

Formation des conseillers prud'hommes

mars 2021

1

Charge de la preuve
Modes de preuve

Définition:

- Dans une définition classique sur laquelle la majorité de la doctrine s'entend, prouver signifie établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte juridique.
- Dans le procès civil, la preuve est perçue comme l'instrument utilisé par une partie pour obtenir l'avantage juridique dont elle se prévaut.
- Aujourd'hui, le juge cherche à établir sa conviction logique et rationnelle au vu des éléments de preuve qui lui sont soumis par les parties ou dont il a lui-même ordonné la production.

La preuve est un élément fondamental dans tout procès :

- **En l'absence de preuves, d'éléments probants, le juge ne pourra faire droit aux demandes.**
- **C'est également un élément fondamental dans 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 prendre une décision.**

mise en œuvre pratique de la preuve

- Que doit-on prouver ?
- Comment prouver ?
- Par quels moyens prouver ?
- 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 le rôle du juge ?
- qu'est-ce qu'une mesure d'instruction ? (audition de témoin, une attestation, expertise)

L'objectif de la preuve est donc d'obtenir une réparation. Mais 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.**

6

En justice, il ne suffit pas d'avoir raison : encore faut-il que le juge dispose des éléments de preuve !

- **Le juge établit sa conviction logique et rationnelle au vu des éléments de preuve qui lui sont soumis par les parties ou dont il a lui-même ordonné la production.**

- **Il existe deux types de preuves.**
- 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** ”.

- **En matière prud’homale, la preuve est libre. »**
- Principe, posé par un arrêt de la chambre sociale du 27 mars 2001 (pourvoi n° 98-44.666, Bull. 2001, V, n° 108),

En matière prud'homale, la preuve est libre.

- Ce principe, posé par un arrêt de la chambre sociale du 27 mars 2001 (pourvoi n° 98-44.666, Bull. 2001,V, n° 108), a permis à la Cour, dans cette affaire, d'en déduire que rien ne s'opposait à ce que le juge prud'homal retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'avait assisté pendant l'entretien préalable au licenciement et en apprécie souverainement la valeur et la portée.
- De nombreux arrêts admettent la recevabilité comme mode de preuve des attestations, qu'il s'agisse d'attestations produites par le salarié ou par l'employeur (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-43.197, Bull. 2006, V, n° 199; Soc., 5 mai 2010, pourvoi no 09-40.737, Bu11. 2010,V, no 103).
- Conformément à la jurisprudence applicable en d'autres matières, lorsqu'une attestation n'est pas établie conformément à l'article 202 du code de procédure civile, «il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une telle attestation présente ou non des garanties suffisantes pour emporter leur conviction » (Soc., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.472).

Le rôle du juge

- **Le juge joue lui aussi un rôle important en matière de preuve.** Il est doté de pouvoirs qui lui permettent d'obtenir des éléments probatoires nécessaires à sa bonne appréciation du cas litigieux.
- **Il peut notamment ordonner toute mesure d'instruction** légalement admissible qu'il estime nécessaire à la solution du litige (C. pr. civ., art. 10).
- **Les parties sont alors tenues d'apporter leur concours** aux mesures ordonnées, le juge pouvant tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

L'article 1353 du code civil, relatif à la preuve des obligations, pose un principe général

- **Article 1353** Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016
- « 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 ».

11

Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. (Article 1 du code de procédure civile)



Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis. (Article 2 du code de procédure civile)

A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. (Article 6 du code de procédure civile)

- **Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.** Article 9 du code de procédure civile
- **La production de la preuve doit être spontanée**, car le juge n'est pas tenu de réclamer les pièces justificatives à l'appui des allégations (Cass. soc., 3 juill. 1991, no 87-45.357).
- Il peut arriver, selon les circonstances, que la preuve de l'allégation du demandeur **repose sur le défendeur**.
- **Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.** Article 10 du code de procédure civile

- Cinq modes de preuve figurent dans le code civil au sein du chapitre III relatif aux « différents modes de preuve » : il s'agit:
- de l'écrit,
- du témoignage,
- des présomptions,
- de l'aveu
- et du serment.

Les textes applicables :

- L'article 1315 du code civil
- L'article 6 du code de procédure civile
- Les articles 9 et suivants du code de procédure civile
- L'article 145 du code de procédure civile
- Les dispositions spécifiques du code du travail

15

LA CHARGE DE LA PREUVE

au civil, c'est aux parties elles-mêmes qu'appartient la charge de la preuve.

- C'est à celui qui allègue un fait d'en apporter la preuve (C. civ., anc. art. 1315, nouv. art 1353). Il appartient donc à chaque partie de prouver selon la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention (C. pr. civ., art. 9).
- La Cour de cassation tend même à reconnaître l'existence d'un véritable droit subjectif à la preuve (Civ. 1re, 5 avr. 2012, n° 11-14.177).
- **En matière prud'homale les exceptions sont prévues par le code du travail.**

LA CHARGE DE LA PREUVE

- Le Code de 1806 avait opté pour le système **accusatoire**. Ce système n'étant pas satisfaisant, le décret-loi du 30 octobre 1935 confia au juge chargé de suivre la procédure un pouvoir de surveillance. Cette innovation étant insuffisante, un juge de la mise en état sera mis en place en 1965 (en matière civile).

En matière prud'homale c'est la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 qui a instauré la mise en état (et le décret n°2016-660 du 20 mai 2016)

■ Le juge (le conseiller) ne se substitue pas aux parties, il s'enquiert des besoins des parties.

■ Le juge (le conseiller prud'homme) ne doit pas suppléer la carence des parties **mais il doit permettre à une partie qui ne détient pas un élément de preuve de se le faire communiquer.**

LA CHARGE DE LA PREUVE

- La charge de la preuve incombe donc au demandeur toutefois le législateur a prévu des exceptions en matière prud'homale:
- • les preuves à la charge du demandeur
- • les preuves fournies par les parties (charge partagée)
- • les preuves à la charge de l'employeur

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- **Preuve du contrat de travail**
- Il appartient à celui qui excipe d'un contrat de travail devant le conseil de prud'hommes de prouver l'existence de celui-ci par tous moyens: contrat écrit, lettre d'embauche, attestation d'embauche, feuilles de paie, attestations de personnes qui l'ont vu travailler, etc....

1^{er} Exemple:

- Une salariée est engagée par une société de surveillance pour exercer une mission de surveillance dans une grande surface en se faisant passer pour une simple cliente.
- N'étant pas rémunérée elle saisit le CPH mais ne dispose d'aucun élément de preuve, l'employeur n'ayant pas fait de contrat écrit.
- Elle déclare avoir signalé sa présence à la sécurité du magasin.
- **Sans suppléer à la carence de la demanderesse, les conseillers prud'hommes pouvaient ordonner à l'employeur de produire les factures de la prestation ou demander à la grande surface si elle avait payé une prestation de surveillance pour la journée mentionnée par la salariée.**

2^{ème} exemple:

- Un directeur d'usine demande le paiement d'une prime de 10000€ qui lui a été promise verbalement par le PDG s'il s'occupait de l'installation de la nouvelle usine.
- L'entreprise ayant été déplacée de plusieurs centaines de kms, les salariés qui n'acceptaient pas le transfert ont été licenciés (dont le directeur non soumis à une clause de mobilité).
- Devant le CPH l'avocat de l'employeur conteste la promesse.
- Le directeur précise qu'il a exécuté son préavis dans les nouveaux locaux en raison de la prime annoncée.
- **Sans suppléer à la carence du demandeur, les conseillers prud'hommes peuvent ordonner la comparution personnelle du PDG pour le confronter au Directeur.**

2ème exemple (suite):

- Le préavis est une période normale d'exécution du contrat de travail. Durant le préavis, **le contrat de travail continue de s'exécuter aux conditions normales**. L'employeur ne peut imposer au salarié une modification de son contrat de travail au cours du préavis
- Chacune des parties doit, durant le préavis, continuer à exécuter les obligations découlant du contrat de travail. L'employeur doit fournir du travail au salarié. **Il ne peut pas lui imposer une modification de son contrat de travail**, mais peut, en revanche, lui imposer une modification de ses conditions de travail.
- **L'employeur ne peut, par exemple, pas imposer à un salarié en cours de préavis un nouveau lieu de travail situé hors du même secteur géographique.** Il pourra, en revanche, se prévaloir de toutes les clauses du contrat auxquelles le salarié reste soumis, en particulier de **la clause de mobilité** et donc lui demander d'exécuter son préavis sur le nouveau lieu de travail.

