



Droit du travail

Charge de la preuve

M.A. MARCANTONI

Docteur Ingénieur en Sciences Physiques

Doctorant en Droit du Travail

Vice-Président de section encadrement au Conseil de Prud'hommes de
Nanterre

Paris
édition 2.0
novembre 2020

- 1. Introduction.**
- 2. A l'origine se trouvent les OBLIGATIONS.**
 - 2.1. Que doit-on prouver ?
 - 2.2. La notion d'obligation.
- 3. Que prouver et comment ?**
 - 3.1. Que faut-il prouver ?
 - 3.2. Preuve de l'existence de l'obligation.
 - 3.2.1. Quid en matière contractuelle (droit civil) ?
 - Le principe.
 - Les atténuations au principe d'exigence de l'écrit.
 - 3.2.2. Quid en droit du travail ?
 - Mode de preuve lié au contrat de travail.
 - Mode de preuve lié au contrat collectif.
 - La preuve testimoniale.
 - Ce qu'elle recouvre.
 - Conditions de forme des attestations.
 - Conditions relatives au contenu de l'attestation.
 - Comment contester la véracité d'une attestation ?
 - La preuve par présomption.
 - Les indices.
 - L'exception à la liberté de la preuve.
 - 3.2.3. Quid de la preuve d'une obligation dans le cadre délictuel et quasi-délictuel ?
 - 3.3. Comment prouver la bonne ou la mauvaise exécution des obligations ?
 - 3.3.1. Exemples " d'indices et présomptions ".
 - 3.3.2. Sur quelques autres éléments de preuve.
 - Moyens de preuve et respect de la vie privée.
 - Moyens de preuve et loyauté.
 - Sur le principe de loyauté en général.
 - Exemples en droit individuel du travail.
 - Aveu judiciaire.
 - 3.3.4. La contestation des écrits.
 - Contestation des actes sous seing privé.
 - Contestation d'un acte authentique.
- 4. Le rôle et les obligations des parties dans la preuve.**
 - 4.1. La charge de la preuve.
 - 4.1.1. A titre préliminaire : observations sur l'origine de la preuve.
 - 4.1.2. Les principes.
 - 4.1.3. Spécificités sur la charge de la preuve dans le Code du Travail.
 - Preuve du contrat de travail.
 - Preuves fournies par les parties et appréciées par le juge.
 - Cas des heures de travail.

- Cas des heures supplémentaires.
- Des éléments suffisamment précis.
- Cas des employés de maison.
- Cause réelle et sérieuse du licenciement individuel.
- En matière disciplinaire.
- Cas de la rupture conventionnelle.
- Charge de la preuve pesant sur l'employeur.
- Paiement du salaire.
- Paiement des Congés Payés.
- En matière de faute grave ou lourde.
- Fin d'un CDD de remplacement.
- Licenciement économique.
- Qualité de gréviste.
- Preuve de l'exécution conforme.
- Cas particulier des droits fondamentaux.
- Quid de la charge de la preuve ?
- Quid de quelques cas particuliers ?
- Protection de la maternité.
- Cas de la discrimination et du harcèlement.
- 4.2. La communication des pièces, le contradictoire...
- 4.2.1. Les principes.
- 4.2.2. Mais, quid des us et coutumes des gens de robe ?
- 4.2.3. Problématique de la communication tardive.
- 5. La preuve et le juge (les mesures d'instruction).**
- 5.1. Le recours aux mesures d'instruction.
- 5.1.1. Mesures d'instruction ordonnée au cours du déroulement d'un procès.
- 5.1.2. Mesures d'instructions ordonnées avant tout procès (article 145 CPC).
- 5.2. L'obtention des pièces détenues par un tiers.

1. Introduction

Ce document poursuit l'étude d'une matière à laquelle, tout comme les fins de non-recevoir et les nullités, le juge sera confronté dès l'ouverture du dossier et qu'il lui faudra examiner en priorité.

Je veux parler de la PREUVE.

Rassurez-vous, il n'y aura pas ici de grands développements théoriques ; de grands universitaires s'y sont employés de façon remarquable (je pense tout particulièrement au Professeur Philippe MALINVAUD et à son manuel " le Droit des obligations " paru aux éditions LITEC et je vous renvoie à vos cours des années précédentes sur la matière.

Certes me direz-vous mais pourquoi donc nous parler, dans le cadre d'un cours de procédure, du droit des preuves ?

Vous aurez la réponse à cette judicieuse si vous répondez à la suivante : qu'est-ce que la procédure ?

Pour ce faire, revenons donc en arrière, revenons à l'introduction de mes développements et plus précisément aux écrits de Monsieur le Procureur Général NADAL POUR qui :

“ Entre le fond et la forme, c'est en grande partie la forme qui donne à la justice sa dimension humaine. La forme, c'est-à-dire la procédure, c'est la traduction de la parole, de l'écrit, de la pensée du justiciable en termes juridiques. Elle donne corps aux principes fondamentaux du procès, à savoir la possibilité de faire valoir son droit et de s'opposer à celui qui le nie ”.

Mais, pour faire valoir “ son droit et s'opposer à celui qui le nie ”, pour développer utilement dans le cadre de vos décisions, ainsi que, pour les parties, des assignments, des conclusions ou des plaidoiries, des moyens de nullités, des fins de non-recevoir ou des moyens de défense au fond (ce que nous avons vu plus haut), il est impératif que soit rapportée la preuve de ce qui est exposé, des arguments, des faits que sont mis en avant.

Il en sera ainsi dans tous les dossiers contentieux que vous serez amenés à traiter, il en sera ainsi devant TOUTES les juridictions que seront saisies : “ *La preuve est une question transversale à toutes les disciplines juridiques* ”. ¹

La preuve est un élément capital du procès.

¹ Méлина DOUCHY-OUODOT, “ Procédure civile ”, Ed Lextenso 5^{ème} édition.

Mais j'entends déjà votre question : pourquoi donc insister si lourdement sur le " droit des preuves " dans le cadre d'un cours de procédure civile ?

C'est tout simplement parce que " la preuve " est un élément fondamental dans tout procès : le justiciable qui ne prouve pas selon les règles du Code Civil, du Code du Travail, du CPC, etc., est certain de perdre son dossier. En l'absence de preuves, d'éléments probants, le juge ne pourra faire droit à ses demandes.

C'est également un élément fondamental dans la rédaction des conclusions des parties, ou de la décision du juge : si vous ne connaissez pas les règles de la preuve vous pouvez passer à côté d'un moyen qui aurait pu vous permettre de gagner votre dossier et de modifier la décision.

Voyez vous-même, aux termes des dispositions législatives et réglementaires :

- le Code Civil dispose que, en matière contractuelle, *" celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation "*,
(Code Civil, art. 1353)
- et, très sèchement, en quelques mots, le Code de Procédure Civile pose que :
 - o *" à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder "*,
(CPC, art. 6)
 - o *" il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention "*.
(CPC, art. 9)

La question qui se pose alors est celle de la mise en œuvre " pratique " de la preuve (que doit-on prouver, comment, par quels moyens ? peut-on contester un élément de preuve, comment, dans quelles conditions ? qui doit très précisément prouver quoi ? quel est le rôle des parties dans l'établissement de la preuve ? quel est celui du juge ? qu'est-ce qu'une audition de témoin, qu'est donc une attestation ? pourquoi une expertise ?...)

La question est d'importance :

" La matière de prouver... et surtout les procédures de vérification du vrai, du faux obéissent à un ensemble de dispositions dont le contrôle a été confié in fine au juge. Certes, les experts, les sachants qui détermineront la nature exacte d'un fait, sa réalité, ses conséquences, sont des spécialistes choisis en raison de leur compétence dans les domaines les plus variés, mais la réalité juridique de la preuve relèvera de la décision du juge. L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE EST JUDICIAIRE " .²

(CPC, art 132 à 322, l'administration judiciaire de la preuve)

² Méлина DOUCHY-OUUDOT précitée.

Vous comprendrez, au vu de cet exposé “ introductif ” que vous ne pouvez mener à bien un dossier contentieux que si vous maîtrisez les dispositions “ pratico-pratiques ” du Code de Procédure Civile sur le “ droit des preuves ” mais aussi que si vous maîtrisez les questions bien plus théoriques du Code Civil et leur enchaînement.

(CPC, art. 132 à 322)

Enfin, il vous faudra toujours garder présent à l’esprit une chose très importante, l’objectif de la preuve :

- “ *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ”,
(Code Civil, art. 1240)
- “ Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ”.
(Code Civil, art. 1241)

L’objectif de la preuve est donc d’obtenir une réparation. Mais là il faut prouver trois choses :

- **prouver l’existence de la faute,**
- **prouver l’existence du préjudice,**
- **prouver le lien de causalité entre ces deux éléments.**

Or, la pratique nous a montré que bien souvent, dans ses conclusions, le demandeur, s’il développe longuement son argumentation sur la preuve de la faute, est beaucoup plus “ sobre ” (c’est le moins que l’on puisse dire) sur la preuve de son préjudice et de son montant ET sur la preuve du lien de causalité.

Et, si beaucoup plus souvent que vous ne le pensez les juges du fond retiennent effectivement une faute, ils déboutent le demandeur de sa prétention au motif qu’il n’apporte pas la preuve de la réalité de son préjudice et de son montant (la question est d’une particulière importance dans le cadre du devoir de conseil et de la perte de chance).

En clair, il faut savoir de qui l’on parle.

2. A l'origine se trouvent les OBLIGATIONS.

Une remise en place de nos idées s'impose pour bien comprendre de quoi il retourne.

Essayons de "faire simple" en posant un schéma, disons, plus ou moins "grossier" dans ses traits. Deux adages de droit romain permettent de saisir les grands principes relatifs à la charge de la preuve :

- *Actori incumbit probatio*, " la charge de la preuve incombe au demandeur ",
- *Reus in excipiendo fit actor*, " Celui qui allègue une exception en défense doit la prouver ".

Ces deux adages trouvent leur traduction dans les dispositions législatives françaises actuelles, chacune des parties doit prouver ses prétentions conformément à la Loi :

- **Code Civil**, " *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ",
(Code Civil, art 1353)
- **Code de Procédure Civile**, " Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ".
(CPC, art. 9)

Prenons ensuite notre " Lexique des termes juridiques " ³ qui nous dit : **Preuve - dans un sens large, établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique. Dans un sens plus restreint, procédé utilisé à cette fin.**

Enfin, notons qu'il existe deux types de preuve. Lorsque les moyens de preuve sont préalablement déterminés et imposés par la Loi, la **preuve** est dite **légale**. Dans le cas contraire, la **preuve** est dite "**libre**".

2.1. Que doit-on prouver ?

Mais, plus précisément, que doit-on prouver au sens du Code Civil ?

Pour cerner la question, qui est fondamentale en " droits des preuves ", il nous faut revenir aux dispositions du Livre Troisième, Titre III (des sources d'obligations) et Titre IV (du régime général des obligations) du Code Civil auxquelles vous serez confrontés dans l'exercice de vos fonctions de juge.

³ Dalloz, " Lexique des termes juridiques ".

Une petite digression au passage, n'oubliez pas que les articles 1100 à 1386 du Code Civil ont fait l'objet d'une importante réécriture en 2016, en principe à droit constant. Il va donc vous falloir " jongler " avec l'avant et l'après.

Les dispositions relatives au contrat et aux obligations sont sans doute les plus " ardues " du Code Civil et je ne peux ici que me référer à l'ouvrage (fondamental à mes yeux) du Professeur Philippe MALINVAUD ; " *Droit des obligations* ", 9^e édition LexisNexis LITEC Manuels.

Sachez que si dans la mythologie grecque, au début était le chaos, au " début " du " droit des preuves " se trouvent les OBLIGATIONS telles que définies de manière complexe par le Code Civil, même si la réécriture de 2016 est sensée en simplifier l'approche.

Ici encore, il convient de savoir de quoi l'on parle et donc de commencer par quelques rappels : définition de l'obligation et classifications des obligations.

2.2. La notion d'obligation.

- **Définition des obligations.**

Le Professeur MALINVAUD, en pages 2 et 3 de son ouvrage écrit, au sujet des obligations (paragraphe 1 – Définition de l'obligation) :

"...il est nécessaire de dissiper une ambiguïté de terminologie tenant à ce que le terme d'obligation est employé en trois sens différents..."

Sens large ou général. *Dans le langage courant, y compris le langage juridique, obligation est souvent utilisé dans le sens de " devoir " : par exemple, obligation de rouler à droite...*

Ce sont là des prescriptions légales ou réglementaires qui imposent un devoir à une personne, mais non une obligation au sens juridique, parce qu'il n'y a pas de créancier, donc pas de lien de droit entre deux personnes.

Sens financier.....

Sens juridique à retenir. *On entend par obligation le rapport juridique entre créancier et débiteur, c'est-à-dire le lien de droit qui unit l'un à l'autre. De manière plus précise, c'est, suivant le Vocabulaire Capitant, " le lien de droit par le quel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres-le ou les créanciers- en vertu soit d'un contrat (obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (obligation quasi-délictuelle) soit d'un délit ou d'un quasi-délit (obligation délictuelle ou quasi délictuelle) soit de la loi (obligation légale) ".*

Tel est le sens retenu lorsqu'on parle des Obligations ou de la " Théorie générale des obligations " (Philippe MALINVAUD ouvrage précité).

