera quelques années plus tard le droit à la preuve⁵⁰⁵.

B. Le droit de l'Union européenne.

282. – Charte des droits fondamentaux. Le corpus normatif du droit de l'Union comporte une Charte des droits fondamentaux, dont la valeur normative équivaut à celle des traités. Il y figure un article 47 qui consacre le « *droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* » rédigé dans des termes singulièrement similaires à ceux employés à l'article 6 § 1 de la Conv.EDH⁵⁰⁶.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) en a déjà fait application dans une perspective probatoire. Dans un arrêt du 16 juillet 2015⁵⁰⁷ elle considère qu'un droit à l'information reconnu à un titulaire de droits de propriété (en l'occurrence de propriété intellectuelle) concrétise le droit fondamental à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte qui doit être concilié avec le droit à la protection des données personnelles garanti à l'article 8 de la même Charte. Il en ressort que la législation d'un Etat membre ne peut permettre d'invoquer le secret bancaire sans limite et sans condition pour faire échec à ce droit à l'information. Le « *droit à l'information* » dont il est fait référence dans l'arrêt relève d'une directive relative à l'information en matière de propriété intellectuelle laquelle prévoit à son article 8 que les Etats membres doivent veiller à ce que « *dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies par toute personne qui a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités*

⁵⁰³ Cour EDH, 10 oct. 2006, aff. n° 7508/02, préc.

⁵⁰⁴ Cour EDH, 13 mai 2008, aff. n° 65097/01, préc.

⁵⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n°11-14.177, préc.

⁵⁰⁶ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi ».

⁵⁰⁷ CJUE, 16 jui. 2015, aff. C-580/13.

contrefaisantes ». Difficile de ne pas faire un parallèle entre ce mécanisme « *d'information* » et un mécanisme « *probatoire* » bien connu de notre droit : les mesures *in futurum*. Il n'y a alors qu'un pas à faire pour l'envisager comme l'expression d'un droit à la preuve que la Cour de Justice rattache au droit à un recours équitable⁵⁰⁸.



283. – De l'identification des sources, à la qualification du droit. Principe chronologique ou soucieux de cohérence avec la première chambre civile, c'est au visa du seul article 6 de la Conv. EDH que la chambre sociale fonde l'existence d'un droit à la preuve dans le contentieux des relations de travail. Les autres textes régulièrement visés à ses côtés sont les dispositions législatives nationales qui traduisent les intérêts avec lesquels le droit à la preuve doit être concilié à savoir le droit au respect de la vie privée⁵⁰⁹ et les exigences de licéité de la preuve⁵¹⁰. De cette consécration sur le fondement de la Conv. EDH peuvent être dégagés les qualificatifs du droit à la preuve.



Section II – Les qualificatifs du droit à la preuve

284. – Catégoriser le droit à la preuve. L'opération de qualification juridique consiste à déterminer si une chose ou une situation de fait remplit les conditions lui permettant d'intégrer une catégorie juridique pour laquelle s'applique un ensemble de règles de droit (ou régime juridique) qualifié de « droit objectif ». Ces règles attribuent aux personnes des droits, qualifiés de « droits subjectifs » eux-mêmes divisés en différentes catégories. A chacune de ces catégories s'attachent des effets, une protection et des limites propres. Elles sont assimilables à des qualifications juridiques qui commanderaient non pas l'application d'une règle de droit mais la place d'un droit dans l'ordonnement juridique. La catégorisation d'un droit peut se faire selon sa valeur ou sa nature juridique, ce qu'il convient de faire pour le droit à la preuve.

⁵⁰⁸ G. Lardeux, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, op. cit.

⁵⁰⁹ C. civ., art. 9, préc.

⁵¹⁰ C. proc. civ., art. 9

§. 1 : La valeur juridique

285. – Valeur et impact. Parmi les droits subjectifs, il est courant de distinguer les droits fondamentaux dont l'impact dans l'ordre juridique n'est pas la même que celle des droits qui pourraient être qualifiés de classiques ou d'ordinaires. Mais avant d'analyser son impact il convient d'identifier la valeur du droit à la preuve.

A. L'identification de la valeur du droit à la preuve

286. – Valeur fondamentale. Dans notre ordre juridique interne, un droit ne peut produire ses effets juridiques qu'à travers un vecteur normatif ou pour le dire plus simplement à travers une norme qui le matérialise dans notre ordre juridique et le rend invocable par les sujets de droit. La valeur juridique du droit suit alors celle de la norme qui en est le vecteur. Jusqu'à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois par la Constitution de 1958⁵¹¹, la loi était le principal vecteur normatif des droits et libertés publiques.

Mais depuis l'instauration de la V^{ème} République les choses ont quelque peu évolué. La Constitution du 4 octobre 1958 définit une hiérarchie des normes au sommet de laquelle se trouvent les normes et principes qu'elle définit, suivis par les traités régulièrement ratifiés par la France, puis les lois et enfin les actes réglementaires.

La loi n'est plus la norme fondamentale qu'elle était depuis la première Révolution française de 1789, la Constitution et les traités internationaux sont devenus les principaux vecteurs de droits et libertés désormais qualifiés de « *fondamentaux* ». La consécration exponentielle par le Conseil constitutionnel de ces droits et libertés⁵¹² ou encore l'invocabilité tout aussi exponentielle de la Conv. EDH⁵¹³ devant les juridictions nationales en sont des exemples remarquables. Ces deux vecteurs consacrent d'ailleurs parfois les mêmes droits fondamentaux⁵¹⁴.

En s'appuyant sur l'article 6 de la Conv. EDH pour consacrer l'existence d'un droit à la preuve, la chambre sociale lui confère la valeur supra législative d'un droit fondamental. Elle le met d'ailleurs en balance avec le droit au respect de la vie privée, un autre droit fondamental. La

⁵¹¹ Constitution du 4 oct.1958, art. 61 et 62.

⁵¹² Cons. constit., 16 jui. 1971, n° 71-44 DC, « Liberté d'association » : le Conseil intègre au bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958 qui comporte notamment la DDHC de 1789 et le préambule de la Constitution du 27 oct. 1946.

⁵¹³ Favorisé par une reconnaissance générale de son applicabilité directe dans l'ordre interne.

⁵¹⁴ Par exemple le droit au respect de la vie privée.

valeur fondamentale du droit à la preuve est pourtant contestée par un auteur pour qui le droit à la preuve relève plus de la « *technique probatoire* » que d'un véritable droit fondamental. Il estime par ailleurs que les décisions de la Cour EDH ne créent pas un droit fondamental à la preuve en s'appuyant sur des arrêts postérieurs traitant d'une question probatoire mais qui ne le mentionne pas explicitement⁵¹⁵.

Reste que la chambre sociale persiste et signe à appliquer ce droit sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention. Le fait que la Cour EDH n'y fasse plus référence n'est pas si déterminant, puisqu'elle continue de le faire implicitement en visant l'article 6⁵¹⁶. En outre, le droit du Conseil de l'Europe (et partant la Conv. EDH) constitue un plancher minimal de droits qu'il est loisible aux Etats membres d'améliorer. Le droit à la preuve consacré par la Haute Juridiction sur le fondement du droit à un procès équitable de la Convention pourrait s'inscrire dans cette démarche sans que sa valeur fondamentale soit remise en cause.

B. Les conséquences de la valeur fondamentale

287. – L'impact d'un droit fondamental. Consacrer une valeur fondamentale au droit à la preuve entraîne plusieurs conséquences. Dans les relations individuelles de travail, l'employeur ne peut sanctionner un salarié à raison de l'exercice d'une liberté fondamentale à peine de nullité⁵¹⁷. Le salarié s'était déjà vu reconnaître le droit de soustraire des éléments à l'insu de son employeur⁵¹⁸ il bénéficie maintenant d'une protection au titre de l'exercice d'un droit fondamental reconnu sur le fondement l'article 6 § 1 de la Conv. EDH⁵¹⁹.

Au niveau de son articulation avec d'autres droits ou principes généraux, cela lui confère une valeur supra législative équivalente aux droits et libertés fondamentaux consacrés par la Constitution. En cas de confrontation avec un droit ayant la même « valeur », le juge devra opérer une conciliation entre les deux par le truchement d'un contrôle de proportionnalité afin de déterminer lequel doit primer sur l'autre au regard des circonstances de l'espèce⁵²⁰. Le droit à la preuve est ainsi régulièrement confronté au droit au respect de la vie privée avec de plus en plus de succès au fur et à mesure des décisions rendues par la Cour EDH et la chambre sociale

⁵¹⁵ ; E. Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, op. cit.

⁵¹⁶ Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

⁵¹⁷ C. trav., L. 1235-3-1, 1°.

⁵¹⁸ Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.410, préc

⁵¹⁹ Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-22.447 : il s'agissait de la liberté de témoigner mais la solution est transposable au droit à la preuve au regard de leur fondement commun.

⁵²⁰ Contrôle de proportionnalité in concreto.

de la Cour de cassation. Mais son impact ne devrait pas se limiter à permettre un tempérament du droit au respect de la vie privée lorsqu'il fait obstacle à la manifestation de la vérité, il devrait également être confronté à l'exigence de loyauté de la preuve lorsqu'elle a ce même effet.

288. La valeur fondamentale d'un droit lui permet également de bénéficier d'un système de protection des droits fondamentaux en fonction de sa source originelle. Pour les droits fondamentaux issus de la Conv.EDH, les juges nationaux contrôlent la conventionnalité des lois et de règlement à l'égard de ces droits⁵²¹. Les sources normatives nationales ne doivent pas avoir pour effet d'entraîner une violation des droits et libertés reconnus par la Convention. Souvent l'atteinte à ces droits sera elle-même justifiée par la protection d'un intérêt ayant la même valeur ce qui conduira à un contrôle de proportionnalité mais cette-fois ci bien plus objectif. Aucun contrôle de conventionnalité d'un dispositif national au regard du droit à la preuve n'a encore été opéré par le juge français. Il pourrait s'inspirer de la CJUE qui a déjà contrôlé la conformité d'un dispositif national qui prévoyait une limite absolue au droit à la preuve⁵²².

Au-delà du contrôle de conventionnalité du juge national, l'exercice du droit à la preuve est protégé par l'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, la Cour EDH. Si un justiciable estime que les juges nationaux ne lui ont pas permis d'exercer légitimement son droit à la preuve il peut saisir la Cour après l'épuisement des voies de recours. La Cour opérera alors un contrôle de proportionnalité *in concreto* entre le droit à la preuve et les intérêts légitimes avec lesquels il viendrait en contradiction. Si les premiers arrêts rendus en la matière par la Cour EDH n'ont pas conduit à une application du contrôle à la faveur du droit à la preuve, les dernières décisions témoignent à l'inverse de sa capacité à tempérer le droit au respect de la vie privée mais également les exigences de licéité⁵²³.

289. De par son fondement et sa mise en œuvre autant par le juge social français que le juge européen, la valeur fondamentale du droit à la preuve n'appelle donc pas de débat particulier, sauf quelques réserves isolées. Mais si qualifier la valeur d'un droit permet d'envisager sa place

⁵²¹ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, « Sté des cafés Jacques Vabre » ; CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, « Nicolo ».

⁵²² CJUE, 16 jui. 2015, aff. C-580/13, préc.

⁵²³ Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc. : dans cette affaire le droit à la preuve vient tempérer à la fois le droit au respect de la vie privée et l'exigence de transparence ou en droit français de loyauté à l'égard d'un dispositif de surveillance.

dans la hiérarchie des normes elle ne permet pas d'en saisir totalement la portée. Il faut pour cela envisager sa nature.

§. 2 : La nature juridique

290. – Processuelle ou substantielle ? Parmi les droits subjectifs il faut distinguer les droits processuels, des droits substantiels. Les premiers peuvent se définir comme l'ensemble des droits reconnus à une partie au cours d'un procès. Les seconds, comme les droits dont la reconnaissance peut faire l'objet d'une prétention au fond au cours d'un procès. La doctrine processualiste s'accorde majoritairement à considérer le droit de la preuve comme appartenant cumulativement aux deux catégories⁵²⁴, mais qu'en est-il du droit à la preuve ?