3^{ème} exemple:

- Une gouvernante demande le paiement d'une indemnité repas en faisant valoir que le jardinier en percevait une.
- Sans suppléer à la carence de la demanderesse, les conseillers prud'hommes peuvent ordonner à l'employeur de produire les fiches de paie du jardinier pour vérifier s'il touche une prime
- Au besoin les conseillers peuvent ordonner la désignation de conseillers rapporteurs pour vérifier si une prime de repas est versée aux autres salariés.

4^{ème} exemple:

- Un chef de chantier demande le paiement de la première quinzaine du mois qui ne lui a pas été payée.
- L'avocat de l'employeur fait valoir que la DUE a été faite le 16 ce qui prouve que le salarié n'a commencé à travailler que le 16.
- Le salarié soutient qu'il a travaillé avec le chef d'entreprise du 1^{er} au 15.
- Sans suppléer à la carence du demandeur, les conseillers prud'hommes peuvent ordonner la comparution en personne du chef d'entreprise pour le confronter au salarié.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- C'est au salarié qu'il appartient de prouver qu'il exerce en fait une profession autre que celle stipulée dans le contrat de travail écrit (Cass.Soc. 11.12.90 Bull. 90 V n°632).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- **Preuve de l'emploi occupé incombant au salarié demandeur**
- ● C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient 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. 22/03/89 Cah.Prud'homaux n°4 - 1990 p.66).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- **Preuve de l'emploi occupé incombant au salarié demandeur**
- <> La qualification professionnelle d'un salarié dépend des fonctions qu'il exerce réellement ; il appartient au salarié qui se prévaut d'une classification conventionnelle différente de celle dont il bénéficie au titre de son contrat de travail de démontrer qu'il assure de façon permanente, dans le cadre de ses fonctions, des tâches et responsabilités relevant de la classification qu'il revendique ;
- Le juge doit se déterminer non seulement sur la convention collective applicable et sur les dispositions du contrat de travail, mais également au regard des fonctions réellement exercées par le salarié ;
- <> **Faute de démontrer qu'il exécuterait l'ensemble des travaux et missions relevant de la qualification qu'il revendique, M. T. doit être débouté de sa demande tendant à obtenir la classification de maître de chai** (cour d'appel de de Dijon 7 mars 2019 n° 16/01385)

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- **La preuve de l'existence d'un usage incombe à celui qui l'invoque**
- ● 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. 25/01/89 - Cah.Prud'homaux n°4 - 1991 p.55).
- C'est au salarié invoquant l'existence d'un usage qu'incombe d'apporter la preuve de l'existence de cet usage. (Cass.Soc. 03/05/89 - Cah.Prud'homaux n°4 - 1991 p.51).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT AU DEMANDEUR

- La preuve de l'existence d'un usage incombe à celui qui l'invoque
- Le droit au paiement prorata temporis d'une somme dite « prime de bilan » à un membre du personnel ayant quitté l'entreprise, quel qu'en soit le motif, avant la date de son versement ne peut résulter que d'une convention **ou d'un usage dont il appartient au salarié de rapporter la preuve.** (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 03-42.963 D Semaine Soc.Lamy n° 1232).

La preuve de l'existence d'un usage incombe à celui qui l'invoque

- **Le salarié peut invoquer l'existence d'un usage sans pour autant disposer des éléments de preuve:**
- Pour invoquer le droit au paiement prorata temporis d'une somme dite « prime de bilan » à un membre du personnel ayant quitté l'entreprise en cours d'année, le salarié fournira au juge le nom des salariés qui en ont bénéficié.
- Le juge devra alors vérifier dans les écritures comptables de l'entreprise si le versement a bien été effectué.
- **L'élément de preuve énoncé étant détenu par l'employeur le juge devra ordonner la production de cet élément sans qu'on puisse lui objecter de suppléer à la carence du demandeur.**

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

Preuve des heures travaillées

- La synthèse des jurisprudences qui suivent est apportée par l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919) - Cour de cassation -
- Il résulte des dispositions des articles L. 3171-2, alinéa 1er, L. 3171-3, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 3171-4 du code du travail, **qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies**, il appartient **au salarié** de présenter, à l'appui de sa demande, **des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies** afin de permettre à l'employeur, **qui assure le contrôle des heures de travail effectuées**, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le **juge forme sa conviction** en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, **sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci** et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- Cette décision est relative à la preuve des heures supplémentaires, lesquelles, on le sait, font l'objet d'un abondant contentieux.
- Le code du travail institue à l'article L. 3171-4 un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié des heures du travail effectuées. Les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail, sont quant à elles prévues par les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du même code.
- Depuis un arrêt du 25 février 2004 (pourvoi n° 01-45.441, Bull. 2004, V, n° 62), la Cour de cassation juge que si 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.

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- Elle a par la suite précisé, par un arrêt du 24 novembre 2010 (pourvoi n° 09-40.928, Bull. 2010, V, n° 266), qu'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. Il s'agissait alors de souligner que parce que le préalable pèse sur le salarié et que la charge de la preuve est partagée, le salarié n'a pas à apporter des éléments de preuve mais seulement des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement.
- Dans la continuité de cette jurisprudence, la chambre sociale a ainsi jugé que constituaient des éléments suffisamment précis, notamment, des décomptes d'heures (Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.594 ; Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-14.490), des relevés de temps quotidiens (Soc., 19 juin 2013, n° 11.27-709), un tableau (Soc., 22 mars 2012, n° 11-14.466), ou encore des fiches de saisie informatique enregistrées sur l'intranet de l'employeur contenant le décompte journalier des heures travaillées (Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.743).

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- Il a été également jugé que peu importait que les tableaux produits par le salarié aient été établis durant la procédure prud'homale ou « a posteriori » (Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 10-28.090 ; Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24.858).
- Depuis lors, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un litige collectif portant sur l'enregistrement du temps de travail journalier et des éventuelles heures supplémentaires réalisées, est venue affirmer, dans un arrêt du 14 mai 2019 (C-55/18), que « les articles 3, 5 et 6 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur ».

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- Dans les motifs de son arrêt, la Cour de justice précise que :
- - contrairement à un système mesurant la durée du temps de travail journalier effectué, les moyens de preuve pouvant être produits par le travailleur, tels que, notamment, des témoignages ou des courriers électroniques, afin de fournir l'indice d'une violation de ses droits et entraîner ainsi un renversement de la charge de la preuve, ne permettent pas d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées par le travailleur, compte tenu de sa situation de faiblesse dans la relation de travail (points 53 à 56) ;
- - afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalières et hebdomadaires consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les Etats membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, avec toutefois une marge d'appréciation dans la mise en oeuvre concrète de cette obligation pour tenir compte des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné et des spécificités de certaines entreprises (points 60 à 63).