- **Classifications des obligations.**

Je n'en retiendrai que deux : la classification du Code Civil et la classification basée sur les sources des obligations (actes juridiques et faits juridiques).

Pour ce faire, reprenons les termes de l'ouvrage précité du Professeur MALINVAUD (pages 10 à 13).

1° La classification du Code Civil.

Le Code Civil suggère une division bipartite des obligations suivant qu'elles naissent d'une convention entre les parties ou en dehors de toute convention.

D'une part le Titre III traite " des sources d'obligations " ... (Cette source conventionnelle est la source la plus importante) ...encore aujourd'hui... : on ne peut en principe être engagé que parce qu'on l'a voulu. (Nota : voilà qui va vous concerner directement)

D'autre part, le Titre IV vise " Du régime général des obligations ". Parmi ces régimes, le Code Civil distingue :

(Code Civil, art. 1304 à 1386)

- ceux qui " résultent de l'autorité seule de la Loi ", donc qui naissent en dehors de tout acte de volonté des parties [obligation alimentaire...] (Nota : aucun intérêt ici pour nous)
- ceux qui " naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ". Le Code Civil les classe en deux catégories fort différentes l'une de l'autre :
 - o les quasi-contrats... [Nota : pour nous, sans intérêt]
 - o les délits et quasi-délits, que la Loi ne définit pas, et qui sont les faits illicites dommageables pour autrui auxquels la Loi attache une obligation de réparer,
 - o la différence entre les deux tient au caractère intentionnel (délict) ou non intentionnel (quasi-délict) du fait illicite dommageable [Nota : important pour nous].

2° Actes juridiques et faits juridiques, sources des obligations.

[Nota : Voilà une classification qui va particulièrement nous intéresser au niveau de la preuve]

Pour classer les obligations selon leurs sources, il faut résoudre une question fondamentale : qu'est-ce qui peut faire qu'une personne soit engagée vis-à-vis d'une autre ? Ou bien encore :

comment naissent les obligations ? Où les rapports d'obligation créancier-débiteur trouvent-ils leur source ? La question est d'importance, puisqu'il s'agit de savoir à la fois comment on peut engager les autres envers soi et comment, soi-même, on peut se trouver lié vis-à-vis des autres.

A cela, le Code Civil répond de manière fort simple... A côté " des contrats ou obligations conventionnelles ", il y a " des engagements qui se forment sans convention ". Autrement dit, on peut être obligé, ou bien parce qu'on l'a voulu, ou bien en dehors de sa volonté.

Cette classification a été reprise et modernisée par la doctrine. Dans la conception moderne, on s'attache surtout au fait que toutes les obligations découlent soit d'un acte juridique soit d'un fait juridique. Ces événements, qui sont générateurs de droits, sont également générateurs d'obligations.

Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à créer des effets de droit. L'exemple type en est le contrat qui est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de faire naître des obligations ou de transmettre des droits réels... [Nota : la catégorie des actes juridiques comprend aussi des actes unilatéraux-mais cela n'a pas d'intérêt pour nous].

Les faits juridiques sont des événements auxquels la Loi attache des effets de droit, indépendamment de la volonté des personnes qui bénéficieront ou souffriront de ces effets.

Dans cette catégorie, se trouvent des faits purement matériels comme par exemple le décès ou la naissance qui sont totalement indépendants de la volonté et d'autres où la volonté est sous-jacente comme par exemple *le dommage causé à autrui* qui oblige son auteur à réparation (c'est toute la question de la responsabilité civile).

En conclusion : il vous faut bien retenir que les obligations trouvent leur source soit dans un acte juridique, soit dans un fait juridique.

Comme le souligne le Professeur MALINVAUD, dans le premier cas, les parties sont engagées parce qu'elles l'ont voulu ; la volonté est donc à l'origine de l'obligation. On dit qu'on est en présence de sources contractuelles (cela vise pour l'essentiel le contrat)

Dans le second cas, une personne est engagée parce que la Loi l'a voulu compte tenu des circonstances. On parle alors de sources extracontractuelles, ce qui recouvre la responsabilité civile et les quasi-contrats.

Parfait me direz-vous, au commencement étaient les obligations. Mais quid maintenant ? Quel rapport y a-t-il entre ces fameuses obligations et le " droit des preuves " ? Quel rapport y a-t-il entre le " droit des preuves " et la procédure civile ?

Vous aurez la réponse à ces judicieuses questions si vous répondez aux questions suivantes et ce en ayant toujours en mémoire les articles 1353 du Code civil et 9 du CPC (des questions,

encore des questions, toujours des questions. Eh oui, n'oubliez pas que nous faisons du Droit et que tout, ici, est parfaitement structuré) :

- que doit-on prouver et comment ? (c'est la question des modes de preuve),
- quel est le rôle des parties dans " la preuve " ? (c'est la question notamment de la charge de la preuve, de la communication des pièces),
- quel est le rôle du juge ?

3. Que prouver et comment ?

3.1. Que faut-il prouver ?

Au vu des développements qui précèdent, et avant que de passer au côté “ pratico-pratique ” des preuves, vous voyez que chaque partie doit prouver deux choses :

- l'**existence même de l'obligation** (qu'elle soit contractuelle ou délictuelle ou encore quasi-délictuelle)
- l'**inexécution, la mauvaise exécution de l'obligation.**

3.2. Preuve de l'existence de l'obligation.

Comment prouver l'existence même de l'obligation ?, en droit civil et en “ droit du travail ” ?

Le sujet est différent selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou en matière délictuelle et quasi délictuelle et encore en droit du travail au sens strict.

3.2.1. Quid en matière contractuelle (droit civil) ?

- **Le principe.**

Tout, en la matière se trouve dans le Code Civil. La preuve de l'existence même d'une obligation contractuelle se fait **PAR ECRIT** ⁴ (y compris l'écrit électronique) au-delà d'une valeur de 1 500 €. ⁵ C'est la preuve littérale.

(Code Civil, art. 1359)

Ainsi :

- la preuve d'un contrat de prêt ne peut être apportée que par écrit,
(Cass civ., 1^{ère} ch., 19 juin 2008 Bull I n° 176)
- il en va de même pour un contrat de dépôt,
(Cass. civ., 1^{ère} ch., 20 février 1996 Bull I n° 92)

⁴ La primauté de la preuve écrite sur la preuve orale trouve son origine dans l'ordonnance de Moulins, 1566.

⁵ La somme ou la valeur visée à l'art. 1359 Code Civil est fixée à 1 500 € (Décret n° 80-533 du 15 juill. 1980).

- la preuve de l'existence d'un mandat est soumise aux règles générales de la preuve des conventions et doit répondre aux exigences des articles 1359 et suivants du Code Civil.
(Cass. civ., 3^{ième} ch., 29 octobre 1970, Bull III n° 562)

Cette dernière décision vous montre l'importance de l'écrit : un mandat donné à un syndicaliste pour ester en justice doit obligatoirement être donné par écrit sinon, comme nous l'avons vu plus haut, le syndicat sera considéré comme étant défaillant ;

- la preuve d'une convention d'indivision relative à une voiture de collection doit être rapportée par écrit dès lors que la valeur du véhicule excède le montant fixé par décret (Cass. civ., 1^{er} ch., 3 décembre 1996 JCP 97, IV.215)

Il convient de prêter une attention particulière à la matière : l'exigence de l'écrit ne concerne que l'existence ET l'étendue de l'obligation.

Ainsi :

- la preuve de l'étendue contestée d'une obligation née d'un contrat doit être établie conformément à l'article 1341, même si les parties reconnaissent l'existence de la convention, dès lors que leur désaccord porte, non sur une simple modalité d'exécution de celle-ci, mais sur un élément essentiel à sa validité (en l'espèce le prix de vente)
(Cass. civ., 1^{er} ch., 27 avril 1977 D.1997, 413, note GAURY).
- La règle de l'exigence d'un écrit en matière de contrat est d'importance puisque, aux termes de 1641 du Code Civil, lorsqu'un écrit a été établi, la preuve contraire ne peut-elle-même qu'être faite par écrit.

Vous voyez ici qu'il convient de porter une attention toute particulière à la rédaction d'un contrat ou d'un écrit : si l'écrit est incomplet ou ne correspond pas exactement à ce qui a été convenu entre les parties, la preuve " contre ou outre " ce qui a été écrit ne pourra être faite que par écrit.

Pour plus de détails, je ne peux que vous renvoyer à vos cours des années précédentes ou à la lecture du " manuel " du professeur MALINVAUD sur le droit des obligations (c'est à mon sens un ouvrage fondamental).

- L'exigence de la preuve littérale, d'un écrit (notarié ou sous seing privé) sous forme d'un support papier (qui peut même être écrit au crayon de papier - Com 8 octobre 1996 JCP 97.I.3991-) ou électronique (voyez les articles 1365 à 1368 et 1376 du Code Civil) s'applique non seulement aux actes juridiques (contrats par exemple) mais aussi à certains faits juridiques " c'est-à-dire aux faits qui ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transmettre, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits " (Civ 1^{er}, 27 avril 1977, D. 1977.413, note GAURY) : par exemple, naissance, décès...

- **Les atténuations au principe d'exigence de l'écrit.**

Il sera tout d'abord souligné que la règle de 1359 du Code Civil n'est pas d'ordre public et que l'exigence de l'écrit ne vaut qu'autant que les parties ne s'en sont pas dispensés explicitement ou implicitement.

(Cass. civ., 1^{er}, 5 novembre 1952, Bull I n° 286).

Ainsi :

- en signant le formulaire "carte bancaire" et en utilisant cette carte, le titulaire renonce implicitement mais nécessairement au système de preuve légale de l'article 1359 – validité de l'ordre de paiement par communication du numéro de carte,
(Paris 8 juin 1999, D.2000 somm 337 note THULLIER)
- en communiquant son numéro de carte bancaire à un hôtelier, le titulaire de la carte autorise le débit dans la limite du prix convenu y compris en l'absence d'annulation de la réservation nonobstant l'absence de convention écrite,
(Cass. civ., 1^{er}, 19 octobre 1999 Bull I n° 285)
- La règle de l'exigence d'un écrit reçoit exception " lorsqu'il existe *un commencement de preuve par écrit...* ".
(Code Civil, art. 162)
- Elle reçoit aussi exception dans le cas des copies.
(Code Civil, art. 1379)

Quelques observations sur 1379, la copie durable :

- C'est le problème de la production d'une "photocopie". La Cour de Cassation admet, en son principe, qu'une photocopie puisse être une copie sincère et fidèle au sens de 1379.
(Cass. civ., 1^{er}, 30 mai 2000 Bull I n°164)

Mais, compte tenu des risques évidents de falsification d'une photocopie :

- un document photocopie doit être soumis à un examen attentif avant de pouvoir être accepté comme une copie authentique d'un original, d'autant qu'il existe des moyens technologiques modernes pouvant être employés pour contrefaire des documents ou les altérer,
(CEDH Sect. I, 13 juin 2000, Timurtas / Turquie : req n° 23531/94).
- c'est aussi le problème de la "copie informatique" - : "les juges doivent rechercher, en présence de la copie électronique d'un courrier adressé par une caisse de sécurité sociale à un employeur, si cette copie en est la reproduction fidèle et durable, si l'auteur peut-être dûment identifié et si cet écrit électronique a été établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité" – art 1379, 1360 et 1366.
(Cass. civ., 2^{ème}, 4 décembre 2008 Bull II n° 259)

Autre exception à l'exigence de l'écrit : la preuve " entre commerçants " est libre, elle peut se faire par tout moyen. **Il en va de même en principe en droit du travail.**

Encore une exception " de taille " : l'aveu qui est le mode de preuve le plus parfait.
(Code Civil, art. 1383 et suivants)

En conclusion :

Il vous faut retenir que la règle de 1359 ne s'applique qu'aux parties elles-mêmes et qu'elle s'analyse " en définitive comme une obligation faite aux parties d'établir sur un support quelconque un écrit destiné à servir de preuve. La sanction en est l'interdiction de recourir à la preuve par témoins ou par présomptions ou indices, lesquels apparaissent comme un mode imparfait par rapport au mode parfait qu'est l'écrit " (sauf exceptions que nous avons vues plus haut).

3.2.2. Quid en droit du travail ?

Quid en droit du travail de la preuve de l'existence et de l'étendue des obligations ? (Contrats de travail et accords collectifs).

Dans tous les cas, " *la Loi s'en remet aux lumières et à la prudence des juges du fond pour ce qui est de nature à former leur conviction* ".

- **Mode de preuve lié au contrat de travail**

LE PRINCIPE est celui de la liberté de la preuve.

En matière de contrat de travail, la lecture de la première phrase de l'article L. 1221-1 du Code du Travail nous dit que " *le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun* ".

(Code du Travail, art. 1221-1)

Cela laisse à penser que la preuve l'existence même d'un contrat de travail et l'étendue des obligations de chacun des contractants relève des obligations posées par le Code Civil, art. 1359. Mais, il n'en n'est rien puisque L. 1221-1 du Code du Travail précise dans la deuxième phrase que : " *il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ".

(Code du Travail, art. 1221-1)

C'est dire qu'un contrat de travail peut-être tout simplement verbal.

