

Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes?

Frédéric Guiomard

Professeur à l'Université Toulouse – Capitole IDR, EA 1902

SOMMAIRE : PREMIÈRE PARTIE – LA PROMESSE D'UNE MEILLEURE GARANTIE DE LA PREUVE DES DISCRIMINATIONS.
– Introduction. – 1. La promesse d'une meilleure garantie de la preuve des discriminations.
– 1.1. La liberté de produire des preuves. – 1.1.1. L'essor du droit à la preuve. – 1.1.2. La répercussion de cette jurisprudence sur la texte des preuves des discriminations. – 1.2. La production forcée des preuves.

Abstract: *The proof is a key dimension in the fight against discrimination before the courts. Employees often lack sufficient evidence to establish unequal treatment, and the elements available to workers often cannot be used as they might violate the privacy rights of other workers. The case law of the ECHR and ECJ attempts to overcome these obstacles with various tools, such as the principle of equality of arms, a part of the equitable procedure, and the concept of the effectiveness of substantive law. France, with its different legal tradition, addresses this issue through the means of a “right to prove” granted to litigants. On the surface, this notion seems protective of victims of discrimination, as it allows them to claim a fundamental right to produce evidence on par with other workers’ fundamental rights and the right to business secrecy. Indeed, this evolution has led to significant changes in the access and use of data in discrimination litigations. However, the idea of a “right to prove” is theoretically difficult to explain, and the protection offered to litigants is not entirely clear. It is fully dependent on the application of a proportionality test, the outcome of which is rather uncertain.*

Keywords: Discrimination – Proof of discriminations – Effectiveness – Right to prove

PREMIÈRE PARTIE ¹

LA PROMESSE D'UNE MEILLEURE GARANTIE DE LA PREUVE DES DISCRIMINATIONS

Introduction

La promotion de règles de preuve et d'administration de la preuve favorables aux victimes dans le droit européen et dans les différents droits nationaux en Europe n'a sans doute pas éliminé les nombreux obstacles qui se dressent devant les plaignants dans les contentieux relatifs aux discriminations.

Sous l'influence du droit européen, d'importantes mutations ont pourtant progressivement fait évoluer les litiges relatifs aux discriminations : la victime n'a plus la charge de prouver seule la discrimination. Il lui revient seulement de prouver des faits susceptibles de constituer une discrimination, le défendeur étant chargé de montrer l'absence de toute discrimination. Ce mécanisme, rappelé dans chacune des directives européennes, a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la CJUE. Il semble également valorisé par la Cour européenne des droits de l'homme, qui, non seulement en admet la validité au regard des règles et principes qu'elle protège, mais encore l'érige au rang d'un mécanisme nécessaire à leur application². Ces modes de preuve ont permis d'admettre de façon croissante la preuve des discriminations indirectes au moyen de statistiques. Pourtant, même dans les domaines où l'accès à des informations pourrait paraître relativement aisé, la détermination des niveaux de salaires, les autorités européennes ont dû reconnaître que la preuve des discriminations est loin d'être aisée. La directive sur la transparence des rémunérations 10 mai 2023 proclame ainsi dans son considérant n° 52 qu'il n'est « pas toujours facile pour les victimes et les tribunaux de savoir comment établir ne serait-ce que cette présomption »³.

L'observation des pratiques contentieuses montre en effet que l'accès aux preuves des discriminations, même facilité pour les victimes, demeure fort compliqué. Malgré l'essor de l'obligation d'information portant sur le contrat de travail et les conditions de travail⁴ sur la collecte et le traitement des données, ou le développement de l'information-consultation, nombre de documents potentiellement utiles à la preuve des discriminations demeurent hors de portée, qu'ils concernent le salarié lui-même ou, ses collègues dans l'entreprise.

¹ La première partie de l'essai est publiée sur le n. 2 de 2024; la seconde partie sur le n. 3 de 2024.

² CEDH, D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, 13 novembre 2007, n° 186, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83258> « des règles de preuve moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte. » ; CEDH Natchova et autres c. Bulgarie [GC], nos 43577/98 et 43579/98, n° 157,

³ Directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit, Considérant n° 52.

⁴ DIRECTIVE (UE) 2019/1152 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne

Il paraît par exemple difficile pour un salarié d'obtenir des détails concernant la rémunération ou l'évaluation de collègues de travail, et pour un candidat au recrutement, des informations sur les autres candidats⁵.

Le droit français n'ignore bien évidemment ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, avec la reconnaissance au sein du droit du procès équitable à la protection de l'égalité des armes, ni les exigences du droit de l'Union sur la preuve des discriminations. Toutefois, l'histoire spécifique du droit de la preuve conduite à aborder ces questions de preuve au prisme d'une approche spécifique : celle d'un droit à la preuve dont seraient titulaires les parties au litige. L'inscription de ces questions probatoires dans le vocabulaire des droits-créances (classiquement assimilés à des droits fondamentaux) ou à des droits subjectifs de la personne pourrait être ici le signe d'un renforcement des garanties offertes aux justiciables, tant au titre de l'examen des preuves soumises au juge, qu'à celui des éléments de preuve dont la production peut être sollicitée. Cette reconnaissance est-elle prometteuse d'une meilleure garantie des droits du justiciable ? On pourrait l'espérer sans y croire totalement.

La question se pose avec acuité dans les débats français, à la suite d'une consécration éclatante de la force du droit à la preuve par l'Assemblée plénière dans deux arrêts rendus le 22 décembre 2023. Le litige en question ne portait pas sur la preuve de discriminations, mais concernait la production de preuves de l'employeur collectées à l'insu des salariés. Mais la solution qu'il consacre, fondée sur une sorte de droit fondamental à la preuve dans le procès, devrait augurer d'une attitude des juges plus accueillante à l'égard de la preuve des discriminations dans les procès civils (1.). Pour autant, la promotion du droit à la preuve revêt une portée incertaine en raison du flou qui l'entoure : c'est alors l'utilité même de cette notion qui doit être interrogée (2).

