La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail

Nicolas Hoffschir et Vincent Orif

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2053>

DOI : 10.4000/revdh.2053

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas Hoffschir et Vincent Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 07 mars 2016, consulté le 21 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2053> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2053>

Ce document a été généré automatiquement le 21 décembre 2020.

Tous droits réservés

La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail

Nicolas Hoffschir et Vincent Orif

- 1 La lutte contre les discriminations constitue l'une des facettes les plus remarquables de la législation contemporaine. Dans les rapports juridiques déséquilibrés, cette lutte peut cependant être freinée par les obstacles probatoires. Il en va particulièrement ainsi en droit du travail ; subordonné à son employeur, le salarié ne peut que difficilement établir l'existence de la discrimination dont il est victime.
- 2 Contraindre le salarié à se conformer aux dispositions de l'article 1315 du Code civil reviendrait à lui imposer d'établir la discrimination. Pourtant, le plus souvent, la discrimination demeure masquée et s'extériorise rarement au travers de propos, d'écrits ou de documents permettant de la caractériser clairement¹. De plus, l'employeur dispose d'un accès facilité aux éléments de preuve en raison de son pouvoir de direction qui lui permet de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés². Au regard des difficultés rencontrées, le législateur, sous la pression des juges nationaux et européens, a fait le choix d'« aider » le salarié en aménageant la charge de la preuve. Désormais, un salarié doit simplement présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; 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 discrimination³.
- 3 Cette « aide » probatoire demeure parfois insuffisante pour permettre au salarié d'établir qu'il est victime d'une discrimination. Ce dernier peut alors rechercher le secours du juge puisque celui-ci a le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles⁴. Les parties doivent apporter leur concours à ces mesures, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus⁵. Or, les mesures d'instruction sont au cœur d'intérêts contradictoires. D'un côté, l'intérêt du

demandeur peut être d'accéder à des preuves ou d'en éviter le dépérissement. D'un autre côté, il faut aussi prendre en considération l'intérêt du défendeur qui veut se préserver des intrusions demandées par autrui ou éviter la diffusion de secrets juridiquement protégés⁶. Le Code de procédure civile prend en considération ces enjeux contradictoires. Comme souvent, il recherche un équilibre car les mesures d'instruction, prononcées en cours ou avant le procès, répondent à des conditions précises ; si les mesures d'instruction étaient admises trop aisément, le risque serait de porter atteinte à l'égalité des armes au détriment de l'employeur⁷. Il convient donc de se demander si, en droit du travail, la mise en œuvre des mesures d'instruction est de nature à freiner la lutte contre les discriminations.

- 4 En droit judiciaire privé, l'intervention du juge est bien souvent décisive. Lui seul peut en effet contraindre les parties ou les tiers à concourir à la manifestation de la vérité⁸. A cet égard, il est naturel que les parties, et plus spécifiquement le salarié, recherchent l'intervention du juge (§1). La lutte contre les discriminations doit cependant se conjuguer avec la poursuite d'autres intérêts contradictoires qui peuvent constituer un frein à la lutte contre les discriminations et entraver l'intervention du juge (§2).

I. La recherche de l'intervention du juge

- 5 La lutte contre les discriminations au travail peut difficilement se passer du concours du juge. Structurellement, le salarié est en effet placé dans une situation de faiblesse en raison du lien de subordination qui l'unit à son employeur. Cette position affecte sa recherche et sa collecte des preuves. Est-ce à dire que l'intervention du juge est inconditionnelle ? Nullement. Le salarié est le catalyseur de l'exercice des pouvoirs du juge dont la mise en œuvre demeure subsidiaire. Il convient donc d'étudier l'utilité de l'intervention du juge (A) pour souligner que cette dernière n'est que subsidiaire (B).

A. Une intervention utile

- 6 Le caractère déséquilibré de la relation de travail rend nécessaire le prononcé de mesures d'instruction. Pour le comprendre, il convient d'opérer une étude en miroir ; l'intervention du juge est utile parce que l'objet de la preuve à fournir par le salarié (1) correspond à l'objet de la mesure d'instruction ordonnée (2).

1. L'objet de la preuve à fournir par le salarié

- 7 Selon une première analyse, le salarié comme l'employeur peuvent avoir intérêt à solliciter une mesure d'instruction pour prouver les faits nécessaires à la solution du litige. La chambre sociale a d'ailleurs énoncé au sein d'un attendu pédagogique que : « *le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »⁹. Malgré les termes employés dans cet arrêt, la preuve que doit fournir l'employeur provient généralement d'éléments qu'il détient ou devrait détenir dans ses archives¹⁰. C'est donc à l'égard du salarié que le prononcé de mesures d'instruction s'avère le plus utile. Même si le fardeau probatoire est allégé à son endroit puisqu'il doit simplement présenter « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* », il ne

dispose pas toujours des éléments nécessaires¹¹ en raison du peu de relais dont il bénéficie pour étayer sa demande¹².

- 8 Les dispositions de l'article 1134-1 du Code du travail précisent l'étendue de la preuve qui pèse sur le salarié : la charge qui lui incombe consiste principalement en « *l'allégation étayée d'éléments relatifs à l'appartenance au groupe protégé et à la présentation d'une situation susceptible d'être discriminatoire* »¹³. Une distinction doit toutefois être opérée. Parfois, la discrimination peut être établie directement et n'entraîner aucune rupture d'égalité entre les salariés ; c'est l'hypothèse des motifs racistes ou sexistes de l'acte d'un employeur pris à l'encontre d'un salarié. L'établissement de la discrimination s'efface alors derrière la preuve de cet acte. Ceci explique que, lorsque la discrimination peut être directement établie, il n'est pas obligatoire d'effectuer une comparaison avec d'autres salariés¹⁴. Il est suffisant de démontrer que l'acte est motivé par un fait relevant d'un critère prohibé sans qu'il soit besoin d'exiger du salarié qu'il prouve que sa situation est différente de celle de ses collègues de travail¹⁵. Mais, le plus souvent, la discrimination dont est victime un salarié ne peut être établie que par voie de comparaison avec la situation d'autres salariés de l'entreprise.
- 9 Dans un cas comme dans l'autre, le salarié dispose rarement des moyens de rapporter des éléments de fait laissant supposer l'existence de la discrimination. La production du bilan social indiquant la moyenne des rémunérations par catégorie d'emplois au sein de l'entreprise¹⁶, la référence à des statistiques nationales de la rémunération perçue dans un métier¹⁷ – documents auxquels le salarié peut avoir accès – constituent autant d'éléments insuffisants en eux-mêmes car les salariés appartenant au groupe de comparaison ne sont pas nécessairement placés dans une situation identique à celle du demandeur¹⁸. Pour établir des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, l'intervention du juge demeure donc, sinon nécessaire, au moins utile¹⁹.