En matière de contrat de travail, l'administration de la preuve est à la charge du demandeur.

Mais nous verrons lors de l'étude détaillée de la charge de la preuve (voir infra) que, dans certaines circonstances, le législateur et la jurisprudence sont venus aménager cette règle, avec comme conséquence un partage de cette charge, voire, dans certains cas, un renversement de la charge de la preuve

- **Mode de preuve lié au contrat collectif.**

En matière de droit collectif, la situation s'avère beaucoup plus simple puisque la législation et la réglementation ont introduit une obligation de dépôt des conventions et accords.

La preuve de l'existence de l'obligation contenue dans l'accord se fait donc de manière très simple par la production de l'accord aux débats.

- **La preuve testimoniale.**

Quelques mots sur la preuve testimoniale.

a) Ce qu'elle recouvre.

Il s'agit de la preuve apportée par :

- les **déclarations de témoins**,
(Cass. civ., 24 décembre 1919 DP.1920.1.22)
- qui peuvent être formées soit par des **attestations écrites** soit par **dépositions orales**.
(Cass. civ 3° ch., 11 janvier 1978, Bull III n° 30)

Tout juge en charge d'un dossier, et donc le juge prud'homal, peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux. Ces déclarations sont faites par attestation ou par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales. Les tiers sont en principe entendus en témoignage verbal à l'audience. Toutefois, pour éviter des frais, des déplacements, et une perte de temps, le législateur a introduit un mode de déclaration écrite.

Il n'est là qu'une mise en pratique des dispositions du Code Civil, "*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 Civil, art. 10)

Toute la matière est réglée par le Code de Procédure Civile.

(CPC, art. 119 à 231)

En particulier, le Code de Procédure Civile nous éclaire dans son chapitre relatif aux “ déclarations de tiers ”. Sous ces vocables se trouvent les attestations, enquête et audition, etc., le code posant que, “ *lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l’éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d’enquête selon qu’elles sont écrites ou orales* ”. **(CPC, art 199)**

Elles peuvent être faites par écrit : ce sont les attestations.
(CPC, art 200 et suivants)

Ces déclarations peuvent aussi être faites par écrit, et oralement sous la forme d’une enquête.
(CPC, art. 204 et suivants).

b) Conditions de forme des attestations.

- elles sont produites par les parties ou à la demande du juge.
(CPC, art. 200)
- elles ne peuvent être établies que par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins,
(CPC, art. 201)
- et répondre à des conditions de forme énoncées par l’article 202.
(CPC, art. 202)

Vous conviendrez avec moi que deux questions se posent immédiatement à la lecture des articles 201 et 202 :

1 – Quelles sont donc les conditions requises pour être entendu comme témoin et donc pour rédiger une attestation ?

Voyez ici l’article 205 du CPC : les incapacités de témoigner y sont énumérées et la jurisprudence pose qu’elles sont de droit “ strict ”.
(Cass. soc., 9 octobre 1980 Bull V n° 728)

Si une attestation émane d’une personne frappée d’une incapacité de témoigner elle est rejetée des débats par le juge qui peut être le juge de la mise en état.
(Paris 10 octobre 1980, Bull Avoués 1991 I, 14).

2 – le non-respect des formalités de 202 est-t-il sanctionné et si oui, par quoi ?

- Il est de jurisprudence constante que “ *les prescriptions de l’article 202 n’étant pas d’ordre public, est irrecevable le grief d’irrégularité formelle soulevé pour la première fois devant la Cour de Cassation* ”.
(Civ 1^{er}, 6 juin 1978, Bull I n° 218)

Conclusion, si, dans le cadre de leurs conclusions les parties ne demandent pas au juge du fond d'écarter des débats une attestation qui ne répondrait pas, dans la forme aux exigences de 202 du CPC, il ne peut le faire de sa propre autorité et palier aux carences des parties.

- Voyez aussi : **Cass 1^{er}, 30 novembre 2004 (Bull I n° 292)** : les règles de forme de ce texte ne sont pas prescrites à peine de nullité.

N'oubliez jamais en effet l'adage : " pas de nullité sans texte ".

- Mais alors, que faire si une attestation semble manifestement " irrégulière " au regard de 202 du CPC ? Simplet ne pas oublier que l'administration de la preuve est judiciaire. **Tout est donc laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond** qui, dans un tel cas tiendra aucun compte ou non de l'attestation qu'il rejettera éventuellement du débat.

Ainsi :

- il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si une attestation non conforme aux règles de l'article 202, présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction et ne pas l'écarter des débats.
(Cass. soc., 12 juin 1986 – JCP 1986 IV.245)

Et encore :

- le juge ne peut rejeter une attestation comme non conforme aux exigences de l'article 202 sans préciser en quoi l'irrégularité constatée constituait l'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public faisant grief à la partie qui l'attaque.
(Cass civ., 2^e, 30 novembre 1988, Bull II n° 238)

En matière prud'homale, la preuve est libre, rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal :

- retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'a assisté pendant l'entretien préalable et en apprécie librement la valeur et la portée. Il ne saurait dès lors être reproché à la cour d'appel de s'être fondée, pour condamner l'employeur au paiement d'heures supplémentaires, sur les déclarations du conseiller du salarié,
(Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666 ; SARL Sencomalic c/ Wlsser : Juris-Data n° 008921 JCP 2001 / n° 21 / IV / 1991 & D 2001 -IR p.1282)
- examine une attestation établie par un salarié ayant assisté à l'entretien préalable en représentation de l'employeur. Il appartient seulement à ce juge d'en apprécier souverainement la valeur et la portée.
(Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 12-22.342)

Vous comprenez qu'il est donc important qu'une attestation soit " bien " rédigée au niveau de la forme.

Mais, le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes.

(Cass. soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, FS - P + B)

c) Conditions relatives au contenu de l'attestation.

Ici encore, ATTENTION.

Une fois encore, n'oubliez jamais que tout est laissé à l'appréciation du juge.

(voyez notamment Civ 2°, 15 avril 1991 Bull II n° 130 : le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui sont soumis)

C'est lui, et lui seul qui apprécie, souverainement de surcroît, si le contenu d'une attestation peut ou non emporter sa conviction. Il est donc nécessaire pour celui qui produit l'attestation, de par son contenu, d'emporter cette conviction.

Il est de jurisprudence constante que :

- **“ La loi s'en remet aux lumières et à la prudence des juges du fond de ce qui est de nature à former leur conviction ”**,
(Civ 2°, 27 février 1979, JCP 1919 IV.161)
- et que **“ le juge apprécie souverainement l'objectivité du témoignage porté dans une attestation ”**.
(Civ 2°, 7 juin 1978 Bull II n° 151)

En pratique, il convient que le rédacteur d'une attestation soit précis dans les faits qu'il relate et ne se contente pas de considérations générales du style “ Mr est un alcoolique qui bat sa femme fréquemment ” ; il convient par exemple qu'il donne des dates, qu'il indique précisément ce à quoi il a assisté... L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constaté) et surtout, pas de propos violents ou/et déplacés :

“ L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature ”.

(CPC, art. 202)

Ainsi par exemple, au visa de l'article 201 du CPC :

- peuvent-être écartées les attestations dans lesquelles le témoin se contente de rapporter la rumeur publique, ce qui ne permet pas à la juridiction de vérifier et caractériser les faits invoqués.

(Civ 1^{er}, 3 mars 2010, GP 21-22 mai 2010.18. note MULON)

d) Comment contester la véracité d'une attestation ?

Nous verrons cette question plus avant.

Les déclarations d'un tiers peuvent-être faites :

- **oralement : c'est l'enquête,**
- **ordonnée par le juge d'office ou à la demande des parties.**

(CPC, art 199, 204 à 231)

Je n'aborde cette question que pour mémoire car en 37 ans de " métier " je n'ai jamais eu affaire à une telle mesure dont le formalisme est assez " lourd " (prestation de serment, présence des parties, interrogations par le juge, confrontation, consignation dans un PV...).

Un mot cependant pour ce qui concerne le droit du travail :

- en matière prud'homale, la mission d'information conférée au conseiller rapporteur n'est pas une enquête ; le recueil des renseignements utiles à la manifestation de la vérité n'est pas soumis aux prescriptions applicables à cette dernière.

(Cass. soc., 31 mars 1978 JCP 78 IV.178)

- **La preuve par présomption.**

Quelques mots sur la preuve par présomption.

Comme vous le savez, il est dans le Code Civil deux sortes de présomptions : les présomptions légales et les présomptions du fait de l'homme.

Bien, je sais la chose fort ennuyeuse mais commençons ici par essayer de cerner la notion de présomption. Qu'est donc une présomption.

Présomption : " *mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé* [en clair : le juge peut, par cette voie, établir la réalité d'un fait inconnu à partir de faits connus - TGI Paris 1^{er} juillet 1991, GP.1991.2.568]. *La*

présomption est dite de l'homme (ou du juge) lorsque le magistrat tient lui-même et en toute liberté ce raisonnement.

La présomption est légale lorsque le législateur tire lui-même d'un fait établi un autre fait dont la preuve n'est pas rapportée. La présomption légale est simple lorsqu'elle peut être combattue par la preuve contraire. Lorsque la présomption ne peut être renversée, elle est dite irréfragable ou absolue... " (Lexique des termes juridiques Dalloz, 12^e édition).

Les présomptions légales.

(Code Civil, art. 1354 à 1358)

L'ancien article 1350 du Code Civil nous dit qu'il y a 4 présomptions légales dont une va nous intéresser dans le cadre d'un conflit prud'homal : l'autorité de la chose jugée (qui est détaillée dans article 1355 – voyez aussi la jurisprudence visée sous cet article).

Ainsi :

- la décision juridictionnelle condamnant le dirigeant d'une société pour travail clandestin, qui a autorité de la chose jugée à l'égard de tous, implique l'existence d'un contrat de travail.
(Cass. Soc., 27 mars 2001, Bull V n° 105)

Mais, hélas, il n'est pas que dans le Code Civil que se trouvent les présomptions légales ; nous en trouvons aussi dans le Code du Travail.

Voyez par exemple l'article L. 1242-12 qui nous dit, en son premier alinéa que " *le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée* ".

Et, il s'agit là, pour l'employeur, d'une présomption irréfragable :

- en l'absence de contrat écrit, l'employeur ne peut écarter la présomption légale en apportant la preuve de l'existence d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée.
(Cass. Soc., 12 novembre 1997 Bull V n° 362)

Tout peut sembler simple. C'est oublier qu'en Droit il y a certes des textes, des codes, mais que ces textes sont appliqués par des humains et que l'on trouve de tout.

Voyez donc :

- le salarié peut rapporter la preuve que le contrat conclu verbalement est à durée déterminée.
(Cass. soc., 10 juillet 2002 D.2002.3112 obs. LATTES)

Comprenne qui voudra !

Tout cela pour vous montrer qu'avant de vous lancer dans la rédaction d'une consultation ou de conclusions, ou bien encore d'une décision de justice, il est capital que vous vous référiez aux textes, que vous les lisiez, que vous les relisiez et à la jurisprudence (vous noterez ici que ce n'est pas pour le plaisir que je vous conseille de "feuilleter" une à deux fois par mois le JCP.S – La semaine Juridique Soc); rien n'est jamais acquis en droit : il faut pratiquer la "formation permanente".

Autres exemples de présomptions légales en droit du travail : article L. 1251-39 dans le cadre du travail temporaire ; article L. 1252-4 sur le contrat de travail à temps partagé ...

Les présomptions qui sont abandonnées " aux lumières et à la prudence du magistrat ".

" Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ".

(Code Civil, art. 1382)

Il vous faut prêter une attention toute particulière à ce mode de preuve en matière de contrat de travail et de ne jamais prendre les choses pour acquises (retournez toujours aux textes et à la jurisprudence).

Quelques observations :

La seule chose certaine est que tous les contrats de travail qui ne sont pas des CDI ne peuvent être prouvés que par écrit, faute de quoi une présomption voit le jour.

Preuve d'un contrat de travail à temps partiel, aux termes du code, " le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit... ".

(Code du Travail, art. L. 3123-14)

Qu'elles l'incidence, dans le cadre de la preuve, de l'absence d'un tel écrit puisque le texte ne prévoit rien ?

*" L'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel a pour seul effet de faire **présumer** que le contrat a été conclu pour un horaire normal ".*

(Cass. soc., 19 juin 1990 Bull V n° 298)

Ainsi, le seul fait de ne pas produire un écrit est la preuve que l'employeur et le salarié sont liés par un contrat de travail à " horaire normal ".

Mais il s'agit là d'une présomption simple.

Dans un arrêt du 20 juillet 2013 la Chambre Sociale Cour de Cassation résume parfaitement la situation :

*“ Mais attendu que selon l’article L. 3123-14 du Code du travail, le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ; qu’il en résulte que l’absence d’écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait **présumer** que l’emploi est à temps complet et qu’il incombe à l’employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve d’une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d’autre part, que le salarié n’était pas placé dans l’impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu’il n’avait pas à se tenir constamment à la disposition de l’employeur... ”.*

(La semaine juridique S n° 36 du 3 septembre 2013 n° 1334 note Lydie DAUXERRE)

Et, dans cet arrêt, la Cour suprême va très loin puisqu’elle pose que “ *...cette exigence légale d’un écrit s’applique non seulement au contrat initial mais aussi à ses avenants modificatifs de la durée du travail ou de sa répartition* ”.