1. La promesse d'une meilleure garantie de la preuve des discriminations

Historiquement, le droit français a longtemps ignoré ce que l'on désigne aujourd'hui comme le « droit à la preuve ». Au contraire, la tradition juridique a fait perdurer l'image d'un droit de la preuve calqué sur le duel judiciaire, dans lequel chacune des parties doit apporter au juge les éléments nécessaires à la conviction du juge pour pouvoir emporter sa cause. Cette conception a cependant été largement entamée avec la reconnaissance d'un rôle beaucoup plus actif pour le juge dans le Nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur en 1976. La doctrine va alors proposer de systématiser l'évolution du droit

⁵ CJUE, C-415/10, Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH, 19 avril 2012.

français autour de l'idée de la promotion d'un « droit à la preuve⁶ », qui fut ensuite reprise par la jurisprudence. Classiquement, ce droit à la preuve recouvre deux dimensions bien distinctes : d'un côté, il permet de garantir la liberté de produire des preuves en justice, et, de l'autre, il garantit le droit de solliciter la production de preuves. Dans l'un et l'autre cas, le droit des discriminations pourrait à la fois trouver un terrain d'application fertile, mais la déclinaison qui en est concrètement faite montre que de très nombreuses difficultés attendent toujours les plaignants.

1.1. La liberté de produire des preuves

Le litige relatif aux discriminations, comme un grand nombre de litiges du travail, soulève des difficultés nombreuses. Dans le cadre d'un travail pour autrui qui caractérise le contrat de travail, le salarié cumule des difficultés d'ordre pratique (accès aux documents de l'entreprise, obtention de témoignage de salariés subordonnés au même employeur, compréhension des raisons exactes des choix opérés...) et aussi d'ordre juridique. Les documents produits font souvent l'objet d'un droit de propriété de l'entreprise, et leur production est parfois susceptible d'être qualifiée de faute disciplinaire ou de vol, si le salarié se les est procurés en dehors de ses fonctions ou au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour l'exercice des droits de la défense⁷. L'entreprise peut opposer à la production de tels documents le respect de la vie privée⁸, le respect du secret des affaires ou du secret professionnel le cas échéant, ou encore, plus souvent le droit au respect de la vie privée des autres salariés concernés par les divulgations d'éléments tels que les montants de salaire, l'âge, le sexe, la nationalité, etc. Aussi la liberté de produire des preuves est-elle une question cruciale pour le droit des discriminations. Les mutations proviennent d'abord du droit commun de la preuve, dont les incidences précises sur les contentieux des discriminations demeurent difficiles à percevoir.

⁶ G. GOBEAUX, « Le droit à la preuve », in CHAÏM PERELMAN, et PAUL FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Établissements Émile Bruylant, 1981, p. 277-301. Reproduit in *Revue Juridique de la Sorbonne*, Décembre 2020, no 2, p. 218 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. Saint-Pau, LGDJ, 2010, p. 184 s.

⁷ Soc. 31 mars 2015, n° 13-24.410, P, D. 2016.806, obs. P. LOKIEC. L'employeur peut sanctionner le salarié pour une faute disciplinaire si l'appropriation des documents se fait en dehors de ce cadre protégé, ou demander la destruction des documents pris par le salarié. L'employeur peut aussi agir sur le terrain pénal et demander la condamnation pour vol du salarié. Crim. 9 juin 2009 n° 08-86.843, P., D. 2010. 306, note H.K. GABA. A contrario, le salarié n'est protégé que s'il agit strictement dans le cadre de ses fonctions et dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense cf. Crim. 11 mai 2004, no 03-85.521 P, Dr. soc. 2004. 938, note F. DUQUESNE; *ibid.* 1042, obs. F. MOULY. Adde B. BOSSU et H. TOURNIQUET, *Droits du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent*, RDT 2016. Controverse, 74.

⁸ Cf. CE. 7 octobre 2022, n°443826, reconnaissant que les comptes d'une fondation privée relèvent de la vie privée de ces organismes ; la jurisprudence de la Cour de cassation paraît plus réservée sur ce terrain (Cass. 1e civ. 17-3-2016 n° 15-14.072, P) mais la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas la protection du droit au secret des correspondances des personnes privées Cf. CEDH, *Association for european integration and human rights and Ekimdzhev c. Bulgarie*, 28 juin 2007, n° 62540/00

1.1.1. L'essor du droit à la preuve

L'essentiel des débats français autour de la question des preuves des discriminations est aujourd'hui pensé au prisme du « droit à la preuve ». Celui-ci n'a rien de spécifique au contentieux relatif aux discriminations dans le travail. Il a même longtemps été ignoré par le droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a, en effet, fortement limité la recevabilité des preuves de l'employeur lorsque celles-ci étaient obtenues de façon illicite, et en particulier au moyen d'enregistrements ou vidéosurveillances faits à l'insu des salariés. L'arrêt Neocel avait ainsi fermement proclamé que « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite », ce dont il découlait son irrecevabilité devant le juge⁹. Cette prise de position ferme contre la production de toute preuve obtenue à l'insu de l'autre partie révèle le choix jurisprudentiel d'une ferme protection de la vie personnelle des salariés. L'arrêt Nikon¹⁰ fut l'apogée de cette politique, avant qu'elle ne s'érousse progressivement.

L'évolution de cette question et l'admission croissante de preuves obtenues de façon illicite provint probablement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a rendu une abondante jurisprudence sur la manière dont doit se comprendre la protection de la vie privée en cas de production de preuves attentatoires à celle-ci par la partie adverse, ce qui mène la Cour à rechercher une conciliation entre le respect du droit à la vie privée et les règles du procès équitable. Un seul arrêt, se réfère à la protection d'un « droit à la preuve » peut-être d'ailleurs de façon accidentelle : l'arrêt L.L. contre France¹¹. Les autres arrêts rendus antérieurement et postérieurement ont évité cette dénomination, mais ils font l'application d'une règle de proportionnalité entre, d'un côté, le respect du droit à la vie privée, et, de l'autre, le principe d'égalité des armes déduit de l'article 6-1 qui « implique notamment l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire¹² », et impose au juge « l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre¹³ ».

⁹ Soc. 20 nov. 1991, «Néocel», no 88-43.120 P: D. 1992. 73, concl. Y. CHAUVY; RJS 1992. 25, no 1, rapp. Ph. WAQUET.