2. L'objet de la mesure d'instruction ordonnée par le juge

- 10 Étudier l'objet de la mesure d'instruction ordonnée par le juge invite à déterminer ce que les parties peuvent demander au juge. En principe, le juge dispose des plus larges prérogatives et demeure souverain pour apprécier la mesure d'instruction qui serait la plus adaptée²⁰. Il suffit que la mesure demandée concerne des faits dont dépend la solution du litige²¹ ; cela signifie que les faits dont le demandeur cherche la preuve doivent permettre d'envisager l'application des règles de droit²². Il est alors possible de demander la communication de pièces comme des bulletins de paie ou des entretiens annuels d'évaluation ; la décision ordonnant la communication peut éventuellement être assortie d'une astreinte qui permet d'en garantir l'efficacité²³. Dans cette hypothèse, le juge doit vérifier que la pièce réclamée a une existence au moins vraisemblable²⁴. Il est également envisageable qu'une expertise soit sollicitée, voire que le juge l'ordonne d'office²⁵ ; le juge peut néanmoins refuser de l'ordonner si la preuve de la discrimination peut être apportée à moindre coût car il doit prononcer une mesure suffisante à la solution du litige en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux²⁶. Ces rapides observations mettent en exergue l'utilité de l'intervention du juge pour déterminer si un salarié est victime ou non d'une discrimination.
- 11 Toutefois, l'écoulement du temps pourrait être un obstacle à la conservation de certaines preuves. En principe, l'employeur n'est pas tenu de conserver de documents dans ses archives lorsque la loi ne l'y contraint pas. La jurisprudence se montre

cependant sévère à son égard²⁷. Elle décide en effet que la prescription n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période non prescrite²⁸. Même si le délai de prescription n'est plus que de cinq ans, le salarié peut demander la réparation de faits de discrimination produits au-delà de ce délai²⁹ puisque les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice causé par la discrimination³⁰. Il en résulte que l'employeur doit pouvoir produire l'intégralité des documents relatifs à la situation du salarié pendant sa présence dans l'entreprise, fût-elle sur une période de 30 ans³¹. Quelle que soit la taille de leur entreprise, les employeurs doivent conserver leurs archives avec une grande rigueur³². Par ailleurs, la conservation des preuves est recommandée aux employeurs car cela peut améliorer leur défense. Il a ainsi été jugé dans une affaire de discrimination syndicale qu'un employeur pouvait invoquer des faits ayant motivé des sanctions disciplinaires amnistiées par la loi dès lors que leur invocation était nécessaire à l'exercice des droits de la défense de l'employeur car elles pouvaient expliquer de manière objective une différence de traitement du salarié³³.

- 12 Bien qu'utile, l'examen des textes et de la jurisprudence montre que l'intervention du juge relative au prononcé de mesures d'instruction reste subsidiaire.

B. Une intervention subsidiaire

- 13 L'intervention du juge en matière de preuve reste subsidiaire. Certes, elle peut être nécessaire car il jouit d'un pouvoir d'*imperium* dont ne disposent pas les justiciables³⁴. Toutefois, le juge ne doit pas se substituer « *aux parties dans la mise en état de leur dossier* »³⁵. En conséquence, il ne peut ordonner une mesure que si sa pertinence est démontrée (1) et si celle-ci n'est pas destinée à pallier la carence du salarié dans l'administration de la preuve (2).

1. La démonstration de la pertinence de la mesure

- 14 La partie qui sollicite une mesure d'instruction du juge doit démontrer sa pertinence³⁶. Celle-ci s'entend d'une adéquation entre l'objet de la preuve et la mesure d'instruction sollicitée³⁷. Il en découle que n'est pas pertinente la mesure destinée à établir une rupture d'égalité alors que l'employeur a déjà rapporté la preuve contraire³⁸. La mesure doit effectivement être de nature à établir l'existence d'une discrimination³⁹ : tel n'est pas le cas du registre d'entrées et de sorties du personnel alors que les bulletins de salaire de ses collègues de travail avec lesquels il entend se comparer ont déjà été produits⁴⁰. Mais, la pertinence de la mesure ne peut être appréciée que si le salarié apporte plusieurs précisions dans sa demande.
- 15 Le salarié qui sollicite une mesure d'instruction pour établir la réalité d'une discrimination, dont il se prétend victime, doit respecter un certain formalisme. Celui-ci demeure le plus souvent assez léger. À titre d'exemple, le Code de procédure civile prévoit qu'une demande de production de pièces est effectuée sans forme⁴¹. Par conséquent, même dans une procédure écrite, cette demande peut être formulée oralement⁴². Elle doit cependant faire apparaître la pertinence de la mesure. D'un côté, en matière de discrimination, il a été rappelé que le salarié ne peut se contenter de formuler des allégations ou des affirmations péremptoires⁴³. Ceci concerne la

réparation au fond. Le salarié qui conteste son licenciement au prétexte qu'il aurait été causé par son activité syndicale, sans étayer ses allégations, peut ainsi être débouté de ses demandes⁴⁴. Il en va de même en matière probatoire. Le juge exige une allégation précise pour ordonner une mesure d'instruction. Ceci implique que le salarié doit indiquer la forme de discrimination dont il se prétend victime⁴⁵. Il est donc tenu de viser l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du code du travail comme son sexe, son âge ou son activité syndicale. D'un autre côté, le formalisme concerne la demande de mesure d'instruction elle-même. Il appartient au salarié de former une demande expresse de mesure d'instruction. En conséquence, lorsque le salarié soutient que la preuve des faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui incombe de demander au juge d'en ordonner la production ; le juge tire alors toute conséquence de droit de l'abstention ou du refus de l'autre partie de concourir à la manifestation de la vérité⁴⁶. Mais, faute d'être saisi d'une demande de production de pièces, le juge n'est pas tenu de la prononcer, ce qui peut conduire au rejet de la demande au fond du salarié⁴⁷. Cette solution est légitime car c'est au demandeur de rapporter la preuve de ses allégations. Même si le juge peut éventuellement aider les parties dans la recherche des preuves, il ne lui appartient pas de se substituer à elles⁴⁸.

- 16 De plus, la demande de mesure d'instruction doit être formulée précisément. Ceci se vérifie particulièrement pour les mesures d'instruction *in futurum*. Pour ces mesures, le juge doit rechercher si la mesure demandée ne s'analyse pas en une mesure d'investigation générale excédant les prévisions de l'article 145 du Code de procédure civile⁴⁹. Seules constituent des mesures légalement admissibles celles qui présentent un lien et une utilité par rapport à l'objet de la preuve à administrer⁵⁰. Dès lors, si un salarié demande la production de pièces relatives à la situation d'autres salariés, il doit indiquer précisément les salariés concernés ainsi que leur situation par rapport à la sienne⁵¹. A défaut de précision, le salarié n'établit pas la pertinence de la mesure. Le juge doit alors rejeter la demande de mesure d'instruction. Il en va de même en cas de carence dans l'administration de la preuve.

2. L'absence de carence dans l'administration de la preuve

- 17 La subsidiarité de l'intervention du juge implique essentiellement l'absence de carence du salarié dans l'administration de la preuve. Expressément énoncée par l'article 146, alinéa 2, du Code de procédure civile, la notion de carence demeure assez fuyante et se prête mal à une définition précise⁵². Il y a carence lorsque l'on peut reprocher au salarié d'avoir été négligent⁵³ et de ne pas être en possession de l'élément que la mesure sollicitée vise justement à obtenir⁵⁴. Ainsi peut-on lui opposer sa carence lorsqu'il cherche à obtenir un document qui lui avait préalablement été remis par l'employeur⁵⁵. Mais, au-delà, il paraît difficile de lui reprocher de ne pas produire une preuve alors que, le plus souvent, l'employeur dispose seul des éléments propres à révéler des faits laissant supposer une pratique discriminatoire⁵⁶. Cette approche n'est pourtant pas celle adoptée par l'ensemble des juridictions du fond. En recourant à la notion de carence, elles exigent fréquemment du salarié qu'il présente un « commencement de preuve »⁵⁷, l'idée sous-jacente étant que « c'est d'abord au demandeur de prouver [...] la discrimination qui lui serait appliquée »⁵⁸. Le salarié devrait donc établir une « première vraisemblance »⁵⁹ de sorte que, faute de produire un élément, sa demande sera rejetée. Cette interprétation est trop extensive, car on ne peut reprocher au salarié de ne pas être en possession de documents qui sont édités et conservés par le seul employeur⁶⁰.