A. La nature processuelle du droit à la preuve

291. – Nature originelle. C'est la nature qui a originellement été octroyée au droit à la preuve par la doctrine bien avant⁵²⁵, mais également, après⁵²⁶ sa reconnaissance expresse par la jurisprudence européenne. La nature processuelle résultait alors de son rattachement au droit d'action prévu à l'article 30 du Code de procédure civile identifié comme un droit processuel selon la pensée de Motulsky⁵²⁷. Elle résultait également du fait qu'il n'avait vocation qu'à être mobilisé au cours d'un procès. Le fondement textuel utilisé pour la consécration expresse du droit à la preuve par le juge social rejoint d'ailleurs cette dimension processuelle. Envisagé de la sorte, le droit à la preuve devient un complément du droit à un procès équitable permettant aux parties de soumettre leurs éléments de preuves au juge pour que celui-ci puisse rendre une décision éclairée. Il s'agit là du fondement de la dimension « offre » du droit la preuve (ou le droit de produire des éléments de preuve).

Au regard de l'effet utile d'un droit à la preuve, cette nature apparait comme la plus évidente tant il est vrai qu'agir pour revendiquer l'existence d'un droit substantiel à son profit sans avoir la possibilité de prouver que cette prétention est bien fondée n'aurait aucun intérêt. Mais cet aspect de la nature processuelle du droit à la preuve renvoi également à sa nature substantielle : l'objectif d'un procès est de faire reconnaître l'existence d'un droit substantiel.

⁵²⁴ É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, Droit de la preuve, 2015, PUF, 1^e éd., n°26.

⁵²⁵ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve » in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), La Preuve en droit, op. cit.

⁵²⁶ A. Bergeaud, Le droit à la preuve, LGDJ, 2010, op.cit.

⁵²⁷ H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964, p.215-230.

B. La nature substantielle du droit à la preuve

292. – Nature consécutive. Elle ressort de ce que le droit à la preuve a pour objectif exclusif d'assurer la reconnaissance et donc l'effectivité d'un droit substantiel. Elle rejoint l'adage selon lequel « *ne pas pouvoir prouver son droit équivaut à ne pas avoir de droit* »⁵²⁸ de sorte qu'au droit d'offrir sa preuve à un juge au cours d'un procès devrait être assorti le droit de l'obtenir au détriment de celui qui la détient. Il s'agit là du fondement de la dimension « demande » du droit à la preuve (ou le droit d'obtenir des éléments de preuve).

A n'importe quel droit substantiel devrait alors se superposer un droit substantiel à la preuve de son existence qui pourrait alors lui-même faire l'objet d'une demande de reconnaissance de son bien-fondé par le juge. Ils pourraient alors se confondre mais il faudrait pourtant bien les distinguer comme deux droits autonomes afin de donner au droit substantiel à la preuve la portée qu'il mérite. Par exemple, le droit substantiel à la réparation d'un préjudice subi par un salarié du fait d'une discrimination ne doit pas être confondu avec le droit à la preuve d'avoir effectivement subi une discrimination. La dimension processuelle de ce droit implique pour le salarié un droit de présenter aux juges l'ensemble des éléments qui permettent d'établir la discrimination (et de surcroît le préjudice). Sa dimension substantielle implique d'avoir un droit d'obtenir l'ensemble de ces éléments et que le juge se prononce sur le bien-fondé de cette obtention. Le droit à la réparation d'une discrimination et le droit à la preuve de cette discrimination devrait alors pouvoir faire l'objet de deux demandes autonomes pour que le juge statue sur leur bien-fondé respectif⁵²⁹.

Un autre indice du caractère substantiel du droit à la preuve peut se matérialiser dans sa confrontation directe avec un autre droit fondamental purement substantiel à savoir, le droit au respect de la vie privée. De même de nombreux droits à résonance substantielle et non procédurale traduisent implicitement l'expression d'un droit à la preuve. C'est le cas notamment du droit à l'information (v. supra § 56 et s.) ou encore du droit d'affichage du CSE lorsqu'il est envisagé comme le support d'un droit fondamental comme récemment s'agissant du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs⁵³⁰.

⁵²⁸ Idem est non esse aut non probari.

⁵²⁹ Reconnaître l'existence d'une discrimination et du préjudice qui en résulte pour le premier ; reconnaître le droit d'obtenir les éléments permettant de prouver la discrimination pour le deuxième.

⁵³⁰ Cass. soc., 16 fév. 2022, n° 20-144.16 : implicitement le droit d'affichage traduit le droit pour les salariés d'obtenir la preuve que l'employeur respecte ou non son obligation de santé et sécurité à leur égard.



293. – De la qualification, aux perspectives. Le droit à la preuve se voit donc attribuer la qualification de « droit subjectif hybride à valeur fondamental ». Il est fondamental de par sa source conventionnelle et hybride de par sa nature à la fois processuelle et substantielle. Cette qualification participe en elle-même à sa légitimité en lui offrant la plus forte valeur juridique qui puisse être accordée à un droit⁵³¹. Mais en lui offrant la possibilité d'exporter cette valeur en dehors du seul champ procédural elle lui offre également des perspectives remarquables dans les relations de travail, deuxième élément participant à sa légitimité.



⁵³¹ En dehors des droits fondamentaux qualifiés « d'absolus » et donc insusceptibles de faire l'objet de restrictions.

Chapitre II : Les perspectives du droit à la preuve dans les relations de travail

294. – Perspectives hybrides. L'intérêt pour le juge social de consacrer un droit à la preuve applicable dans le champ des relations de travail est de permettre aux salariés et aux employeurs de s'en prévaloir pour faciliter l'accès à la preuve et sa production en justice afin de se rapprocher le plus possible de la vérité. Ce droit n'aurait qu'un intérêt assez limité s'il permettait seulement de sécuriser les mécanismes légaux et les solutions jurisprudentielles qui traduisaient implicitement son existence avant sa consécration. Une telle consécration devrait au contraire permettre d'envisager ces mécanismes sous un nouveau prisme, en l'occurrence celui du droit à la preuve. Il pourrait alors les renforcer en y étant expressément rattachés ou bien conduire à leur abandon, sinon à leur tempérament, dès lors qu'ils représentent un obstacle disproportionné à sa mise en œuvre. Autant la nature processuelle (I) que substantielle (II) du droit à la preuve lui permet d'offrir de telles perspectives. Les droits de produire et d'obtenir une preuve œuvrent finalement l'une comme l'autre pour rendre plus effectif le droit fondamental d'établir la preuve.

Section I – Les perspectives d'un droit processuel à la preuve

295. – Recherche de la vérité. Les perspectives offertes par la dimension processuelle du droit à la preuve concernent donc exclusivement sa mobilisation dans le cadre d'un procès prud'homale (ou judiciaire, le cas échéant) afin d'œuvrer en faveur de la recherche de la vérité. Elles se distinguent de par leur objet. Les unes vont concerner les déséquilibres probatoires des parties au procès alors que les autres vont viser la question de la licéité de la preuve présentée au juge. En revanche ces perspectives se rejoignent de par leur résultat : dans les deux cas le droit à la preuve va permettre de favoriser le pragmatisme.

§. 1 : Favoriser une correction pragmatique des déséquilibres probatoires

296. – Deux étapes. Pour opérer une correction pragmatique des déséquilibres probatoires à l'aide du droit à la preuve il faut procéder en deux étapes : identifier la pathologie et mettre en œuvre le traitement adapté.

A. L'identification de la pathologie

297. – Difficulté à prouver et charge de la preuve augmentée. Une première perspective générale de la nature processuelle du droit à la preuve se déduit de son fondement. L'article 6 de la Conv. EDH bénéficie sans distinction au demandeur comme au défendeur à un procès, en conséquence le droit à la preuve également.

Les perspectives relatives à la correction des déséquilibres probatoires suivent logiquement cette perspective générale. Employeurs et salariés doivent l'un comme l'autre en bénéficier dès lors qu'ils sont en position de faiblesse pour établir la preuve d'un fait allégué lors d'un procès. La carence du salarié dans l'accès aux éléments de preuve détenus par l'employeur induit la même carence au moment de la production. Pour y pallier il bénéficie souvent d'une charge de la preuve allégée là où celle de l'employeur est alourdi (v. supra § 146 et s.). Ce dernier doit donc prouver plus et de surcroît en produisant moins puisque sa production d'élément est limitée par la protection accordée aux secrets du salarié⁵³². Sans remettre en cause ces aménagements qui traduisent implicitement le droit à la preuve de ce dernier, celui de l'employeur devrait justifier une solution simple et pragmatique.

B. La mise en œuvre d'un traitement adapté

298. – Proportionnalité circonstanciée. Lorsque la révélation d'un élément de preuve en justice est susceptible d'entraîner une atteinte à la vie privée, le droit à la preuve devrait permettre à celui qui supporte une charge de la preuve plus importante que son adversaire (et donc en supporte davantage le risque⁵³³) d'y porter une atteinte plus importante que dans le cas où cette charge serait parfaitement réciproque.

Comme il a été évoqué en amont au cours de cette étude, il existe une multitude de règles relatives à l'administration de la preuve dans le contentieux des relations de travail qui alourdissent la charge de la preuve de l'employeur au moyen d'un allègement ou d'un renversement (v. supra § 146 et 158). Dans toutes ces hypothèses, le droit à la preuve pris dans sa dimension processuelle devrait induire que la charge supportée par celui qui exerce ce droit soit un élément participant à l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte opérée par le juge social (v. supra § 270). Autrement dit, le fait de supporter une charge de la preuve plus lourde

⁵³² Respect de la vie privée, secret des correspondances, etc.

⁵³³ Le risque de voir sa prétention rejetée faute d'avoir apporté les éléments nécessaires à en prouver le bien-fondé.

que celle de son adversaire devrait permettre une appréciation plus souple du caractère proportionné de l'atteinte à un secret légitime que provoquerait l'exercice du droit de produire un élément de preuve en justice. D'ailleurs, l'arrêt « Petit Bateau » qui marque la première application positive du droit à la preuve au profit d'un employeur a été rendu dans le cadre d'un contentieux où c'est ce dernier qui supportait seul la charge de la preuve⁵³⁴.

Ainsi dans les matières où l'employeur supporte une charge probatoire plus importante que le salarié (discrimination, harcèlement, licenciement, durée du travail, etc) son droit à la preuve devrait lui permettre de produire des éléments portant un degré d'atteinte plus important à la vie personnelle d'un salarié qui lui continuera de bénéficier de son régime probatoire de faveur.

§. 2 : Favoriser une approche pragmatique de la licéité de la preuve

299. – Nouvelle approche. Le droit à la preuve devrait permettre d'envisager la recevabilité d'une preuve obtenue en contrariété avec les exigences de licéité. L'approche devrait même être différente selon la cause d'illicéité concernée.

A. La recevabilité d'une preuve illicite

300. – Tempérer l'effet de l'obtention illicite. Nonobstant l'atteinte à la vie privée que provoquerait la production d'un élément de preuve devant un juge, il doit avant tout avoir été obtenu de manière licite pour que le droit à sa production puisse jouer. L'obtention licite de l'élément est donc envisagée par le juge social comme une condition préalable au jeu du droit à la preuve dans sa dimension processuelle. Le droit de présenter l'ensemble des éléments de preuve au juge est ainsi circonscrit aux seuls éléments obtenus de manière licite.

Employeurs et salariés sont tenus, à un degré différent, par ces exigences de licéité. Leur droit à la preuve, pris dans sa variante procédurale, devrait pourtant leur offrir la perspective de tempérer l'effet de ces exigences au cours d'un procès en permettant qu'une preuve obtenue de manière illicite puisse toutefois être produite devant le juge.

La porte a été entre-ouverte dans l'arrêt « AFP » du 25 novembre 2020⁵³⁵, confirmé par un arrêt du 10 novembre 2021⁵³⁶. Dans ces deux décisions la chambre sociale juge que l'illicéité d'un

⁵³⁴ Cass. soc., 30 sept. 2020, préc. : en l'occurrence, la preuve de la faute grave constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement.

⁵³⁵ Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc.

⁵³⁶ Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263, préc.

élément de preuve (sous-entendu, l'illicéité de son obtention) n'entraîne pas en elle-même son rejet des débats, les juges du fond doivent d'abord apprécier si sa production n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et si l'atteinte (au respect de la vie privée) qu'elle provoquerait est strictement proportionnée au but recherché. Il convient de rester prudent sur la portée de cette décision. La Cour vise spécifiquement l'illicéité de la preuve « *au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données* ». La portée ne semble pas donc générale. C'est là que la dimension processuelle du droit à la preuve offre des perspectives intéressantes. Elle devrait justifier une extension de cette solution à toutes les causes d'illicéité de l'obtention d'une preuve. C'est d'ailleurs d'une solution aussi générale dont peut se prévaloir un salarié en raison d'une appréciation très compréhensive des exigences de licéité faite par le juge social à son égard (v. supra § 139).

