



HAL
open science

Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des Technologies de l'Information et de la Communication sur le contentieux prud'homal

Élise Ternynck

► To cite this version:

Élise Ternynck. Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des Technologies de l'Information et de la Communication sur le contentieux prud'homal. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2014. Français. NNT : 2014LIL20015 . tel-01796552

HAL Id: tel-01796552

<https://theses.hal.science/tel-01796552>

Submitted on 21 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PRES Université Lille Nord de France

N° attribué par la bibliothèque

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Elise TERNYNCK

Le 22 septembre 2014

LE JUGE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

*Essai sur l'incidence des Technologies de l'Information et de la Communication
sur le contentieux prud'homal*

JURY

Directeur de thèse : M. le Professeur Pierre-Yves VERKINDT

Membres du jury:

M. Bernard BOSSU
Professeur à l'Université de Lille 2

M. Alexis BUGADA
Professeur à Aix-Marseille Université

Mme Françoise FAVENNEC-HERY
Professeure à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

M. Frédéric GEA
Professeur à l'Université de Lorraine

M. Emmanuel JEULAND
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

M. Pierre-Yves VERKINDT
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

A mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Pierre-Yves Verkindt, pour sa patiente maïeutique, pour ses remarques judicieuses et ses conseils avisés,

A Yann, mon cher compagnon sans qui, ce défi n'aurait jamais été relevé,

A Hélène Duffuler-Vialle, amie de toujours, infatigable relectrice, dont les suggestions ont grandement bénéficié à ce travail,

A Laurine Morisot, qui a été une oreille attentive et bienveillante tout au long de la thèse,

A mes parents, ma sœur, mes beaux-parents, Amélie Gonzalez, Aurélien Stivala et Elodie Topart, qui ont bien voulu me faire profiter de leurs compétences respectives en relisant certains chapitres,

Aux membres de l'Association Régionale des Jeunes Chercheurs, plus particulièrement Thibault Delavenne et Romain Gosse,

A l'équipe Demogue du CRDP, pour son soutien moral et matériel,

A l'Ecole Doctorale 74,

Qu'ils reçoivent à travers ces quelques lignes, les marques de ma plus profonde gratitude.

Liste des principales abréviations

adm.	Administratif
APD	Archive de philosophie du droit
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national professionnel
Arr.	Arrêté
Art.	Article d'une loi ou d'un décret
Art. D	Article d'un décret d'application codifié suivi du numéro d'article
Art. L	Article d'une loi codifiée suivi du numéro d'article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
BLD.	Bulletin législatif Dalloz
BODAC	Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales
BOMT	Bulletin officiel du ministère du travail
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. com.	Bulletin commercial de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
Bull. trav.	Bulletin social de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull . Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
CA.	Cour d'appel
C. Cass.	Cour de cassation
Cass. civ. I	Cour de cassation chambre civile, première chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de Cassation Chambre sociale.

Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ch. réun.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C.E.	Conseil d'Etat
CE	Comité d'entreprise
Cf.	Consulter
Chron.	Chronique (Etude parue dans une revue)
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Circ.	Circulaire administrative
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
comm.	Commentaire
Comm. com. électr.	Revue Communication commerce électronique
C. pén.	Code pénal
CPH	Conseil des prud'hommes (suivi du nom de la ville dans laquelle il siège)
CPI	Code de la propriété industrielle
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
CSBP	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.	Décret
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Défrénois	Répertoire du notariat Défrénois
Délib.	Délibération de la Cnil

Dir.	Directive
Doct.	Partie "Doctrines" de certaines revues
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Revue du Droit social
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR.	Informations rapides du Recueil Dalloz
JAF	Juge aux affaires familiales
JCI	Jurisclasseur
JCP E.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition "Entreprise"
JCP G.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition "Générale"
JCP N.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition "Notariale"
JCP S	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition "Sociale"
JEX	Juge de l'exécution
J.O.	Journal officiel de la République Française
JORF	Journal officiel de la République Française
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
L. n°	Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel
Liaisons soc.	Liaisons sociales
LPA	Les petites affiches
ord.	Ordonnance
Obs.	Observations - commentaires doctrinaux à la suite de la publication d'une décision de justice