Toutefois, elle met en exergue l'utilité, pour le salarié, de recourir à une mesure d'instruction avant tout procès.

- 18 Posée par l'article 146, alinéa 2, du Code de procédure civile, l'obstacle tiré de la carence dans l'administration de la preuve n'est pas applicable aux mesures ordonnées avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du même code⁶¹. La formation de référé du conseil des prud'hommes ou le président du tribunal de grande instance saisi ne peut donc rejeter la demande du salarié en lui opposant sa carence dans l'administration de la preuve⁶². Seul l'employeur dispose des éléments et connaît les rémunérations versées à ses salariés⁶³, ce qui justifie que l'on fasse droit à la demande du salarié se contentant de soutenir que l'existence de la discrimination est vraisemblable⁶⁴. C'est d'ailleurs ce que suggère l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 décembre 2012 : à la branche du moyen du pourvoi faisant valoir qu' « *en autorisant le salarié à obtenir [...] la communication des pièces destinées [...] à révéler l'existence d'une éventuelle disparité de traitement, la cour d'appel a inversé les règles particulières de la preuve en matière de discrimination* », la chambre sociale a répondu que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer* »⁶⁵.
- 19 Posée par l'article 145 du Code de procédure civile, l'exigence d'un motif légitime pourrait cependant s'avérer suffisamment vague pour y comprendre la nécessité d'étayer ses allégations en fournissant des éléments objectifs. C'est ainsi qu'a pu être débouté le plaideur qui « *ne présente effectivement pas le moindre élément de fait* »⁶⁶ et que de nombreuses décisions suggèrent, de manière sous-jacente, que le salarié doit présenter des éléments de preuve tels des tableaux comparatifs⁶⁷ ou démontrer que ses demandes salariales font l'objet d'un rejet systématique⁶⁸, même si, faute d'accès aux archives de l'employeur, les documents présentés ne revêtent pas un grand degré de précision⁶⁹. En d'autres termes, le salarié doit présenter des éléments qui, s'ils ne constituent pas des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, justifient néanmoins le prononcé d'une mesure d'instruction⁷⁰, ce qui est bien évidemment fondé afin d'éviter que l'article 145 du Code de procédure civile ne devienne le siège de procédures abusives et vexatoires.
- 20 Se dégage ainsi une distinction subtile : si le salarié n'est pas tenu de fournir un début de preuve des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, on peut exiger de lui qu'il rapporte « *la preuve de son intérêt légitime* »⁷¹ en produisant « *des éléments objectifs quelconques* »⁷². Cela tend alors à imposer au salarié de rendre l'existence d'une discrimination plausible en fournissant un début de preuve de celle-ci ; au travers de la démonstration d'un motif légitime, la notion de carence dans l'administration de la preuve pourrait finalement retrouver à s'appliquer aux mesures d'instruction *in futurum*.
- 21 Ainsi, l'intervention du juge peut être recherchée par le salarié pour l'aider dans la caractérisation d'une situation de discrimination. Cependant, cette intervention n'est que subsidiaire. Par ailleurs, l'intervention du juge est semée d'embûches que le salarié doit prendre le soin d'éviter.

II. Les obstacles à l'intervention du juge

- 22 L'intervention du juge peut rencontrer plusieurs obstacles. Ceux-ci peuvent être classés en deux catégories en fonction de leur origine. La première catégorie comprend l'ensemble des obstacles extérieurs à la volonté du salarié (A). A l'inverse, la seconde regroupe les obstacles inhérents à la stratégie procédurale mise en place par le salarié (B).

A. Les obstacles extérieurs au salarié

- 23 Plusieurs facteurs extérieurs au salarié peuvent entraver la collecte de renseignements et de preuves. Ils tiennent, d'une part, à la nécessité de protéger les personnes concernées par la mesure d'instruction (1) et, d'autre part, à l'éventuelle inertie du juge (2).

1. La protection des personnes concernées par la mesure

- 24 La protection des personnes concernées par la mesure donne naissance à deux obstacles.
- 25 Le premier qu'il convient de mentionner réside dans la loyauté de la preuve érigée en principe de droit privé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁷³. Ce principe joue essentiellement lorsque le salarié procède, de sa propre initiative et sans recours à un juge, à la réunion des éléments de preuve à l'insu de celui auquel ils seront opposés⁷⁴. S'agissant du prononcé d'une mesure d'instruction, cet obstacle demeure cependant plus formel que réel. Dans une procédure contradictoire, l'adversaire ne peut sérieusement prétendre avoir été victime d'un stratagème ou d'une ruse. Le principe de loyauté ressurgit marginalement lorsque la mesure d'instruction est prescrite par une ordonnance sur requête : le premier président du tribunal de grande instance ne peut en effet prescrire une mesure destinée à collecter des preuves de manière déloyale⁷⁵.
- 26 Le second obstacle, beaucoup plus sérieux, découle de la protection du secret des affaires ou de la vie privée. La mesure d'instruction ordonnée par le juge risque en effet de heurter ces droits auréolés du label de « droit fondamentaux ». Nombre de juridictions ont tenté de contourner cette difficulté en faisant de l'activité professionnelle un aspect de la vie publique⁷⁶. Ces circonvolutions intellectuelles ne sont plus nécessaires. Le prononcé d'une mesure d'instruction participe en effet du droit à la preuve dont le caractère fondamental a récemment été reconnu par la jurisprudence⁷⁷. Il en résulte que le respect dû à la vie privée et le secret des affaires ne s'opposent pas en eux-mêmes au prononcé de mesures d'instruction⁷⁸. Les juridictions du fond ont pris acte de cette évolution pour opérer un contrôle de proportionnalité entre, d'une part, la mesure sollicitée destinée à assurer la conservation des droits du salarié et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux des tiers ou de l'employeur⁷⁹. C'est afin de concilier ces intérêts contradictoires qu'il est parfois ordonné que des bulletins de paye « anonymisés » soient versés aux débats⁸⁰.