B. La variation de la recevabilité en fonction des causes d'illicéité

301. – Distinguer selon la cause de l'illicéité. L'illicéité d'une preuve tient à son caractère déloyal ou attentatoire à la vie privée. Ces deux conditions se confondent parfois dans la jurisprudence de la chambre sociale mais elles sont bel et bien autonomes. Or, parmi ces conditions, seule l'une d'entre elle est fondée sur la protection d'un droit ayant valeur fondamentale. Le droit à la preuve ayant lui aussi une valeur fondamentale, seule une cause d'illicéité protégeant un intérêt d'une valeur équivalente devrait imposer une démarche de conciliation. Dit autrement, la cause de l'illicéité devrait être un élément déterminant dans l'appréciation du caractère indispensable à l'exercice du droit à la production d'un élément de preuve obtenu par un moyen de preuve illicite. Il faudrait pour cela admettre qu'une preuve obtenue de manière déloyale n'est pas nécessairement attentatoire à la vie privée. La déloyauté suppose une intention malveillante, une volonté de tromper, d'induire en erreur ou de pousser à la faute que ne comporte pas forcément une intrusion volontaire ou non dans la vie privée. La loyauté n'ayant pas la valeur d'un droit fondamental⁵³⁷, la déloyauté de l'obtention de la preuve devrait être un obstacle moins important à l'exercice du droit de produire en justice que le caractère attentatoire à la vie privée. Ainsi l'exigence d'« indispensabilité » de l'élément obtenu par un procédé illicite ne devrait concerner que les procédés attentatoires à la vie privée et se transformer en une exigence de « nécessité » lorsque la preuve résulte d'une obtention déloyale.

⁵³⁷ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, op. cit.



302. – Du processuel, au substantiel. Une autre solution consisterait à déplacer le problème en amont de la production d'une preuve illicite pour tempérer, non pas l'effet des exigences de licéité mais les conditions de la licéité d'une preuve, perspective qui relève de la dimension substantielle du droit à la preuve.



Section II – Les perspectives d'un droit substantiel à la preuve

303. – Recherche de la vérité et au-delà. A l'instar de la dimension processuelle du droit à la preuve, sa dimension substantielle offre des perspectives intéressantes pour favoriser la recherche de la vérité dans le contentieux des relations de travail. L'obtention de la preuve pourrait faire l'objet d'une prétention distincte de celle que les éléments obtenus chercheraient à faire reconnaître et pour laquelle le juge devra également admettre ou non le bien-fondé. Mais au-delà de ce cadre d'intervention commun aux deux branches du droit à la preuve, sa branche substantielle pourrait servir un dessein plus large, celui d'œuvrer pour un renforcement de la transparence dans les relations de travail elles-mêmes.

§. 1 : Favoriser la recherche de la vérité dans le contentieux des relations de travail

304. – Droit à la vérité. Pour certains « *le mensonge doit parfois être érigé en droit, afin de protéger d'autres valeurs supérieures à la vérité* »⁵³⁸. Mais comment maintenir la confiance des justiciables en un système judiciaire qui placerait la vérité en deçà du mensonge ? Comment même envisager qu'il existe un intérêt dont la valeur serait supérieure à la vérité dans le cadre d'un procès alors qu'elle en à la fois la cause et le but ? Le mensonge, autant que la fraude, corrompt tout et l'intérêt qu'il sert, aussi légitime, soit-il ne peut y échapper. C'est le droit à la vérité qui doit gouverner le procès ce à quoi pourrait contribuer la dimension substantielle du droit à la preuve en imposant la notion de proportionnalité dans l'appréciation des moyens d'obtenir une preuve permettant d'établir le fait allégué au soutien d'une prétention. Pour y accéder, son auteur dispose de deux possibilités.

⁵³⁸ F. Dekeuwer-Défossez, Les sept voiles de la mariée, RJPF 2008-7-8/10.

A. L'obtention par soi même

305. – Pêche à la preuve. Le premier moyen consiste à obtenir la preuve par ses propres moyens en prenant le risque de tomber dans le procédé illicite.

Le droit substantiel à la preuve devrait imposer au juge d'opérer un contrôle de proportionnalité en aval de l'obtention pour statuer sur son bien-fondé au regard de son caractère nécessaire ou indispensable à l'exercice du droit à la preuve. Autrement dit, à chaque action, le juge serait automatiquement saisi d'une prétention au fond visant à faire reconnaître le bien-fondé de l'exercice du droit d'obtenir un élément de preuve sur laquelle il ne pourrait statuer qu'après une mise en balance avec les exigences de licéité. Là encore une conciliation favorable au droit à la preuve devrait aboutir plus facilement lorsqu'il est confronté au principe de loyauté que lorsqu'il est confronté à l'exigence de respect de la vie privée eu égard à la valeur inférieure du principe par rapport à ces deux droits fondamentaux. Cela permettrait de mettre fin à l'absolutisme de ce principe dans le contentieux des relations de travail alors même qu'il a justement été réduit en matière d'assurance ou en matière pénal⁵³⁹.

306. En consacrant le droit à la preuve, la chambre sociale n'avait peut-être pas conscience de sa dimension substantielle susceptible de s'attaquer frontalement à son principe de loyauté si fièrement adopté en 1991⁵⁴⁰. Elle prend d'ailleurs bien soin de ne jamais le confronter directement avec le droit à la preuve comme si elle avait pleinement conscience de l'issue fatale de la confrontation. Son recul est largement plébiscité par la doctrine tant la preuve clandestine est un mal indispensable à la preuve de certains faits tels que les discriminations ou les situations de harcèlement⁵⁴¹. La chambre sociale a d'ailleurs fait évoluer sa position en la matière mais sans passer par une conciliation entre loyauté et droit à la preuve⁵⁴². Pour le reste elle n'admet la proportionnalité de l'atteinte qu'à l'égard de la vie privée et encore sans jamais inclure dans la balance le droit à la preuve pris en sa dimension substantielle⁵⁴³, à charge pour les plaideurs de l'y inviter sur le modèle de ce qui a pu être fait avec succès devant la Cour EDH⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2012, n° 11-17.476 ; Cass. ass. plén., 10 nov. 2017, n° 17-82.028.

⁵⁴⁰ Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43.120, préc.

⁵⁴¹ C. Leborgne-Ingelaere, Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme, JCP S n° 10, mars 2019, 1072 ; P. Raynaud, Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail, JCP S 2013, n° 1054.

⁵⁴² Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, préc. : « une enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié. »

⁵⁴³ Cass. soc., 23 juin 2021, préc.

⁵⁴⁴ Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

307. Curieusement donc, la chambre sociale n'admet aucune proportionnalité à l'égard de l'atteinte à la loyauté, simple principe général du droit, alors qu'elle l'admet bien volontiers à l'égard de la vie privée, droit fondamental. Mais le droit à la preuve est alors également écarté de la balance et c'est bien là que se trouve le plus grand champ des possibles pour sa dimension substantielle : tempérer de manière pragmatique les exigences de licéité.

B. L'obtention aidée

308. – Preuve assistée. Le deuxième moyen pour un demandeur d'accéder à la preuve, c'est de solliciter du juge l'octroi d'une mesure d'instruction afin de légitimer une éventuelle atteinte aux exigences de licéité notamment celle tenant au respect de la vie privée. Là encore, par cette demande, le juge est saisi d'une prétention visant à faire reconnaître le bien-fondé du droit d'obtenir un élément de preuve. La dimension substantielle du droit à la preuve imposerait alors au juge de contrôler la proportionnalité en amont de l'atteinte à un secret protégé⁵⁴⁵ que pourrait provoquer la mesure avant de statuer sur le bien-fondé de la demande.

Mais il n'y a guère qu'en matière de mesure d'instruction *in futurum* que la proportionnalité a été admise par le juge social pour concilier le droit d'obtenir la preuve avec un secret protégé (vie privée ou secret des affaires) ce qui a d'ailleurs conduit à un remarquable perfectionnement pragmatique du mécanisme au profit des salariés (v. supra § 266).

Un perfectionnement similaire pourrait cependant être envisagé à l'égard des mesures d'instruction en cours de procès notamment en obligeant le juge à inclure le droit substantiel à la preuve de la partie qui la sollicite dans son appréciation de l'opportunité de l'octroi. Le refus d'une mesure d'instruction relèverait alors d'une exception au droit à la preuve qui devra être particulièrement justifiée. La perspective serait intéressante pour les contentieux collectifs impliquant un groupe de société afin de déterminer les responsabilités de la société mère dans les opérations de restructuration préjudiciables pour les intérêts de la collectivité des salariés⁵⁴⁶. Dans ces situations, l'obligation légale d'information consultation du CSE ne permet pas toujours d'obtenir les informations pertinentes, l'aide du juge ne serait pas négligeable. Cette vision du droit à la preuve rejoint d'ailleurs la deuxième perspective de sa dimension substantielle.

⁵⁴⁵ L'exigence de loyauté est par principe remplie puisqu'un procédé d'obtention ordonné par un juge est forcément loyal.

⁵⁴⁶ P. Henriot, *Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes*, op.cit.

309. En effet, au-delà de participer à l'impérieuse recherche de la vérité dans le cadre d'un procès, la dimension substantielle du droit à la preuve pourrait contribuer à renforcer la transparence des relations de travail.

§. 2 : Renforcer la transparence des relations de travail

310. – Propositions. L'ensemble des propos tenus depuis le début de cette étude par son auteur n'engage évidemment que lui mais plus encore s'agissant des propos « audacieux » qui vont suivre. L'audace dont il s'agit ici n'est pas tant la sienne mais celle des perspectives du droit à la preuve qui vont être envisagées dans les prochains développements. Suivant les conseils de M. Proust pour qui « *l'audace réussit à ceux qui savent profiter des occasions* », la fin du premier Titre de la deuxième Partie de cette étude semblait être l'occasion parfaite pour en faire preuve. Il s'agit en réalité d'envisager le droit à la preuve au-delà de son cadre de prédilection.

A. Le droit à la preuve au-delà du procès

311. – Délimitation du cadre de base. Pour envisager comment un droit substantiel à la preuve pourrait contribuer à renforcer la transparence dans les relations de travail il faut se replacer dans le cadre plus général dans lequel la reconnaissance du droit à la preuve s'inscrit, à savoir un « *mouvement en faveur d'une meilleure capacité du procès à permettre la découverte de la vérité* » comme le souligne un auteur⁵⁴⁷.

Mais pourquoi la manifestation de la vérité devrait-elle attendre la tenue d'un procès ? N'est-il pas possible d'agir en amont pour que les parties y contribuent par elles-mêmes tout au long de leur relation en leur permettant d'opposer à l'autre un droit d'obtenir la preuve de leur bonne foi ? Sans faire de politique politicienne⁵⁴⁸, favoriser cette transparence ne contribuerait-il pas à l'objectif affiché de réduire le nombre de saisines des conseils de prud'hommes⁵⁴⁹ qui rejoint l'objectif politique (au sens noble) plus large de « désengorgement » des tribunaux ?

⁵⁴⁷ O. Leclerc, *Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail*, op.cit.

⁵⁴⁸ Expression empruntée à M. Philippe Coursier.

⁵⁴⁹ A l'instar des différentes réformes notamment celles relatives au raccourcissement des délais de prescription ou à la forfaitisation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

312. – Dépasser le cadre du procès. Selon le même auteur, le droit à la preuve pourrait s'envisager « *comme un instrument favorisant la découverte de la vérité et capable, sous réserve qu'il soit justifié et proportionné, de faire échec à des règles d'exclusion des preuves* ». C'est d'ailleurs ainsi qu'il a été majoritairement envisagé au cours de cette étude : comme un instrument du contentieux.