¹⁰ Soc. 2 oct. 2001, Sté Nikon France, n° 99-42.942 P, Dr. soc. 2001. 915, note J.-E. RAY; *ibid.* 2002. 84, étude A. MOLE; RTD civ. 2002. 72, obs. J. HAUSER; GADT, n° 70 RTD civ. 2002. 72, obs. Hauser. Adde P. ADAM, Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux Droit social 2021. 14

¹¹ CEDH, L.L. c. France, (Req. n°7508/02), n° 40 qui oppose à la production d'un dossier médical du conjoint par la partie demanderesse dans le cadre d'une procédure de divorce le « droit à la preuve du conjoint » (traduit dans la version anglaise « right to produce evidence »)

¹² CEDH DOMBO BEHEER B.V. c. PAYS-BAS (Requête no14448/88), 27 octobre 1993, n° 33 ; CEDH ALMEIDA SANTOS c. PORTUGAL (Req. n° 50812/06), 6 octobre 2010, n° 38

¹³ CEDH AFFAIRE N.N. ET T.A. c. BELGIQUE (Req. n° 65097/01), 1^{er} dec. 2008, n° 44 ; Perez c. France [GC], no 47287/99, n° 80

La Cour de cassation, de son côté, tout en justifiant son évolution par le respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴, fit alors systématiquement référence à l'idée d'un droit à la preuve. Celui-ci fut consacré par un arrêt du 5 avril 2012 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation¹⁵, qui imposa au juge de vérifier, selon une formule devenue classique « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». L'arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière le 22 décembre 2023¹⁶ fait un pas supplémentaire dans la généralisation complète de cette règle, devenue désormais, semble-t-il, la seule à appliquer en cas de contestation sur la recevabilité des preuves. Jusque là, l'invocation du droit à la preuve résistait à la production de preuves déloyales : lorsque le plaignant produisait des preuves obtenues par provocation, par ruse ou par tout autre procédé déloyal, la Cour considérait que la dignité du système judiciaire exigeait de déclarer irrecevables de telles preuves devant les juridictions de l'ordre judiciaire¹⁷. Cependant, une telle restriction pouvait être discutée au regard des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme relativement à la protection de la possibilité raisonnable de présenter sa cause. L'interdiction de la production de toute preuve collectée de façon déloyale empêche certains justiciables de faire valoir leurs droits alors même qu'ils disposent d'éléments qui établissent indiscutablement le comportement du défendeur. Tel est, par exemple, le cas d'un employeur qui constate un vol à partir d'une caméra dissimulée, mais ne peut pas s'en prévaloir. Dans l'affaire soumise à l'Assemblée plénière, un responsable commercial n'avait pas restitué des documents commerciaux de l'entreprise et avait été convoqué à un entretien par la direction, qui l'avait enregistré à son insu afin d'attester de son refus de restituer ces documents. La Cour de cassation ne se prononce pas directement sur la recevabilité de l'enregistrement en question (l'affaire est renvoyée à une autre cour d'appel), mais elle opère un revirement de jurisprudence sur la recevabilité des preuves déloyales. La Cour soumet désormais les preuves produites de façon déloyale à un régime identique à celui fixé pour les preuves illicites. Le juge devra « apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte

¹⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation de 2012, La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Doc. Fr., 2012, p. 329

¹⁵ Civ. 1re, 5 avr. 2012, 11-14.177, Bull. civ. I, no 85 ; D. 2012. 1596, note G. LARDEAUX ; D. 2013. 269, obs. N. FRIGERO ; RTD civ. 2012. 506, obs. J. HAUSER. Pour un panorama de la jurisprudence ultérieure cf A. LEPAGE, Rep. Civ. Dalloz, V° Droits de la personnalité (2022), n° 303.

¹⁶ Ass. Plén 22 décembre 2023, n° 21-11.330 P, Dr. soc. 2024. 293 obs.. Chr. Radé, D. 2024. 296 note. Th. PASQUIER, RT D Civ. 2024. 186 obs.. J. KLEIN.

¹⁷ Cf. Ass. plén., 7 janv. 2011, no 09-14.667, D. 2011. 562, note F. FOURMENT ; JCP 2011, n o 208, note RUY ; RTD civ. 2011. 127, obs. FAGES ; RTD civ. 2011. 383, obs. Ph. THÉRY

à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

L'arrêt explicite les raisons qui ont conduit à ce revirement de jurisprudentiel, évoquant tour à tour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'égalité des armes (n°9), la difficulté à distinguer la preuve illicite et la preuve déloyale (n°11) et la jurisprudence criminelle sur la loyauté probatoire (n°10). Ces arguments pourraient tous être relativisés : la jurisprudence de la Cour européenne n'a jamais abordé directement la loyauté de la preuve, la question des procédés de preuve relevant du juge national ; la preuve déloyale par stratagème, ruse ou provocation comprend un degré supplémentaire par rapport à la preuve illicite, et la jurisprudence pénale a longtemps divergé de la jurisprudence civile, sans que cela inquiète outre mesure la Cour de cassation.

Peu importe. La Cour de cassation a sans doute anticipé une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Tout autant qu'une question de droit, l'admission de preuves sans restriction, particulièrement lorsqu'elles viennent de la captation de sons ou d'images, omniprésente dans la vie sociale du fait de la diffusion des smartphones, est perçue de manière assez générale comme une nécessité du temps présent. Il y a là une « demande de vérité¹⁸ » à laquelle les juges ne sauraient ne pas faire écho. La large admission des preuves en justice répond avant tout à une demande de justice, fort répandue, qui exige de produire ce qui paraît relever de faits évidents. Pour autant, la Cour de cassation n'a pas posé les principes d'une admissibilité sans réserve de ces preuves : elle soumet leur production à un strict régime de proportionnalité, seules les preuves indispensables peuvent être admises¹⁹.

La fiabilité de la preuve issue de captations numériques est pourtant toute relative et, à mesure que les outils d'intelligence artificielle viendront affaiblir la présomption de vérité qui leur est attribuée, leur force probante ne pourra qu'être amenée à s'amenuiser.

La libéralisation de la production des preuves, dans la jurisprudence, est d'abord le fruit de stratégies d'employeurs destinées à contourner la ferme jurisprudence née dans les années 1990 afin de limiter la production de preuves issues de modes de surveillance dissimulés. L'essentiel du contentieux sur ces questions concerne donc des preuves obtenues par l'employeur à l'insu des salariés, même si on trouve dans quelques arrêts une application de règles comparables pour les preuves produites par les salariés²⁰.

¹⁸ X. LAGARDE, Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancaire, D. 2023. 1526 (introduction).

¹⁹ Cf interview de Jean-Guy HUGLO, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires, SSL n° 2077, 29 janvier 2024, p. 13.