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- Prenant en compte cette décision, la chambre sociale décide, sans modifier l'ordre des étapes de la règle probatoire, puisque, conformément à l'article 6 du code de procédure civile, tout demandeur en justice doit rapporter des éléments au soutien de ses prétentions, d'abandonner la notion d'étalement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande. La chambre sociale rappelle que ces éléments doivent être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées que le salarié prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments, en mettant l'accent en parallèle sur les obligations pesant sur ce dernier quant au contrôle des heures de travail effectuées. Il est enfin rappelé que, lorsqu'ils retiennent l'existence d'heures supplémentaires, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenus de préciser le détail de leur calcul, l'importance de celles-ci et les créances salariales s'y rapportant (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.344, Bull. 2013, V, n° 299).
- Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

Note explicative relative à l'arrêt n°373 du 18 mars 2020 (18-10.919)

- C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.
- La chambre sociale marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires.

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

➡ Preuve des heures travaillées

- ➡ 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 d'attestations de personnes qui l'ont vu travailler..). L'employeur est tenu de fournir les éléments de nature à justifier les heures de travail.
- ➡ • Il résulte de l'article L1242-2 (ex art.L.122.1.1) du code du travail que la preuve des heures de travail effectué n'incombe spécialement à aucune des 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 (Soc. 12.3.97 n° 1244 D. Sem. Soc. Lamy n° 853 page D87)

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

➡ Preuve des heures supplémentaires

- ➡ • 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 (Soc. 3.7.96 Bull. 96 V n°261).
- ➡ • Encourt la cassation le jugement du conseil de prud'hommes qui énonce qu'il appartient à la salariée de prouver qu'elle a bien effectué des heures supplémentaires en plus de celles qui lui ont été rémunérées, alors que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une demande de paiement d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir (Cass.Soc. 10/11/98 - Cah.Prud'homaux n°8 - 1999 p.145).

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

➡ Preuve des heures complémentaires

- ➡ • Les prud'hommes ne peuvent rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires au 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)

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

- • 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 15/01/2014 n°12-19472).

CHARGE DE LA PREUVE

POUR LES HEURES

SUPPLEMENTAIRES

PREUVE PARTAGEE

- Le code du travail institue à l'article L. 3171-4 un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié des heures du travail effectuées. Les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail, sont quant à elles prévues par les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du même code

PREUVE PARTAGEE

- Depuis un arrêt du 25 février 2004 (pourvoi n° 01-45.441, Bull. 2004, V, n° 62), la Cour de cassation juge que si 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

PREUVE PARTAGEE

- ▶ par un arrêt du 24 novembre 2010 (pourvoi n° 09-40.928, Bull. 2010, V, n° 266), qu'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. Il s'agissait alors de souligner que parce que le préalable pèse sur le salarié et que la charge de la preuve est partagée, le salarié n'a pas à apporter des éléments de preuve mais seulement des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement.

PREUVE PARTAGEE

- la chambre sociale a jugé que constituaient des éléments suffisamment précis, notamment, des décomptes d'heures (Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.594 ; Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-14.490), des relevés de temps quotidiens (Soc., 19 juin 2013, n° 11.27-709), un tableau (Soc., 22 mars 2012, n° 11-14.466), ou encore des fiches de saisie informatique enregistrées sur l'intranet de l'employeur contenant le décompte journalier des heures travaillées (Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.743).

PREUVE PARTAGEE

- Il a été jugé que peu importait que les tableaux produits par le salarié aient été établis durant la procédure prud'homale ou « a posteriori » (Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 10-28.090 ; Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24.858)

PREUVE PARTAGEE

- La chambre sociale rappelle que ces éléments doivent être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées que le salarié prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments, en mettant l'accent en parallèle sur **les obligations pesant sur ce dernier quant au contrôle des heures de travail effectuées**. Il est enfin rappelé que, lorsqu'ils retiennent l'existence d'heures supplémentaires, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenus de préciser le détail de leur calcul, l'importance de celles-ci et les créances salariales s'y rapportant (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.344, Bull. 2013, V, n° 299).

PREUVE DES HEURES SUPPLEMENTAIRES

- Par l'arrêt n373 du 18 mars 2020 (18-10.919) , la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, **ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.**
- C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.
- **La chambre sociale marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires.**

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

- **Preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement**
- La loi du 13 juillet 1973 relative au licenciement individuel a introduit l'article L.122.14.3 [L1235-1] du code du travail qui précise qu'en cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la des éléments fournis par les parties.
- **Art. L1235-1 du code du travail** : *“ En cas de litige, 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.*
- **Si un doute subsiste, il profite au salarié”.**
- L'administration de la preuve en ce domaine est donc dérogatoire car la charge de la preuve n'est pas imposée plus particulièrement à l'une des parties, au demandeur.

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

- **La charge de la preuve du caractère réel et sérieux du licenciement est répartie entre les parties au procès**, et le juge peut contribuer à clarifier la question en ordonnant toute mesure d'instruction légalement admissible. L'article L. 1235-1 du code du travail énonce ainsi que « en cas de litige, 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. **Si un doute subsiste, il profite au salarié** ».
- **En réalité, cette disposition légale revient à faire peser sur l'employeur la charge de la preuve, et le risque de preuve puisque si un doute subsiste, le licenciement sera considéré comme sans cause réelle et sérieuse**

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

- • Viole l'article L1235-1 (ex art.L. 122-14-3) du Code du travail la cour d'appel qui, pour décider que le licenciement d'un salarié reposait sur une cause réelle et sérieuse, se borne à énoncer que ce salarié ne répond pas aux différents griefs détaillés avec précision par l'employeur, alors que la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou à l'autre partie (Cass.Soc 11/12/97 N°de pourvoi : 96-42045).

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

- ● **La lettre d'énonciation des motifs du licenciement fixe les limites du litige.** Dès lors le juge ne peut retenir un autre motif que celui indiqué dans cette lettre (Cass.Soc.21/2/90 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 ce motif (soc15/10/13 N° de pourvoi: 11-18977)

Motivation de la lettre de licenciement

- Les deux premiers alinéas de l'article L. 1232-6 du Code du travail disposent que : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». L'interprétation jurisprudentielle de cette exigence légale avait conduit à l'énoncé de deux règles complémentaires dont l'une a été retouchée par les ordonnances du 22 septembre 2017. En premier lieu, **la Cour de cassation affirmait avec constance que la lettre de licenciement doit énoncer de façon précise les motifs du licenciement, faute de quoi le licenciement était privé de cause réelle et sérieuse** (pour la première fois : Cass. soc., 29 nov. 1990, no 88-44.308).
- **Etait ainsi posée une présomption irréfragable qui permettait au salarié d'obtenir la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse lorsque sa lettre de licenciement ne comportait pas de motif** ou qu'ils étaient trop imprécis pour considérer que le salarié était pleinement informé des raisons de son éviction de l'entreprise. **Après l'ordonnance de 2017, l'exigence de motivation demeure, mais elle est modifiée sur deux points :**

la possibilité de précision ultérieure :

- L'ordonnance prévoit en premier lieu que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent, après sa notification, être précisés par l'employeur, soit à son initiative, soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat (C. trav., art. L. 1235-2, al. 1).
- Le délai a été fixé à 15 jours par le décret annoncé (C. trav., art. R. 1232-13).
- **Toutefois, cette possibilité de sécuriser a posteriori la lettre de licenciement permet de compenser une insuffisance de motivation initiale, et non pas de compléter celle-ci.**
- **L'employeur ne peut donc pas invoquer d'autres motifs que ceux déjà mentionnés dans la lettre ;**