Mais à plusieurs reprises il a également été envisagé à travers des mécanismes qui en traduisaient implicitement la mise en œuvre en dehors d'un quelconque cadre litigieux. C'est notamment le cas du droit à l'information et des mécanismes de contrôle réciproque des parties à la relation de travail. La dimension probatoire de ces mécanismes se mesure par leur capacité à permettre à qui les mets en œuvre d'obtenir des éléments probants sans qu'aucun procès ou litige ne soit envisagé. Les prendre sous le prisme du droit à la preuve ne permettrait-il pas de favoriser la transparence des relations de travail ? L'enjeu n'est pas futile autant pour les relations individuelles que collectives, il s'agit de passer d'une relation de défiance à une relation de confiance et de limiter le risque de contentieux ou a minima, d'anticiper les problématiques de preuve dans le cas où le procès n'aurait pas été évité.

B. Limiter et anticiper le risque contentieux

313. – Illustrations concrètes. Par exemple, envisager le droit à l'information comme un droit substantiel à la preuve⁵⁵⁰ en dehors d'un litige permettrait de lui donner plus de vigueur notamment dans les relations individuelles de travail. L'augmentation des informations devant être transmises par l'employeur au salarié au moment de la conclusion du contrat poursuit déjà cette logique⁵⁵¹. Mais là où le droit à l'information a le plus besoin d'être revigoré c'est en amont de la conclusion du contrat, au stade du recrutement. Autant l'employeur que le salarié bénéficie d'un droit au mensonge. Pour le premier le risque est de recruter un candidat qui n'a pas été transparent sur son expérience et ses compétences. La période d'essai tempère largement ce risque en lui permettant de rompre sans motif le contrat de travail. En revanche, le risque pour le salarié est de voir sa candidature écartée sur la base d'un critère qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance par l'employeur voire même sur la base d'un critère discriminatoire. Le droit à la preuve pourrait justifier qu'un candidat qui estimerait avoir été

⁵⁵⁰ Un droit d'obtenir un élément de preuve.

⁵⁵¹ Dir. 2019/1152, du 20 juin 2019, préc.

injustement évincé⁵⁵² dispose d'une action visant à obtenir de l'employeur une liste d'éléments déterminés, précis et pertinents⁵⁵³ pour lui permettre d'apprécier la légitimité du rejet de sa candidature par rapport au candidat retenu. Une assimilation similaire du droit à l'information au droit à la preuve s'est déjà vu en droit de l'Union européenne⁵⁵⁴. La CJUE invite d'ailleurs déjà les juges nationaux à tirer les conséquences d'un refus obstinés de l'employeur à communiquer des éléments objectifs sur le processus de recrutement⁵⁵⁵. La forme de l'action pourrait suivre celle admise pour le CSE lorsqu'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour rendre son avis⁵⁵⁶. Sous la menace d'une telle action, l'employeur serait sans doute plus ouvert à la transparence afin d'éviter le litige.

Dans la même idée, il devrait être possible d'agrémenter une clause de non-concurrence avec une clause d'information qui obligerait le salarié à attester à chaque échéance de l'indemnité qu'il respecte son obligation. Pour plus de transparence la clause devrait prévoir les éléments permettant au salarié de satisfaire à cette obligation et, à défaut, l'employeur devrait disposer d'une action rapide s'il estime ne pas avoir obtenu les éléments lui permettant de s'assurer que le salarié respecte son obligation de non-concurrence.

314. La dimension substantielle du droit à la preuve pourrait également renforcer la transparence dans les relations de travail en renforçant les moyens de surveillance légitime des parties. Le droit d'obtenir une preuve devrait justifier la mise en œuvre de techniques de contrôle plus intrusives dès lors qu'elles servent un intérêt légitime et qu'elles apparaissent comme le moyen le plus efficace pour le servir. Il devrait par exemple entraîner une interprétation compréhensive de l'article L. 1222-4 du Code du travail par le juge social lorsque la clandestinité participe à l'effet utile du moyen de contrôle comme cela a pu être admis par la Cour EDH à l'égard de salariés soupçonnés de commettre des vols⁵⁵⁷.

Une solution identique devrait être envisagée à l'égard des employeurs lors de la procédure d'embauche. De nombreuses enquêtes et « testing » démontrent que la discrimination à l'embauche qu'elle soit fondée sur le sexe, la religion ou l'ethnie n'est pas un fantasme mais

⁵⁵² C'est-à-dire évincé sur la base de critères qui n'ont pas été portés préalablement à sa connaissance ou discriminatoires.

⁵⁵³ Il pourrait s'agir de documents internes relatifs au processus de recrutement (des échanges de mail entre la direction et les recruteurs) et des informations relatives au candidat effectivement retenu.

⁵⁵⁴ CJUE, 16 jui. 2015, aff. C-580/13, préc.

⁵⁵⁵ CJUE, 9 avr. 2012, aff. C-415/10, Meister

⁵⁵⁶ C. trav., art. L. 2312-15, al. 4 et 5 : action selon la procédure accélérée au fond dans un délai court (15 jours à compter de la notification du rejet de la candidature par exemple) avec une obligation pour le juge de statuer rapidement.

⁵⁵⁷ Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

une réalité⁵⁵⁸. Quand bien même un candidat évincé sur la base d'un critère discriminatoire bénéficie d'une charge de la preuve allégée⁵⁵⁹ il aura le plus grand mal à apporter des éléments de faits tangibles laissant supposer l'existence de la discrimination⁵⁶⁰. Au-delà de l'extension de son droit à l'information, le moyen le plus efficace serait de permettre au candidat d'enregistrer le ou les entretiens d'embauche à l'insu du recruteur. L'oralité ne laissant aucune trace faute d'enregistrement, c'est à ce moment-là que les candidats subissent des questionnements qui n'ont rien à voir avec leurs aptitudes professionnelles ou qui se rapporteraient à des considérations en rapport avec un critère discriminatoire. La clandestinité de l'enregistrement est la condition de son efficacité, elle est d'ailleurs admise devant le juge répressif⁵⁶¹. Elle fait peser une menace qui force l'employeur à adopter une attitude irréprochable et transparente à l'égard du candidat.



315. – Du légitime, à l'illégitime. La qualification du droit à la preuve de droit fondamental « *hybride* »⁵⁶² lui offre des perspectives intéressantes. Dans le champ contentieux, il va être un élément déterminant pour favoriser la manifestation de la vérité en permettant une approche pragmatique de la proportionnalité dans la production d'éléments de preuve et dans leur obtention. Hors du champ contentieux, il devrait justifier des évolutions jurisprudentielles ou législatives qui permettraient de renforcer la transparence dans les relations de travail. De par ces éléments, le droit à la preuve trouve légitimement sa place en droit du travail mais d'autres sont néanmoins susceptibles de tempérer cette légitimité.



⁵⁵⁸ <https://www.institutmontaigne.org/publications/discriminations-religieuses-lembauche-une-realite>.

⁵⁵⁹ C. trav., L. 1134-1, préc., vise « le candidat à un emploi ».

⁵⁶⁰ L. Driguez, Preuve des discriminations à l'embauche, Europe n° 6, Juin 2012, comm. 254.

⁵⁶¹ Cass. ass. plén., 10 nov. 2017, n° 17-82.028, préc.

⁵⁶² Un droit à la fois processuel et substantiel

Titre II : Les tempéraments à la légitimité du droit à la preuve en droit du travail

316. – Nul n'est prophète en son pays. La liberté de la preuve dont bénéficie les parties à la relation de travail en matière prud'homale apparaît comme un premier élément permettant de remettre en cause sa légitimité en droit du travail. Pourquoi consacrer un droit à la preuve alors que les parties sont déjà libres de prouver ? Prolonger une liberté par un droit de l'exercer pourrait sembler particulièrement artificiel.

Mais le droit à la preuve n'est pas le prolongement de la liberté de la preuve, il en est le bras armé face aux éléments susceptibles de venir perturber l'accès à la preuve au détriment de la transparence des relations de travail et de la manifestation de la vérité en cas de procès. En droit du travail, ces événements sont particulièrement nombreux⁵⁶³ d'où, au contraire, une légitimité assez évidente qui apparaît une fois ces considérations prises en compte : le droit du travail est un terrain idéal pour que le droit à la preuve prospère.

Pour autant, si la légitimité de son existence en droit du travail ne semble pas contestable au regard des particularités probatoires de la matière et des perspectives qu'il peut y offrir (v. supra § 305 et s.), la légitimité de la manière avec laquelle il est appliquée appelle cependant à quelques réserves. Elles tiennent notamment à sa mise en œuvre par le juge social (**Chapitre I**) et aux risques qu'il peut représenter (**Chapitre II**).

Chapitre I : Les lacunes de sa mise en œuvre par le juge social

317. – Nouvel outil. Le droit à la preuve est un nouvel outil juridique dont le juge social ne s'est saisie que très récemment⁵⁶⁴. Il faudra sans doute du temps pour qu'il mesure véritablement l'impact sur le contentieux du travail. Au fur et à mesure de ses arrêts il ajoute des pierres à l'édifice du régime juridique du droit à la preuve. La nouveauté de l'outil pourrait expliquer les quelques vices cachés qui grèvent cette construction progressive. Le premier de ces vices c'est la toute-puissance qu'il persiste à accorder au principe de loyauté (**I**). Le deuxième, c'est la géométrie variable avec laquelle il met en œuvre le droit à la preuve (**II**). Sources de confusions et de solutions incohérentes avec le dessein assigné initialement au droit fondamental à la preuve, ces lacunes desservent sa légitimité et manquent de justification.

⁵⁶³ Déséquilibre d'accès à la preuve, exigences de licéité de la preuve, etc.

⁵⁶⁴ Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203, préc.

Section I – La toute-puissance injustifiée du principe de loyauté

318. – Condition préalable à la mise en œuvre. Au côté du droit à la preuve, la chambre sociale vise systématiquement l'article 9 du Code de procédure civile selon lequel il incombe aux parties aux parties de prouver conformément à la loi. Autrement-dit, le droit à la preuve ne peut jouer à ses yeux qu'à l'égard d'une preuve qui n'a été obtenu que « *conformément à la loi* ». Elle refuse ainsi de mettre en balance le droit à la preuve et l'exigence de licéité tenant à la loyauté de la preuve. Cette solution incohérente au regard de la valeur juridique du principe créé en outre une confusion entre les exigences de licéité.

§. 1 : L'incohérence de l'absolutisme au regard de la valeur du principe

319. – Infériorité de valeur. Comme le note un auteur à propos de l'arrêt « AFP »⁵⁶⁵, le principe de loyauté demeure un « *îlot de stabilité* » qui se traduit par un rejet constant des éléments de preuve obtenu de manière déloyale sans aucune mise en balance avec le droit à la preuve et l'intérêt légitime protégé par le procédé déloyal. Pourtant, un autre auteur souligne le caractère injustifié de cet absolutisme au regard de deux raisons. D'abord parce qu'il aurait abouti à des « *erreurs judiciaires choquantes* » en « *pleine connaissance de cause* », ensuite parce qu'il devrait logiquement s'incliner face au droit à la preuve de par sa valeur inférieure⁵⁶⁶. Le principe de loyauté n'est fondé sur aucune norme dont la valeur excède celle de la loi. C'est tout au plus un simple principe général du droit consacré à la fois par la Cour de Cassation⁵⁶⁷ et le Conseil d'Etat⁵⁶⁸. La Cour EDH a déjà eu l'occasion de préciser que ce principe ne pouvait pas être rattaché à l'article 6 de la Convention, ce dernier n'ayant pas vocation à régler la question de l'admissibilité des preuves mais seulement à imposer qu'elles soient contradictoirement débattues⁵⁶⁹. Il ne devrait donc pas pouvoir s'imposer comme un obstacle absolu à l'exercice du droit à la preuve sans constituer une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable dont ce dernier découle. Au regard de la hiérarchie des normes, ce ne pas tant la proportionnalité de l'atteinte à la loyauté de la preuve que porterait l'exercice du droit à la preuve que le juge devrait apprécier mais plutôt l'atteinte à ce droit que constituerait une

⁵⁶⁵ Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523, préc.

⁵⁶⁶ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, op.cit.

⁵⁶⁷ Cass. ass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, préc.

⁵⁶⁸ CE, 16 jui. 2014, n° 355201.

⁵⁶⁹ Cour EDH, 12 jui. 1988, aff. n° 10862/84, préc.

exigence absolue de loyauté comme elle existe dans la jurisprudence de la chambre sociale. Un contrôle de conventionalité du principe de loyauté dans l'administration pour d'ailleurs être envisagé eu égard au fondement conventionnel du droit à la preuve⁵⁷⁰.