2. Les obstacles liés aux pouvoirs du juge

- 27 Une demande de mesure d’instruction pour établir des faits laissant supposer une discrimination peut échouer en raison d’obstacles liés aux pouvoirs du juge. Deux situations doivent être distinguées ; l’une est légitime alors que l’autre est critiquable.
- 28 D’une part, pour le juge, le prononcé d’une mesure d’instruction demeure une faculté. Même s’il doit répondre à une demande de mesure d’instruction, l’appréciation de l’opportunité d’y recourir relève de son pouvoir souverain. Il est cependant tenu de motiver son refus⁸¹. S’agissant d’une demande de production de pièces, il s’agirait même d’un pouvoir discrétionnaire⁸² ce qui implique que le juge n’est pas contraint d’explicitier son refus de l’ordonner⁸³. Quoi qu’il en soit, le pouvoir souverain, voire discrétionnaire, du juge apparaît comme un obstacle légitime au prononcé d’une mesure d’instruction dans les litiges relatifs à la discrimination.
- 29 D’autre part, et c’est beaucoup plus critiquable, un juge peut ne pas prononcer une mesure d’instruction en refusant d’exercer les pouvoirs qui lui sont confiés par les textes. Tel est particulièrement le cas devant le bureau de conciliation du conseil de prud’hommes. Or, le bureau de conciliation peut ordonner, même si le défendeur ne se présente pas, toutes mesures d’instruction même d’office⁸⁴. Lorsque cette formation refuse de statuer sur une demande de mesure d’instruction, elle commet un excès de pouvoir négatif. Ceci ouvre la possibilité au demandeur de critiquer immédiatement cette décision par un appel nullité⁸⁵. Plusieurs arrêts de cour d’appel ont eu l’occasion de le rappeler. Par exemple, commet un excès de pouvoir négatif un bureau de conciliation qui dit n’y avoir lieu à rendre une ordonnance sur la communication des pièces sollicitées par le salarié au motif que la demande du salarié relevait du fond⁸⁶. Si le juge d’appel constate l’excès de pouvoir, il annule la décision de bureau de conciliation et statue à nouveau. Il décide alors, s’il y a lieu, d’ordonner la mesure d’instruction demandée par le salarié⁸⁷. Le juge peut même effectuer un tri en ordonnant la production des bulletins de paie d’autres salariés et en refusant d’ordonner que l’employeur remette le registre unique du personnel⁸⁸. La formation paritaire de la juridiction prud’homale peut ainsi être un obstacle surtout lorsque le conseiller appartenant au collège des employeurs a le sentiment qu’une mesure d’instruction, rendue dès l’audience devant le bureau de conciliation, constitue une ingérence dans le pouvoir de direction de l’employeur⁸⁹. Le refus d’exercer ces pouvoirs est d’autant plus critiquable que la production forcée de pièces peut améliorer le débat contradictoire⁹⁰. Les juges prud’homaux ne doivent donc pas adopter une position de principe pour savoir si le bureau de conciliation dispose du pouvoir d’ordonner une mesure d’instruction. Ils sont tenus d’apporter une réponse pour chaque litige au regard des circonstances de celui-ci.
- 30 Après avoir surmonté les obstacles qui lui sont extérieurs, le salarié peut échouer dans sa quête d’obtenir une mesure d’instruction en raison d’obstacles inhérents à la stratégie procédurale qu’il adopte.

B. Les obstacles inhérents à la stratégie du salarié

- 31 Le salarié dispose de plusieurs voies afin de solliciter une mesure d’instruction ; il peut s’adresser au juge civil ou au juge pénal, saisir le juge civil d’une demande en requête ou en référé ou, plus simplement, solliciter une mesure d’instruction en cours de

procès. Mais, ce serait un tort de considérer que l'emprunt de l'une ou l'autre de ces voies est totalement neutre puisqu'il est de nature à faire obstacle au succès de ses prétentions. C'est pourquoi, afin de lutter efficacement contre les discriminations, le salarié est tenu d'opter pour une stratégie conforme à ses intérêts, qu'il entende exclusivement recourir la voie civile (1) ou opter pour la voie pénale (2).

1. Le choix de la bonne stratégie civile

- 32 Il importe pour le plaideur de choisir les bonnes stratégies devant le juge civil pour éviter de se voir refuser, au moins temporairement, le prononcé d'une mesure d'instruction ; *a minima*, les erreurs de stratégies peuvent aboutir à une perte de temps inutile. À ce titre, trois variétés de situations illustrent les hésitations possibles du salarié.
- 33 La première concerne le choix à effectuer entre une mesure d'instruction *in futurum* et une mesure d'instruction en cours de procès. La mesure d'instruction *in futurum* est attractive car elle n'est pas soumise à la condition de l'urgence⁹¹. En outre, le demandeur ne peut pas se voir opposer la carence de l'article 146 du Code de procédure civile⁹², même si, on a pu le voir, la jurisprudence tend à réintroduire cette condition sous d'autres formes⁹³. Cependant, il ne faut pas oublier que la demande doit être formée avant tout procès ; cette mesure ne peut être ordonnée que si le tribunal n'est pas saisi du fond du litige. Cette condition de recevabilité de la demande s'apprécie à la date de la saisine du juge des référés ou des requêtes⁹⁴. Malgré la clarté de cette condition, plusieurs arrêts d'appel ont dû statuer sur cette question. Dans une affaire, le salarié a saisi au fond, en juillet 2013, le conseil de prud'hommes de demandes relatives à des faits de discrimination et de harcèlement. Puis, en octobre 2013, il a saisi la formation de référé sur le fondement de l'article 145 du Code procédure civile pour obtenir la communication de pièces afin de pouvoir comparer sa situation avec celle d'autres salariés. Il lui a été justement répondu qu'il était invité à mieux se pourvoir et à former sa demande devant le juge saisi du fond du litige⁹⁵. Il en va de même lorsqu'un appel est interjeté contre le jugement qui s'est prononcé au fond. L'effet dévolutif implique que la cour d'appel est saisie du litige. Il n'est donc plus possible de soumettre au juge des référés une demande de mesure d'instruction *in futurum*⁹⁶. Une dernière précision doit être apportée sur cette condition. En droit commun, le juge du provisoire peut se prononcer sur la mesure d'instruction *in futurum* si l'instance pendante au fond n'est pas identique dans son objet ou dans sa cause⁹⁷. Or, en matière prud'homale, la solution est différente. En raison de la règle de l'unicité de l'instance⁹⁸, il ne peut y avoir qu'une seule instance pour toutes les demandes du salarié. Ainsi, l'existence d'une instance pendante au fond pour des demandes relatives à une violation de l'égalité de traitement interdit de saisir le juge des référés pour obtenir des preuves en matière de discrimination syndicale⁹⁹. Même si cette solution est rigoureuse pour les justiciables, elle est techniquement justifiée. Pour contester la discrimination syndicale dont il est victime, le salarié doit former sa demande nouvelle devant le juge prud'homal déjà saisi du litige. C'est donc bien au juge du fond, et non au juge des référés, de se prononcer sur l'opportunité d'ordonner des mesures d'instruction¹⁰⁰. Le demandeur perd donc du temps et de l'argent en saisissant inutilement la formation de référé alors qu'il aurait dû former la demande devant la formation saisie du fond du litige. En revanche, un salarié peut former une demande d'instruction pour lutter contre une discrimination devant la formation de référé du conseil de prud'hommes lorsqu'une instance est

pendante devant une juridiction de sécurité sociale car les demandes n'ont pas le même objet¹⁰¹. Dans cette situation, la règle de l'unicité de l'instance, dont le domaine se limite aux seules juridictions prud'homales, ne peut pas produire effets.

- 34 La deuxième situation concerne le choix à effectuer entre le juge des référés et le juge des requêtes pour soumettre une demande de mesure d'instruction *in futurum*. Le plus souvent, les salariés saisissent la formation de référé du conseil de prud'hommes. Cependant, il est envisageable de saisir le juge des requêtes pour lui soumettre cette demande¹⁰². Puisque le président du conseil de prud'hommes ne dispose pas du pouvoir de rendre des ordonnances sur requête, il convient de saisir le président du tribunal de grande instance de cette demande¹⁰³. Outre la question de la représentation obligatoire des plaideurs, les conditions de la demande de mesure d'instruction *in futurum* sont plus strictes : le requérant doit démontrer qu'il est fondé à ne pas appeler de partie adverse puisque l'ordonnance sur requête est rendue non contradictoirement¹⁰⁴. Cette inversion du contentieux implique que le juge motive sa décision sur la nécessité de déroger au principe du contradictoire¹⁰⁵. Par exemple, le recours à l'ordonnance sur requête est justifié lorsque le détenteur de documents ne doit pas être informé de la mesure de production forcée pour qu'elle soit utile¹⁰⁶. Il n'en demeure pas moins que cette dérogation au principe du contradictoire ne peut pas être fondée sur de simples considérations générales. Elle doit être justifiée par des éléments précis liés à la mesure sollicitée¹⁰⁷. Le demandeur doit donc bien peser les avantages et les inconvénients de la procédure de référé et de celle des requêtes pour déterminer devant quel juge il souhaite former sa demande de mesure d'instruction pour obtenir des éléments de preuve en vue de caractériser qu'il est victime d'une discrimination.
- 35 La troisième situation montre les conséquences de la distinction entre les litiges individuels et les litiges collectifs du travail. Or, cette distinction a une incidence sur la compétence des juges. Les litiges individuels du travail relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes¹⁰⁸ alors que le tribunal de grande instance est compétent pour les litiges collectifs. Il arrive que plusieurs salariés pensent qu'ils sont victimes d'une discrimination syndicale. Ils saisissent alors le tribunal de grande instance pour former une demande de mesure d'instruction *in futurum* pour obtenir que l'employeur soit condamné à leur communiquer « un panel de salariés » pour comparer leurs situations. Les juges ont accueilli l'exception d'incompétence formée par l'employeur car les preuves pouvant être obtenues serviraient à résoudre des litiges individuels du travail. Chacun des salariés se servirait éventuellement de ces preuves devant le conseil de prud'hommes. Dès lors, le tribunal de grande instance était incompétent. Les demandes de mesures d'instruction *in futurum* auraient dû être formées devant la formation de référé du conseil de prud'hommes¹⁰⁹. En conséquence, la somme de litiges individuels ne constitue pas un litige collectif susceptible de déroger à la compétence matérielle du conseil de prud'hommes. Là encore, les plaideurs perdent du temps en ne saisissant pas la juridiction compétente pour prononcer la mesure d'instruction.