- La sanction. Une imprécision du motif ne rend plus nécessairement le licenciement sans cause réelle et sérieuse.
- Le nouvel article L. 1235-2 du Code du travail dispose en effet que, à défaut pour le salarié d'avoir demandé à l'employeur de préciser les motifs énoncés dans la lettre, **l'irrégularité constituée par une insuffisance de motivation ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse.**
- **L'indemnité dans un tel cas ne peut pas excéder un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2, al. 3).** En revanche, si le salarié a demandé des précisions, le vice de motivation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse. Le préjudice du salarié est réparé par l'indemnité prévue par le barème obligatoire en application de l'article L 1235-3 du Code du travail (C. trav., art. L. 1235-2, al. 4).

la possibilité de précision ultérieure :

- En second lieu, la règle jurisprudentielle voulait que la lettre de licenciement fixe les termes et les limites du litige. Cette règle demeure si ce n'est que **c'est désormais la lettre de licenciement éventuellement précisée par l'employeur qui fixera désormais les limites du litige (C. trav., art. L. 1235-2, al. 2).**
- Il n'en reste pas moins que la jurisprudence actuelle, qui s'oppose à l'invocation de nouveaux motifs non indiqués dans la lettre, reste valable.
- **Le juge ne peut pas prendre en compte des griefs qui n'y sont pas énoncés, par exemple un motif supplémentaire invoqué dans une lettre postérieure.**

LES PREUVES FOURNIES PAR LES DEUX PARTIES AU PROCES

➔ Preuve en matière disciplinaire

- ➔ La loi N° 82-689 du 04 août 1982 a introduit l'article L.122.43 dans le code du travail, lequel dispose: "*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 doit fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces documents et de ceux qui peuvent être 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 .../...***".

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- Preuve de la rupture conventionnelle
- <> Le défaut de remise d'un exemplaire au salarié de la rupture conventionnelle est une cause de nullité de l'acte qui entraîne les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il appartient à l'employeur d'être en mesure de prouver la remise d'un exemplaire au salarié (Soc. 23 sept. 2020, FS-P+B, n° 18-25.770).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

➤ La preuve du paiement

- 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.
- Le salarié n'a pas à apporter la preuve du non paiement de son salaire car **la preuve négative n'existe pas en droit français.**
- La délivrance de la feuille de paie ne prouve pas que le salarié a effectivement touché son salaire (même si elle contient la mention "payé par chèque", car l'employeur peut ne pas avoir remis le chèque lors de la délivrance de la feuille de paie).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- Il appartient à l'employeur d'établir qu'il a rempli son obligation de paiement des salaires 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. 6/4/99 n°96-44.981 *Jurisprudence Soc. Lamy* n°37 p.24).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **La remise d'un bulletin de paie n'emporte pas présomption de paiement, la preuve reposant sur l'employeur**
- • Aux termes de l'article 1315 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» ; aux termes de l'article L 143-4 du Code du Travail, «l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le travailleur ne peut valoir, de la part de celui-ci, renonciation au paiement de tout ou partie du salaire et des indemnités ou accessoires de salaire qui lui sont dus en vertu de la loi, du règlement, d'une convention ou accord collectif de travail ou d'un contrat»; il résulte de la combinaison de ces textes que, nonobstant la délivrance de la fiche de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire (Cass.Soc 02/02/99 - Cah.Prud'homaux n5 de 2001 p78).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **L'acceptation sans protestation ni réserve du bulletin de paie par le salarié ne prouve pas le paiement, la charge de la preuve du paiement du salaire incombant à l'employeur**
- ● Aux termes de l'article 1315 du Code Civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ; aux termes de l'article L. 143-4 du Code du Travail, l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le salarié ne peut valoir, de la part de celui-ci renonciation au paiement de tout ou partie du salaire et des indemnités ou accessoires de salaires qui lui sont dus en vertu de la loi, du règlement, d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat ; **il résulte de la combinaison de ces textes que, nonobstant la délivrance de la fiche de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire.**
- En déboutant le salarié de ses demandes alors que l'employeur ne justifiait pas, notamment par la production de pièces comptables, du paiement du salaire, le Conseil de Prud'hommes a violé les textes sus visés (Cass.Soc 12/07/00 - Cah.Prud'hommes n° 9 de 2001 p.158).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- • **Nonobstant la délivrance de fiches de paie**, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve du paiement du salaire conformément aux règles de droit commun posées par les articles 1315, 1341 et 1347 du code civil. (Soc. - 11 janvier 2006. N° 04-41.231 - BICC 638 n° 746).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **Un chèque n'a valeur libératoire que s'il est effectivement encaissé**
- ● Encourt la cassation l'arrêt ayant débouté un salarié de sa demande tendant à la remise d'un nouveau chèque en remplacement d'un précédent chèque non encaissé, alors que la remise d'un chèque en paiement d'une dette n'a valeur libératoire pour le débiteur que sous réserve d'encaissement effectif par le créancier et que le bénéficiaire d'un chèque égaré, ou non encaissé pour cause de forclusion, peut en réclamer un second au tireur, quitte à supporter les frais éventuels occasionnés par la délivrance du nouveau chèque. (Cass.Soc. 20/02/90 - Cah.Prud'homaux n°10 -1990 p.201).
- (Soc. - 11 janvier 2006. N° 04-41.231 - BICC 638 n°746).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

faute grave et préavis

- Article L1234-1 du code du travail
- Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit :
- 1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, **à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;**
- 2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, **à un préavis d'un mois ;**
- 3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, **à un préavis de deux mois.**
- Toutefois, les dispositions des 2° et 3° ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

faute grave et Indemnité de licenciement.

- **Article L1234-9 du code du travail** Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 39
- **Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.**
- Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **La preuve de la faute grave**
- **L'article 1315 du code civil dispose: <<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 >>.**
- **En application de ce principe l'employeur qui ne veut pas payer l'indemnité de licenciement et l'indemnité de préavis doit justifier qu'il en est dispensé en prouvant l'existence d'une faute grave**

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **La preuve de la faute grave**
- ● **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 21/11/84 - Cahiers Prud'homaux n°7 de 1985 p.140).
- La Cour de cassation a précisé que la charge de la preuve de la faute grave incombait à l'employeur. La Cour d'appel de Chambéry a précisé que le bureau de conciliation peut ordonner à l'employeur de communiquer les éléments de preuve pour permettre au demandeur de préparer son argumentation.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- • **La preuve de la faute grave incombe à l'employeur (Cass. Soc. 28/10/98 N° de pourvoi : 96-43413 & Jurisp.Soc.Lamy n°28 du 19/01/99).**
- • En ordonnant à l'employeur, de rapporter la preuve de la gravité de la faute, privative des indemnités de préavis et de licenciement, de produire toutes pièces et éléments de preuve ayant conduit au licenciement pour faute grave de sa salariés et sans lesquels, celle-ci n'est pas en mesure de contester utilement la mesure dont elle a été l'objet, le bureau de conciliation a agi dans les limites des prérogatives qu'il tient des dispositions précitées, et sans inverser la charge de la preuve, ni porter atteinte au principe d'égalité des armes et du droit à un procès équitable (Ch Soc. Cour d'appel de Chambéry 29/03/11 RG : 11/00483 AR/MFM) ;

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

➤ Preuve de la faute lourde

- ● Lorsque l'employeur a licencié un salarié pour **faute lourde** il lui incombe d'en rapporter la preuve. (Cass.Soc. 12/07/90 - Cah.Prud'homaux. n° - 1990 P. 173).
- En application de l'article 1315 du code civil l'employeur qui ne veut pas payer l'indemnité de licenciement et l'indemnité de préavis doit justifier qu'il en est dispensé en prouvant l'existence d'une faute lourde.
- Autrefois la faute lourde privait de l'indemnité de congés payés
- L'employeur qui veut demander des dommages et intérêts au salarié doit prouver qu'il existe une faute lourde.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

➤ Preuve du motif économique

- ● Le salarié ne dispose d'aucun élément pour prouver le motif économique.
- C'est l'employeur qui détient tous les éléments.
- Pour prononcer, un licenciement économique l'employeur doit justifier :

1° de difficultés **économiques**, de mutations technologiques, d'une réorganisation de l'entreprise ou encore d'une cessation d'activité.