§. 2 : Un absolutisme source de confusion entre les exigences de licéité de la preuve

320. – Confusion avec le respect de la vie privée. La chambre sociale confond et assimile souvent la déloyauté à l'atteinte à la vie privée⁵⁷¹. Le refus de mettre en balance le principe de loyauté avec le droit à la preuve se justifie alors encore moins puisqu'elle admet sa mise en balance avec le droit au respect de la vie privée pour en plus aboutir à le faire triompher de manière assez récurrente⁵⁷². Rien ne justifie un tel privilège d'autant plus que cela risque d'entraîner une hiérarchisation des exigences de licéité qui viendrait complexifier à outrance la solution relative à la recevabilité d'une preuve illicite alors qu'il faudrait simplement les distinguer. L'absolutisme dont s'est paré le principe de loyauté voudrait que cette solution ne vaille que pour une illicéité résultant d'une atteinte à la vie privée mais pas pour une atteinte à la loyauté de la preuve. Encore une fois, rien ne justifierait un tel privilège au regard de l'infériorité juridique du principe de loyauté par rapport au droit au respect de la vie privée. Aucune affirmation ou infirmation dans un sens ou dans l'autre n'est cependant possible à ce jour tant que la chambre sociale n'aura pas explicitement confronté le principe de loyauté aux deux dimensions du droit à la preuve. Certains auteurs estiment pourtant que les récentes décisions sur l'admissibilité d'une preuve illicite marque un infléchissement de la Haute Juridiction pour l'exigence de loyauté⁵⁷³. Mais les décisions évoquées n'envisageaient qu'une illicéité très spécifique (qui en réalité ne relevait qu'indirectement de la loyauté) et qui plus est, ne concernaient que la production en justice de la preuve et non son obtention. Au demeurant, la chambre sociale déplace systématiquement la confrontation vers une problématique d'atteinte à la vie privée⁵⁷⁴ autant pour le droit d'obtenir que pour le droit de produire un élément de preuve créant au passage une confusion entre les deux exigences de licéité qu'il faudrait clarifier : déloyauté et intrusion dans la vie privée ne font pas qu'une.

⁵⁷⁰ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, préc.

⁵⁷¹ Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, préc. : pour une filature par un supérieur hiérarchique ; Cass. soc., 10 nov. 2021, ° 20-12.263, préc. : pour l'exigence de déclaration ou d'information préalable sur un dispositif de surveillance.

⁵⁷² G. Loiseau, L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, JCP S n° 49, déc. 2021, 1305.

⁵⁷³ P. Van Deth, Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle, JSL, n° 534, janv. 2022.

⁵⁷⁴ Comme a pu le faire la première chambre civile en matière de filature, v. en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.612, préc.



321. De l'absence de justification, à la géométrie variable. Au-delà d'être une limite au droit à la preuve lui-même, l'absolutisme injustifié dont la chambre sociale a paré le principe de loyauté constitue une lacune à sa propre mise en œuvre. Elle le fragilise par son incohérence du point de vue de la hiérarchie des normes et par la confusion que cet absolutisme crée à l'égard de l'exigence de licéité relative à l'atteinte à la vie privée. A ces lacunes viennent s'ajouter une mise en œuvre à géométrie variable du droit à la preuve par le juge social.



Section II – La géométrie variable de la mise en œuvre

322. – Variable d'ajustement erronée. Rien n'empêche d'appliquer le droit à la preuve différemment en fonction du déséquilibre probatoire propre à chaque situation⁵⁷⁵ ce qui en soit n'entacherait pas sa légitimité⁵⁷⁶. Mais plutôt que de suivre ce déséquilibre, le juge social suit le déséquilibre structurel de la relation de travail qui n'est pourtant pas toujours transposé dans le champ de la preuve. En appréciant la qualification et les conditions de mise en œuvre du droit à la preuve au regard de la seule qualité de salarié ou d'employeur le juge social se trompe de variable d'ajustement⁵⁷⁷ et commet ainsi un pêché d'incohérence source d'illégitimité.

§. 1 : La géométrie variable de la qualification du droit à la preuve

323. – Deux droits à la preuve. Le droit fondamental à la preuve possède donc une double nature processuelle et substantielle qui se matérialise par le droit d'obtenir un élément de preuve (dans ou en dehors d'un procès) et par le droit de le produire en justice (v. supra § 291 et 292). Mais les parties à la relation de travail ne bénéficient pas de la mise en œuvre de ces deux branches du droit à la preuve. Pour les salariés et leurs représentants, le juge admet volontiers

⁵⁷⁵ Plus celui qui le mobilise fait face à un obstacle important pour prouver plus le juge devrait faciliter la mise en œuvre de son droit à la preuve.

⁵⁷⁶ La finalité du droit à la preuve est d'œuvrer pour la manifestation de la vérité en facilitant la preuve là où elle fait face à des obstacles.

⁵⁷⁷ La variable d'ajustement légitime de la mise en œuvre du droit à la preuve devrait être l'impossibilité de prouver.

de les mettre en œuvre au besoin avec son concours⁵⁷⁸ s'agissant du droit d'obtenir la preuve. Pour les employeurs en revanche, le juge n'admet jusqu'à présent que la mise en œuvre du droit de produire (v. supra § 258). Après l'arrêt « Petit Bateau », qui a marqué la première mise en œuvre de ce droit au profit d'un employeur, un auteur en a conclu que l'argumentation retenue par le juge social dans cette affaire illustre « *le fait que le droit à la preuve est un droit lié à une position procédurale et non à la qualité de salarié ou d'employeur : il bénéficie aux salariés autant qu'aux employeurs* ». Certes, mais il ne bénéficie que partiellement à ces derniers qui se voient privés du bénéfice de la qualification de droit substantiel à la preuve.

324. Il y aurait donc une géométrie variable dans la qualification du droit à la preuve en fonction de la qualité d'employeur ou de salarié de la partie au profit de laquelle il est mis en œuvre. Aux employeurs la qualification de droit processuel, aux salariés la qualification de droit autant substantiel que processuel. Cette géométrie variable est l'un des dommages collatéraux de l'absolutisme du principe de loyauté (v. § 298) lui-même objet d'une intensité variable selon qu'il est « *attendue* » d'un salarié ou « *requis* » de l'employeur⁵⁷⁹. Erigé en condition préalable à la mise en œuvre du droit à la preuve, son inflexibilité à l'égard de l'employeur l'empêche de bénéficier de toute la portée de la qualification substantielle du droit à la preuve, alors que sa souplesse historique⁵⁸⁰ à l'égard du salarié le lui permet. Pourtant, la cohérence avec la finalité servit par le droit à la preuve voudrait que le bénéfice du droit d'obtenir un élément de preuve résulte de l'impossibilité de prouver et non de la qualité d'employeur ou de salarié. Cette géométrie variable dans la qualification du droit à la preuve se retrouve également dans l'appréciation des conditions de sa mise en œuvre par le juge social.

§. 2 : La géométrie variable des conditions de mise en œuvre

325. – Proportionnalité relative. Outre les cafouillages terminologiques sur la condition préalable à la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée que porterait l'exercice du droit à la preuve (v. supra. § 265 et s.), c'est la condition de l'atteinte mesurée (v. supra § 270) qui fait l'objet d'une appréciation à géométrie variable par le juge social.

Pour l'employeur, un auteur remarque dans son commentaire de l'arrêt « Petit Bateau » que la chambre sociale opère un contrôle circonstancié de l'intensité de l'atteinte selon que « *le*

⁵⁷⁸ Notamment avec les mesures d'instruction in futurum.

⁵⁷⁹ G. Loiseau, La preuve par Facebook, JCP S n° 41, oct. 2020, 3042.

⁵⁸⁰ Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.410, préc.

contenu produit en preuve relève de la sphère privée par sa nature ou par sa destination qui en réserve l'accès à un cercle de personnes habilitées »⁵⁸¹. Pour le dire autrement, si la divulgation d'informations privées ou personnelles relève de la nature même de l'élément produit, la proportionnalité de l'atteinte sera appréciée plus sévèrement que si le seul rapport de l'élément avec la sphère privé résulte de ce que son détenteur en contrôlait la diffusion. Pour le salarié, cette distinction n'existe a priori pas. En dehors du contexte des réseaux sociaux, cela se traduit par une appréciation à géométrie variable de la proportionnalité de l'atteinte provoquée par la production d'un élément relevant par nature de la sphère privée. Ainsi, la chambre sociale admet difficilement la production par l'employeur d'éléments relevant par nature de la vie privée en ce qu'il comporte des données personnelles sur les salariés⁵⁸² alors qu'elle l'admet pour ces derniers ou leur représentant⁵⁸³. Là encore, cette variabilité dans l'appréciation des conditions de mise en œuvre basée sur la qualité des parties dans les relations de travail dévoie la figure du droit à la preuve et desserre sa légitimité.



326. – Des lacunes, aux risques. La mise en œuvre progressive du droit à la preuve par le juge social révèle des solutions parfois juridiquement injustifiées et souvent incohérentes au regard de son ambition originelle. L'absolutisme guide l'approche du juge pour la condition préalable à la mise en œuvre de sa dimension processuelle au profit de l'employeur, rendant au passage quasi-inopérante sa dimension substantielle. Lorsqu'il tente d'introduire une dose de pragmatisme il le fait en laissant planer des doutes et des confusions. Pourtant, la chambre sociale sait faire preuve d'un pragmatisme minutieux et efficace lorsqu'il s'agit de donner toute sa portée à la double dimension du droit à la preuve au profit du salarié. Sa mise en œuvre est donc à géométrie variable selon la qualité des parties et non selon leur impossibilité concrète à prouver dans une situation donnée. La légitimité du droit à la preuve en ressort affaibli, d'autant plus que ces lacunes alimentent les risques que son application est susceptible de présenter.



⁵⁸¹ G. Loiseau, La preuve par Facebook, op. cit.

⁵⁸² Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-16.799 : pour des bulletins de paie mentionnant l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire.

⁵⁸³ Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, préc.

Chapitre II : Les risques du droit à la preuve

327. – Typologie des risques. Comme tout nouvel outil juridique, le droit à la preuve présente des perspectives bénéfiques (v. supra § 294) mais également des risques qui participent à remettre en cause ou du moins interroger sa légitimité. Deux catégories de risques peuvent être envisagées. La première n'est pas en elle-même spécifique à la matière travailliste mais elle y prend une teinte particulière toujours à raison de ses spécificités. Il s'agit des risques tenant à la conception sous laquelle le droit à la preuve peut être envisagé (I). La deuxième est en lien avec les développements qui viennent d'être tenus quant à sa mise en œuvre par le juge social. Il s'agit des risques liés au contrôle de proportionnalité de cette mise en œuvre (II).

Section I – Les risques conceptuels du droit à la preuve

328. – Dévoiement des règles d'administration de la preuve. Le droit à la preuve peut se concevoir de deux manières qui présentent chacune un ou plusieurs risques propres. Il peut d'abord être vu comme un moyen permettant aux parties à un procès d'imposer au juge de jouer un rôle proactif dans la recherche de la vérité. Le risque est alors de bouleverser son office. Mais il peut également être vu comme un moyen permettant de faire reculer les exigences de licéité au point de basculer dans une administration privée de la preuve.

§. 1 : Le bouleversement de l'office du juge

329. – Renversement du principe. Selon les articles 4 et 5 du Code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties et le juge ne doit se prononcer que sur ce qui est demandé. Ces règles posent ce que la doctrine processualiste appelle unanimement le « *principe dispositif* » qui détermine la répartition du rôle des parties et du juge dans le procès civil et a fortiori le procès prud'homale. Relèvent en principe du domaine des parties l'objet du litige (les prétentions) et l'apport des éléments factuels qu'elles doivent alléguer et prouver⁵⁸⁴. Le juge forme alors sa conviction au vu de ces éléments au besoin après avoir ordonné toute les mesures d'instruction qu'il estime utile⁵⁸⁵, d'office ou à la demande des

⁵⁸⁴ C. proc. civ., art. 6 et art. 9, préc.