2. Le choix délicat entre la voie pénale et la voie civile

- 36 Pour lutter au mieux contre les discriminations les plaideurs doivent choisir la bonne voie entre la saisine du juge civil et celle du juge pénal. Là encore, des mauvais choix peuvent constituer un obstacle à la lutte contre les discriminations.
- 37 De prime abord, la voie pénale paraît évidemment séduisante. Le juge pénal dispose de moyens d'enquête dont les simples justiciables ou même le juge civil ne disposent pas.

Le choix de la voie pénale comporte cependant un prix. En effet, l'allègement probatoire dont bénéficient les victimes de discrimination prévu par l'article 1134-1 du Code du travail ne s'applique pas devant le juge répressif¹¹⁰ : l'infraction de discrimination n'est constituée que s'il est établi que les mesures discriminatoires ont été intentionnellement réalisées par l'employeur¹¹¹. Prenant appui sur la présomption d'innocence qui cimente le contentieux pénal, cette solution ne surprend pas ; le Conseil constitutionnel a en effet jugé dans une décision du 11 janvier 2002 que les règles aménageant la charge de la preuve en matière de discrimination ne pouvaient porter atteinte à la présomption d'innocence et s'appliquer en matière pénale¹¹².

- 38 De ce constat, découle la conséquence que le choix de la voie civile ou pénale n'est pas neutre.
- 39 La personne qui pense être victime d'une discrimination doit être prudente lorsqu'elle effectue son choix entre la voie civile et la voie pénale pour soumettre son action civile en réparation du préjudice subi en raison de l'infraction commise par l'employeur. Ce choix peut être irrévocable en raison de l'adage *Electa una via*¹¹³. Cet adage implique que la victime d'une infraction entraînant un préjudice corporel, matériel ou moral doit effectuer un choix en portant son litige devant la juridiction répressive ou devant la juridiction civile ; une fois que ce choix est exercé, elle ne peut, en principe, plus y revenir¹¹⁴. Toutefois, la portée de cette irrévocabilité du choix est limitée. Certes, une fois que la partie a exercé son action devant la juridiction civile compétente, elle ne peut plus la porter devant la juridiction répressive¹¹⁵. L'inverse n'est cependant pas vrai¹¹⁶ car cet adage est une faveur pour le prévenu. Or, la voie civile lui est plus favorable que la voie pénale puisqu'elle peut lui éviter une peine privative de liberté¹¹⁷. Par ailleurs, même si la victime saisit en premier le juge civil, il est assez facile de contourner l'irrévocabilité du choix car la jurisprudence exige une identité d'objet, de cause et de parties entre les actions portées devant le juge civil et le juge répressif. Il suffit donc que l'une de ces conditions soit distincte pour que la victime puisse saisir le juge pénal¹¹⁸. Il est ainsi admis que la victime puisse saisir le juge civil lorsque le juge pénal a omis de statuer sa demande de dommages-intérêts¹¹⁹ et puisse scinder ses actions devant le juge civil et le juge pénal lorsqu'elle invoque des préjudices distincts. En matière de discrimination, il est ainsi envisageable que la victime demande au juge civil la réparation de son préjudice matériel et au juge pénal celle de son préjudice moral¹²⁰.
- 40 L'étude de l'effectivité des mesures d'instruction au regard de la lutte contre les discriminations ne peut laisser qu'un sentiment partagé pour deux raisons essentielles.
- 41 La première est que le droit commun des mesures d'instruction ne s'adapte guère à la lutte contre les discriminations. Certes, en raison de sa souplesse, ce droit commun permet, bien souvent, au salarié d'obtenir l'élément de preuve qu'il revendique. Cependant, les obstacles traditionnels, tels que la carence dans l'administration de la preuve, sont de nature à entraver sa collecte des éléments probatoires. Dès lors, ne faudrait-il pas adapter ce droit commun à la mesure des intérêts qui sont en jeu ? L'idée paraît tout à fait séduisante, mais elle risque indirectement de nuire à la discrimination en faisant de cette dernière un prétexte permettant de contourner opportunément les règles du droit commun. À ce titre, s'il devait y avoir une adaptation du droit commun, elle ne pourrait qu'être entourée de garanties de nature à éviter de sacrifier les intérêts des employeurs, qui doivent aussi être pris en considération pour éviter une intrusion excessive dans le fonctionnement de l'entreprise.

- 42 La seconde tient au fait que le salarié supporte une tâche qui peut raisonnablement être trouvée trop lourde pour ses épaules. Celui-ci est un simple particulier qui, régulièrement, ne dispose ni des connaissances ni des armes nécessaires pour effectuer les bons choix procéduraux. Dès lors, l'importance de la lutte contre les discriminations pourrait justifier qu'il soit davantage assisté. Les solutions ne manquent pas. Un interventionnisme accru des juges saisis pourrait être prôné. Par ailleurs, plus modestement il serait possible de prévoir que d'autres parties, telles le Ministère public ou les syndicats, interviennent systématiquement dans les litiges ayant trait aux discriminations. L'accompagnement du salarié semble être un chemin propice pour garantir l'efficacité de la recherche de la preuve, spécialement pour le prononcé des mesures d'instruction, afin d'améliorer la lutte contre les discriminations.

NOTES

1. MICHAUD Cécile, « La preuve des discriminations en droit du travail », in *JCP S*, n° 46, 13 novembre 2012, p. 11-18, spéc. p. 13
2. D'ORNANO Pierre-Henri, « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », in *JCP S*, n° 38, 16 septembre 2008, p. 18-21.
3. C. trav., art. L. 1134-1
4. CPC, art. 10
5. CPC, art. 11 al. 1
6. Voy. en ce sens CESARO Jean-François, « Le droit à une mesure d'instruction *in futurum* pour mettre en œuvre une présomption de discrimination », note sous Soc., 19 déc. 2012 n° 10-20.528, in *JCP S*, n° 21, 21 mai 2013, p. 35-36. Ces observations effectuées pour les mesures d'instruction *in futurum* paraissent pouvoir être étendues à l'ensemble des mesures d'instruction que celles-ci soient ou non ordonnées avant tout procès.
7. CHISS Romain, « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S*, n° 36, 7 septembre 2010, p. 15-18
8. C. civ., art. 10 et CPC, art. 11.
9. Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ. V*, n° 33
10. Tout au plus peut-on concevoir qu'il sollicite l'audition de salariés afin qu'ils établissent que l'une des allégations du demandeur est fantaisiste.
11. On trouve cependant des hypothèses dans lesquelles le salarié parvient à établir l'existence d'une discrimination sans recourir à une mesure d'instruction. Notamment, il peut produire des attestations de ses collègues soulignant l'attitude discriminatoire de l'employeur à son égard : CA Dijon, 4 mars 2010, RG n° 09/00428. Mais, le salarié reste alors soumis au bon vouloir de ses collègues de travail.
12. *Contra* CESARO Jean-François, « Le droit à une mesure d'instruction *in futurum* pour mettre en œuvre une présomption de discrimination », *op. cit.*,
13. BOUBLI Bernard, « La discrimination et le juge des référés. Deuxième partie : la preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés », in *SS Lamy* 2009, n° 1423, 30 novembre 2009 p. 6-8
14. Soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 : *Bull. civ. V*, n° 246.