NOTA : Cela vous montre l’importance de la rédaction d’un écrit ; il faut vraiment tout peser de façon sérieuse. Vous comprenez bien que compte tenu de la charge qui pèse à son endroit, l’employeur est dans l’impossibilité de faire tomber la présomption dont s’agit ; c’est une illusion que de penser qu’il s’agit d’une présomption simple.

OBSERVATION : inutile de rechercher dans les textes si une présomption “ du fait de l’homme ” est ou non irréfragable ; c’est la jurisprudence, **et elle seule**, qui peut vous éclairer en la matière (d’où l’intérêt de feuilleter le plus souvent possible La Semaine Juridique (JCP) et les bulletins de la Cour de Cassation).

Cette jurisprudence, relative au contrat à temps partiel s’applique à tous les contrats pour lesquels les textes ne prévoient pas de présomption et ici encore, j’insiste sur votre “ formation permanente ”.

Car, au cours de vos fonctions, vous “ toucherez ” à tout, vous aurez à faire à des cas inhabituels.

Certains d’entre vous irons peut-être travailler dans le beaujolais, dans le bordelais ou en Alsace.

Et là, il sera immanquablement confronté au contrat de vendange qui ne se trouve pas dans le Code du Travail mais dans le Code rural.

(Code Rural, articles L. 718-4 à L. 718-6)

- **Les indices.**

Quelques mots sur les indices.

La liberté de la preuve permet également aux parties d'avoir recours à des indices "concordants" qui vont permettre au juge de se forger une conviction et de présumer, en conclusion, qu'une partie apporte la preuve permettant de faire droit à ses prétentions.

Vous en avez un exemple frappant dans l'arrêt n° 342 rendu le 25 mai 2011 par la 17^{ième} Chambre Sociale de la Cour d'Appel de VERSAILLES, arrêt que je vous ai adressé en copie.

(Aff. LOEUILT / SAS ETHIQUE HOMES COMPETENCE).

Cet arrêt est absolument remarquable.

Les magistrats de la Cour ont estimé que Mr L. apportait la preuve de ce que les relations de travail qu'ils avaient entretenues avec la société HOMES constituaient un CDI et ce, après un examen approfondi de différents contrats de "mission", de mails, de cartes de visite, de l'organisation interne de la société, d'emploi du temps...

C'est l'ensemble de ces éléments, de ces indices qui a emporté la conviction des juges.

- **L'exception à la liberté de la preuve.**

Comme nous l'avons vu, à propos des présomptions, si, en matière prud'homale le principe est celui de la liberté de la preuve, il est (comme toujours en droit) des exceptions qui peuvent se résumer simplement : **tout contrat de travail, s'il n'est pas à durée indéterminée doit être prouvé PAR ECRIT.**

Il en va naturellement de même pour ce qui concerne la preuve d'un accord collectif du travail.

3.2.3. Quid de la preuve d'une obligation dans le cadre délictuel et quasi-délictuel ?

Quid de la preuve d'une obligation dans le cadre délictuel et quasi-délictuel (et dans le cas de quasi-contrat) ?

Au visa de l'article 1360 du Code Civil, en ces matières, la preuve est totalement libre et peut se faire par tout moyen.

En réalité, cette preuve de l'existence d'une obligation délictuelle nous est donnée par la Loi elle-même et plus particulièrement par les dispositions des articles 1240 et suivants du Code Civil (c'est le problème de la responsabilité).

1382 du Code Civil nous dit bien que l'on ne doit pas causer dommage à autrui de par sa faute.

3.3. Comment prouver la bonne ou la mauvaise exécution des obligations ?

Dans tous les cas, que l'on soit en matière contractuelle ou délictuelle, la preuve de la mauvaise exécution, de la non-exécution, d'une exécution partielle d'une obligation est libre.

En effet, à ce stade, nous ne sommes plus concernées par un ACTE juridique ou par un fait JURIDIQUE.

Il convient de prouver des faits SIMPLES.

Ainsi :

- l'article 1341 n'est applicable qu'aux faits JURIDIQUES qui ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits. Au contraire, des faits purs et simples peuvent être établis par les divers modes de preuve admis par la loi notamment par témoins.
(Civ 1^{er}, 27 avril 1977 D.1977.413.note GAURY)
- la preuve du paiement, qui est un fait, peut-être rapportée par tous moyens.
(Civ 1^{er}, 16 septembre 2010 JCP 2010 n° 940 note DEHARO)

En pratique, la preuve en la matière se fait surtout par témoignages (ce que nous avons vu plus haut), indices concordants et présomptions tout en passant par les conclusions d'un rapport d'expertise...

Vous voyez donc que tout est laissé à la libre appréciation, à l'appréciation souveraine du juge du fond.

Voyons de quoi il retourne en pratique et notamment en droit du travail car, si les textes nous parlent d'indices de présomptions... Cela ne signifie pas qu'un justiciable fasse tout et n'importe quoi en matière de preuve ; n'oubliez jamais les termes de l'article 9 du Code Civil et de l'article L. 1121-1 du Code du Travail, le principe de loyauté et les dispositions de l'article 9 du CPC qui fait obligation pour chaque partie de prouver, conformément à la Loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention.

3.3.1. Exemples “ d’indices et présomptions ”.

Quelques exemples “ d’indices et présomptions ” au regard du respect de la vie privée et de la loyauté.

Rien, compte tenu de l’évolution des techniques (courriel, données d’un disque dur, surveillance vidéo, SMS, enregistrements audio, photocopies de document de l’entreprise...) n’est plus parlant que quelques exemples tirés de la lecture du JCP.S (La Semaine Juridique) ; je persiste et signe : faites de la formation continue en lisant cette revue de droit ; tout ici, puisque le juge est souverain, se trouve dans la jurisprudence et son évolution.

Si vous ne vous tenez pas au courant des évolutions jurisprudentielles, soyez certain que vous perdrez vos dossiers !

Bien, cela dit, voyons un peu de quoi il retourne.

Comme le souligne Julien RAYNAUD dans une chronique (“ Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail ” – JCP.S n° 5 du 29 janvier 2013) qui, sur le sujet, est d’une grande clarté ; reprenez déjà son introduction :

“ Le respect de la loyauté et plus largement de l’éthique, fait parties des principes directeurs du procès ; il permet aux tribunaux de légitimer leurs décisions. Il s’agit donc d’une règle qui devrait être inscrite « en lettres d’or aux frontons des palais de justice ». Cette vision s’avère très séduisante, à une condition cependant, qu’elle se révèle un tant soit peu compatible avec l’établissement de la vérité, sans quoi la justice rendue sous cet auspice pourra difficilement apparaître comme légitime ”.

- **Moyens de preuve et respect de la vie privée.**

Mettons-nous, dans un premier temps dans la “ peau ” d’un employeur qui licencie un de ses employés :

- peut-il prouver que ce licenciement est légitime en produisant au débat des correspondances ou des documents envoyés ou reçus par son salarié depuis un outil informatique de l’entreprise ?
- peut-il prouver en produisant des enregistrements de vidéosurveillance ?

La réponse est positive sous réserve du respect de la vie privée, “ chacun a droit au respect de la présomption d’innocence. Lorsqu’une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l’objet d’une enquête ou d’une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l’insertion d’une rectification ou la

diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte".

(Code Civil, art. 9)

Ainsi, en matière " informatique " :

- les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

(Cass. soc., 19 juin 2013 JCP.S n° 38 du 17 septembre 2013 n° 1360, note Bernard Bossu)

Nota : il est indispensable que vous lisiez cette note qui fait un point très précis et très clair de l'état de la jurisprudence en la matière).

L'employeur peut donc utiliser ces documents, ces fichiers comme élément de preuve.

MAIS attention, comme le souligne Bernard Bossu dans sa note précitée, non seulement l'employeur doit s'être procuré les fameux documents ou fichiers de manière légitime, mais il ne peut se prévaloir de leur contenu UNIQUEMENT dans l'hypothèse où ils se rattachent à la vie professionnelle.

(voyez Soc 5 juillet 2011 JCP.S 2011, 1501, note B. Bossu)

En la matière, vous serez confrontés à bien des situations concrètes.

Ainsi par exemple :

- lorsqu'un salarié adresse un courriel, depuis sa messagerie personnelle et en dehors du temps et lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail, le message a un caractère purement privé et, même si ce message critique l'employeur, il ne peut servir de preuve.

(Cass. soc., 26 janvier 2012, RJS 2012 n° 319)

Quid de la vidéosurveillance ?

Comme vous le savez, l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail notamment à l'aide de la télésurveillance. Pour autant, il doit respecter certains principes.

(Code du Travail, art. L. 1221-1, L. 1222-4 et L. 2323-32)

La mesure doit être justifiée et proportionnée au but recherché, elle doit donner lieu à une information du salarié et des représentants du personnel et le cas échéant faire l'objet d'une déclaration à la Cnil.

(Droit du travail, les arrêts décisifs 2010/2011 Ed Liaisons Sociales pages 190 et 191)

Ainsi :

- un employeur ne peut mettre en place un système de vidéosurveillance que si ce dispositif est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché.

(Cass. soc., 20 novembre 1991 Bull V n° 519 ; D 1992.73. concl CHAUVY)

La question est d'importance dans la mesure où, pour le juge prud'homal, la preuve résultant d'un moyen de surveillance clandestin est illicite, ce qui rend un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En revanche, si le moyen de preuve est illicite, la preuve de la cause réelle et sérieuse est retenue.

Ainsi :

- dans une affaire où le barman d'un casino avait été licencié pour faute grave pour avoir omis d'encaisser de nombreuses consommations, il a été jugé que les enregistrements télésurveillance étaient recevables dans la mesure où *“ l'ensemble du personnel de la brasserie et du bar du casino avait été avisé de la présence de caméras de vidéosurveillance fonctionnant en permanence conformément aux prescriptions réglementaires en la matière ”*.

(Cass. soc., 2 février 2011 n° 10-14.263F-D visé dans *“ droit du travail les arrêts décisifs ”*, 2010/2011 pages 190 et 191)

Plaçons-nous maintenant dans le cas d'un salarié qui veut prouver que son licenciement est abusif ; peut-il verser au débat des documents de l'entreprise ?

La réponse ici est également positive, à la double condition que :

- le salarié ait obtenu ces documents dans l'exercice de ses fonctions,
- leur production devant le juge soit strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans une procédure prud'homale.

(Cass soc., 30 juin 2004 Bull IV n° 187 – Crim 11 mai 2004 Bull n° 117, Crim 16 juin 2011 n° 10-85.079 FS-PBRI)

Les magistrats du Quai de l'Horloge soulignent qu'en matière d'appropriation de documents professionnels, les juges doivent rechercher quelle était l'intention du salarié lorsqu'il s'est emparé desdits documents, lesquels doivent être en nombre restreint (strictement nécessaire).

(Crim 21 juin 2011 n° 10-87.671 F-PB visé dans *“ droit du travail, les arrêts décisifs ”*, 2010/2011 page 237)

En l'espèce, il ne s'agissait manifestement pas pour le salarié d'assurer sa défense dans un litige prud'homal, puisque seul l'un des documents pouvait s'avérer utile au juge. Le nombre important de dossiers et l'embauche chez un concurrent permettaient au contraire de caractériser un vol.

Voilà qui vous montre que, dans vos futures fonctions, votre rôle de juge sera capital.

Il vous faudra IMPERATIVEMENT examiner avec soin les pièces qu'un client, ou un justiciable, versera aux débats de manière à ne retenir que celles indispensables à prouver ses prétentions. Ce n'est pas un nombre considérable de documents qui fera la valeur de la démonstration et emportera la conviction du juge.

Croyez-moi, de nombreux dossiers sont " perdus " faute pour les avocats de se préoccuper de la preuve (qui est pourtant un élément fondamental de tout procès).

Mais, revenons à nos " moutons " et voyons ce qu'il en est de la preuve non pas sous l'angle du respect de la vie privée mais sous l'angle de la loyauté (c'est la question de la preuve dite " déloyale ").

- **Moyens de preuve et loyauté.**

a) Sur le principe de loyauté en général.

Le respect de la loyauté !

Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve s'est imposé devant les différentes chambres de la Cour de Cassation en matière civile, comme en matière pénale. Il a été consacré par des arrêts de l'Assemblée plénière.

(Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667)

Le Conseil constitutionnel a également fait référence à ce principe dans une décision du 18 novembre 2011 en relevant " *qu'il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve* ".

(CC 18 novembre 2011 , n° 11-191/194/195/196/197 QPC, n° 30: JurisData n° 2011-025225)

Voilà donc une règle qui fait partie des principes directeurs du procès et qui (comme le souligne Julien RAYNAUD dans sa chronique précitée) devrait être inscrite en lettres d'or aux frontons des palais de justice.

Cette règle doit s'inscrire en lettres de feu dans un coin de votre mémoire et ce d'autant que la Cour suprême ne manque pas de la rappeler aux juges du fond.

Les deux cas visés par Julien RAYNAUD dans sa chronique vous montrent bien de quoi il retourne.