⁵⁸⁵ C. trav., L. 1235-1 et L. 1333-1, préc.

parties, et dont l'opportunité relève de son appréciation souveraine⁵⁸⁶. En principe l'octroi ou le refus d'une mesure d'instruction relève donc de la seule volonté du juge (v. supra § 50), il est le seul chef du rôle actif ou passif qu'il souhaite jouer dans l'administration de la preuve. Mais le droit à la preuve des parties au procès pourrait transformer le « pouvoir » du juge en matière de preuve en un « devoir ». Déjà, avant la consécration du droit à la preuve, la Cour de cassation n'hésitait pas à sanctionner, au titre du déni de justice, les juges qui n'avaient pas ordonné les mesures nécessaires pour pallier l'impossibilité des parties d'apporter la preuve en raison de circonstances extérieures⁵⁸⁷. Cette possibilité, que lorsqu'une mesure d'instruction portant sur un fait dont dépend la solution du litige est sollicitée par les parties son octroi devienne le principe et son refus une exception dûment justifié par le juge, a d'ailleurs déjà été évoquée (v. supra § 308). Au-delà de cette possibilité, une application extensive du droit à la preuve pourrait aller jusqu'à renverser le principe dispositif en obligeant le juge à ordonner d'office toutes les mesures d'instruction nécessaires et pertinentes pour établir la réalité des faits dont dépendent la solution du litige⁵⁸⁸. Une extension similaire se remarque déjà en matière de mesure d'instruction in futurum sollicitée par les salariés pour lesquelles le juge est alors tenu d'identifier les éléments indispensables à l'exercice du droit à la preuve (v. supra § 236 s). Une telle solution rentrerait en contradiction totale avec les règles qui encadrent l'office du juge dans l'administration de la preuve et le principe dispositif⁵⁸⁹.

§. 2 : Le passage à une administration privée de la preuve

330. – Payer plus pour prouver plus. Les exigences de licéité de la preuve ont été évoquées à des multiples reprises au cours de cette étude comme des limites ou des obstacles à la mise en œuvre du droit à la preuve qui, a contrario, est vu comme un moyen de tempérer ces exigences lorsqu'elles empêchent la manifestation de la vérité dans le procès.

L'un des risques du droit à la preuve est qu'il fasse l'objet du même absolutisme dont a pu bénéficier jusqu'à présent le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Cela conduirait à un recul progressif de ces exigences par un assouplissement excessif des conditions du droit à la preuve au profit de l'admissibilité de procédés clandestins et intrusifs (telles que des filatures ou des enquêtes privées) qui seraient majoritairement à disposition de

⁵⁸⁶ Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-41.588.

⁵⁸⁷ Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 2006, no 04-17.224.

⁵⁸⁸ Il pourrait même être envisagé que le juge oblige les parties à dévoiler sous astreinte l'ensemble des éléments dont dépendent la solution du litige sur le modèle de la discovery anglo-saxonne.

⁵⁸⁹ Elle ferait alors pencher la nature de la procédure civile et prud'homale vers l'inquisitoire.

la partie disposant des moyens matériels et financiers les plus importants. En droit du travail, cette partie serait évidemment l'employeur. Il pourrait alors combiner l'exercice de son pouvoir de contrôle avec celui de son droit à la preuve pour mettre en place des dispositifs de surveillance très poussée au détriment des salariés dès lors qu'il les raccroche à la protection d'un but légitime qui, pour rappel, n'a pas besoin d'être relié à la protection d'un droit fondamental (v. supra § 211). La mise en œuvre du droit à la preuve ne se ferait plus tant au bénéfice de celui qui est dans l'impossibilité de prouver mais au bénéfice de celui qui est disposé à payer plus pour prouver plus. L'employeur retrouverait le privilège probatoire dont il bénéficiait autrefois (v. supra § 13).



331. – Des risques conceptuels, aux risques liés à l'application. Heureusement, pour empêcher un bouleversement du rôle du juge dans l'administration de la preuve et un basculement vers une administration privée de cette preuve, le juge social s'efforce de faire une application proportionnée du droit à la preuve (v. supra § 260). Mais cette application proportionnée n'est pas sans présenter certaines lacunes (v. supra § 322 s) qui viennent s'ajouter aux risques inhérents à l'application d'un principe de proportionnalité.



Section II – Les risques de l'application proportionnée du droit à la preuve

332. - Imprévisibilité juridique. Le principe de proportionnalité s'applique pour départager deux normes de même valeur protégeant des intérêts devenus antinomiques dans une situation donnée. Si son application est bien connue des juges et notamment du juge social (v. supra § 260), la multiplication de ces cas d'application fait l'objet de toutes les attentions⁵⁹⁰. S'agissant du droit à la preuve c'est avec le droit au respect de la vie privée (ou personnelle) ou d'un secret juridiquement protégé qu'il sera confronté. Le contrôle de proportionnalité opéré par le juge social en la matière souffre de l'imprévisibilité structurelle liée à son caractère *in concreto* mais également de son insuffisance à établir un certain type de vérité.

⁵⁹⁰ Au point d'avoir donné lieu à la constitution d'un groupe de travail au sein de la Cour de Cassation dont les conclusions ont été publiées en décembre 2020 : C. Arens, Le contrôle de proportionnalité, ENM - RJA n° 24, déc. 2020).

§. 1 : L'imprévisibilité du contrôle de proportionnalité *in concreto*

333. – Critique majoritaire. Avant la consécration du droit à la preuve, la chambre sociale avait déjà mené une mise en balance objective entre le droit à un procès équitable et la protection de la vie privée dans l'affaire « Okaidi »⁵⁹¹ pour en dégager une solution équilibrée. Avec la consécration du droit à la preuve, la conciliation se fait *in concreto* et n'aboutit plus à un équilibre mais à faire plier l'un face à l'autre. Des différents commentaires de la doctrine processualiste ou travailliste sur l'application proportionnée du droit à la preuve c'est d'ailleurs la subjectivité du contrôle *in concreto* mené par la Cour de cassation qui essuie les critiques. Elle rejoint pourtant celui minutieusement opéré par la Cour EDH dans les arrêts où elle a consacré⁵⁹² et mobilisé explicitement⁵⁹³ ou implicitement⁵⁹⁴ le droit à la preuve. La différence c'est que la chambre sociale n'est pas aussi précise et explicite que la Haute Juridiction du Conseil de l'Europe de sorte que la plupart des auteurs font remarquer l'insécurité et le risque d'arbitraire qui se dégage de ses décisions faute d'y inclure des éléments objectifs comme le proposent certains⁵⁹⁵. D'autres soulignent simplement que « *la proportionnalité n'est pas toutefois un outil de précision* », que « *son contrôle est à la main du juge qui peut la manipuler pour habiller a posteriori la solution qu'il privilégie* »⁵⁹⁶ et que son maniement délicat « *pourrait déboucher sur un certain arbitraire des juges* »⁵⁹⁷, sans pour autant faire force de propositions alternatives. Il paraît difficile d'envisager une autre forme de contrôle qu'un contrôle *in concreto*. L'objectiver en le réduisant au contrôle de l'indispensabilité de l'élément de preuve empêcherait de mesurer l'intensité de l'atteinte qu'il provoquerait à l'intérêt contraire et réduirait donc le contrôle à une peau de chagrin.

La mise en œuvre du droit à la preuve doit en principe être liée à l'impossibilité de prouver à laquelle fait face la partie qui le mobilise. Elle ne peut s'apprécier que de manière concrète et non abstraite pour être pertinente, le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à un intérêt contraire entraînée par cette mise en œuvre doit suivre et être lui aussi opéré de manière

⁵⁹¹ Cass. soc., 8 jui. 2009, n°09-60.032, préc. : en l'occurrence en autorisant un syndicat à anonymiser les salariés syndiqués (protection de la vie personnelle) sauf à l'égard du juge pour permettre à l'employeur d'avoir la preuve (procès équitable) que le syndicat satisfaisait la condition d'adhérents dans l'entreprise pour y constituer une section syndicale.

⁵⁹² Cour EDH, 10 oct. 2006, aff. n° 7508/02, préc.

⁵⁹³ Cour EDH, 13 mai 2008, aff. n° 65097/01, préc.

⁵⁹⁴ Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

⁵⁹⁵ G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, op. cit. ; B. Teyssié, Droit des personnes, JCP G n° 30-34, juillet. 2021, doctr. 834, § 7.

⁵⁹⁶ G. Loiseau, L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, op.cit.

⁵⁹⁷ B. Bossu, Virage de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une preuve illicite, JCP G n° 6, fév. 2021, 159.

concrète. Un auteur suggère d'ailleurs que c'est aux juges du fond d'opérer un véritable contrôle *in concreto* plutôt que la chambre sociale qui, contrainte de ne juger qu'en droit, ne va pas au bout du raisonnement concret afin que la mise balance paraisse toujours un peu abstraite⁵⁹⁸ ce qui au final desserre la clarté de ses décisions et font s'allumer les voyants de l'imprévisibilité.

334. Plus que l'imprévisibilité et l'insécurité inhérente à tout contrôle de proportionnalité *in concreto*, celui opéré par la chambre sociale en matière de droit à la preuve laisse apparaître une insuffisance à servir le but originel de ce droit : la manifestation de la vérité.

§. 2 : L'insaisissable vérité émotionnelle

335. – Vérité rationnelle ou émotionnelle. Le droit à la preuve appliqué aux relations de travail s'inscrit dans une dynamique plus large d'un progrès de la recherche de la vérité et de promotion de la transparence autant dans la vie publique que dans la vie professionnelle.

A travers l'exercice du contrôle de proportionnalité le juge social ne doit pas oublier qu'au-delà de la confrontation de droits fondamentaux protégeant chacun des intérêts légitimes c'est bien la vérité qui doit sortir vainqueur de cette confrontation. Or, le contrôle de proportionnalité opéré par la chambre sociale ne permet pas de faire triompher toutes les vérités. Pourtant, contrairement à l'adage, toutes les vérités devraient être bonnes à dire et surtout à établir mais certaines le sont plus difficilement que d'autres. C'est le cas de la vérité émotionnelle (par opposition à la vérité rationnelle qui renvoie à une vérité cohérente et reproductible à l'égard de tous) et qui relève plus du for intérieur de chacun, d'éléments insaisissables basés sur l'émotion, le ressentie. En matière civile la difficulté est connue notamment en matière d'évaluation d'un préjudice morale. En matière pénale également d'une certaine manière avec la nécessité de qualifier l'intention de l'auteur d'une infraction que le juge répressif tente de « rationaliser » par des comportements traduisant objectivement l'intention coupable en omettant des éléments émotionnels difficiles à caractériser.

C'est ce que fait également le juge social lorsqu'il contrôle la proportionnalité de l'atteinte à un intérêt légitime que provoque le droit à la preuve. Il ne va pas creuser assez profond dans le contrôle *in concreto* pour aller chercher des éléments de vérité émotionnelle alors qu'ils devraient être déterminants dans la mesure de l'atteinte dès lors qu'ils participent à établir la réalité du fait allégué. Par exemple dans l'arrêt « Petit Bateau », le fait allégué était la faute

⁵⁹⁸ E. Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, op.cit.

grave de la salariée, qui suppose donc l'impossibilité de maintenir la relation de travail, constituée en l'espèce par le manquement de cette dernière à son obligation de confidentialité. La preuve de ce fait est rapportée par l'employeur au moyen d'une capture d'écran du compte privé Facebook de l'intéressée. Pour juger proportionnée l'atteinte provoquée à la vie privée de la salariée par la production de cet élément, la chambre sociale aurait pu rechercher si l'employeur avait effectivement subi un grief du fait du manquement au devoir de confidentialité, élément qui participait à établir la réalité de la gravité de la faute.

La légitimité du droit à la preuve passe par sa capacité à permettre au droit de la preuve d'appréhender un « *concept de vérité plus complexe* »⁵⁹⁹ mêlant vérité rationnelle et émotionnelle, ce qu'il ne parvient pas totalement à faire jusqu'à présent déviant ainsi de son but originel : établir toute la vérité, rien que la vérité.



336. – Bilan. La manière dont le juge social conçoit le droit à la preuve semble tenir compte des risques qu'une conception trop absolue de ce droit ferait peser sur l'administration de la preuve et l'office du juge en la matière. En revanche, la manière dont il le met en œuvre, en plus de présenter des lacunes, entraîne des risques pour la sécurité juridique et la recherche de la vérité dont il ne semble pas avoir mesuré toute la dangerosité pour la cohérence et la légitimité du droit à la preuve. Ces limites doivent être articulées avec les perspectives positives qu'offrent le droit à la preuve en droit du travail en raison sa double dimension processuelle et substantielle.