15. AUZERO Gilles et DOCKÈS Emmanuel, *Droit du travail*, Dalloz, 30^e éd. 2015, p. 745
16. CA Lyon, 26 nov. 2007, RG n° 05-05007
17. CA Aix-en-Provence, 30 mars 2010, n° 07-14.570
18. Soc. 26 nov. 2014, n° 13-20.058 : inédit ; Soc. 25 sept. 2013, n° 12-15.977 : inédit.
19. Menée à son terme, cette analyse pourrait conduire à rejeter la demande du salarié qui dispose déjà d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination car l'aide du juge lui serait inutile : Rapp. LHERNOULD Jean-Philippe, note sous. Soc. 19 déc. 2012, in *Liaisons sociales Europe* n° 322, 7 au 20 février 2013, p. 2. Cette approche méconnaît cependant la finalité des mesures d'instruction qui est, avant toute chose, d'assurer la parfaite information du tribunal chargé d'examiner le fond du litige. Le juge poursuit une quête de vérité qui lui permet de légitimer la décision rendue. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a pu souligner que le concours à la manifestation de la vérité exigé par l'article 10 du Code civil est celui qui « doit être apporté non aux particuliers, mais à l'autorité judiciaire » : Civ. 1, 25 oct. 1996, n° 92-15.020, *Bull. civ. I*, n° 306. Lorsque la mesure est ordonnée avant dire droit, les juges s'appuient d'ailleurs souvent sur le constat selon lequel la mesure sollicitée est de nature à éclairer le tribunal appelé à trancher le fond du litige : CA Paris, 13 mars 2014, RG n° 13/07929.
20. La solution n'est cependant pas similaire lorsque le juge est saisi avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. La deuxième chambre civile a en effet posé que « les mesures d'instruction légalement admissibles, au sens de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, sont celles prévues par les articles 232 à 284-1 de ce Code » : Civ. 2, 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : *Bull. civ. II*, n° 44 ; D., n° 27, 12 juillet 2007, obs. BRETZNER Jean-Daniel, p. 1907. La même chambre a cependant assoupli cette solution en estimant que la production forcée de pièces pouvait être ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile : Civ. 2, 26 mai 2011, n° 10-20.048 : *Bull. civ. II*, n° 118 ; *Procédures*, n° 8-9, août-septembre 2011, comm. 256, p. 12, note PERROT Roger ; D., n° 42, 1^{er} décembre 2011, obs. BRETZNER Jean-Daniel, p. 2896.
21. CPC, art. 143 et CPC, art 145.
22. AMRANI-MEKKI Soraya et STRICKLER Yves, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 2014, p. 504.
23. Il s'agit souvent du juge des référés : CA Toulouse, 27 févr. 2015, RG n° 14/05198 ; CA Chambéry, 30 juin 2015, RG n° 15/00270. Il pourrait aussi s'agir du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : CA Paris, 20 mai 2010, n° 09-10.243. En matière de communication de pièces, l'article 11 du code de procédure civile prévoit effectivement que le juge peut toujours assortir sa décision d'une astreinte.
24. CA Rouen, 9 juin 2015, RG n° 14/03074.
25. CA Versailles, 6 févr. 2009, RG n° 09/00019.
26. CPC, art. 147.
27. CHISS Romain, « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes », *op. cit.*, spéc. p. 17.
28. Soc. 4 févr. 2009, préc.
29. AUZERO Gilles, note sous Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.697, *LBH éd. soc.* n° 338
30. C. trav., art. L. 1134-5
31. Soc. 28 janv. 2010, n° 08-41.959 : *Bull. civ. V*, n° 28
32. WOLMARK Cyril, « La preuve en droit du travail – Essai de synthèse », in *Dr. ouvr.*, n° 789, avril 2014, p. 276-285, spéc. p. 277-279.
33. Soc. 4 juin 2014, n° 12-28.740 : *Bull. civ. V*, n° 132
34. DESPRÉS Isabelle, *Les mesures d'instruction in futurum*, préf. WIEDERKEHR Georges, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 34, Paris 2004, n° 203, p. 144-145.
35. Motif parfois rappelé par les juridictions du fond : CA Agen, 7 octobre 2014, RG n° 13/01426 ; CA Paris, 25 oct. 2012, RG n° 10/10933.

36. Le motif légitime, exigé par l'article 145 CPC, renvoie naturellement à cette notion de pertinence
37. CHEVALLIER Jean, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », in *D.* 1956, chron. IX, p. 37-40
38. Soc. 3 déc. 2008, n° 07-42.916 : inédit ; *RDT*, n° 2, février 2009, note VARNEK Alexey et KEIM-BAGOT Morane, p. 105-106
39. CA Rennes, 16 oct. 2015, RG n° 15/030070
40. CA Paris, 12 juin 2014, RG n° 13/09598
41. CPC. art. 139 et 142
42. SOLUS Henry et PERROT Roger, *Droit judiciaire privé, Tome 3 – Procédure de première instance*, préc., n° 656, p. 565-566
43. TÉTARD-BLANQUART Camille, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », in *JCP S*, n° 42, 15 octobre 2013, p. 16-21, spéc. p. 18
44. Soc., 3 avr. 2002, n° 00-42.583 : inédit. Voy. aussi Soc. 3 juill. 2012, n° 11-11.059 : inédit
45. CA Paris, 27 févr. 2014, RG n° 12-10278
46. CPC, art. 11
47. Soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458 : *Bull. civ. V*, n° 156. Cette demande concerne une demande de réparation en raison d'une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal ». Elle peut néanmoins être étendue aux affaires de discriminations puisque les règles probatoires sont similaires
48. MANIGOT Vincent, note sous Soc. 12 juin 2013, in *JCP S*, n° 41, 8 octobre 2013, p. 34-35
49. Civ. 2., 16 mai 2012, n° 11-17.229 : *Bull. civ. II*, n° 89 ; *RTD civ.*, n° 4, octobre-décembre 2012, obs. PERROT Roger, p. 769
50. Com. 10 févr. 2009, n° 08-10.532 : inédit
51. CA Paris, 21 mai 2015, RG n° 14/05139
52. Pour une analyse approfondie de la notion de carence, voy. HOFFSCHIR Nicolas, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz 2016, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 153, à paraître
53. HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 6^e éd. 2015, n° 1094, p. 860-861
54. PERROT Roger, « Rapport de synthèse », *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve – XVII^e Colloque des Instituts d'Études Judiciaires*, Grenoble 1989, p. 96-105, spéc. n° 11b), p. 100.
55. Tels des relevés de commissionnement : Soc., 30 avr. 2014, n° 12-29.574, inédit.
56. Ce motif est d'ailleurs parfois employé par les juridictions du fond pour justifier que le salarié ne rapporte aucun commencement de preuve : CA Versailles, 12 nov. 2013, RG n° 13/02693 ; CA Grenoble, 22 mai 2014, RG n° 12/04193.
57. CA Versailles, 28 mai 2014, RG n° 12/01256.
58. CPH Cherbourg, sect. ind., 28 mars 2001, RG n° 01/00015.
59. GIRARD Fabien, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Tome 1, préf. VERGÈS Etienne, PUAM, Aix-en-Provence 2013, n° 264, p. 468-469.
60. Une cour d'appel ne peut ainsi opposer sa carence à une partie lorsque la preuve ne peut être rapportée qu'en procédant à une recherche dans des éléments auxquels il n'a pas accès : Cass. ch. mixte, 6 juill. 1984, n° 80-12.965 : *Bull.* 1984, ch. mixte, n° 1 *JCP G* 1985, II. 20 338, concl. SADON Paul - André.
61. Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-12.006 : *Bull.* 1982, ch. mixte, n° 2 ; *D.* 1982, concl. CABANNES Jean, p. 541-544 ; *RTD civ.*, 1983, obs. NORMAND Jacques, p. 185-189 ; *Gaz. Pal.*, 1982. 2^e sem., note Viatte Jean, p. 571-572 ; *RTD civ.* 1982, obs. PERROT Roger, p. 571-572 ; *RTD com.*, 1982, obs. BÉNABENT Alain et DUBARRY Jean-Claude, p. 542-543.
62. Certaines juridictions continuent cependant d'appliquer l'article 146 CPC lorsqu'elles sont saisies sur le fondement de l'article 145 CPC : CA Versailles, 28 janv. 2014, RG n° 13/01535