p.	Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue) suivie du numéro de page
préc.	Précédent
R.	Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article
Rec.	Recueil
Rec. CE.	Recueil du Conseil d'Etat (dit Recueil "Lebon")
R.D. sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social (Sirey)
R.D. imm.	Revue de droit immobilier (Sirey)
réf.	Ordonnance de référé
Rép.	Répertoire
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. pr. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. trav.	Répertoire du droit du travail Dalloz
rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation)
RDS	Revue du droit social
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
RTD. com	Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivants
sect.	Section
Somm.	Sommaires de jurisprudence
SSL	Semaine sociale Lamy

T.	Tome
T.	Titre (division d'un Code suivie de son numéro)
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TIC	Technologies de l'Information et de la Communication
TPS	Revue Travail et protection sociale
V.	Voir dans le sens de " à consulter..."
V°	Mot
vol.	volume

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

LA RECONNAISSANCE DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

Titre II – L’implantation de la preuve électronique dans le contentieux prud’homal

Chapitre I – La rationalisation du cadre juridique du procès prud’homal

Chapitre II – La composition du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail

Titre II – L’implication des acteurs juridiques dans l’administration de la preuve électronique

Chapitre I – La collaboration des parties à l’administration de la preuve électronique

Chapitre II – L’office du juge du contrat de travail dans l’administration de la preuve électronique

DEUXIEME PARTIE

LA NEUTRALISATION DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

Titre I – La recevabilité de la preuve électronique

Chapitre I – Les critères d’appréciation de la preuve électronique

Chapitre II – La méthode d’appréciation de la preuve électronique

Titre II – La force persuasive de la preuve électronique

Chapitre I – L’appréciation des faits au regard de la preuve électronique

Chapitre II – L’intégration de la preuve électronique dans le processus d’argumentation judiciaire

Introduction

« La plus forte cause d'aliénation dans le monde contemporain réside dans cette méconnaissance de la machine, qui n'est pas une aliénation causée par la machine, mais par la non-connaissance de sa nature et de son essence, par son absence du monde des significations, et par son omission dans la table des valeurs et des concepts faisant partie de la culture »¹.

G. SIMONDON

1.- L'irruption de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal pourrait faire figure d'anachronisme. L'outil probatoire ultra-moderne² en pleine expansion se démarque au sein d'une institution vieillissante³, en crise de légitimité⁴. Le contraste entre la preuve électronique et le conseil de prud'hommes se repère également dans la confrontation entre la technologie et l'humain, car cette juridiction revêt un caractère particulièrement

¹ SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, Paris, 1958, p. 9-10.

² La preuve électronique est un phénomène récent, dont l'apparition remonte aux années 1990. En 1991, l'arrêt « Néocel » annonce l'explosion du contentieux prud'homal sous l'incidence des TIC. Pour la première fois, les juges décident que l'enregistrement du comportement et des paroles d'une salariée au moyen d'une caméra dissimulée dans une caisse est une preuve illicite : « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». Cass. soc. 20 nov. 1991, n°88-43120. Plusieurs années plus tard, le législateur se saisit de la question de la preuve électronique dans la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62, 14 mars 2000, p. 3968.

³ C'est à Lyon qu'a été institué par la loi du 18 mars 1806, le premier conseil de prud'hommes. Le conseil des prud'hommes de Lille fut quant à lui créé par un décret du 29 mai 1810. La juridiction ne deviendra paritaire qu'à compter d'une loi de 1848. Trois réformes ont été menées en 1959, 1979 et 1982.

⁴ Dans un Communiqué de presse en date du 1^{er} juillet 2013, Ch. TAUBIRA, Garde des sceaux, a insisté sur « la nécessaire réforme du fonctionnement des juridictions sociales dans un esprit de concertation avec l'ensemble des partenaires de la prud'homie afin d'améliorer la qualité et les délais de la Justice rendue, et préserver ainsi cette spécificité historique des conseils de prud'hommes ». En ligne : [www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/archives-des-communiqués-de-2013-12521/conseils-de-prudhommes-25682.html].