(L'agent EDF donnant un coup de main au restaurant de son épouse durant ses heures de travail et la factrice aux mains bleues - Cass. soc., 18 mars 2008 Procédures 2008, comm.137 obs. PERROT et Soc 4 juillet 2012 JCP.G 2012.904, obs. D. CORRIGNAN-COUSIN)

Je vous renvoie à la lecture de cette chronique.

En clair : un moyen de preuve ne peut être obtenu de manière déloyale (au moyen d'un piège, d'un stratagème...).

Cela étant, on peut se poser des questions sur la portée du respect de la loyauté.

Voyez donc :

Les juges du fond estiment que *“ s'agissant d'éléments de preuve au même titre que des attestations ou tout autre pièce, il n'y a pas lieu d'écarter le rapport d'enquête d'un détective privé ”*.

(Bordeaux 19 décembre 2002 : cah jurispr.Acquitaine 2003 n°3 p 625 – et implicitement Paris 29 avril 1977 Bull Avoués 1978,3, 35)

Mais, est-il loyal de se procurer une preuve en payant un détective privé chargé finalement d'espionnage, “ de planquer ” à l'abri des regards ? N'est-ce pas un procédé déloyal ? Qu'aurait donc jugé la Cour de Cassation si EDF, dans le cas de son salarié qui passait ses heures de travail au restaurant de son épouse, avait eu recours non pas à des cadres de l'entreprise mais à un détective privé qui se serait installé pour prendre un bon repas ?

Autres exemples :

- si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même pour l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur.
(Cass. soc., 23 mai 2007 Dr et procéd, Juris. Comm.p.341Obs A. BOBANT)

b) Exemples en droit individuel du travail.

Voici quelques exemples qui permettent d'apprécier les limites du principe de loyauté en droit du travail.

Pour assurer sa défense dans un procès qui l'oppose à son employeur, un salarié peut produire en justice les documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

(Cass. soc., 2 décembre 1998) - Dictionn. Perman. Social Jurisp. Soc. Commentée 98 p.155) & (Bull. 98 V n° 535).

Le chef du vol de documents de l'entreprise n'est plus recevable dès lors d'une part, que le salarié a eu connaissance des documents reproduits sans l'autorisation de son employeur " à l'occasion de ses fonctions " et d'autre part que la production de ces documents était " strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense ".

(Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254 et 03-85.521 - Sem. Soc. Lamy n° 1178 p.14)

La chambre sociale a harmonisé ses positions avec celles de la chambre criminelle, en posant également que, " un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions ".

(Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.771, -Sem. Soc. Lamy n° 1178 p.14)

De même, aucun texte n'interdit à une personne, qui s'était constituée partie civile dans une instance pénale et qui n'était pas tenue au respect du secret de l'Instruction, de produire dans un procès civil ultérieur les procès-verbaux qui lui avaient été délivrés en sa qualité de partie civile et qui sont présumés avoir été obtenus régulièrement.

(Cass. soc., 6 juillet 1994 -Bull. 94-V n° 227)

Sur ce fondement, la Cour a pu estimer comme le tribunal, que l'on ne peut qualifier " d'intention frauduleuse l'initiative prise par la salariée d'emporter les documents informatiques illustratifs de son propre travail et destinés à être détruits, car cette destruction l'aurait en effet privée du seul moyen en sa possession de verser à l'instance prud'homale, face à des accusations qu'elle estimait injustifiées, les pièces qu'elle considérait comme indispensables à la justification de la qualité de son travail ".

(Cour Appel Paris, 13e ch. A, 12-2-1996)

Enfin, un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié.

(Cass. soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.898, D Sem. Soc. Lamy n° 1326)

- **Aveu judiciaire.**

Nous l'avons vu, l'aveu est le moyen de preuve par excellence puisqu'il implique la reconnaissance même du fait. Lorsque, dans ses écritures ou durant les débats, un Justiciable reconnaît expressément un fait ou bien prend un engagement, le président invite le greffier judiciaire à noter cette déclaration : " M. le greffier veuillez noter que M.X déclare ... ".

Attention, à défaut de production de la note d'audience contenant les déclarations précises du salarié devant le Bureau de Jugement, celles que lui attribue le Jugement ne sauraient valoir aveu judiciaire au sens de l'article 1356 du code civil.

(Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-72.323, BICC 746 n° 871)

3.3.3. Sur quelques autres éléments de preuve.

Outre ce que nous venons de voir, d'autres éléments peuvent servir de preuve, d'indices.

Il en est ainsi notamment d'un constat dressé par un huissier de justice (ce que vous verrez toujours dans le cadre de la preuve de l'occupation de locaux ensuite d'une grève...), l'enquête d'un détective privé, des lettres missives, des certificats médicaux, un rapport d'expertise non-contradictoire et tant d'autres "choses"... ! dont le résultat de mesures d'instruction ordonnées par le juge (qui ont un impact particulier dans le droit des preuves et que nous examinerons plus avant).

Exemple :

- un constat d'huissier, non contradictoire, portant sur des fichiers non expressément identifiés comme personnels par le salarié peut être utilisé valablement par un employeur pour justifier un licenciement.

(Cass. soc., 21 octobre 2009 D.2009 AJ 2614)

Et, même, pour la CJUE, le refus d'information de la part de l'employeur (refus d'indiquer si à l'issue d'une procédure de recrutement il a embauché un autre candidat que celui qui s'était présenté) peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

(CJUE 2° Ch., 19 avril 2012 ; JCP.S N° 27 du 3 juillet 2012 n° 1296 note Alexandre Barège)

3.3.4. La contestation des écrits.

Quelques mots, pour mémoire, sur les modes de contestation des actes (sous-seing privé et authentiques).

- **Contestation des actes sous seing privé.**

Plusieurs dispositions permettent la contestation :

- la vérification d'écriture ou le faux à titre incident,
(voyez CPC, art. 287 à 295 et 299)

- la vérification d'écriture à titre principal,
(CPC, art. 285 al 2, 296 à 298)
- le faux demandé à titre principal,
(CPC, art. 286 al 2, 300 à 302)
- le faux soulevé devant la Cour de Cassation.
(CPC, articles 1028 à 1031)

- **Contestation d'un acte authentique.**

Une seule solution, l'inscription de faux.

(CPC, art. 303 et suivants)

Voyons maintenant quelles sont les obligations et le rôle des parties dans l'établissement et la présentation des preuves (c'est notamment la question de la charge de la preuve et de ses conséquences "pratico-pratiques". Comme vous allez le voir, il nous faut retourner "au charbon" et dans la "salle des machines".

4. Le rôle et les obligations des parties dans la preuve.

Examinons maintenant le rôle et les obligations des parties dans la preuve, charge de la preuve, respect du contradictoire et communication des pièces.

4.1. La charge de la preuve.

4.1.1. A titre préliminaire : observations sur l'origine de la preuve.

En premier lieu, quelques grands principes :

- **“ Nul ne peut se constituer une preuve à lui-même ”.**
(Cassation pour violation de 1353 du Code Civil, de l'arrêt qui retient la faute du voyageur victime d'un accident en se fondant exclusivement sur des éléments de preuve émanant de la SNCF)
De même, encourt la cassation, pour violation de l'article 1315 alinéa 1^{er} du code civil [ndlr ancien, aujourd'hui 1353], le jugement qui se fonde exclusivement sur les factures et extraits de comptabilité produits par un garagiste pour accueillir sa demande en paiement de réparations effectuées sur un véhicule, alors que nul ne peut se constituer un titre à soi-même.
(Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2003, Bull. 03-1-9)
- **“ Le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait ”.**
(Cass. civ., 1^{ère} 18 avril 2000, n° 97-22.421)

4.1.2. Les principes.

Au visa de l'article 1353 du Code Civil et de l'article 9 du CPC, la charge de la preuve pèse sur le demandeur.

Mais attention, comme le souligne le professeur MALINVAUD dans son manuel “ Droit des Obligations ” (Ed LexisNexis-LITEC-9^e édition pages 219 et 230),

“ ...la notion de demandeur doit être comprise au sens large de celui qui présente une allégation, et non pas au sens procédural de demandeur à une instance judiciaire. Plus précisément, c'est à celui qui avance une prétention de la prouver...”

Sur le plan de la preuve, le procès s'apparente à une partie de ping-pong où chacun se renvoie la balle. Et, de même que le joueur qui rate la balle perd le point, de même le plaideur qui manque sa preuve perd le procès”.

Un exemple simple peut-être : Monsieur X vous assigne devant le TGI pour obtenir votre condamnation à lui payer la somme de 50 000 € en remboursement d'un prêt. A l'appui de sa prétention il verse au débat un contrat de prêt parfaitement régulier (preuve parfaite de l'existence des obligations contractuelles).

Vous vous opposez à cette prétention en faisant valoir que vous avez déjà réglé à Monsieur X une somme de 30 000 € (c'est votre prétention au sens de l'article 9 du CPC) et qu'il ne lui reste dû que la somme de 20 000 €.

Il vous incombe donc de prouver (par tout moyen, puisqu'il s'agit d'un fait simple) que vous avez bien déjà remboursé cette somme de 30 000 € : celui qui se prétend libéré d'une obligation doit le prouver.

(Cass. soc., 27 juin 2012 n° 11-17.416)

Gardez bien ce mécanisme de base en mémoire.

4.1.3. Spécificités sur la charge de la preuve dans le Code du Travail.

- **Preuve du contrat de travail.**

Pour le Contrat de travail à Durée Indéterminée, CDI, (et à temps plein) la preuve de son existence peut être apportée librement, par tout moyen à savoir notamment par :

- contrat de travail écrit, lettre d'embauche, attestation d'embauche, bulletin de paie, etc.,
- témoignages de personnes qui l'ont vu travailler,
- présomptions (simples ou légales),
- indices...

En revanche, pour tout autre type de contrat, (dits contrats spécifiques) tels que Contrat à Durée Déterminée, CDD, contrat d'intérim, contrat d'apprentissage, contrat nouvelle embauche, contrat à temps partiel, etc., la législation impose qu'ils soient établis par écrit. La preuve de l'existence du contrat ne peut donc être apportée que par sa production. En l'absence d'écrit, la preuve de l'existence d'un contrat spécifique ne peut être rapportée. Le juge a alors le choix entre deux solutions, il n'existe pas de contrat, ou bien s'il existe un contrat il est obligatoirement à durée indéterminée temps plein.

Dans tous les cas, il appartient à la partie qui excipe d'un contrat de travail de prouver son existence. De même, il appartient au demandeur de prouver que le salarié exerce en fait une profession autre que celle stipulée dans le contrat de travail écrit.

(Cass. soc., 11 décembre 1990 Bull. 90 V n° 632)

Pour d'autres situations également, la jurisprudence est venue, depuis longtemps, préciser que la charge de la preuve incombait au demandeur. Citons, par exemple :

- **preuve de l'emploi occupé.**

“ C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui était soumis, que la Cour d'Appel, pour débouter le demandeur de sa réclamation d'un certificat de travail rectifié, a retenu que le salarié reconnu comme « maître de manège » ne démontrait pas qu'il avait exercé les fonctions de »responsable équitation » qu'il revendiquait ”.

(Cass. soc., 22 mars 1989)

- **preuve d'un usage.**

“ C'est au salarié invoquant l'existence d'un usage qu'il incombe d'apporter la preuve de l'existence de cet usage ”.

(Cass. soc., 03 mai 1989)

“ Le Conseil de Prud'Hommes n'a pas à rechercher l'existence d'un usage qu'il appartient au demandeur d'invoquer et d'établir ”.

(Cass. soc., 25 janvier 1989)

- **preuve de la prise d'acte.**

Ici également, la charge de la preuve incombe exclusivement au salarié, “ c'est au salarié demandeur qui utilise cette voie de démontrer les manquements suffisamment graves de l'employeur susceptibles de caractériser une rupture s'analysant au final en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En échouant sur la preuve, la prise d'acte bascule du côté de la démission .

(Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-44.754.P)

• **Preuves fournies par les parties et appréciées par le juge.**

Dans certaines situations, la charge de la preuve peut se trouver partagée. Chacune des parties peut verser aux débats des éléments de preuves et le juge, dans l'exercice de son pouvoir souverain apprécie ces éléments pour former sa décision.

a) Cas des heures de travail.

La preuve des heures de travail n'incombe spécialement à aucune des parties. Le salarié qui réclame le paiement d'heures de travail doit présenter un décompte chiffré à l'appui de sa demande et fournir tous les éléments dont il dispose (feuilles de paie ou attestations de personnes qui l'ont vu travailler..). L'employeur est tenu de fournir les éléments de nature à justifier les heures de travail.

“ En cas de litige relatif à l’existence ou au nombre d’heures de travail effectuées, l’employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l’appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles.

Si le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié est assuré par un système d’enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable ”.

(Code du Travail, art. 3171-4)

Il résulte donc de l’article L. 3171-4 du Code du Travail que la charge de la preuve des heures de travail effectué n’incombe spécialement à aucune des parties. Elle est partagée entre les parties et il appartient au juge de se prononcer au vu des éléments que l’employeur est tenu de fournir et de ceux fournis par le salarié à l’appui de sa demande. Il s’agit là d’une jurisprudence constante.