63. CA Paris, 20 mai 2010, RG n° 09/08607
64. CA Toulouse, 27 févr. 2015, RG n° 14/05198
65. Soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526 et 10-20.528 : *Bull. civ. V*, n° 341 ; *D.*, n° 42, 5 décembre 2013, obs. BRETZNER Jean-Daniel, p. 2809 ; *Gaz. Pal.*, 2013, note AMRANI-MEKKI Soraya, p. 1791-1792 ; Cesaro Jean-François, « Le droit à une mesure d'instruction in futurum pour mettre en œuvre une présomption de discrimination », *op. cit.* ; *D.*, n° 15, 25 avril 2013, obs. PORTA Jérôme, p. 1032 ; *JCP G*, n° 3, 14 janvier 2013, obs. LEFRANC-HAMONIAUX Carole, p. 81 ; *Dr. ouvr.*, n° 777, avril 2013, note MARZADO Sylvie et RIANDEY Paul, p. 287-294 ; *LPA*, n° 125, 24 juin 2013, note HEMADACHE Fadila, p. 20-22.
66. CA Paris, 22 oct. 2015, RG n° 14/09895.
67. CA Chambéry, 30 Juin 2015, RG n° 15/00270.
68. CA Paris, 30 Septembre 2014, RG n° 13/12388.
69. CA Chambéry, 22 Sept. 2015, RG n° 15/00865.
70. CA Toulouse, 22 avr. 2011, RG n° 09/02962.
71. Com. 16 avr. 2013, n° 12-14.578 : inédit.
72. Civ. 2. 12 juill. 2012, n° 11-18.399 : *Bull. civ. II*, n° 132.
73. Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : *Bull.* 2011, ass. plén., n° 1 ; *CCE*, n° 3, mars 2011, comm. 24, note CHAGNY Muriel, p. 27 ; *JCP G*, n° 8, 21 février 2011, note RUY Boris , p. 373-375 ; *RTD civ.*, n° 2, avril-juin 2011, obs. THÉRY Philippe, p. 383-385 ; *RTD civ.*, n° 1, janvier-mars 2011, obs. FAGES Bertrand, p. 127-128 ; *D.*, n° 9, 3 mars 2011, note VIGNEAU Vincent, p. 618 ; *CCC*, n° 3, mars 2011, comm. 71, note BOSCO David, p. 29 ; *D.*, n° 8, 24 février 2011, note FOURMENT François, p. 562 ; *JCP E*, n° 4, 27 janvier 2011, note MALAURIE-VIGNAL Marie, p. 34-35 ; *LPA*, n° 94, 12 mai 2011, note ECKHOUDT Marjorie, p. 10-15 ; *D.*, n° 41, 24 novembre 2011, , obs. DELEBECQUE Philippe, p. 2983 ; *JCP G*, n° 22-23, 30 mai 2011, obs. SERINET Yves-Marie, n° 13 p. 1117 ; *Gaz. Pal.* 2011, note AMRANI-MEKKI Soraya, p. 1003-1005 ; *LBH dr. privé*, 2011 n° 424, obs. VERGÈS Etienne
74. La jurisprudence est cependant intervenue en faveur du salarié ; elle a en effet estimé « *qu'un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* » : Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.258 : *Bull.* 1998, V, n° 535 ; *D.*, 1999, note GABA Harold, p. 431-434 ; *JCP G*, n° 39, 29 septembre 1999, II.10166, note BOURETZ Sophie, p. 1731-1734 ; Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720 et 02-41.771 : *Bull.* 2004, V, n° 187 ; *J.C.P. E.*, n° 20, 19 mai 2005, obs. FORTIS Elisabeth, n° 2, p. 816 ; *Dr. soc.*, n° 11, novembre 2004, obs. MOULY Jean, p. 1042-1044 ; *Dr. ouvr.*, n° 677, décembre 2004, note MARIE Romain, p. 558-563 ; *D.*, n° 32, 16 septembre 2004, note KOBINA GABA Harold, p. 2326-2330. Toutefois, le salarié qui dérobe un document à l'un de ses collègues commet une faute : Soc., 1^{er} févr. 2011, n° 09-67.959 : inédit ; *JCP S*, n° 29, 19 juillet 2011, note CRÉPIN Jérémy et FABRE Dominique, p. 19-22
75. Civ. 2, 26 sept. 2013, n° 12-23.387 : inédit
76. CA Paris, 20 mai 2010, RG n° 09/08607
77. Civ. 1, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : *Bull.* 2012, I, n° 85 ; *D.*, n° 24, 21 juin 2012, note LARDEUX Gwendoline, p. 1596-1599 ; *D.*, n° 42, 6 décembre 2012, obs. BRETZNER Jean-Daniel, p. 2827 ; *D.*, n° 4, 31 janvier 2013, obs. FRICERO Natalie, p. 274 ; *RTD civ.*, n° 5, juillet-septembre 2012, obs. HAUSER Jean ; *CCE*, n° 7-8, juillet-août 2012, comm. 83, note LEPAGE Agathe, p. 37 ; *LBH dr. privé* 2012, n° 506, obs. VERGÈS Etienne.
78. Soc., 19 déc. 2012, préc
79. Voy. par ex. CA Agen, 7 oct. 2014, RG n° 13/01426
80. CA Chambéry, 22 sept. 2015, RG n° 15/00865. Qui refuse, à l'inverse, de permettre d'« anonymiser » les bulletins de salaire communiqués : CA Rennes, 16 oct. 2015, RG n° 15/03070
81. Civ. 3, 28 mai 1997, n° 95-14.352 : *Bull. civ. III*, n° 115 ; Civ. 3, 7 mai 1996, n° 93-17.803 : *Bull. civ. III*, n° 110