Pour rendre effective ces perspectives le juge social doit d'abord gommer les incohérences présentes dans sa mise œuvre et replacer au centre de celle-ci sa véritable raison d'être : permettre aux parties de prouver lorsque des obstacles les en empêchent. Il doit ensuite garder à l'esprit les risques qu'une application démesurée et trop laxiste du droit à la preuve fait courir pour la propre légitimité de ce droit comme autant de travers dans lesquels il ne doit absolument pas tomber lorsqu'il le met en œuvre. L'incohérence et l'imprévisibilité doivent faire place à davantage de rigueur et de pragmatisme, qualités qui doivent nécessairement accompagner l'application d'un droit fondamental.



⁵⁹⁹ E. Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, op. cit.

CONCLUSION GENERALE :

337. La consécration du droit à la preuve en droit du travail n'a pas encore révélé tous ses secrets. Si la question de sa valeur semble a priori réglée, le juge social ne semble pas avoir pris toute la mesure de sa double nature substantielle et processuelle.

Il en résulte que son application provoque quelques crispations notamment s'agissant de la confrontation avec les exigences de licéité, particulièrement celle de la loyauté, mais également s'agissant du contrôle de proportionnalité de l'atteinte que son exercice provoque envers d'autres intérêts légitimes (principalement la vie privée ou des secrets juridiquement protégés). Par ailleurs, peu d'auteurs s'interrogent sur l'impact de ce nouveau droit à la preuve sur des mécanismes qui en constituaient des manifestations implicites avant sa consécration.

A ces deux égards, quelques propositions peuvent être faites afin de conclure cette étude.

338. D'un point de vue général d'abord, la prise en compte systématique du déséquilibre dans la relation contractuelle entre employeur et salarié devrait laisser place, sur le terrain probatoire, à la seule prise en compte de l'impossibilité ou de la difficulté à prouver en raison des circonstances particulières de la situation. Comme il a été répété tout au long de cette étude, la partie faible au contrat n'est pas forcément celle en difficulté pour prouver.

Replacer cette impossibilité au cœur de l'appréciation de l'exercice du droit à la preuve permettrait de supprimer la géométrie variable de ses conditions de mise en œuvre.

339. Ensuite, le droit à la preuve doit justifier un renouveau du droit à l'information. Il mériterait d'être regardé sous le prisme de ce nouveau droit vu son importance pour la transparence des relations collectives et individuelles de travail. Une information transparente pendant l'exécution des relations permet de se préconstituer des éléments afin d'alléguer des faits et en établir la preuve. Cela pourrait dissuader d'engager un contentieux ou, à défaut, cela permettrait d'anticiper significativement les questions de preuve. L'enjeu est central notamment au stade précontractuel pour limiter les discriminations à l'embauche, mais également pendant l'exécution du contrat. Par exemple, le télétravail ne dispense pas l'employeur de ses obligations générales et particulières⁶⁰⁰ de sécurité. Or, l'inviolabilité du domicile du salarié est susceptible de l'empêcher d'y satisfaire. Envisager un droit à

⁶⁰⁰ C. trav., Titre II relatif aux « Obligations de l'employeur pour l'utilisation des lieux de travail » (art. R. 4221-1 à R. 4228-37) prévoit une multitude d'obligation (éclairage, aménagement des postes de travail, etc).

l'information de l'employeur sur les conditions d'exercice du télétravail du salarié sous le prisme du droit fondamental à la preuve permettrait de concilier ces deux intérêts contraires.

340. Enfin, à l'égard des conditions de licéité, le droit à la preuve devrait permettre à la chambre sociale de remettre un peu d'ordre dans son articulation entre loyauté et protection de la vie privée. Il faudrait que la déloyauté redevienne ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire une intention de tromper, d'induire en erreur et de pousser à la faute. Elle ne devrait pas découler d'un procédé clandestin d'obtention de la preuve tant qu'il ne traduit pas cette intention.

Le législateur pourrait peut-être prendre les choses en main et réviser l'article L. 1222-4 du Code de travail⁶⁰¹ en ajoutant les deux alinéas suivant :

« L'information préalable du salarié par l'employeur n'est cependant pas requise lorsque la clandestinité du dispositif participe à l'effet utile d'une mesure de surveillance d'un ou plusieurs salariés dès lors que cette mesure est justifiée par la poursuite d'un but légitime, notamment la protection de la sécurité des personnes et des biens. »

« En cas de litige, les éléments recueillis par ce dispositif pourront être valablement produits devant la juridiction prud'homale dès lors qu'il n'est pas démontré que la mesure de surveillance ne poursuivait pas le but allégué par l'employeur et qu'elle portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle au temps et au lieu du travail des salariés concernés. »

341. Au-delà d'une intervention du législateur, rien n'empêcherait le juge social d'opérer une mise en balance entre les exigences de licéité et le droit d'obtenir un élément de preuve sur le modèle proposé par la Cour EDH dans l'arrêt « Lopez »⁶⁰². Elle raccroche l'information préalable au droit au respect de la vie privée ce qui lui permet d'avoir un « caractère fondamental ». Certes, au sens de nos exigences de licéité internes elle relève plutôt de la loyauté mais qu'importe, le juge pourrait s'inspirer de la méthode de la Cour. Dans tous les cas, rien ne justifie le refus persistant d'une mise en balance entre le droit à la preuve et les exigences de licéité, que celles-ci concernent la vie privée ou la loyauté. Cette lacune représente un frein à la manifestation de la vérité dans le contentieux du travail qui n'a plus lieu d'être, les lignes doivent bouger et le droit à la preuve doit être celui par qui le changement arrive mais toujours avec modération grâce à un contrôle de proportionnalité poussé et à plus de pragmatisme.



⁶⁰¹ Al. 1 : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance »

⁶⁰² Cour EDH, 17 oct. 2019, aff. n° 1874/13, préc.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKÈS (E.)

- Droit du travail, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021

BROS (S.) et LARROUMET (C.)

- Traité de droit civil, Tome 3, Les obligations, le contrat, Economica, 10^e éd., 2021

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), MAYER (L.)

- Procédure civile, Précis Dalloz, 10^e éd., 2020

CORNU

- Droit civil – Introduction, Les personnes, les biens, Montchrestien, 12^e éd., 2005

DEMOGUE (R.)

- Traité des obligations en général, Tome IV, Effets des obligations, Paris, Rousseau, 1933, n°29.

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.Y)

- Droit du travail, LGDJ, 7^e éd., 2020

LOKIEC (P.)

- Droit du travail, PUF, 2^e éd., 2019

MALLAURIE (P.) et MORVAN (P.)

- Introduction générale droit, LGDJ, 8^e éd., 2020

RAY (J.-E.)

- Droit du travail, droit vivant, Liaisons, 30^e éd., 2022

TEYSSIÉ (B.)

- Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 12^e éd., 2020

II – OUVRAGES SPECIAUX

AYNES (A.), VUITTON (X.)

- Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle, LexisNexis, 2^e éd., 2018

BENTHAM (J.)

- Traité des preuves judiciaires, Tome 1, 2^e éd., Bossange, Paris, 1830

COUPILLAUD (M.-P.)

- La preuve en droit du travail, ANRT, 2006

GENY(F.)

- Des droits sur les lettres missives, T. 2 Sirey, paris, 1911

LECLERC (O.), VERGÈS (É.) et VIAL (G.)

- Droit de la preuve, PUF, 1^e éd, 2015

MOTULSKY, (H.)

- Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964

PECAUT-RIVOLIER (L.), STRUILLOU (Y.) et WAQUET (P.)

- Pouvoir du chef d'entreprise et libertés du salarié, Liaisons, 2014

III – THESES

BERGEAUD (A.)

- Le droit à la preuve, LGDJ, 2010

PICHARD (M.)

- Le droit à, étude de législation française, Economica, 2006

DUPONT (O.-C.)

- Preuve et renouveau contractuel en droit du travail, Thèse Univ. Lille II, 2004

IV – ENCYCLOPEDIES

CHOLET (D.)

- Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, 2022

FERRAND (F.)

- Rép. pr. civ. Dalloz, Preuve, 2021

LECLERC (O.)

- Rép. trav. Dalloz, Preuve dans les contentieux du travail, 2022

V – ARTICLES DE DOCTRINE, COMMENTAIRES ET ACTES DE COLLOQUES

ADAM (P.)

- Sur le recevabilité d'un moyen de preuve illicite – Nouvelle variation sur le droit à la preuve, Dr. soc. 2022, p.81.

Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux, Dr. soc. 2021, p. 14.

ALLIX (B.)

- Le droit à la preuve de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié : deux droits apparemment incompatibles qui ne cessent pourtant de cohabiter grâce à l'exercice d'équilibriste opéré par la Cour de cassation, RJS 7/21, 549

ATTIAS (B.)

- Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun, JCP S n°51-52, déc. 2018, 1413.

BAILLY (P.)

- Variations sur l'administration de la preuve dans le contentieux du travail, RJS mars 2022, p.191.

BARBIER (H.)

- De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail, RDT. 2022, p.95

BAREGE (A.)

- Champ d'application du droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles, JPC S n° 51-52, déc. 2020, 3119.

BECKERS (M.)

- La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel : SSL, juin 2015

BLANQUART (C.)

- De l'accès à la preuve au sein de l'entreprise, JCP S 10 Septembre 2019, n° 36, 1244.

BOSSU (B.)

- Virage de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une preuve illicite, JCP G n° 6, fév. 2021, 159.
- Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées, JCP S n° 16-17, avr. 2021, 1111.

BRETZNER (J.D.)

- Droit de la preuve - Notion de « mesures légalement admissibles », office du juge, contrôle de la proportionnalité de la mesure ordonnée, D. 2022, 431.

BRISSY (S.)

Conditions d'admissibilité du vol de documents en vue de l'exercice des droits de la défense, JCP S n° 23, juin 2015, 1203

CAVALLINI (J.)

- L'influence du droit de l'Union européenne sur la durée du travail en France, JCP S n° 46, nov. 2019, 1324.

CESARO (J.-F.)

Le droit à une mesure d'instruction in futurum pour mettre en œuvre une présomption de discrimination, JCP S n°21, mai 2013, 1222.

CHAMPEAU (F.)

- Facebook a encore frappé, SSL, n° 1924, oct. 2020 ;

CHATELIER (Q.)

- L'anxiété, la preuve et la rupture d'égalité, SSL N° 531-532, déc. 2021.

COULOMBEL (P.)

- Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering, RTD civ. 1957, p.609

COUTURIER (G.)

- Droit du travail : le renouvellement des techniques, Dr. soc. 2019, p.471.

COUTURIER (G.)

- Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur : D. 1975, p. 151 et p. 221

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.)

- Sanction de l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements : abandon du préjudice nécessaire, JCP G n° 11, mars 2020, 307.

DEDIEU (D.), DUCHATELLE (C.), FEUGERE (W.), GOUTARD-CHAMOIX (L.) et WASERMAN (S.)

- La protection des lanceurs d'alerte, CDE n° 2, mars 2022.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- Les sept voiles de la mariée, RJPF 2008-7-8/10.

DRAI (L.)

- Éléments constitutifs du délit d'obstacle aux contrôles de l'inspection du travail, JCP S n° 19, mai 2012, 1219

DRIGUEZ (L.)

- Preuve des discriminations à l'embauche, Europe n° 6, juin 2012, comm. 254.

FIESCHI (B.)

- Agression et présomption irréfragable de faute inexcusable, JCP S n° 38, sept. 2021, 1232.

FRANÇOIS (G.)

- Retour à la théorie du préjudice nécessaire ?, JCP S n° 48, déc. 2018, 1394.

FROUIN (J.-Y.)

- La loyauté de la preuve en droit du travail, Procédures n° 12, déc. 2015, dossier 23.

GOUBEAUX (G.)

- « Le droit à la preuve » in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), La Preuve en droit, Etudes publiées par C. Perelman et P. Floriers, Bruylant, Bruxelles, 1981

GOUJON-BETHAN (T.)

- Les mesures d'instruction in futurum à l'épreuve du droit à la preuve, Dalloz actualité, avr. 2021.

HENRIOT (P.)

- Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes, RDT 2018, p.120.

JEULAND (E.)

- La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, SSL, n° 1937, janv. 2021.

LARDEUX (G.)

- De la preuve des obligations ou l'art de ne pas réformer, D. 2016, 850.
- Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée, D. 2016, 96.
- Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD Civ. 2017, p.15.