²⁰ Cf. Soc. 29 janvier 2008, 06-45.814, Inédit, RJS 4/2008, n° 379 (irrecevabilité d'un enregistrement d'une conversation avec l'employeur à son insu) ; Soc. 6 février 2013, 11-23.738, P, RJS 4/2013, n° 316 (production des messages laissés sur la boîte vocale de son téléphone mobile jugés recevables, l'employeur ne pouvant ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur), ou encore la production de données médicales des patients par le salarié d'une clinique (Soc. 20 déc. 2023, n° 21-20.904 B, Dr. soc. 2024. 195, obs. MOULY; RJS 3/2024, no 140; JCP S 2024. 1037, obs. Lahalle). Toutefois la Chambre criminelle exclut le plus souvent le délit d'atteinte à la vie privée de l'employeur, les propos tenus au cours d'un entretien préalable au licenciement relevant de la sphère professionnelle et ne portent pas atteinte à l'intimité de la vie privée. (Crim. 12 avril 2023

L'essentiel de la jurisprudence se concentre sur le contrôle de la recevabilité des preuves patronales, dès lors que les éléments de preuve sont susceptibles de porter atteinte à la vie personnelle du salarié. Ces preuves ne sont recevables que si elles sont nécessaires à l'exercice des décisions de l'employeur. On y retrouve par exemple le droit de filmer le salarié par un mécanisme non porté à sa connaissance dans le contexte de suspicion de vol ou d'irrégularités constatées dans les stocks²¹, la production de publications sur un groupe Facebook dès lors que la diffusion porte atteinte aux intérêts commerciaux²², la production des adresses IP de connexion du salarié²³.

Ce contrôle de proportionnalité est cependant parfois exclu : il est des situations dans lesquelles les faits allégués par l'employeur portent directement atteinte à l'intimité de la vie privée et les juges n'ont pas en ce cas à examiner la recevabilité des preuves²⁴. Tel avait été le cas dans le second arrêt rendu par l'Assemblée plénière du 22 décembre 2023. L'affaire concernait un salarié qui avait tenu des propos homophobes à l'égard d'autres salariés de l'entreprise sur un réseau social purement privé : bien que le contenu ait été appréhendé par un collègue de façon fortuite, la Cour de cassation refuse de recevoir une telle preuve, « une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail²⁵ ». Il en est certainement de même lorsque l'employeur fait appel à un détective privé pour surveiller le salarié dans sa vie privée²⁶.

Ce dernier point n'est cependant pas entièrement clair dans la jurisprudence : les frontières entre ce qui relève de la vie privée et de la vie professionnelle ne sont pas tracées de façon étanche, et il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles des faits relevant de la vie privée peuvent être rattachés à la vie professionnelle. En certaines hypothèses, un comportement du salarié, par exemple la publication sur les réseaux sociaux peut directement avoir un impact sur la vie de l'entreprise, par la divulgation d'informations commerciales²⁷ ou de secrets industriels. En d'autres, elle se réfère à des obligations implicitement liées au contrat de travail, bien que fondées sur des faits relevant de la vie extra-professionnelle, à l'instar des manquements à la probité pour des employés du sec-

n° 22-83.581, Inédit RJS 10/2023, n° 501)

²¹ Soc. 14 février 2024, 22-23.073, P.

²² Soc. 10 nov. 2021, n° 20-12.263, P., D. 2021. 2093 ; Dr. soc. 2022. 81, obs. P. ADAM ; Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 P: D. 2020. 2383, note GOLHEN; ibid. 2021. Pan. 209, obs. AYNÈS; RDT 2020. 753, note KAHN; ibid. 764, obs. LHOMOND; Dr. ouvrier 2020. 793, note LECLERC; x; JCP S 2020. 3042, avis BERRIAT, obs. LOISEAU.

²³ Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523 P: D. 2021. 117, note LOISEAU ; Dr. soc. 2021. 21, note TRASSOUDAINÉ-VERGER; ibid. 170, note SALOMON; RDT 2021. 199, obs. MRAOUAHI; JSL 2021, no 511-3, obs. NASSOM-TISSANDIER; JCP S 2021. 1032, obs. BOSSU.

²⁴ Ass. Plen.

²⁵ Soc. 22 décembre 2023, 21-11.330, B. Voir également pour la tenue de propos xénophobes sur une messagerie professionnelle, qui ne peuvent être fautifs dès lors qu'ils sont restés privés, Soc. 6 mars 2024, n° 22-11.016 B.

²⁶ Soc. 26 nov. 2002, no 00-42.401 P.

²⁷ Soc. 30 sept 2020, n° 19-12.058 : B, prec. note 21.

teur bancaire²⁸, ou encore l'utilisation, en dehors du temps de travail, d'outils ou véhicules de l'entreprise pour commettre un délit²⁹, voire la commission de faits susceptibles de ternir l'image de l'entreprise³⁰. L'obligation de loyauté peut également justifier un rattachement à la vie professionnelle de faits paraissant pourtant purement privés³¹. La frontière entre vie professionnelle et vie privée n'est donc pas tracée avec une grande précision. Dans l'arrêt du 22 décembre 2023, des propos homophobes tenus sur un réseau privé pourraient par exemple être invoqués au titre non d'une faute du salarié comme l'avait fait l'employeur, mais à celui d'un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, ce qui aurait éventuellement rendu la preuve possible. Selon les hypothèses, des faits proches peuvent dès lors être appréhendés soit au prisme de la protection de la vie privée, ce qui rend toute production de preuve irrecevable, soit à celui de faits rattachés à la vie professionnelle, rendant applicable le régime du contrôle de proportionnalité.

Au-delà de ces incertitudes, il apparaît que la jurisprudence contemporaine a clairement fait un pas en direction d'une plus grande admissibilité des preuves, qu'elles soient issues de procédés illicites ou déloyaux de preuve. Comme on le perçoit, ces évolutions ont pour l'heure surtout été invoquées afin d'étendre l'emprise du pouvoir de l'employeur à l'égard du salarié. Mais la règle jurisprudentielle, fondée sur le respect du « droit à la preuve », ne concerne pas que l'employeur, et le salarié a vocation à s'en prévaloir également, notamment dans les contentieux relatifs aux discriminations qui suscitent nombre de difficultés probatoires.

1.1.2. La répercussion de cette jurisprudence sur la production des preuves des discriminations

La jurisprudence de la Cour de cassation, confortée par les décisions de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2023, tend à renouveler le cadre probatoire, en plaçant la production des preuves sous la seule contrainte du respect du régime du « droit à la preuve ». La recevabilité des preuves dépend pour l'essentiel de l'application du contrôle de proportionnalité.