(Cass. soc., 12 mars 1997 n° 1244 D. Sem. Soc. Lamy n° 853 page D87, Cass. soc. 18 mars 2020, n° 18-10.919)

Mais, si en cas de litige, la preuve des heures de travail n’incombe spécialement à aucune des parties conformément aux dispositions du Code du Travail, il n’en va pas de même de la preuve de l’existence d’une convention de forfait pour laquelle la charge de la preuve incombe à celui qui l’Invoque.

(Cass. soc., 21 novembre 2000, n° 98-44.026P - Sem. Soc. Lamy n° 1006 p.10)

b) Cas des heures supplémentaires.

Les heures supplémentaires étant des heures de travail, la solution juridique est identique. La preuve des heures supplémentaires n’incombe spécialement à aucune des parties et le juge ne peut, pour rejeter une demande d’heures supplémentaires, se fonder sur l’insuffisance des preuves apportées par le salarié. Le Juge doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l’employeur est tenu de lui fournir.

(Cass. soc., 3 juillet 1996, Bull. 96 V n° 261)

Pour les demandes d’heures supplémentaires, le salarié doit fournir un décompte hebdomadaire pour la période considérée.

En matière d’heures supplémentaires, le salarié doit cependant étayer sa demande. S’il résulte bien de l’article L. 3171-4 du Code du Travail que la preuve des heures de travail effectuées n’incombe spécialement à aucune des parties et que l’employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande. *“ Le conseil de prud’hommes ayant constaté que les éléments produits*

par les salariés n'étaient pas susceptibles d'étayer leurs demandes, a légalement justifié sa décision”.

(Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-45.441 Sem. Soc. Lamy n° 1159 & BICC 597 n° 668)

Enfin, le juge prud'homal ne peut rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires au seul motif que les éléments produits par le salarié ne prouvent pas le bien-fondé de sa demande. “ *Il appartient en effet seulement à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer cette demande, l'employeur devant de son côté produire les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* ”.

(Cass. soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05.45.932, arrêt n° 978 FS·P+B+R, Jurisp. Soc. Lamy n° 213)

c) Des éléments suffisamment précis.

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments. Des attestations de salariés ne suffisent pas en soi à prouver l'accomplissement d'heures supplémentaires. La Cour d'Appel n'a pas inversé la charge de la preuve en retenant souverainement que la demande du salarié n'était pas étayée en l'espèce.

(Cass. soc., 15 janvier 2014 n° 12-19472)

d) Cas des employés de maison.

Les dispositions du Code du Travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 (mise à jour en 2020). Cependant les durées maximales de travail, elles, s'appliquent.

Mais il n'en va pas de même pour ce qui est des heures supplémentaires pour lesquelles les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail trouvent application.

(Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 17-10.622 et n° 17-11.131, FS + P + B)

e) Cause réelle et sérieuse du licenciement individuel.

Aux termes des dispositions du Code du Travail, la lettre de licenciement doit être motivée. Dit autrement, elle doit contenir les motifs exacts du licenciement. Les dispositions dudit code précisent que, “ *à défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, 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* ”.

(Code du Travail, art. L. 1235-1)

Là également, la charge de la preuve est partagée entre les parties.

Deux précisions :

- **la lettre de licenciement énonce les motifs du licenciement et fixe les limites du litige.** C'est donc la preuve de ce motif qui devra être rapportée. Dès lors, le juge ne peut retenir un autre motif que celui indiqué dans la lettre,
(Cass. soc., 21 février 1990, Bull. 90 V n° 77)
- si la lettre de licenciement doit énoncer des motifs précis et matériellement vérifiables, **l'employeur est en droit, en cas de contestation, d'invoquer toutes les circonstances de fait qui permettent de justifier ces motifs.**
(Cass soc., 15 octobre 2013, n° 11-18.977)

f) En matière disciplinaire.

Toute sanction disciplinaire doit être notifiée par lettre motivée (c'est à dire contenant les griefs) dans un délai maximum d'un mois à compter de la tenue de l'entretien préalable.

(Code du Travail, art. L. 1332-2)

Au vu des dispositions du même code, " en cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié "

(Code du Travail, art. L. 1333-1)

Là encore, la charge de la preuve est partagée entre les parties.

g) Cas de la rupture conventionnelle.

En matière de Rupture conventionnelle, lorsque l'une des parties sollicite le nullité la rupture, la charge de la production des éléments de preuve lui incombe. La Cour de Cassation a effet décidée, dans un arrêt de principe, que, " *si le défaut du ou des entretiens prévus par l'article L. 1237-12 du code du travail relatif à la conclusion d'une convention de rupture entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence "*

(Cass. soc., 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.609, FS-P + B + R + I)

- **Charge de la preuves pesant sur l'employeur.**

Il existe des situations pour lesquelles la charge de la preuve s'est trouvée renversée et pèse systématiquement sur l'employeur.

a) le paiement du salaire .

La charge de la preuve du paiement du salaire repose sur le seul employeur.

Aux termes des dispositions du Code Civil, *“ celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ”*.

(Code Civil, art. 1315)

La stricte application de cette disposition fait obligation à l'employeur de prouver qu'il a bien versé le salaire de son salarié.

Par ailleurs, le Code du Travail vient nous préciser que, *“ l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le travailleur ne peut valoir de sa part renonciation au paiement de tout ou partie du salaire et des indemnités ou accessoires de salaire qui lui sont dus en application de la loi, du règlement, d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat. Cette acceptation ne peut valoir non plus compte arrêté et réglé au sens de l'article 1269 du code de procédure civile ”*.

(Code du Travail, L. 3243-3)

Il résulte de la combinaison de ces deux textes que, outre la délivrance de la fiche de paie, c'est à l'employeur de rapporter la preuve du paiement du salaire.

(Cass. soc., 2 février 1999 n° 96-44.798, Jurisp. Soc. Lamy n° 32 du 18/3/99)

La jurisprudence est venue préciser cette position.

“ C'est à tort que les juges du fond rejettent la demande d'un salarié en paiement de ses heures supplémentaires au seul motif qu'il ressort des bulletins de salaire qu'elles lui ont été payées. En effet, nonobstant la délivrance de la fiche de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire, par exemple par la production de pièces comptables ”.

(Cass. Soc., 2 mai 2000, n° 98-40.455, n° 1964 D - Jurisp. Soc. Lamy n° 66 du 19/10/2000)

“ Il appartient à l'employeur d'établir qu'il a rempli son obligation de paiement du salaire vis-à-vis du salarié. La seule mention sur les bulletins de paie d'un règlement en espèces ne saurait permettre à ce dernier de se libérer de son obligation ”.

{Cass. soc., 6 avril 1999, n° 96-44 .981, n° 1595 D - Jurisp. Soc. Lamy n° 37 du 01/06/99)

b) Paiement des Congés Payés.

Une solution identique a été mise en place pour le paiement des Congés Payés. La charge de la preuve du paiement de l'indemnité de congés payés pèse sur l'employeur, débiteur de l'obligation, auquel il appartient de produire les éléments de nature à justifier du paiement, notamment, le livre de paie ou tous éléments de nature à justifier du paiement.

(Cass. soc., 19 janvier 1999 n° 97-40.452 D. Sem. Soc. Lamy n° 920 p.13)

Le salarié n'a pas à prouver qu'il n'a pas été payé car **la preuve négative n'existe pas en droit français**. Le fait que le salarié ait reçu la feuille de paie ne prouve pas qu'il ait été payé. Il appartient alors à l'employeur qui prétend avoir payé le salaire de prouver qu'il a effectivement payé la créance par la production d'un reçu ou d'un justificatif bancaire ou postal.

c) en matière de faute grave ou lourde.

Nous avons vu qu'en matière disciplinaire la charge de la preuve était partagée. Deux exceptions existent, la faute grave et la faute lourde ⁶ pour lesquelles il est de jurisprudence constante que la charge de la preuve pèse sur l'employeur. En effet, au visa des dispositions du Code du Travail :

- le paiement du préavis est subordonné à l'absence de faute grave,
(Code du Travail, art. L. 1234-1)
- Le paiement de l'indemnité de licenciement est subordonné à l'absence de faute grave,
(Code du Travail, art. L. 1234-9)

En application de 1315 du Code Civil, et pour se trouver libéré de tout paiement, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la faute grave (ou lourde). C'est ce que sont venus rappeler les magistrats du quai de l'Horloge :

- *“ La charge de la preuve de la faute grave, privative de l'indemnité compensatrice de préavis, incombe à l'employeur, lequel en est débiteur et prétend en être libéré ”.*
(Cass. soc., 21 novembre 1984 ; Cass. soc., 28 octobre 1998 n° 96-43.413 -Jurisp. Soc. Lamy n° 28 du 19/1/99)
- *“ Lorsque l'employeur a licencié un salarié pour faute lourde il lui incombe d'en rapporter la preuve ”.*
(Cass. soc., 12 juillet 1990)

⁶ La faute lourde étant identique à la faute grave mais avec l'intention de nuire, elle suit le même régime.

d) Fin d'un CDD de remplacement.

Lorsqu'un Contrat à Durée Déterminée a été conclu, sans terme précis, pour remplacer un salarié absent, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de l'événement constitutif du terme et de sa date. Il s'ensuit que lorsqu'un employeur invoque le licenciement du salarié remplacé pour mettre un terme au Contrat à Durée Déterminée du salarié embauché en remplacement, il lui incombe de prouver la date du licenciement.

(Cass. Soc., 13 mai 2003 - Bull. 03-V n°158)

e) Licenciement économique.

La lettre de licenciement doit être motivée c'est à dire qu'elle doit indiquer les motifs du licenciement.

Au visa des dispositions du Code du Travail, l'employeur qui procède à un ou plusieurs licenciement économique doit en informer l'Administration.

(Code du Travail, art. L. 1233-3 et D. 1233-3)

Toujours suivant 1235 du Code Civil, la charge de la preuve du bon accomplissement de ces formalités, donc de l'obligation, pèse sur l'employeur.

Dans un arrêt du 17 juin 1992 la Cour de Cassation a précisé que l'employeur devait communiquer au Conseil de Prud'Hommes tous les éléments qu'il avait fournis aux délégués du personnel et que la réalité du motif économique n'était pas établie si l'employeur s'abstenait de produire les éléments de preuve.

(Cass. soc., 17 juin 1992 Bull. 92 V n° 402)

De même, dans son arrêt du 20 janvier 1993 la Haute Cour retient que, *" une cour d'appel a décidé à bon droit que la simple référence à un licenciement collectif pour motif économique ne constituait pas l'énoncé du motif économique exigé par la loi et qu'à défaut le licenciement était sans cause réelle et sérieuse "*.

(Cass. soc., 20 janvier 1993 Bull. 93 V n° 17)

f) Qualité de gréviste.

Là également, c'est à l'employeur d'établir que le salarié est gréviste. La cour de Cassation nous le rappelle en précisant que, *" en faisant peser sur le salarié la charge de la preuve de sa qualité de non gréviste, le conseil de prud'hommes ne donne pas de base légale à sa décision et viole l'article 1315 du Code Civil "*.

(Cass. soc., 6 février 2001 Bull. 01 V n° 39)

g) Preuve de l'exécution conforme.

Le Conseil de Prud'Hommes peut assortir l'exécution de certaines de ses décisions d'une astreinte. Il peut également se réserver la liquidation de l'astreinte.

Lorsqu'une astreinte assortit une décision de condamnation à une obligation de faire, il incombe au débiteur condamné de rapporter la preuve de l'exécution conforme, dans le délai imparti, de cette obligation. Il s'ensuit qu'encourt la cassation pour violation de l'article 1315 du Code Civil, l'arrêt qui énonce qu'il incombe à un salarié demandeur à la liquidation de l'astreinte de rapporter la preuve que l'employeur ne lui a pas remis ou lui a remis tardivement le certificat de travail rectifié. (Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 04-40.561 . BICC 637 n° 628)

Lorsqu'une astreinte assortit une décision de condamnation à une obligation de faire, Il incombe au débiteur condamné de rapporter la preuve qu'Il a exécuté son obligation. (Cass. 1^{ère} civ., 28 novembre 2007, n° 06-12.897, BICC 678 n° 441)

- **Cas particulier des droits fondamentaux.**

La mise en place du " Barème Macron ", 1235-3 du Code du Travail, a conduit de nombreux demandeurs salariés à se positionner sur le terrain des droits fondamentaux pour échapper au barème. Qu'en est-il alors de la charge de preuve ?

Il s'agit ici de la charge de la preuve relative aux :

- principes de non-discrimination,
(Code du Travail, L. 1131-1 à L. 1134-10)
- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,
(Code du Travail, L. 1141-1 à L. 1146-3 et R. 1142-1 à D. 1145-19)
- harcèlement moral et sexuel,
(Code du Travail, L. 1151-1 à L. 1155-4 et D. 1151-1)
- et à la corruption.
(Code du Travail, art. L. 1161-1)

a) Quid de la charge de la preuve ?

Quid de la charge de la preuve quant au principe de non-discrimination et de harcèlement des articles L. 1134-1 et L. 1154-1 du Code du Travail ?

Je vous renvoie à la lecture de l'étude passionnante de Cécile MICHAUD (La preuve des discriminations en droit du travail- JCP.S n° 46 du 13 novembre 2012 n° 1481 pages 11 et suivantes) et à la remarquable note de Céline LEBORGNE-INGELAERE sous Soc 6 juin 2012 (JCP.S n° 30 octobre 2012 n° 44 pages 27 et suivantes – n° 1463).