2° des conséquences directes sur la **suppression de l'emploi**.

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

► Preuve du motif économique

- ● La lettre de licenciement doit être motivée c'est à dire qu'elle doit indiquer les motifs du licenciement.
- Le décret n° 87-45 du 29.06.87 impose à l'employeur de déposer au greffe du conseil de prud'hommes dans un délai de huit jours à compter de la saisine, les éléments justificatifs énumérés à l'article L.122-14-3 du code du travail.
- ✍ Dans un arrêt du 17.6.92 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. 17.6.92 Bull. 92 V n°402).
- ✍ Dans son arrêt du 20.01.93 la cour de cassation retient qu'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. 20.1.93 Bull. 93 V n°17).

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **Priorité de réembauchage**
- En matière de priorité de réembauchage, partant de ce que l'article L. 1233-45 précise que "« l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification »", la Cour de cassation décide qu'il incombe à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation en établissant soit qu'il a proposé les postes disponibles soit en justifiant de l'absence de tels postes (Cass. soc., 23 juin 2009, no 07-44.640).

La preuve de la recherche loyale et sérieuse de reclassement

- C'est à l'employeur qu'il appartient d'établir la preuve de l'impossibilité d'affecter le salarié dans un autre emploi.
- Cette preuve est apportée par la production de l'ensemble des registres d'entrée et de sortie du personnel des sociétés composant le Groupe.
- Faute de produire ces éléments, l'employeur ne démontre pas avoir respecté son obligation de reclassement.
- Cass . Soc. 28 septembre 2011 n°10-14691

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR

- **Respect de l'obligation de formation**
- La Cour de cassation considère alors que la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et rappelle, au visa de l'article 1315 [devenu art. 1353] du Code civil, qu'il incombe à l'employeur de justifier des raisons le dispensant d'assurer la formation promise (Cass. soc., 29 mai 2013, no 12-15.696 ; voir aussi, Cass. soc., 23 mai 2013, no 12-14.027)

- **Règle de preuve commune au harcèlement sexuel et au harcèlement moral**
- L'article L. 1154-1 du Code du travail précise que : « lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 [harcèlement moral] et L. 1153-1 à L. 1153-4 [harcèlement sexuel], le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement.
- **Au vu de ces éléments**, 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 objectifs étrangers à tout harcèlement.
- **Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».**

CHARGE DE LA PREUVE INCOMBANT A L'EMPLOYEUR en cas de discrimination

- L'article L. 1144-1 du Code du travail fixe la règle de preuve de la façon suivante : « Lorsque survient un litige relatif à l'application des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse.
- **Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.**
- Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (C. trav., art. L. 1144-1).

LE DOUTE

LE DOUTE QUI PROFITE AU SALARIÉ

- Le doute profite au salarié uniquement dans les cas prévus par le code du travail.
- **Doute et mesure d'instruction préalable** En matière de licenciement (C. trav., art. L. 1235-1), de sanction disciplinaire (C. trav., art. L. 1333-1) et de contentieux lié à l'état de grossesse (C. trav., art. L. 1225-3) ce n'est qu'après avoir formé sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles, que le juge pourra faire bénéficier le salarié du doute qui pourrait subsister.

LE DOUTE QUI PROFITE AU SALARIÉ

- **Article L1235-1** Modifié par [Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - art. 2](#)
- En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article [L. 1411-1](#), l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.
- Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.
- A 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.
- Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.
- **Si un doute subsiste, il profite au salarié.**

NOTA : Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance.

LE DOUTE QUI PROFITE AU SALARIÉ

- **Article L1333-1 du code du travail.**
- 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.**

LE DOUTE QUI PROFITE AU SALARIÉ

- Article L1225-3
- Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1225-1 et L. 1225-2, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision.
- **Lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte.**
- **Article L1225-1:** <<L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi.
- Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée.>>
- **Article L1225-2** <<La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte.>>

LE DOUTE

87 QUI PROFITE AU SALARIÉ

- Article L1225-3
- Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1225-1 et L. 1225-2, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision.
- **Lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte.**
- **Article L1225-1:** <<L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi.
- Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée.>>
- **Article L1225-2** <<La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte.>>

Pouvoir du juge face au doute

- Les juges disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier l'existence d'un doute (Cass. soc., 5 févr. 1992, no 88-43.248 ; Cass. soc., 22 janv. 1997, no 95-41.175).
- Lorsque les conseillers rapporteurs font état d'un doute au sortir de leur mission, le juge peut en tenir compte et rendre sa décision sur la base du doute qui profite au salarié (Cass. soc., 7 mai 1996, no 95-41.655).

Preuve du préjudice

- Jusqu'au 13 avril 2016, la Cour de cassation considérait avec une parfaite constance que certains manquements commis par un employeur causaient en eux-mêmes nécessairement préjudice au salarié, ouvrant ainsi droit au versement de dommages intérêts, et cela indépendamment du préjudice réellement subi par le salarié
- C'est dans ces circonstances que la Cour de cassation, procédant à un revirement, jugeait que : « L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » (Cass. Soc. 13 avril 2016, n° 14-28293)

Preuve du préjudice

- Il appartient aux Juges du fond (Conseil de Prud'hommes et Cour d'appel) d'apprécier si le salarié justifie précisément d'un préjudice et du montant qu'il convient, le cas échéant, de lui allouer

LA MISE EN ETAT

- Elle a été instaurée par la loi Macron, loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
- Elle a été complétée par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail

LA MISE EN ETAT

► Nature de la mise en état selon le ministère

- ■ La demande d'explications nécessaires. Cette possibilité relève de l'office premier du juge, celui-ci pouvant « inviter les parties à fournir les explications » de fait (article 8 du code de procédure civile) ou de droit (article 13) « qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». En matière prud'homale comme dans les autres contentieux, **la mise en état ne se limite pas à une simple vérification du respect des délais mais doit permettre à la juridiction de jugement de cerner exactement l'objet du litige**. Les conseillers prud'hommes en charge de la mise en état doivent ainsi analyser les éléments produits et inviter les parties à produire toute explication utile dans le respect des principes directeurs du procès.

LA MISE EN ETAT

93

- **La position du MEDEF dans les Cahiers prud'homaux est la suivante:** <<ce qui a été prévu est une mise en état de l'affaire, non une instruction à charge contre l'employeur.
- C'est bien à chacune des parties de mettre son propre dossier en état d'être jugé (cf. art 2, CPC). Cette responsabilité leur incombe sans pouvoir se décharger sur le juge astreint à un contrôle pour s'assurer du respect des prescriptions de l'article 15 du Code de procédure civile.
- Le choix des mots n'a rien d'innocent. Il a été clairement choisi une **mise en état accusatoire** et non une mise en état inquisitoire qui ferait alors du juge prud'homal le « renfort » du demandeur pour l'aider à monter son dossier et l'exonérer de ses obligations probatoires que fait peser sur lui, notamment, le Code du travail lorsqu'il doit établir des faits présumant le manquement reproché à l'employeur, par exemple, en matière de discrimination, harcèlement ou heures de travail effectif non réglées.>>

La mise en état est obligatoire pour tous les dossiers (depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015)

En cas d'échec de la conciliation et s'il ne procède pas au jugement immédiat, le bureau de conciliation et d'orientation, après avoir orienté l'affaire, doit, sans préjudice de son pouvoir de prendre des mesures provisoires, **mettre l'affaire en état**.