Le premier enjeu concerne la persistance de la jurisprudence spécifique aux salariés sur la production de documents appartenant à l'entreprise. La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de préciser l'incidence de sa nouvelle jurisprudence sur la production de preuves provenant de documents de l'entreprise. Bien que l'essentiel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté de produire des preuves soit rendu sur le fondement de l'article 8 CESDH (protection de la vie privée), rien n'exclut de la transposer dans le domaine du droit au respect des biens (article 1 du Protocole n°

²⁸ Soc. 25 janvier 2006 n° 04-44.918, BRJS 4/06 n° 404.

²⁹ Soc. 18 mai 2011 n° 10-11.907, inédit, RJS 8-9/11 n° 669 (vol commis avec un camion de l'entreprise).

³⁰ Soc. 7 février 1985 n° 82-43.505 P. (vol d'un tableau par un cadre de l'entreprise).

³¹ Voir en dernier lieu Soc. 29 mai 2024 n° 22-16.218 P. : obligation de révéler à l'employeur une relation amoureuse avec un collègue au nom d'une obligation de loyauté.

1) : la production de preuves attentatoires aux biens de l'entreprise pourrait être justifiée, sur le fondement de l'article 6-1 si elle peut franchir les conditions du contrôle de proportionnalité. Cela devrait inviter à revoir la jurisprudence sur le vol des documents de l'entreprise. La production des documents de l'entreprise (photocopies, données prises sur les ordinateurs ou serveurs informatiques) pourrait alors être jugée recevable, non pas en considération du fait que le salarié y a eu accès dans le cadre de ses fonctions et dans le but de préparer sa défense, mais dans le cadre de l'exercice de son droit à la preuve. Seul le critère du caractère indispensable du document dans le litige mériterait désormais d'être pris en compte, indistinctement de la question de la propriété des documents et de la licéité de l'appropriation, des circonstances de l'accès au document et de la finalité poursuivie par le justiciable.

Cette évolution pourrait-elle, s'étendre, au-delà de la recevabilité des preuves, à la sanction pénale de l'appropriation de tels documents ? L'assemblée plénière a mentionné la nécessité d'une mise en cohérence de la jurisprudence civile et la jurisprudence répressive. Toutefois, les enjeux sont ici tels qu'on imagine mal la jurisprudence criminelle finisse par admettre, au nom d'un droit à la preuve des collectes de données de grande ampleur ou à la captation plus ou moins systématique de sons ou d'images à l'insu de l'employeur. La recevabilité des preuves illicites ou déloyales dans le procès civil n'exclut donc pas toute reconnaissance d'infraction pénale.

D'ores et déjà, la nouvelle jurisprudence laisse entrevoir une évolution de certains aspects importants en matière de discrimination. Tel est le cas, en particulier, du harcèlement discriminatoire ou de la persistance d'attitudes ou propos discriminatoires dans l'entreprise. En ce cas, le droit à la preuve peut justifier de produire des preuves obtenues à l'insu de l'employeur et des collègues de travail, que ce soient un enregistrement des conversations ou des captations d'images faites à l'insu des personnes. Il faut alors démontrer que de tels modes de preuve, illicites, sont indispensables pour le droit à la preuve du salarié (il n'existe pas d'autre moyen possible) et proportionnées au but recherché. L'application du critère de proportionnalité dépend bien sûr de nombreux facteurs tels que les circonstances ou le lieu des enregistrements, de l'étendue des captations faites et des raisons qui ont conduit le salarié à porter un tel soupçon. Certains modes de preuve plus intrusifs encore pourraient même être envisagés, tels que l'accès à des messageries, à des réseaux sociaux privés, ou à des disques durs ou tout autre document à l'insu des personnes qui les détiennent, sous réserve d'une immixtion dans l'intimité de la vie privée du défendeur. Certaines cours d'appel semblent d'ailleurs se montrer ouvertes à la recevabilité de

preuves de la discrimination par la production d'enregistrements audio clandestins³². Mais d'autres ont refusé de le faire³³.

Le second enjeu concerne la production des données lorsque le litige relatif à la discrimination impose la comparaison de la situation du plaignant avec celle d'un nombre plus ou moins important de ses collègues, relativement à la rémunération ou la carrière. Conformément au droit de l'Union européenne, qui admet le recours à la statistique pour établir des discriminations³⁴, le droit français accepte la production de panels de comparaisons. Ces derniers exigent cependant de divulguer nombre d'informations relativement au sexe, à l'origine, à la rémunération ou à l'évolution de la carrière des salariés concernés. Des entreprises ont donc opposé à ce type de production de donnée l'atteinte à la vie privée des salariés concernés, ou l'atteinte au secret des affaires. La reconnaissance des statistiques comme un mode possible de preuve des discriminations, objet d'une attention croissante des textes européens³⁵, impose pourtant aux juridictions de les recevoir largement.

Certains arrêts l'ont reconnu expressément, même si peu d'affaires ont conduit directement à examiner la recevabilité des preuves produites, la majorité des affaires concernant leur production forcée. Un arrêt intéressant d'une Cour d'appel permet néanmoins de montrer que le raisonnement impliqué par le respect du droit à la preuve est suivi par les juges du fond. Une salariée invoquait l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe et sur son état de grossesse. Elle produisait, à titre de comparaison, un tableau où le nom de différents salariés, leur date d'embauche, le niveau de salaire, et de classification. Le document avait été mis en ligne sur l'Intranet par erreur par la DRH, qui l'avait ensuite retiré et demandé à tous les collaborateurs de le détruire. Mais l'un des salariés l'avait conservé et transmis à la plaignante. L'employeur invoquait l'irrecevabilité du document, mais la Cour d'appel considère que sa production est justifiée et proportionnée : la salariée « ne disposait pas d'autres moyens de preuve au moment de la saisine du juge prud'homal pour fournir

³² C.A. BOURGES 13 septembre 2019 - 19/01169 (enregistrement clandestin d'un entretien professionnel avec l'employeur, preuve recevable) ; Grenoble 1er septembre 2022 n°20/03611 (enregistrement d'une conversation téléphonique avec l'employeur, recevabilité dans une situation où le salarié était « confronté à de réelles difficultés de preuve ») ; Versailles - 20 décembre 2023 - 21/01092 (recevabilité d'un enregistrement clandestin d'une séance du CSE. Douai 26 janvier 2024 - 22/00840 (recevabilité de deux enregistrements d'entretiens avec le gérant de l'entreprise).