Compte tenu des spécificités de ces contentieux, L. 1134-1 et L. 1154-1 du Code du Travail, s'il n'est pas question de renverser la charge de la preuve, instituent un " allègement " de cette charge en répartissant " son risque " entre les deux parties.

La conséquence en est l'attribution au juge d'un rôle particulièrement important.

Lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments (qui peuvent être notamment des certificats médicaux, des courriels, des attestations...), pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, s'il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Une méthodologie identique s'appliquera pour toute atteinte aux droits fondamentaux.

La Cour de Cassation rappelle fréquemment aux juges du fond la méthodologie en deux temps en la matière.

(Cass. soc., 6 juin 2012 JCP.S du 30 octobre 2012 n° 1463 note Céline LEBORGNE-INGELAERE)

Elle peut se résumer de la manière suivante :

- dans un **premier temps**, les juges doivent se livrer à une **appréciation des faits dans leur ensemble, dans leur globalité**. Ils ne peuvent :
 - se borner à analyser chacun des faits de harcèlement séparément,
 - rejeter la demande du salarié en ne tenant compte que d'une partie des faits avancés,
(Cass. soc., 24 septembre 2008 JCP.S 2008 .1537 note C. LEBORGNE-INGELAERE)
 - exclure de leur analyse des documents médicaux produits par le salarié,
(Cass. soc., 15 novembre 2011 JCP.S 2012, 1061 note C. LEBORGNE-INGELAERE)
- dans un **second temps**, si les faits permettent de présumer le harcèlement (ce qu'une fois encore les juges doivent examiner avant tout), il incombe alors, dans ce second temps à l'employeur de prouver l'absence de harcèlement et d'apporter des justifications objectives.
(Voir notamment : Soc 25 janvier 2011 JCP.S 2011, 1152 note C. LEBORGNE-INGELAERE)

En clair : " ...les juges du fond n'ont pas à prendre en considération les arguments de l'employeur s'ils n'ont pas, préalablement, porté leur attention sur les éléments fournis par le salarié ".

(Cécile LEBORGNE-INGELAERE note précitée sous Soc 6 juin 2012)

- **Quid de quelques cas particuliers ?**

a) Protection de la maternité.

L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve des dispositions législatives, prononcer une mutation d'emploi.

(Code du Travail, art. L. 1225-11)

Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée. La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue, sous réserve des cas où elle demande le bénéfice des dispositions législatives et réglementaires concernant la protection de la femme enceinte, de révéler son état de grossesse.

En cas de litige, l'employeur est tenu de communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision. Si un doute subsiste, il profite à la salariée en état de grossesse.

b) Cas de la discrimination et du harcèlement.

La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 est venue créer un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Elle a fait l'objet d'une transposition en droit français, en particulier par le moyen de l'article L. 1154-1 du Code du Travail.

Il résulte de cet article que, *“ dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à tout harcèlement ”*.

(Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.747)

Si la charge de la preuve n'est pas totalement renversée, puisqu'il appartient au salarié d'établir des éléments de présomption, c'est bien sur l'employeur que pèse l'obligation de prouver qu'il n'y a pas discrimination ou harcèlement.

Maintenant, descendons dans la salle “ des machines ” et mettons les mains dans le charbon.

4.2. La communication des pièces, le contradictoire...

Ainsi donc, sur les conseils éclairés de son avocat, le client lui aura remis moult pièces permettant de prouver ses prétentions (art 1353 du Code civil, 6 et 9 du CPC), pièces répondant aux exigences de 1359 et suivants du Code Civil, à celles de 199 et suivants du CPC...

La question qui se pose dès lors est de savoir, sur un plan “pratico-pratique” ce que l’avocat va en faire.

La réponse est des plus simples : dans le respect du sacro-saint principe du contradictoire l’avocat devra impérativement les porter à la connaissance de son “adversaire” et du juge : c’est la communication des pièces instaurée par les articles 132 et suivants du Code de Procédure Civile.

4.2.1. Les principes. (CPC, art. 132 à 137)

Je vous renvoie à la lecture des articles 132 à 137 du Code de Procédure Civile.

En résumé, la partie qui fait état d’une pièce doit la porter spontanément à la connaissance de son adversaire, la communiquer, faute de quoi ce dernier peut demander au juge (par le biais d’un incident introduit sans forme particulière – Voyez Paris 24 octobre 1979 Bull Avoués 1979.4.17) d’enjoindre cette communication et cela avec astreinte si nécessaire, astreinte que ce juge peut liquider.

Les pièces régulièrement communiquée doivent être restituées spontanément étant souligné que faute de restitution, celle-ci peut être ordonnée par le juge et ici encore avec astreinte.

Quelques observations.

a) Il vous faut prêter attention à la jurisprudence qui s’est développée au visa de 133 du CPC.

Ce texte prévoit qu’à défaut de communication d’une pièce demandée par une partie à une autre, il doit être demandé au juge (devant le TJ, ex TGI, au JME, juge de la mise en état, par le biais d’un incident de communication de pièces) d’enjoindre cette production au besoin sous astreinte.

Au vu de 9 du CPC, on pourrait penser qu’il suffit à la partie qui n’a pas obtenu communication d’une pièce qu’elle réclame, ou dont il est fait état par son adversaire, de se contenter de faire valoir, dans des conclusions sur le fond, qu’il n’a pas obtenu cette production et qu’en conséquence son adversaire doit être débouté de ses demandes.

Mais, hélas, il est de jurisprudence constante “ *qu’en l’absence d’incident, au sens de l’article 133, les conclusions se bornant à alléguer un défaut de communication de pièces sont inopérantes* ”.

(Civ 1^{er}, 26 septembre 2007 Bull I n° 306)

b) Il vous faut également savoir que la Cour de Cassation a dû rappeler à un plaideur que le principe du contradictoire ne semblait pas préoccuper que les dispositions de l’article 132 du CPC sont également applicables à une instance prud’homale.

(Cass. soc., 10 mai 1999 JurisData n° 1999-002052)

4.2.2. Mais, quid des us et coutumes des gens de robe ?

Que se passe-t-il donc sur le terrain ? Que faites-vous matériellement des documents et pièces que vous a remis votre client pour communication à l’adversaire ?

a) Les pièces sont communiquées en photocopie.

Produire une pièce en photocopie permet d’éviter la disparition d’originaux et d’éviter “ l’enlèvement ” d’une procédure.

Je m’explique :

Comme vous le savez, et nous verrons cette question en détail plus avant, le CPC fait obligations aux parties de se communiquer leurs pièces (**CPC, art. 132**), pièces qui en outre doivent être remises au juge pour qu’il puisse statuer.

Imaginez maintenant que vous êtes en possession de l’ORIGINAL d’un testament olographe établi à votre profit et qu’ensuite du décès du testateur 4 ou 5 personnes se prétendent héritiers du défunt.

Il vous faudra bien, pour faire valoir vos droits que vous communiquiez ce testament olographe à vos 4 ou 5 adversaires et que vous le “ mettiez ” au moment des plaidoiries dans le dossier du Tribunal.

Vous voyez venir les problèmes !

Comment pouvoir produire un original, le seul qui existe, à 4 ou 5 parties en même temps ? La chose étant impossible, il vous faudra le communiquer à votre adversaire “ n° 1 ”, lui laisser le temps de l’examiner, attendre qu’il vous le retourne pour le communiquer à votre adversaire “ n° 2 ” et ainsi de suite.

Cela peut durer des mois et des mois et durant ce temps vous attendez désespérément de pouvoir jouir de votre legs.

Le pire qui puisse arriver et qui s'est déjà produit est qu'au cours d'une communication de pièces, votre original vienne tout simplement à disparaître, à s'égarer, à se perdre.

Comme vous ne pouvez pas le remettre au Tribunal, votre dossier est perdu ; c'est imparable.

Une seule solution pour vous : conserver précieusement l'original, en faire des photocopies que vous communiquerez à vos adversaires et enfin, **point particulièrement important remettre votre ORIGINAL au Tribunal.**

Cette pratique ne pose aucun problème et est même acceptée par la jurisprudence. A contrario, *“ les photocopies des pièces communiquées ne donnent lieu à aucun remboursement en sus des émoluments alloués à l'avoué par son tarif ”*.

(Cass 2°, 19 mai 1999 ; Bull II n° 94)

Mais attention, les risques de falsification d'une photocopie sont indéniables. Aussi, soyez toujours méfiant : vérifiez par exemple qu'un document produit en photocopie n'est pas surchargé ou raturé.

Si vous avez le moindre doute, n'hésitez pas, par le biais d'une sommation de communiquer et même d'un incident (**CPC, art. 133**) à réclamer à votre adversaire la communication du document en original.

Ainsi, il a été jugé que :

“ La production d'une photocopie ne saurait suppléer l'original dont la communication peut toujours être demandée ”.

(Soc 18 avril 1980 Bull V n° 330)

b) Communication des pièces par remise au greffe.

Il est également admis que *“ la communication peut se faire par dépôt des pièces au greffe lorsqu'elles sont volumineuses ”*.

(Paris 5 décembre 1978, Bull Avoués 1979.2.27)

c) Communication par “ mise à disposition ”, (refus).

En revanche, *“ la mise à disposition des pièces ne suppléant pas le refus de communication, il appartient au juge d'ordonner la communication des pièces réclamées en vain par une partie ”*.

(Civ 1^{er}, 6 mars 2013 G.P 24-25 mai 2013.30, note HERMAN)

4.2.3. Problématique de la communication tardive.

- **Procédure avec représentation.**

La problématique de la communication tardive des pièces, se raccroche aux principes du contradictoire et loyauté.

Aux termes du CPC qui n'est que le prolongement de l'article 16 alinéa 2 : *“ le juge peut écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile ”*.

(CPC, art. 135)

Ce texte est une véritable “ boîte de Pandore ” que les Avocats n'ont de cesse d'ouvrir : quand donc peut-on considérer qu'une pièce n'a pas été communiquée en temps utile ?

La lecture de la jurisprudence sous 135 du CPC vous montre que l'on voit vraiment tout et n'importe quoi à ce propos.

Ce qu'il vous faut retenir c'est, qu'une fois encore, **il incombe au juge et à lui seul de trancher la question ; cela ressort de son pouvoir souverain.**

Et, n'oubliez pas que, qui dit pouvoir souverain ne dit pas arbitraire. ⁷

Ainsi :

- l'appréciation du caractère tardif de la communication des pièces relève des constatations souveraines des juges du fond,
(Cass. Ch. Mixte 3 février 2006 Bull Ch. Mixte n° 2)
- le juge doit rechercher, pour écarter des débats des pièces en application de l'article 135, si la communication de ces pièces, avant l'ordonnance de clôture, était de nature à mettre en échec le principe de la contradiction,
(Civ 3°, 21 février 2001 Bull III n°21)
- le juge qui écarte des débats une pièce produite avant la clôture doit caractériser les circonstances particulières qui auraient empêché l'intimé de répondre à la production de ce document.
(Civ2°, 11 janvier 2001 Bull II n°5)

Vous voyez qu'ici la Cour de Cassation ne fait qu'une application de l'alinéa 2 de l'article 16 qui nous dit que le juge ne peut retenir dans sa décision que *“ ...les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ”*.

⁷ Petit rappel, le pouvoir souverain permet le libre décision du juge au vu des prétentions et éléments qui lui sont soumis, mais il doit motiver sa décision, le pouvoir discrétionnaire lui permet de prendre une décision, toujours au vu des demandes qui lui sont faites, mais sans avoir à la motiver.

- **Procédure orale.**

Si les choses peuvent sembler simples dans le cadre d'une procédure avec représentation obligatoire, quid en matière orale, quid du contradictoire notamment devant le CPH et le TI ?

Pour la Cour de Cassation :

- à défaut d'énonciation contraire de la décision, les documents sur lesquels les juges se sont appuyés et dont la production n'a donné lieu à aucune contestation sont réputés, sauf preuve contraire, avoir été régulièrement produits et soumis à la libre discussion des parties,
(Cass. soc., 8 novembre 1984, JCP 1985 IV.25)
- la procédure prud'homale étant orale, les documents retenus par la décision sont présumés avoir été débattus contradictoirement devant le juge qui l'a rendue.
(Cass. Soc., 2 juillet 1987, Bull V n° 449)

En clair, rien n'est clair ; le juge du fond fait ici ce qu'il veut.

Oui, mais tout de même :

- viole les art 15 et 132 le jugement qui se fonde sur des pièces produites par une partie après avoir relevé que l'adversaire avait demandé qu'elles soient rejetées pour ne lui avoir pas été communiquées et que l'auteur de la production avait reconnu à l'audience n'avoir pas communiqué les pièces considérées.
(Cass. soc., 17 octobre 1990, Bull V n°481)

- **En conclusion.**

Certes, le juge doit faire respecter le contradictoire par les parties, mais lui-même doit respecter ce principe et ce y compris en matière de communication de pièce.

Ainsi :

- le juge doit, toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il peut limiter les droits d'une partie au motif que des pièces ne figurent pas à son dossier, sans inviter les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier de ce pièces qui figurent sur le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions et dont la communication n'a pas été contestée.
(Civ 2°, 11 janvier 2006, Bull II n° 10)

Cette dernière remarque nous conduit tout naturellement au rôle du juge...