L'article L. 1454-1-2 dispose en son 1er alinéa que « le bureau de conciliation et d'orientation assure la mise en état des affaires ». Ce rôle est désormais premier par rapport au bureau de jugement, puisque le 2ème alinéa prévoit que « lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le bureau de jugement, celui-ci peut assurer sa mise en état ».

Le bureau est responsable de la mise en état jusqu'à la date de l'audience. Il résulte de l'article R. 1454-1 qu'en cas d'échec de la conciliation, le bureau de conciliation et d'orientation « assure la mise en état de l'affaire jusqu'à la date qu'il fixe pour l'audience de jugement ».

Il lui revient d'adopter un calendrier de procédure en définissant les conditions de communication des prétentions, moyens et pièces. L'alinéa 2 de l'article précité précise que ces délais sont arrêtés « après avis des parties ». En effet, un échange avec les parties sur les spécificités de chaque dossier éclairera les conseillers prud'hommes sur le délai nécessaire à une mise en état de qualité.

Audience de mise en état

L'article R. 1454-1 précise que « des séances PEUVENT ÊTRE spécialement tenues » aux fins de mise en état. Cela signifie que des séances pourront être consacrées à la mise en état de dossiers ayant déjà donné lieu à tentative de conciliation.

Il n'est pas obligatoire que le dossier qui fait l'objet d'une mise en état soit suivi par les conseillers prud'hommes qui ont procédé à la tentative de conciliation ou qu'il soit examiné lors d'une audience spécifique.

Toutefois, le décret permet que certains conseillers soient affectés en priorité au bureau de conciliation et d'orientation.

Composition de la formation (BCO) de mise en état

N'importe quel conseiller peut siéger pour l'audience de mise en état.

La mise en état peut être tenue au début de chaque audience ordinaire ou bien avec une audience spécifique.

Le mise en état peut être assurée par tous les conseillers ou par des conseillers spécifiquement choisis pour le faire. (il n'est pas indispensable d'avoir des audiences spécifiquement dédiées à la mise en état avec des conseillers spécialement affectés à la mise en état).

- <> **Si le dossier est prêt ==>> RENVOI** devant LE BUREAU DE JUGEMENT (à 2 à 4 ou à 5)
 - Bureau de Jugement à 2 conseillers (résiliation ou licenciement+ accord des parties + accord des conseillers)
 - Bureau de Jugement à 4 conseillers
 - Bureau de Jugement échevinal à 5 (si la nature du litige le justifie ou si les parties le demandent+ accord des conseillers)
- <> **Si le dossier n'est pas prêt ==>> RENVOI** devant un autre BUREAU DE MISE EN ÉTAT:
 - avec fixation des dates de communication des pièces et conclusions et avec indication des pièces spécifiques à produire.

L'ordonnance de clôture est recommandée

- L'ordonnance de clôture est facultative mais elle est recommandée
- <> L'article 68 de la LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 publié au JORF n°0184 du 9 août 2016 a instauré la clôture de la mise en état: <<L'article L. 1454-1-2 du code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le bureau de conciliation et d'orientation, les conseillers rapporteurs désignés par le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peuvent fixer la clôture de l'instruction par ordonnance, dont copie est remise aux parties ou à leur conseil. Cette ordonnance constitue une mesure d'administration judiciaire.>>
- <> **Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office. (Alinéa 1 de l'article 783 du code de procédure civile)**

Les effets de l'ordonnance de clôture

L'ordonnance de clôture de l'instruction de l'affaire a pour conséquence de mettre un terme à la période pendant laquelle les parties peuvent échanger sur les demandes formulées, les conclusions et arguments et communiquer des pièces au soutien de leurs demandes. Ainsi les conclusions et communications de pièces postérieures à la date de clôture de l'instruction de l'affaire encourrent l'irrecevabilité prononcée d'office (article R .1454-19-3).

Cette règle est cependant tempérée : échappent à la sanction de l'irrecevabilité d'office les demandes en intervention volontaire, **les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture** et les conclusions de reprise d'instance, telles qu'elles sont mentionnées au dernier alinéa de l'article 58 du code de procédure civile. La disposition précitée prévoit également que les parties peuvent échanger des conclusions sur les demandes formulées au titre des rémunérations échues après l'ordonnance de clôture à la condition que leur décompte ne fasse l'objet d'aucune contestation sérieuse.

L'ordonnance de clôture a enfin pour effet de dessaisir le bureau de conciliation et d'orientation

La possibilité d'une communication en application du 3ème alinéa de l'article R. 1454 19 du Code du travail en l'absence d'une ordonnance de clôture

Devant le bureau de jugement "« **sont écartés des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense** ».

Ce texte réserve toutefois la possibilité d'une communication après cette date sous **deux conditions cumulatives** :

- ◆ avoir un **motif légitime** qui sera apprécié souverainement par le conseil de prud'hommes ;
- ◆ <> et **respecter les droits de la défense** ; en d'autres termes, respecter le contradictoire pour que l'adversaire puisse répondre aux nouvelles prétentions.

Les modes de preuve

Modes de preuve

- Les principaux modes de preuve en matière prud'homale sont l'écrit et le témoignage

Modes de preuve

- **Les écrits sont:**
- Le contrat de travail
- Les feuilles de paie
- La correspondance
- La lettre de licenciement
- Les documents que l'employeur est tenu de délivrer

Les preuves fournies par les parties

- Les parties au litige peuvent fournir plusieurs types de preuves :
- – **des preuves littérales** (C. civ., art 1363 nouv. à 1380 nouv.) : elles consistent en des écrits sous seing privé ou authentiques qui peuvent tous donner lieu à une contestation.
- **des preuves testimoniales** (C. civ., art 1381 nouv.) qui consistent en des déclarations faites sur des faits dont leurs auteurs ont eu personnellement connaissance

La preuve testimoniale.

- 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)

Des témoignages anonymes ne peuvent fonder la décision du juge

- **Le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes [Cass. Soc., 4 juillet 2018, n°17-18241, FS-P+B].**

<<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.>> Article 202 du CPC

Les preuves ordonnées par le juge

- Les mesures d'instructions confiées à un technicien
- Ces mesures, qui obéissent à la fois à un cadre commun de règles et à des régimes spécifiques, sont :
 - – la constatation (C. pr. civ., art. 249 s.) ;
 - – la consultation (C. pr. civ., art. 262 s.) ;
 - – l'expertise (C. pr. civ., art. 263 s.).

Les autres modes de preuves

- Dans l'exercice de son pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction, le juge peut recourir à des preuves qui ne requièrent pas le concours d'un technicien.
- Ainsi peut-il procéder à une **vérification personnelle** (C. pr. civ., art. 179 à 182) ou **ordonner la comparution personnelle** des parties (C. pr. civ., art. 184 à 198) **ou solliciter la déclaration d'un tiers** (C. pr. civ., art. 199 à 231). Il peut également choisir d'ordonner à l'une des parties d'effectuer un serment supplétoire afin d'établir en l'absence d'autres preuves la véracité d'un fait litigieux (C. pr. civ., art. 317 à 322)

Loyauté de la preuve

- Si les parties sont libres de produire les preuves de leur choix, encore faut-il que ces preuves aient été obtenues loyalement.
- En principe, toute preuve obtenue de façon déloyale, que ce soit par l'employeur ou le salarié, devrait être déclarée irrecevable.