³³ Amiens 20 mars 2024, n° 23/01066 : irrecevabilité de la production d'un procès-verbal du CSE, celui-ci ayant été communiqué au salarié à un moment où il n'était plus salarié de l'entreprise, le salarié ayant à sa disposition beaucoup de documents pour prouver les dysfonctionnements de l'entreprise.

³⁴ Cf. CJUE 24 septembre 2020 YS contre NK AG, Aff. C-223/19 ; CJUE 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18 ; CJUE 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97 et CJUE 6 décembre 2007, Voß, C-300/06.

³⁵ La mention des statistiques comme mode possible de preuve est présente dans la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Considérant n° 15), puis devient, à la faveur de la Directive 2023/970 du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit un droit auquel les États ne peuvent s'opposer (considérant n° 28) et, directement dans le corps de la directive, un mode de preuve reconnu (article 19-3).

des éléments de comparaison en vue d'établir la discrimination alléguée³⁶ ». L'impossibilité d'accéder à ce type de données justifie donc ici la production par le salarié de données obtenues de façon déloyale ou illicite.

La force du droit à la preuve (ou de la garantie du droit à l'égalité des armes) est telle que ces règles permettent d'outrepasser les différentes obligations professionnelles qui imposent au salarié de ne pas divulguer certaines informations, que l'on désigne parfois par l'expression assez confuse de « secret professionnel ». Les juridictions semblent appliquer les mêmes exigences au regard du caractère indispensable et proportionné des preuves produites.

Un salarié travaillant pour l'ambassade du Brésil avait ainsi, au mépris d'une clause de confidentialité inscrite dans son contrat, produit une liste de personnes nommément désignées employées au consulat général du Brésil et le montant de leur salaire. Cette liste avait été obtenue par un autre salarié dans un précédent litige et l'employeur n'avait pas autorisé sa diffusion. La Cour d'appel de Paris considère néanmoins que la preuve « est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits en justice, indispensable à cet effet³⁷ ».

L'application de la proportionnalité a ici conduit que le juge à mettre en balance à la fois les circonstances de la violation de la clause de confidentialité (divulgarion limitée au litige), et celles de l'appropriation des documents (diffusion par l'employeur lui-même).

Certains litiges peuvent cependant conduire à la violation de secrets professionnels plus précisément protégés, comme la violation du secret médical. Sans se prononcer directement sur la recevabilité de la preuve, un arrêt de la Cour de cassation³⁸ a estimé que la communication de données personnelles de patients d'une clinique afin de prouver des faits de harcèlement pouvait constituer une faute grave. Elle fait valoir que le licenciement était justifié, car le salarié avait méconnu les termes de L. 1110-4, (protection du secret médical), qui s'impose à tous les salariés des établissements de santé. Le régime qu'elle applique est cependant inspiré des formules relatives au droit de produire des preuves en indiquant que « la production en justice de documents couverts par le secret médical ne peut être justifiée que lorsqu'elle est indispensable à l'exercice des droits de la défense et proportionnée au but poursuivi » : le respect du droit à la preuve est donc érigé en fait justificatif qui fait obstacle à la sanction civile ou le cas échéant pénale.

Cette indication montre donc le poids du droit procédural à la preuve, qui a des incidences possibles sur le fond du droit, y compris face à des secrets professionnels légalement garantis. En retour, cette décision montre aussi l'ambivalence d'une telle reconnaissance, conditionnée à la l'incertitude des résultats du contrôle de proportionnalité. Il est certain que, dans la pesée des droits antagonistes, la protection du droit au secret pèse

³⁶ Grenoble, 26 octobre-2023 n° 18/04078, RJS 2/2024, n° 2

³⁷ Cour d'appel de Paris, 16 mai 2024 n° 21/09582

³⁸ Soc. 20 janvier 2023 n° 21-20.904 FS-B

lourdement sur la décision des juges, comme cela a été le cas dans cet arrêt. L'étendue des preuves susceptibles d'être produites s'avère dès lors incertaine et fait peser sur le salarié le risque de sanctions pénales ou disciplinaires.

1.2. La production forcée des preuves

La seconde dimension que le droit français rattache à l'idée d'un droit à la preuve est la reconnaissance de la faculté de solliciter la production forcée des preuves détenues par l'autre partie. Ce type de preuve est essentiel dans le droit des discriminations en raison, la plupart du temps, de la nécessité de présenter des éléments de comparaison, voire des éléments statistiques précis permettant d'établir des différences de traitement. Ce type de preuve est particulièrement difficile à produire, non seulement parce que seul l'employeur détient les éléments nécessaires (montants de salaire, classifications, évolution des carrières dans l'entreprise), mais aussi parce que ces éléments impliquent pour l'employeur de divulguer nombre de données se rapportant à la vie privée d'autres salariés.

Sous l'emprise du droit européen, l'administration de la preuve a été facilitée, grâce à un mécanisme en deux temps, l'employeur étant tenu de justifier des différences pratiquées lorsque le salarié établit des faits qui, *prima facie*, sont susceptibles de constituer une différence de traitement³⁹. A chacune de ces étapes, le salarié doit cependant disposer de preuves suffisamment précises et convaincantes. L'établissement des différences de traitement tout comme la contestation des justifications de exige de disposer d'éléments précis et souvent de données statistiques⁴⁰. Chaque étape exige donc, pour garantir l'effectivité de la protection contre les discriminations, d'accéder à des informations et documents détenus par l'employeur.

Dans la procédure française, deux voies cohabitent à cet effet.

La première est intégrée à la procédure ordinaire. L'un des principes directeurs de la procédure civile est en effet que le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (Art. 10 CPr. Civ.). Il peut donc demander la production de toute pièce qui lui semble nécessaire. Le principe est à comprendre au regard des autres principes qui gouvernent le procès civil : les parties sont tenues uniquement d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions (Art. 6), et de prouver les faits nécessaires au succès de leurs prétentions (Art. 9). Les parties n'ont pas l'obligation d'apporter au juge des éléments qui seraient contraires à leurs prétentions et corroboreraient celles de l'adversaire. Néanmoins, elles peuvent solliciter du juge des mesures d'instruction, que le juge peut ordonner à l'encontre de l'autre partie (Art. 11), sous réserve que la partie demanderesse ne dispose pas d'éléments suffisants et qu'elle ait suffisamment fait preuve de

³⁹ C. Trav. Art. L. 1134-. La règle transpose en droit français les différentes directives européennes sur les discriminations (notamment Dir. 2000/78, Art. 10 ; 2000/43, Art. 8 ; 2006/54, Art. 19).