5. La preuve et le juge (les mesures d’instruction).

Le rôle du juge, une fois encore, est capital en la matière.

Les éléments de preuve que les parties mettent en avant, les pièces et document qui sont communiqués n’ont pour seul but que d’entraîner sa conviction : la preuve est avant tout judiciaire.

Cela est si vrai qu’aux termes du Code de Procédure Civile , “ *les mesures d’instructions peuvent être ordonnées en tout état de cause dès lors que le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer* ”.

(CPC, art. 144)

Ces mesures d’instruction sont celles visée par les articles 232 à 284-1 du CPC.

(Civ 2°, 6 février 2006 Bull II n° 44)

Cela est si vrai, qu’outre l’enquête, le juge “ *peut commettre toute personne de son choix pour l’éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d’un technicien* ”.

(CPC, art. 232)

Une mesure d’instruction peut être ordonnée par :

- les juges du fond (toutes les juridictions),
- le juge des référés (toutes juridictions),
- le Juge de la mise en état,
- le Bureau de Conciliation et d’Orientation,
- le conseiller rapporteur.

Au regard des articles 1353 du Code Civil et 9 du CPC, la question qui se pose ici est simple : une mesure d’instruction peut-elle être ordonnée par le juge pour permettre à une partie d’établir, de se constituer une preuve dont elle ne dispose pas ?

La réponse est beaucoup moins simple que la question puisqu’elle n’est pas la même selon que la mesure d’instruction est ordonnée à l’occasion d’un procès en cours ou avant tout procès.

5.1. Le recours aux mesures d’instruction

5.1.1. Mesures d’instruction ordonnée au cours du déroulement d’un procès.

- **Généralités.**

Le Code de Procédure Civile pose que :

- *“ Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible ”.*
(CPC, art. 143)
- *“ les mesures d’instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause dès lors que le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer ”.*
(CPC, art. 144)

Ainsi, des mesures d’instruction sont là pour aider le juge à comprendre les termes du litige.

Plus précisément, *“ 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 ”.*
(CPC, art. 146, al 2)

C’est dire que le juge ne peut, par le biais d’une mesure d’instruction (plus particulièrement d’une expertise) fournir à une partie un moyen de se constituer, d’établir une preuve à l’appui de ses prétentions.

En d’autres termes, une mesure d’instruction est faite pour servir le juge et non pas les parties.

La Cour de Cassation est stricte sur ce point :

“ Des mesures d’instruction ne peuvent être prescrites qu’à condition que la juridiction dispose déjà d’un commencement de preuve mais qui lui paraît insuffisant pour statuer en l’état. En d’autres termes, il revient aux parties d’apporter les preuves suffisantes pour fonder leurs prétentions –documents visés par leurs demandes...-sans qu’elles puissent les solliciter par le biais de mesures d’instruction. A charge pour le juge, s’il estime utile et nécessaire de les compléter ou d’en contrôler la véracité par ces mesures ”.

(Marc PATIN : “ Les mesures d’instruction ordonnées par le bureau de conciliation du conseil de prud’hommes ” JCP.S du 4 décembre 2012 n° 1518)

Compte tenu du caractère imprécis des termes de 146 du CPC, c'est la jurisprudence qui détermine, au cas par cas si une partie fait montre de carence ou non dans l'administration de la preuve..

(Cass. soc., 8 novembre 1989, JCP 1990 II 21445, note BLAISE)

Voyez, dans votre code, la jurisprudence visée dans le CPC sous article 146.

Une ligne générale se dégage de cette jurisprudence, il convient que la demande d'expertise :

- repose sur des éléments sérieux et non sur de simples allégations,
(Civ 1^{er}, 4 février 1981, Bull I n° 43)
- qu'elle soit utile ET présente un lien direct avec le litige,
(Cass. soc., 3 novembre 2010 n°09-76.493 – voir chronique de Marc PATIN précitée)
- et que le juge dispose d'un commencement de preuve.

Ainsi :

- peut se voir opposer sa carence la partie qui se borne à prétendre qu'il résulterait des pièces produites qu'elle aurait été victime d'actes de concurrence déloyale sans préciser la nature de ces actes ni celle des pièces produites,
(Com 6 mars 1979 Bull IV n° 93)
- idem pour la partie dont le grief ne repose que sur de simples allégations qui ne sont étayées par aucun élément sérieux,
(Soc 7 octobre 1982, Bull V n° 540)
- vu l'article 146 du CPC, le salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires doit, préalablement, si le principe de celles-ci est contesté par l'employeur, apporter des éléments de nature à étayer sa demande... ; dès lors, il ne peut être fait droit à la demande d'expertise en conciliation, une telle décision préjudiciant au débat de fond,
- il appartient au demandeur de fournir des éléments de nature à démontrer d'une part, que l'employeur n'a pas agi loyalement au regard de ses obligations contractuelles et que le manquement est sérieux Et d'autre part, que la solution du litige dépend d'une analyse expertale. La partie défenderesse soulève une contestation sérieuse et soutient notamment que le demandeur reçoit depuis son entrée dans l'entreprise tous les éléments nécessaires à une vérification du bon calcul de son intéressement. La demande d'expertise est infondée car elle est destinée à suppléer la carence de la partie demanderesse et qu'il apparait au contraire relever 'une bonne administration de la justice que le bureau de jugement, saisi du fond du litige, en apprécie l'opportunité.

(CPH Argenteuil 30 mai 2012 visé dans chronique précitée de Marc PATIN page 15)

- **Le Bureau de Conciliation et d'Orientation et les mesures d'instruction.**

Compte tenu de la particularité de la procédure en matière prud'homale et des conséquences que peuvent avoir les mesures d'instruction ordonnées (les conclusions d'un rapport

d'expertise valant preuve par exemple), il convient de prêter grande attention lorsqu'une telle mesure est réclamée devant le Bureau de Conciliation et d'Orientation ou aux deux juges rapporteurs désignés par ce bureau.

En effet, les décisions rendues par le Bureau de Conciliation et d'Orientation sont non seulement exécutoires de plein droit, mais elles ne peuvent être frappées d'appel qu'en même temps que le jugement sur le fond sous réserve des règles particulières à l'expertise.

En conséquence, **il vous faudra donc bien vérifier** qu'une demande d'expertise formée par votre adversaire n'a pas pour but de se constituer une preuve.

Il vous faudra en outre prendre garde, au cours des opérations d'expertise, qui doivent impérativement se dérouler en application du principe du contradictoire, au respect des articles 263 et suivants du CPC.

- **Respect du principe du contradictoire.**

Enfin, votre attention doit être attirée sur le fait que le principe du contradictoire s'impose également à l'expert judiciaire et ce même au moment du dépôt de son rapport.

Ainsi :

Dans une affaire relative à un accident du travail, un médecin expert, désigné par le TASS, procède à l'examen de la victime, établit immédiatement ses conclusions motivées, clos son rapport et en adresse, dans les 48 heures, un exemplaire à la victime.

La victime a alors demandé la nullité de ce rapport pour violation du principe du contradictoire puisqu'il était incontestable que l'expert judiciaire avait omis de lui adresser ses **observations** motivées la privant de déposer des observations avant le dépôt du rapport.

Pour dire que ce rapport d'expertise n'était pas entaché de nullité, une Cour d'Appel a retenu que l'examen de ce rapport révélait que le médecin expert déclarait expressément s'être conformé aux dispositions réglementaires en matière d'expertise.

La Cour de Cassation a censuré cet arrêt :

“ Qu'en se déterminent ainsi, par des motifs dont il ne ressort pas que les conclusions motivées du médecin expert aient été communiquées préalablement au dépôt de son rapport, à M.G, qui le contestait, ou son médecin traitant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ”.

(Cass. civ., 2°, 20 septembre 2012, JCP S du 20 novembre 2012 n° 1502, note Dominique ASQUINAZI-BAILLEUX)

Comme le précise Dominique ASQUINAZI-BAILLEUX dans sa note précitée, “ *ce contentieux s’inscrit dans la ligne fixée par la CEDH qui juge contraire à l’article 6§1 de la convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, la procédure dans laquelle le requérant n’a pas la possibilité de présenter des observations sur la teneur et les conclusions du rapport de l’expert, avant le dépôt de celui-ci, le privant ainsi de toute contestation efficace* ”.

(CEDH, 18 mars 1997, RJS 1998 n° 120)

5.1.2. Mesures d’instructions ordonnées avant tout procès.

Le Code de Procédure Civile prévoit que “ *s’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve des 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* ”.

(CPC, art. 145)

Il s’agit, en matière de preuve, d’une disposition redoutable (notamment du fait de son autonomie) qui est fréquemment utilisée.

- **Autonomie.**

Autonomie par rapport au référé en général et par rapport à la procédure d’instruction.

Le référé 145 n’est pas soumis aux prescriptions de 808 du CPC.

(Civ 1°, 9 février 1983, Bull I n° 56)

C’est dire qu’il n’est pas soumis à la moindre condition d’urgence et que l’existence d’une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à sa mise en œuvre.

(PARIS, 19 avril 2000 D.2000.IR.193)

Lorsque le juge est saisi d’une demande sur le fondement de 145 du CPC, les dispositions de 146 de s’appliquent pas.

(Cass. Ch. Mixte 7 mai 1982 D.1982.541.concl CABANNES)

C’est dire que la procédure de 145 n’est pas limitée à la conservation de la preuve et peut tendre aussi à son établissement.

(Cass. civ., 2°, 17 juin 1998 Bull II n° 200)

Par exemple en matière de vice caché : seul un rapport d’expertise pourra faire la preuve de ce qu’un vice présente bien le caractère caché exigé par 1641 et 1643 du Code Civil.

- **Conditions propres à 145 CPC.**

La Cour Suprême a dû rappeler à de nombreuses reprises que le juge des référés ne peut ordonner de mesures d’instruction (notamment expertise) sur le fondement de 145 :

- que si le juge du fond n’est pas saisi du procès en vue duquel la mesure est sollicitée, (Cass. civ., 2°, 2 avril 1990 Bull II n° 69)
- et que “ *pour apprécier si le juge des référés a été saisi avant le juge du fond, il convient de se placer à la date de la remise d’une copie de l’assignation* ”, donc de chacune des assignations à chacun des greffes. (Cass. civ., 3°, 13 février 2002 Procédure 2002.Comm 87, note PERROT)

Compte tenu du caractère très particulier de la procédure sur requête, contraire au principe du contradictoire, la Cour de Cassation a posé des règles strictes quant à son utilisation.

Ainsi :

- C’est par une exacte application de CPC 145 et 875 qu’une Cour d’appel retient que la demande de mesures d’instruction ne pouvait être accueillie sur requête qu’à la double condition qu’il soit justifié de l’urgence des mesures sollicitées et de l’existence de circonstances autorisant une dérogation au principe du contradictoire. (Cass. civ., 2°, 7 mai 2008 D.2008.Pan 2829, obs. BRETZNER)

Cependant, rien n’est bien sûr en la matière et manifestement, ici, la Cour suprême statue au cas par cas : l’urgence n’est pas requise pour une application de 145 dans le cadre d’une procédure sur requête.

(Cass. civ., 2°, 15 janvier 2009 Bull Civ II n°15)

5.2. L’obtention des pièces détenues par un tiers.

Le juge devant tenter d’appréhender la vérité au plus près peut, outre les pièces produites au débat et le recours à des mesures d’instruction, ordonner, à la demande d’une partie, à un tiers la production d’une pièce qu’il est seul à détenir.

Ainsi, le Code de Procédure Civile dispose que “ *si, dans le cours d’une instance, une partie entend faire état d’un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n’a pas été partie ou d’une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l’affaire d’ordonner la délivrance d’une expédition ou la production de l’acte ou de la pièce* ”.

(CPC, art. 138)

Il s’agit ici de la mise en œuvre des dispositions de l’article 10 du Code Civil.

Mais il convient de ne pas faire n'importe quoi.

Aussi, le Code de Procédure Civile dispose que :

“ En cas de difficulté, ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, le juge qui a ordonné la délivrance ou la production peut, sur la demande sans forme qui lui en serait faite, rétracter ou modifier sa décision. Le tiers peut interjeter appel de la nouvelle décision dans les 15 jours de son prononcé ”.

(CPC, art. 141)

Ainsi, par exemple :

- le pouvoir du juge est limité par l'existence d'un motif légitime tenant soit au respect de la vie privée, sauf si la mesure s'avère nécessaire à la protection de droits et des libertés d'autrui, soit au secret professionnel,
(Cass. civ., 1^o, 21 juillet 1987 G.P 1988.1.322 note RENARD)
- nul ne peut être contraint à produire en justice des documents relatifs à des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et touchant à l'intimité de la vie privée des personnes.
(Cass. civ., 29 mars 1989, D.1990, 45. Note ROBINE)

N'oubliez pas, en la matière, les dispositions de l'article 9 du Code Civil.

Je crois qu'il est temps de faire le point : où en sommes-nous dans l'évolution de notre dossier.

Je vous ai exposé, jusqu'ici, ce qui touche à l'introduction de l'instance (action, moyens de défense..., et preuves). Voyons maintenant quels sont les modes de saisine des différentes juridictions.