Loyauté de la preuve

- Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve a été consacré par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 janvier 2011 (Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667)

Loyauté de la preuve

- Le Conseil constitutionnel a fait référence à ce principe dans une décision du 18 novembre 2011 (Cons. const., 18 nov. 2011, n° 11-191/194/195/196/197 QPC, n° 30 : JurisData n° 2011-025225) 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 ».
- le principe de loyauté de la preuve s'est imposé devant les différentes chambres de la Cour de cassation en matière civile, comme en matière pénale

Loyauté de la preuve

- ■ C'est en statuant sous le visa des articles 9 du Code de procédure civile , 6 de la Convention européenne articulés au principe de loyauté dans l'administration de la preuve que la Cour de cassation a réaffirmé l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve (Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-23.521)

Loyauté de la preuve

- **L'enregistrement d'images ou de paroles à l'insu des salariés est illicite**
- ● Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. (Cass.Soc 20/11/91 - Cahiers Prud'homaux n°9 de 2001 p.167).. .

Loyauté de la preuve

- **La mise en place d'un système de vidéo surveillance sans consultation du CE est illicite**
- ● Dès lors que le système de vidéosurveillance de la clientèle mis en place par l'employeur est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du CE, les enregistrements d'un salarié constituent un moyen de preuve illicite et ne peuvent être utilisés pour justifier le licenciement pour faute grave de l'intéressé. (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866 P+B - Sem. Soc. Lamy n° 1266).

Loyauté de la preuve

- **Une filature qui porte atteinte à la vie privée est illicite**
- ● Une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ; (Cass. soc., 26 nov. 2002, n 00-42.401, arrêt n 3388 FS-P+B+R+I Jurisp.Soc.Lamy n° 114 P.7).

Preuve illicite

- **Le recours à un stratagème pour confondre la salariée constitue une preuve illicite**
- ● Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve.
- La cour d'appel qui a relevé que l'employeur s'était assuré le concours d'un huissier pour organiser un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces, puis avait procédé, après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes a exactement déduit de ces constatations, dont **il ressortait que l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait eu recours à un stratagème pour confondre la salariée, qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve.** (Soc. -18 mars 2008. N° 06-40.852. - BICC 685 n° 1175).

Preuve illicite

- **L'écoute de propos tenus lors d'une communication téléphonique réalisée e à l'insu de son auteur constitue un procédé déloyal**
- ● Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal. **L'écoute de propos tenus lors d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de son auteur constitue un procédé déloyal** rendant irrecevable sa production à titre de preuve (Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.993 D Semaine Soc.Lamy n° 1385).

Preuve illicite

- A été jugée illicite la preuve tirée des rapports d'une société de surveillance chargée, à l'insu des salariés, de contrôler l'utilisation de distributeurs de boissons (Soc. 15 mai 2001, no 99-42.219.
- Les juges donnent un caractère absolu au principe de loyauté, sans égard pour le droit à la preuve de l'employeur, pourtant tout aussi fondamental (V. Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, no 09-14.316

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- **Un constat d'huissier qui s'est borné à effectuer des constatations purement matérielles est licite**
- ● la cour d'appel a pu retenir, sans encourir les griefs du moyen, comme mode de preuve licite un constat dressé par un huissier qui s'est borné à effectuer des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public (Cass.Soc 19/01/05 N° de pourvoi : 02-44082)

Loyauté de la preuve

➤ MODE DE PREUVE LICITE

- ● Un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié. (Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-45.898 D Sem. Soc. Lamy n°1326).
- Est légalement justifié l'arrêt qui, rendu en référé, déclare admissible la preuve tirée des constatations opérées par un **huissier de justice ayant filmé une partie sur la voie publique ou en des lieux ouverts au public, sans provocation aucune** à s'y rendre, et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé, dès lors qu'a été retenue la non-disproportion de l'atteinte à la vie privée par rapport aux droits et intérêts en cause. (1re Civ. - 31 octobre 2012. N° 11-17.476).

Loyauté de la preuve

- constituent un mode de preuve illicite les comptes rendus de filature effectués par un détective privé, à qui l'employeur avait demandé de suivre un salarié (Cass. soc. 22 mai 1995, Bull. civ. V, no 164 ; 4 févr. 1998, ibid. V, no 64).

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- **Les relevés de facturation téléphonique correspondant au poste du salarié sont licites**
- ● Ne constitue pas un mode illicite de preuve la production par l'employeur des relevés de facturation téléphonique qui lui sont adressés par la société France Télécom pour le règlement des communications correspondant au poste du salarié.
- C'est sans encourir les griefs du moyen que la Cour d'Appel s'est fondée sur ces relevés de facturation pour constater la réalité du grief imputé au salarié. (Cass.Soc 11 mars 1998 - Cahiers Prud'homaux n° 9 de 2001 p.164).

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

➤ **L'utilisation d'écoutes afin de se conformer aux directives boursières est licite**

- ● L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail; seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite , la cour d'appel qui a relevé que les salariés avaient été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, a pu décider que les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable. (Cass.Soc. 14 mars 2000 - Cahiers Prud'homaux n° de 2001 p.163).

MODE DE PREUVE LICITE

- **La mise en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas est licite**
- ● Si, aux termes de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la décision de mise en oeuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, ce qui interdit à l'employeur de se servir de moyens de preuve obtenus à l'aide de procédés de surveillance qui n'auraient pas été portés préalablement à la connaissance des salariés, l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas ; **la cour d'appel, ayant constaté que le système de vidéosurveillance avait été installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandise et qu'il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé, a pu retenir, à l'appui de sa décision, ce moyen de preuve ;** (Cass.Soc 31/01/01 n°98-44290 Bull 01 V n°28)

MODE DE PREUVE LICITE

- **Un système d'exploitation intégrant un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes est licite**
- ● Le fait pour une banque de mettre en place un système d'exploitation intégrant un mode de traçage permettant d'identifier les consultants des comptes, ne peut être assimilé ni à la collecte d'une information personnelle au sens de l'article L. 121-8 du Code du travail, ni au recours à une preuve illicite, le travail effectué par utilisation de l'informatique ne pouvant avoir pour effet de conférer l'anonymat aux tâches effectuées par les salariés (Cass.Soc 18/07/00 N° de pourvoi : 98-43485)

Mais par contre:

- Cass.soc., 17déc. 2079, pourvoin°78-11.792, arrêt n°7695FS-P+B
- Est un moyen de preuve illicite, faute d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise, l'utilisation de l'outil de traçabilité informatique mis en place dans un établissement bancaire permettant de restituer l'ensemble des consultations de comptes effectuées par un employé.

MODE DE PREUVE LICITE

- **La simple surveillance par un supérieur hiérarchique est licite**
- ● La simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite. (Soc. 26 avril 2006. N° 04-43.582. BICC 645 N°1577).

MODE DE PREUVE LICITE

- **Le SMS constitue un moyen de preuve recevable**
- ● 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 de 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. Une cour d'appel a pu ainsi souverainement apprécier que les SMS envoyés à la salariée le 24 août 1998 et constatés par huissier ainsi que les autres éléments de preuve soumis à son examen établissaient la preuve d'un harcèlement. (Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-43.209 P+B+R+I - Sem. Soc. Lamy n°1309)

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- ● Le message téléphonique vocal dont l'auteur ne peut ignorer qu'il est enregistré par l'appareil récepteur constitue un moyen de preuve recevable (Cass. Soc 06/02/13 n°11-23738).

Loyauté de la preuve

- **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)

Loyauté de la preuve

- **MODE DE PREUVE LICITE**
- • Une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles.
- En conséquence, les dossiers et fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié. (Soc. - 12 février 2013. N° 11-28.649).
- **La dénomination donnée au disque dur ne peut conférer un caractère personnel à l'ensemble de son contenu**
- • La cour d'appel, qui a retenu que la dénomination "D:/données personnelles" du disque dur de l'ordinateur du salarié ne pouvait lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées et en interdire ainsi l'accès à l'employeur, en a légitimement déduit que les fichiers litigieux, qui n'étaient pas identifiés comme étant "privés" selon les préconisations de la charte informatique, pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur (Cass.soc.04/07/12 n° 11-12502).