⁴⁰ Voir notamment CJCE 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97, EU:C:1999:60, point 62; CJUE 3 octobre 2019 Minoo Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien, C-274/18 n° 48.

diligence dans la production des preuves dont elle dispose (Art. 146). Le juge se voit donc reconnaître, d'un large pouvoir pour ordonner la production de pièces, spécialement dans le procès en discriminations dans lequel nombre de pièces sont détenues par la partie défenderesse. La limite vient du fait qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du juge, qui n'est pas tenu de faire droit aux demandes de production de preuve⁴¹, sans même avoir à s'expliquer des raisons du refus⁴². Les règles relatives à l'action en justice en matière de discrimination rappellent ces règles sans apporter davantage de précision (C. Trav. Art. L. 1134-1).

Dans le cadre des litiges du travail, devant les juridictions prud'homales, de telles mesures d'instruction ont vocation à être prononcées dans le cadre de l'audience initiale menée devant le bureau de conciliation et d'orientation, chargé de mettre l'affaire en état d'être jugée⁴³. Il est possible de désigner un conseiller rapporteur chargé d'instruire l'affaire, qui dispose du pouvoir d'auditionner toute personne et de faire procéder à toute mesure d'instruction⁴⁴. Le bureau de conciliation et d'orientation peut également lui-même prendre des mesures d'instruction⁴⁵. Certaines décisions et certains auteurs ont pu considérer que cette phase de mise en état exige du juge qu'il joue un rôle actif, et que le fait de ne pas prendre des mesures d'instructions peut en certaines circonstances, s'apparenter à un « abus de pouvoir négatif⁴⁶ ». La volonté de renforcer la mise en État de l'affaire par le bureau de conciliation et d'orientation depuis 2016 plaide en ce sens, mais les règles et la jurisprudence n'ont jamais véritablement franchi le pas qui passerait d'une faculté (conseillée) de prendre des mesures d'instruction, à un devoir pesant sur les juges. L'attitude des juges prud'homaux est donc souvent imprévisible à cet égard.

Face à ces incertitudes, c'est souvent la seconde voie qui est explorée par les plaignants afin de pouvoir s'engager dans un litige : celle de la production forcée de pièces avant même l'engagement du litige, dans le cadre des dispositions de l'article 145 C. Pr. Civ. Ce dernier permet de saisir le juge, soit en référé soit sur requête (c'est-à-dire sans prévenir d'avance l'adversaire) afin d'obtenir des mesures d'instruction, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Ce type de mesure peut être demandé devant le conseil de prud'hommes pour obtenir des preuves en vue d'un litige portant sur les discriminations, sans que les règles spéciales de preuve y fassent obstacle⁴⁷ : le salarié peut alors cumuler

⁴¹ Cf. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1973, n° 72-13.385, P.

⁴² Civ. 2^e, 16 octobre 2003, n° 01-13.770 P.

⁴³ Cf. L. 1454-1-2 C. Trav.

⁴⁴ Cf. R. 1453-4 et R. 1454-4 C. Trav.

⁴⁵ R. 1454-14 C. Trav.

⁴⁶ Evelyne SERVERIN, Tiennot GRUMBACH, Des devoirs et des pouvoirs des conseillers prud'hommes lors de l'audience initiale, RDT 2009. 462.

⁴⁷ Soc. 22 septembre 2021, n°19-26.144 P, RTD Civ. 2021 p.887 note H. BARBER ; cf. H. BARBER, De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail RDT 2022. 95

le bénéficiaire d'un allègement de la charge probatoire avec la faculté de solliciter du juge des éléments de preuve. Ce texte ne nécessite pas que le salarié dispose d'éléments de preuve suffisants au départ - il permet au contraire à la partie d'avoir accès aux preuves qui lui manquent⁴⁸.

Le recours à ce texte exige que le demandeur n'ait pas préalablement engagé une instance sur le même objet⁴⁹. Le juge, sans apprécier le bien-fondé de la demande⁵⁰ (ici l'existence d'une discrimination) doit apprécier qu'un litige est possible et qu'il existe un motif légitime de solliciter une preuve. À l'instar de la demande de mesures d'instruction dans un litige en cours, le juge dispose du pouvoir souverain d'apprécier cette légitimité⁵¹. Toutefois, le juge doit s'assurer de la possibilité d'un litige « plausible, crédible bien qu'éventuel et futur dont le contenu et le fondement seraient cernés, approximativement au moins, et sur lesquels pourrait influencer le résultat » de la mesure sollicitée⁵² : une motivation minimale du refus est donc requise, sur laquelle la Cour de cassation n'opère qu'un contrôle restreint. Les difficultés probatoires inhérentes aux discriminations ont depuis longtemps conduit les plaideurs à mobiliser ce texte afin d'obtenir des preuves des différences de traitement pratiquées⁵³. Les défendeurs ont alors opposé à de telles mesures l'atteinte à la vie privée qui en résulterait pour les autres salariés, dont des informations seraient communiquées au demandeur. C'est à ce stade que la Cour de cassation a fait intervenir un droit à la preuve. Dans un premier temps, celui-ci n'a pas été directement mentionné. Elle estimait que « le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile » : le juge pouvait ordonner la production des preuves en constatant à la fois l'existence d'un motif légitime et ces mesures sont « nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées⁵⁴ ». Cette dernière référence montrait cependant que la Cour avait en vue (sans citer les textes au visa de l'arrêt) la conciliation entre la production des preuves et la protection de la vie privée. Les arrêts ultérieurs ont plus explicitement ancré cette règle dans le contrôle de proportionnalité et donc dû se référer à un droit fondamental destiné à justifier des atteintes à un droit fondamental. La Cour de cassation se réfère alors à la nécessité pour les juges du fond de vérifier si les mesures demandées sont « nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicite[er]

⁴⁸ L'article 146 C. Pr. Civ., qui conditionne le recours aux mesures d'instruction à l'absence de carences des parties n'est donc pas applicable. Voir notamment Ch. Mixte, 7 mai 1982, RTD Civ. 1982 .788 obs. R. PERROT, id. 1983. 185 obs. J. NORMAND.