82. Civ. 2, 16 oct. 2003, n° 01-13.770 : *Bull. civ. II*, n° 307 ; Civ. 1, 20 déc. 2012, n° 11-20.657 : inédit
83. Ce régime spécifique d'une demande de production de pièces est discuté. Cependant, l'absence de motivation peut s'expliquer, notamment, car le juge peut être saisi de cette demande sans forme. Il est alors difficile d'exiger du juge une motivation écrite alors qu'il n'a été saisi que verbalement. Sur cette question voir HOFFSCHIR Nicolas, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*, n° 148
84. C. trav., art. R. 1454-14 3
85. SERVERIN Evelyne et GRUMBACH Tiennot, note sous CA Paris 18 juin 2009, n° 09/01625 et 09/1902, in *RDT* n° 7-8, juillet-août 2009, p. 462-465
86. CA Paris, 5 janv. 2012, RG n° 11/02297
87. CA Paris, 20 mai 2010, RG n° 09/10243
88. CA Paris, 12 juin 2014, RG n° 13/09598
89. V. en ce sens SERVERIN Evelyne et GRUMBACH Tiennot, note sous CA Paris 18 juin 2009, n° 09/01625 et 09/1902, *op. cit.*, spéc. p. 465
90. SERVERIN Evelyne et GRUMBACH Tiennot, « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », in *RDT* n° 1, janvier 2009, p. 53-57, spéc. p. 56
91. Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, préc. ; Civ. 2, 15 janv. 2009, n° 08-10771 : *Bull. civ. II*, n° 15
92. Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, préc.
93. Voy. supra, n° 12
94. Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-19.967 : *Bull. civ. II*, n° 128
95. CA Orléans, 17 juin 2014, RG n° 13/03747
96. CA Rouen, 3 juin 2014, RG n° 14/00586
97. Com., 16 avr. 1991, n° 89-14.237 : *Bull. civ. IV*, n° 144 ; Civ. 2, 19 févr. 2015, n° 14-12.280 : à par. au *Bull*
98. C. trav., art. R. 1452-6
99. CA Nîmes, 1^{er} juill. 2014, RG n° 13-05-226
100. La situation pourrait évoluer en cas de suppression de la règle de l'unicité de l'instance. Or, celle-ci pourrait disparaître au cours d'une réforme prochaine de la procédure prud'homale. Voy. BAUGARD Dick, « Présentation sommaire de quelques dispositions du premier projet de décret relatif à la réforme de la procédure prud'homale », in *CSBP*, n° 280, décembre 2015, p. 669-672, spéc. p. 670-671
101. CA Paris, 5 févr. 2015, RG n° 14/04559
102. CPC, art. 145
103. Soc., 12 avr. 1995, n° 93-10.982 : *Bull. civ. V*, n° 134 ; *RTD civ.*, n° 4, octobre-décembre 1995, obs. PERROT Roger, p. 953-954
104. CPC, art. 493
105. Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-18.895 : *Bull. civ. II*, n° 157. Pour des développements, voy. HOFFSCHIR Nicolas, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*, n° 216
106. Civ. 2, 18 nov. 2004, n° 02-21.252 : inédit
107. ORIF Vincent, obs sous Soc. 10 juill. 2013, n° 12-12.181, *Gaz. Pal.*, 2013, p. 3938
108. C. trav., art. L. 1411-1
109. CA Paris, 10 nov. 2014, RG n° 13/01787 ; CA Paris, 24 nov. 2014, RG n° 13/01806.
110. Crim., 11 avr. 2012, n° 11-83.816 : *Bull. crim.*, n° 92 ; *JCP S*, n° 29, 17 juillet 2012, note BRISSY Stéphane, p. 35-38 ; *RDT*, n° 7-8, juillet-août 2012, note DUQUESNES François, p. 426-428. Voy. déjà : Crim., 3 avr. 2007, n° 06-81.784 : *Bull. crim.*, n° 105
111. Crim., 11 avr. 2012, *op. cit.*
112. C. constit., 12 janv. 2002, DC 2001-455, *Loi de modernisation sociale*, considérant n° 84.
113. *Electa una via non datur recursus ad alteram* : Une voie choisie, on ne peut revenir à l'autre.

114. ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999, p. 198-199
115. CPP, art. 5.
116. CPP, art. 426
117. STÉFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz, 24^e éd. 2014, p. 290-291.
118. Voy. par ex., Cass. crim., 4 sept. 2012, n° 11-86.911 : inédit ; *Gaz. Pal.* 2012., obs. ORIF Vincent, p. 3499-3500. Voy. égal. Crim., 11 janv. 2005., 2007, n° 04-82.934 : *Bull. crim.*, n° 11
119. Civ. 2, 10 mars 2005, n° 03-14.661, *Bull. civ.* II, n° 65
120. Crim., 10 mars 2004, n° 03-83.174, inédit. Ce litige ne concerne pas une discrimination. Toutefois, il n'y a pas lieu de distinguer la solution en fonction de l'infraction concernée

RÉSUMÉS

Pour un salarié, rapporter la preuve de la discrimination dont il fait l'objet est complexe. Cette difficulté explique le partage de la preuve opérée par l'article L. 1134-1 du code du travail. Dès lors que le salarié présente des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, l'employeur doit établir l'absence de discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction utiles. Ces dernières revêtent une importance particulière car les éléments de preuve, tels les bulletins de salaires des autres salariés ont généralement à la disposition du seul employeur. Si les mesures d'instruction peuvent être nécessaires pour rapporter la preuve de la discrimination, leur mise en œuvre est strictement encadrée. Soucieux de ne pas trop favoriser un salarié qui bénéficie déjà d'un régime probatoire favorable, le juge peut hésiter au moment de contraindre l'employeur à participer à la manifestation de la vérité. Au cours du procès, il peut notamment opposer au salarié sa carence dans l'administration de la preuve pour lui refuser son concours (C. pr. civ., art. 146). Cet obstacle peut inciter le salarié à saisir le juge avant tout procès afin qu'il ordonne des mesures en référé ou sur requête (C. pr. civ., art. 145). Se dégagent ainsi les contours d'une véritable stratégie procédurale pouvant conduire le salarié à privilégier le recours à la voie des référés plutôt qu'à saisir directement un juge du fond de son litige...

For an employee, providing evidence of discrimination to which they have been subject is complex. This difficulty explains the sharing of the burden of proof contained in article L. 1134-1 of the Labour Code. Where the employee provides facts which indicate the existence of discrimination, it then falls upon the employer to demonstrate the absence of such discrimination. The judge forms their opinion after having ordered, where necessary, all relevant pre-trial measures. These measures are afforded particular importance as documentary evidence, such as pay slips, is generally in the sole position of the employer. The implementation of the pre-trial measures required to prove discrimination is strictly regulated. Anxious not to confer undue advantage upon an employee who already benefits from favourable rules of evidence, the judge may hesitate at the moment of requiring the employer to participate in establishing the truth. During the proceedings, the judge may refuse to grant the employee pre-trial measures to obtain evidence where the lack of proof results from the employee's failure to properly produce it (C. pr. civ., art. 146). This obstacle may prompt the employee to request a judge to order such measures before the beginning of proceedings, such as a pre-trial judge or on motion (C. pr. civ., art. 145). This gives rise to a procedural strategy which may lead the employee to privilege recourse

to a pre-trial judge rather than bringing proceedings directly before a judge who will consider the case on the merits...

INDEX

Mots-clés : discrimination, preuve, office du juge, mesures d’instruction

Keywords : discrimination, proof, évidence, pré-trial mesures

AUTEUR

NICOLAS HOFFSCHIR ET VINCENT ORIF

Nicolas Hoffschir est docteur en droit privé et sciences criminelles, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, CRDP et Vincent Orif est maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université Caen Normandie, Institut Demolombe – EA 967, membre associé du CEDCACE et du CEJEC – UPOND