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

➤ **Audit le travail d'une salariée**

- La réalisation d'un " audit " aux fins d'entretiens avec une salariée et de sondage sur des pièces comptables ou juridiques ne constitue pas un élément de preuve obtenu par un moyen illicite. (Soc. 26 janv. 2016, FS-P+B, n° 14-19.002).



Loyauté de la preuve

- **MODE DE PREUVE LICITE**
- **Les informations fournies par un chronotachygraphe constituent un mode de preuve licite**
- Il résulte des Règlements (CEE) n° 3821/85 du Conseil du 20 décembre 1985 et (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 que les entreprises de transport routier doivent équiper leurs véhicules d'un chronotachygraphe, sous peine de sanctions pénales. Il en résulte que l'absence de déclaration de cet appareil à la commission nationale de l'informatique et des libertés ne saurait priver l'employeur de la possibilité de se prévaloir, à l'égard du salarié chauffeur routier, des informations fournies par ce matériel de contrôle dont le salarié ne peut ignorer l'existence (Soc 4 janvier 2014 N° de pourvoi: 12-16218).

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- Contrôle des favoris et des connexions Internet Les connexions établies par un salarié sur des sites Internet grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher en dehors de la présence du salarié (Cass. soc., 9 juill. 2008, no 06-45.800).
- De même, l'employeur peut vérifier la liste des favoris du salarié, en ce qu'ils constituent un fichier professionnel. Il peut donc en rechercher les connexions en l'absence du salarié (Cass. soc., 9 févr. 2010, no 08-45.253).

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- Correspondances écrites reçues sur le lieu de travail La chambre mixte de la Cour de cassation a décidé que l'employeur ne peut se voir reprocher d'avoir ouvert un courrier adressé à un salarié qui ne comportait pas la mention « personnel », ce courrier devant être présumé professionnel. Pour la Haute Juridiction "« le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite »" (Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, no 05-40.803 ; voir dans le même sens, Cass. soc., 11 juill. 2012, no 11-22.972). Il s'en déduit que si l'enveloppe comporte la mention « personnel », l'employeur ne peut ouvrir ce courrier et ne peut sanctionner le salarié pour avoir reçu un courrier personnel.

Loyauté de la preuve

➤ **MODE DE PREUVE LICITE**

- Intervention sur l'ordinateur à la demande du salarié Lorsque le salarié est lui-même à l'origine de la demande d'un nettoyage de son disque dur, il ne saurait être reproché à son employeur de l'avoir sanctionné pour faute grave suite aux faits découverts lors de l'opération. Il ne s'agissait pas d'un procédé illicite de surveillance (Cass. soc., 10 oct. 2007, no 06-43.816).

Loyauté de la preuve

- **La loyauté de la preuve et le salarié**
- Le salarié peut-il produire, dans le cadre du procès qui l'oppose à son employeur, et sans l'accord de ce dernier, des documents qui appartiennent à l'entreprise ? Si la chambre sociale l'admet depuis longtemps, elle subordonne néanmoins cette faculté au respect de certaines conditions. Tout d'abord, le salarié ne peut produire ces documents que dans le seul dessein de préparer sa défense (Cass. soc. 2 déc. 1998, Bull. civ. V, no 535 ; 24 oct. 1995, no 94-42.293)

- **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)

Loyauté de la preuve

- la Cour de cassation admet que **l'employeur puisse utiliser des éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié au soutien d'un licenciement disciplinaire, dès lors qu'il n'a eu recours à aucun stratagème pour les obtenir.**
- Elle ajoute cependant que le droit à la preuve ne peut justifier la production de ces éléments en justice qu'à la condition que celle-ci soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte à la vie privée soit proportionnée au but poursuivi. (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058 FS-PBRI)

➤ **Réponse de la Cour**

- **5. D'abord, si en vertu du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'employeur ne peut avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve, la cour d'appel, qui a constaté que la publication litigieuse avait été spontanément communiquée à l'employeur par un courriel d'une autre salariée de l'entreprise autorisée à accéder comme « amie » sur le compte privé Facebook de Mme M..., a pu en déduire que ce procédé d'obtention de preuve n'était pas déloyal.**

Loyauté de la preuve

- Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, **tout enregistrement**, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles **à leur insu, constitue un mode de preuve illicite** » (Cass. soc. 20 nov. 1991, Bull. civ. V, no 519, D. 1992.73, note Y. Chauvy)

Loyauté de la preuve

- Le système de vidéo-surveillance **avait été installé pour assurer la sécurité du magasin et n'avait pas été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions**, la cour a exactement retenu que le salarié ne pouvait invoquer les dispositions du code du travail relatives aux conditions de mise en oeuvre, dans une entreprise, des moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés ; (CASS. 26 JUIN 2013 N° 12-16564)

Le mode de preuve retenu au pénal s'impose au juge civil

- La cour d'appel ayant constaté que les mêmes faits étaient invoqués par le salarié devant la juridiction répressive et devant la juridiction prud'homale et qu'ils constituaient la base commune de l'action publique et de l'action civile,
- elle en a justement déduit que le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal par le tribunal correctionnel s'imposait au juge civil, **peu important les règles de preuve différentes applicables à chacune de ces instances** (cassation, civile, Chambre sociale, 28 février 2012, 10-18.283) ;

L'aveu judiciaire

- 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 doit inviter le greffier à noter cette déclaration : “ M. le greffier veuillez noter que M.X déclare ... ”.
- <> A 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)

L'aveu judiciaire

- Il résulte à cet égard de la jurisprudence de la chambre sociale :
- - que, conformément à ce qui est jugé en d'autres domaines, la déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait, et non sur des points de droit (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi no 07-40.844, Bull. 2009, V, no rss),
- - que l'aveu doit être non équivoque (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-43 .95 1, Bull.2003,V, n° 255 : la seule circonstance qu'un salarié, qui avait exercé une action en résiliation du contrat de travail, ait demandé au bureau de conciliation d'ordonner la délivrance d'une lettre de licenciement et d'un certificat de travail ne peut constituer l'aveu non équivoque d'une rupture antérieure du contrat),

L'aveu judiciaire

- En vertu de l'article 1356 du Code civil et de l'article 417 du code de procédure civile, **l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir et que l'avocat, investi d'un mandat de représentation en justice, est réputé à l'égard du juge et de la partie adverse avoir reçu pouvoir spécial de faire un aveu.** Il ne peut porter que sur des points de fait et non sur le droit. En l'espèce, si l'appelant est fondé à considérer que les propos qu'il a tenus au cours de l'entretien préalable sont viciés par le caractère < illicite > des < preuves > qui lui ont été opposés par l'employeur lesquelles ont provoqué la reconnaissance qu'il a alors faite, il en va différemment, au stade des conclusions qu'il a développées devant le conseil de prud'hommes et la cour d'appel à l'occasion desquelles il était représenté par son avocat.
- L'EMPLOYEUR NE PEUT LÉGALEMENT SE PRÉVALOIR DE LA PIÈCE N 14 TIRÉE DE L'EXPLOITATION DE CE SYSTÈME DE GÉOLOCALISATION, PREUVE ILLICITE (cour d'appel de Versailles 5 novembre 2020 n18/02932) .

Les mesures d'instruction

- Audition de témoin
- Production de documents
- Nomination de conseillers rapporteurs
- expertise