⁴⁹ L'appréciation se fait à la date de la saisine du juge des référés cf. Soc. 16 mars 2021, 19-21.063, P.

⁵⁰ Cf. Civ. 4 nov. 2001, n° 21-14.023 P.

⁵¹ Civ. 2^e, 14 mars 1984, RTD Civ. 1984. 562 obs. R. PERROT.

⁵² Civ. 2^e, 10 dec. 2020, n° 19-22.619 P.

⁵³ Cf. Soc. 9 décembre 2012, 10-20.526 P.

⁵⁴ Id.

et ne port[ent] pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés⁵⁵ ».

La protection du droit à la preuve a donc été retenue afin de garantir la production de preuves en matière de discriminations sans opposer systématiquement la protection du droit au respect de la vie privée des tiers, ce qui revêt un apport considérable dans des contentieux qui exigent de comparer la situation d'un plaignant avec celle de ses collègues.

Le principe n'est guère contesté, mais son application concrète suscite des difficultés concrètes qui concernent l'étendue des preuves révélées. Le contrôle de la proportionnalité des atteintes portées à la vie privée des salariés permet au juge de limiter la divulgation d'un nombre trop important d'informations. Dans l'arrêt Renault Truck⁵⁶, les juges ont été confrontés à des demandes de preuves portées par 31 salariés invoquant une discrimination provenant de leur appartenance ou activité syndicale. Ils demandaient la production d'un grand nombre de données permettant de comparer leurs rémunérations carrières avec celles de collègues engagés au même moment et avec une qualification comparable (selon la méthode dite des panels⁵⁷). La Cour de cassation reprend à cette occasion sa jurisprudence sur le respect du droit à la preuve, mais elle complète les formules préalablement mises en avant par une référence à la protection des données dans le cadre du RGPD, dont elle rappelle qu'elle n'est pas un droit absolu, et qu'elle doit être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux. La conséquence est que désormais, la Cour de cassation se réfère non seulement au caractère indispensable de la production des preuves et à leur caractère proportionné, mais aussi au « cantonnement » du « périmètre de la production de pièces sollicitée ». En d'autres termes, la production forcée des données et des preuves ne peut pas être menée de façon indistincte, à l'image d'un large filet de pêche qui serait lancé pour voir ce qu'il peut en ressortir, mais elle doit cibler les éléments les plus pertinents pour établir l'inégalité de traitement. Cela aboutit à un contrôle très fin par les juges du fond, qui peuvent, comme en l'espèce, rejeter la production systématique des comptes-rendus d'évaluations professionnelles, mais exiger la production de bulletins de salaire déterminés pour un grand nombre de salariés, et exiger, également que ces bulletins ne soient pas anonymisés si les besoins de l'analyse le demandent⁵⁸.

⁵⁵ Soc. 16 novembre 2016, 15-17.163, Inédit ; Soc. 16 mars 2021, 19-21.063, P.

⁵⁶ Soc. 1er juin 2023, 22-13.238 P, JCP S 2023. 1158 note G. LOISEAU.

⁵⁷ Sur ces méthodes de comparaison voir l'explication donnée par le Défenseur des droits, Décision-cadre relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, n° 2022-139, 31 août 2022 ; Cf. F. GUIOMARD, Les méthodes d'évaluation des préjudices nés de discriminations, Droit social 2023. 316 ; La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve, Rev. trav. 2023. 133 ; voir également E. COULOMBEL, La réparation du préjudice de carrière du salarié victime de discrimination, Droit social 2023. 325.

⁵⁸ Voir également sur les questions de l'étendue des données transmises et de l'anonymisation Soc. 16 mars 2021, no 19-21.063 P Dr. soc. 2021. 645, note ADAM ; Soc. 8 mars 2023, no 21-12.492 B ; CA Paris 2 septembre 2022, RDT 2023 p.133 obs. F. GUIOMARD, prec.

Certains auteurs estiment aujourd'hui que cette interprétation est satisfaisante, car elle permettrait « dans la grande majorité des cas » d'obtenir les éléments de preuve indispensables⁵⁹. D'autres estiment, sur le fond, que cela permet d'accéder à un nombre de données trop importantes, voire de favoriser des constructions statistiques artificielles⁶⁰. À l'inverse, on peut tout aussi bien soutenir que les restrictions posées à l'égard du demandeur, qui doit pouvoir montrer dès le départ que les preuves qu'il n'a pas encore sont indispensables à son droit à la preuve. La démarche tend alors à aligner les preuves indispensables sur les preuves susceptibles de caractériser une atteinte à l'égalité de traitement pesant dans le premier temps du litige sur le salarié.⁶¹ Cela conduit en réalité à figer l'établissement des différences de traitement dans une méthode donnée de comparaison, alors même que la jurisprudence se montre souple à l'égard de l'établissement des statistiques⁶², et que ces dernières ne sont pas la seule voie admissible pour prouver les discriminations. À cet égard, le refus de confier l'accès aux comptes-rendus d'entretiens d'évaluation par les juges du fond dans la même affaire⁶³ pourrait paraître plus discutable, tant ce type d'instrument de gestion est aujourd'hui central dans les évolutions de carrière des salariés. La complexité des litiges et l'étendue des preuves exigées sont réglées, *in fine*, par l'application du principe de proportionnalité, c'est-à-dire à une appréciation laissée pour l'essentiel aux juges du fond, même si la Cour de cassation n'a pas abandonné un contrôle minimal sur le caractère indispensable du recours aux preuves produites. L'issue de la quête d'une production des preuves est donc relativement incertaine, bien que couverte par l'idée d'un droit à la preuve.

C'est alors l'utilité même de l'idée d'un droit à la preuve qu'il convient de discuter en tant qu'outil de facilitation des litiges relatifs aux discriminations.

⁵⁹ J-Y FROUIN, Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi, RJS 5/2023, n° 15.

⁶⁰ G. LOISEAU, *prec.*; J. ICARD, Discrimination: causalité ou corrélation? D. 2023. 457 et Discrimination et tests statistiques, de sérieuses questions juridiques, D. 2024.

⁶¹ Voir en ce sens Soc. 8 mars 2023, 21-12.492, P.

⁶² CJUE 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, Aff. C-274/18, point 53.

⁶³ Chambéry, 7 décembre 2021 - 21/00570.