LARROQUE-DAHAN (P.)

- Dispositifs de contrôle de la durée du travail pour les véhicules légers : il est urgent de réformer, JCP S n°27, jui. 2020, 2068.

LEBORGNE-INGELAERE (C.)

- Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme, JCP S n° 10, mars 2019, 1072.

LECLERC (O.)

- Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail, RDT 2020, 652.
- Le droit à la preuve à l'assaut de la vie privée des salariés, Dr. ouvr., déc. 2020, n° 868, p. 741

LHERNOULD (J.-P.)

- Licencié un salarié qui annonce un état de burn-out laisse supposer une discrimination à raison de l'état de santé, JSL, avr. 2020, n° 495.
- Le régime de la prise d'acte consécutive à un accident du travail, JSL, n° 294, fév. 2011.

LOISEAU (G.)

- La preuve par Facebook, JCP S n° 41, oct. 2020, 3042.
- L'apprentissage du droit des données à caractère personnel, JCP S n° 49, déc. 2021, 1305.

LOKIEC (P.) et NEAU-LEDUC (C.)

- Droit du travail : le renouvellement des techniques, Dr. soc. 2019, p. 468

LOUVEL (B.)

- Entretien, Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle, JCP 2015, 1122.

LYON-CAEN (G.)

- Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : RTD civ. 1974, p. 229

MAILLARD (S.)

- Droit à la preuve de l'employeur : ouverture des fichiers du salarié, Dalloz actualité, juin 2008.

MATHIEU (C.)

- Le droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux : le jeu de la proportionnalité, RDT 2020, p.652.

MATSOPOULOU (H.)

- Une restriction importante à l'application du principe de loyauté des preuves, JCP G n° 5, fév. 2020, 129

MEKKU (M.)

- Charge de la preuve et présomptions légales l'art de clarifier sans innover, Dr. et patr. n° 250, sept. 2015.

MORAND (M.)

- Forfait en jours, heures supplémentaires, charge de la preuve et résiliation judiciaire du contrat de travail, JCP S n° 17-18, avr. 2015, 1156
- Faut-il contrôler la durée journalière du travail ?, JCP S n°24, juin 2019, 1177.

PAGNERRE (Y.),

- Conditions d'application du statut protecteur lié à un mandat de défenseur syndical, JCP S n°8, fév. 2019, 1061.

PINATEL (F.)

- Pour une sécurisation législative de la jurisprudence relative à l'équilibre des droits dans le domaine de la preuve, CDRH, N° 295, mars 2022

PRADEL (C.-F.), PRADEL-BOUREUX (P.) et PRADEL (V.)

- Gérer le risque juridique attaché au préjudice d'anxiété, JCP S n° 40, oct. 2019, 1283.

PUIGELIER (C.)

- Charge de la preuve des heures de travail effectuées, JCP S n° 16, avr. 2013, 1170.

PUTMAN (E.)

- Admission du droit à la preuve dans le contentieux du licenciement, RJPF, n° 11, nov. 2020 ;

RADE (C.)

- Vie privée des salariés : la résistance du « préjudice nécessaire » : Dr. soc. 2020, p. 1044.

RAYNAUD (P.)

- Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail, JCP S 2013, n° 1054.

TEYSSIE (B.)

- L'expert habilité du comité social et économique, JCP S n°7, fév. 2021, 1040.

VAN DETH (P.)

- Droit de la preuve en procédure prud'homale : retour sur une évolution jurisprudentielle, JSL, n° 534, janv. 2022.

VI – RAPPORTS

ARENS (C.)

- Le contrôle de proportionnalité, ENM - RJA n° 24, déc. 2020

COUR DE CASSATION

- Rapp. C. cass. 2012, La preuve

VII - AUTRES

CORNU

- Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} édition, 2020.

LITTRE (E.)

- Dictionnaire de la langue française

VALFORT (M.-A.)

- Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité, Et. Instit. Montaigne, oct. 2015

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	2
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	3
INTRODUCTION GENERALE.....	9
PARTIE I : LES EXPRESSIONS DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL.....	19
TITRE I : LES MANIFESTATIONS IMPLICITES DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	21
Chapitre I : Les mécanismes d’obtention de la preuve.....	22
Section I – Les mécanismes de droit commun appliqués à la relation de travail	23
§. 1 : Les mesures d’instruction	23
A. Les mesures d’instruction avant tout procès	24
1. L’analyse du mécanisme	24
2. Sa mobilisation en droit du travail	26
a. La mobilisation par les salariés et leurs représentants	26
b. Sa mobilisation par l’employeur	28
B. Les mesures d’instruction en cours de procès	30
1. L’intervention variable du droit à la preuve en fonction de l’initiative de la mesure.....	30
2. L’intervention plus intense du droit à la preuve dans les litiges de droit du travail.....	32
§. 2 : Le droit à l’information	34
A. Le droit à l’information dans les relations individuelles	34
1. L’information initiale jusqu’à la conclusion du contrat	35
a. L’information au stade du recrutement	35
b. L’information au stade de la conclusion du contrat	37
2. L’information continue pendant l’exécution du contrat.....	40
B. Le droit à l’information dans les relations collectives	43
1. Le droit à l’information dans les rapports avec les syndicats.....	44
2. Le droit à l’information dans les rapports avec la représentation élue.....	46

Section II – Les mécanismes propres à la relation de travail	49
§. 1 : Des outils spécifiques au contrôle des parties hors contexte litigieux	49
A. Le droit à la preuve au service du pouvoir du contrôle l’employeur	50
1. Le contrôle volontaire des salariés	50
a. Les moyens de surveillance	50
b. Les conditions de validité de la surveillance.....	52
2. Le contrôle imposé	54
a. Le respect de l’obligation de sécurité.....	54
b. Obligation de contrôle du temps de travail	56
B. Le droit à la preuve au service d’un contrôle de l’employeur profitable aux salariés	57
1. L’exercice de l’alerte à des fins probatoires.....	58
2. Les prérogatives probatoires de l’inspection du travail.....	61
a. La nature des prérogatives	61
b. La protection des prérogatives	62
§. 2 : Des outils correctifs du déséquilibre probatoires en cas de litige prud’homale.....	63
A. Les correctifs légaux	63
B. L’outil prétorien	64
Chapitre II : Les aménagements de la production de la preuve en justice	67
Section I – Les aménagements de la charge probatoire au bénéfice du salarié.....	67
§. 1 : Les correctifs pour prouver malgré l’état de subordination.....	68
A. L’allègement de la charge de la preuve d’une discrimination et d’un harcèlement	68
1. Le régime en matière de discriminations et de harcèlements.....	69
2. Le régime en matière d’inégalité de traitement.....	71
B. L’allègement de la charge de la preuve des heures supplémentaires	72
§. 2 : Les correctifs liés à une menace pour la situation du salarié dans l’entreprise	73
A. Les renversements de la charge de la preuve en cas de menace pour la santé et la sécurité du salarié.	74
B. Les renversements de la charge de la preuve en cas de rupture du contrat de travail.....	75
1. La charge de la preuve en matière de licenciement.....	76

2. La charge de la preuve en matière de prise d'acte	79
Section II – Les dispenses de preuve au profit du salarié	82
§. 1 : Les dispenses volontaires	82
A. Les présomptions irréfragables de faute de l'employeur	83
B. Le préjudice nécessaire	84
§. 2 : La dispense involontaire	87
TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE EXPLICITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	
.....	91
Chapitre I : L'affirmation du droit à la preuve par le juge social	92
Section 1 – La portée théorique de l'affirmation d'un droit à la preuve	92
§. 1 : La dualité des droits reconnus	93
A. Le droit à l'obtention des éléments de preuve.....	93
B. Le droit à la production des éléments de preuve	95
§. 2 : La dualité des conditions de mise en œuvre	97
A. La condition tenant à la qualité de l'élément de preuve.....	97
B. La condition tenant à la méthode de la mise en œuvre	98
Section II – La portée pratique de l'affirmation.....	101
§. 1 : Le renouvellement des principes en matière de recevabilité de la preuve	
.....	101
A. La recevabilité au regard du principe de loyauté	101
B. La recevabilité au regard du droit au respect de la vie privée et des secrets	
juridiquement protégés	103
§. 2 : Le renouvellement des prérogatives liées à l'administration de la preuve	
.....	107
A. Le renforcement des mécanismes probatoires à disposition des parties	107
1. Un nouveau fondement plus cohérent	107
2. Des mesures in futurum renforcées	108
B. L'extension du rôle du juge dans l'administration de la preuve	110
Chapitre II : Les applications du droit à la preuve par le juge social	113
Section I – L'application extensive du droit à la preuve par le juge social.....	113
§. 1 : La multiplication des cas d'application	114
A. L'applications au profit des salariés	114
B. L'application au profit des employeurs.....	115
§. 2 : L'hétérogénéité dans les cas d'application	117

A.	L'homogénéité de la méthode d'application	117
B.	L'hétérogénéité de l'application elle-même.....	119
Section II	– L'application proportionnée du droit à la preuve par le juge social	121
§. 1	: Les exigences de proportionnalité	122
§. 2	: L'appréciation des exigences de proportionnalité par le juge social.....	122
A.	Le contrôle du caractère de l'élément de preuve.....	123
B.	Le contrôle de la proportionnalité de l'utilisation de l'élément	125
1.	La légitimité du but poursuivit	126
2.	L'intensité de l'atteinte.....	127
 PARTIE II : LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL		
.....		130
 TITRE I : LES ELEMENTS PARTICIPANT A LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE		
		131
 Chapitre I : La qualification du droit à la preuve.....		
		132
Section I	– Les sources du droit à la preuve	132
§. 1	: Les sources nationales.....	132
A.	Les sources législatives	133
B.	Les sources jurisprudentielles	134
§. 2	: Les sources internationales	135
A.	Le droit du Conseil de l'Europe	135
B.	Le droit de l'Union européenne.....	136
Section II	– Les qualificatifs du droit à la preuve	137
§. 1	: La valeur juridique	138
A.	L'identification de la valeur du droit à la preuve	138
B.	Les conséquences de la valeur fondamentale.....	139
§. 2	: La nature juridique.....	141
A.	La nature processuelle du droit à la preuve	141
B.	La nature substantielle du droit à la preuve.....	142
 Chapitre II : Les perspectives du droit à la preuve dans les relations de travail ...		
		144
Section I	– Les perspectives d'un droit processuel à la preuve	144
§. 1	: Favoriser une correction pragmatique des déséquilibres probatoires...	144
A.	L'identification de la pathologie	145
B.	La mise en œuvre d'un traitement adapté	145
§. 2	: Favoriser une approche pragmatique de la licéité de la preuve	146

A. La recevabilité d'une preuve illicite	146
B. La variation de la recevabilité en fonction des causes d'illicéité	147
Section II – Les perspectives d'un droit substantiel à la preuve	148
§. 1 : Favoriser la recherche de la vérité dans le contentieux des relations de travail	148
A. L'obtention par soi même.....	149
B. L'obtention aidée.....	150
§. 2 : Renforcer la transparence des relations de travail	151
A. Le droit à la preuve au-delà du procès	151
B. Limiter et anticiper le risque contentieux.....	152
TITRE II : LES TEMPERAMENTS A LA LEGITIMITE DU DROIT A LA PREUVE EN DROIT DU TRAVAIL	155
Chapitre I : Les lacunes de sa mise en œuvre par le juge social	155
Section I – La toute-puissance injustifiée du principe de loyauté.....	156
§. 1 : L'incohérence de l'absolutisme au regard de la valeur du principe	156
§. 2 : Un absolutisme source de confusion entre les exigences de licéité de la preuve	157
Section II – La géométrie variable de la mise en œuvre	158
§. 1 : La géométrie variable de la qualification du droit à la preuve	158
§. 2 : La géométrie variable des conditions de mise en œuvre	159
Chapitre II : Les risques du droit à la preuve	161
Section I – Les risques conceptuels du droit à la preuve.....	161
§. 1 : Le bouleversement de l'office du juge	161
§. 2 : Le passage à une administration privée de la preuve	162
Section II – Les risques de l'application proportionnée du droit à la preuve.....	163
§. 1 : L'imprévisibilité du contrôle de proportionnalité in concreto	164
§. 2 : L'insaisissable vérité émotionnelle	165
CONCLUSION GENERALE :	167
BIBLIOGRAPHIE	169
TABLE DES MATIERES	179