V. également le travail effectué sous l'égide du ministère de la Justice « changer la justice » et les deux groupes de travail mis en place, le premier sur « le juge du XXI^{ème} siècle », le second sur « les juridictions du XXI^{ème} siècle ». Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, déc. 2013.

En ligne : [www.justice.gouv.fr/publication/rapport_marshall_2013.pdf] ; LACABARATS (A.), « La jurisprudence en droit social », *SSL*, n° 1598, 23 sept. 2013, p. 9 ; *SSL*, n° 1614, 20 janv. 2014 ; MARSHALL (D.), LAGESSE (P.), BECKERS (M.), « Réformer le Conseil des prud'hommes ? », *RDT* n° 2, fév. 2014, p. 85-93 ; GUIOMARD (F.), « Quelles réformes pour la justice sociale ? Deuxième partie : les procédures », *RDT* n°3, mars 2014, p. 200-204.

anthropologique⁵. Dans le même temps, la preuve électronique se déploie dans tous les domaines du droit⁶. Elle paraît s'inscrire dans une démarche de progrès juridique⁷ et devenir la « *ratio probatio* », c'est-à-dire le moyen de preuve rationnel privilégié pour accéder à la vérité judiciaire.

En contrepoint, la remise en cause que connaît actuellement l'institution prud'homale touche le procès en droit du travail aussi bien dans sa dimension collective qu'individuelle⁸. S'élève d'une part, une critique générale et collective du procès prud'homal. Décrit comme un espace communicationnel insuffisamment interactif et désorganisé, il ne remplirait plus ses fonctions médiatrices historiques. D'autre part, les conseillers prud'hommes subiraient également une perte de considération personnelle qui

⁵ La procédure prud'homale est une procédure à valeur humaine ou anthropologique, elle exige la comparution personnelle des parties et insiste donc sur la constitution corporelle. Le corps a une valeur fondamentale en droit du travail car le corps du salarié est son objet de travail en qualité de vecteur de la prestation de travail (il est objet et sujet du contrat). Sur ce point les TIC entrent en contradiction totale avec l'essence de la procédure prud'homale puisqu'ils entraînent la dématérialisation des rapports humains et donc la déshumanisation de la procédure. Cependant réduire les relations de travail à une pensée anthropologique d'un côté et les TIC à une influence anti-anthropologique serait trop réducteur et manichéen.

En outre, les valeurs portées par la justice prud'homale entrent intrinsèquement en confrontation avec les valeurs que véhicule la preuve électronique. Selon SIMONDON, « le processus de concrétisation des objets techniques entre dans un cadre non-anthropologique », c'est-à-dire qu'il n'est pas entièrement soumis aux décisions humaines. Les technologies ne se réduisent pas à leur usage et à leur maîtrise par l'homme : « en passant du travailleur comme 'porteur d'outils' à la machine comme porteuse d'outil et nouvel individu technique, la technique se libère de sa réduction au travail humain ». Le philosophe voit la technique comme un fonctionnement plus que comme un usage au service de l'homme. Cette philosophie de la « non-anthropologie » des technologies réduit le rapport entre l'homme et la technique et développe une nouvelle pensée de l'aliénation qui ne va pas dans le sens des valeurs de la justice prud'homale. Le juge du contrat de travail est en effet « intimement lié au concept d'humanité » et au respect de l'intégrité et des valeurs de l'être humain. Les juges rejetteraient toute conception de mise au service de l'homme à la machine et toute robotisation. L'engagement syndical des conseillers prud'hommes exacerbe la quête du juste et humaniste de la procédure prud'homale.

⁶ L'ensemble des domaines du droit accueille cette forme de preuve moderne. Le SMS s'est largement implanté dans le contentieux du divorce (Cass. civ. 1^{ère} 17 juin 2009, n° 07-21796) et du harcèlement au travail : Cass. soc. 23 mai 2007, 06-43209), de même que le courriel (Cass. civ. 1^{ère} 13 mai 2014, n° 13-11403 ; Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884) ou les preuves issues des réseaux sociaux.

⁷ La conception moderne du progrès, orientée vers les sciences et techniques, a été initiée par BACON (F.) au début du XVII^e siècle et s'illustre par un accroissement du savoir et une augmentation du pouvoir de l'homme sur la nature. BACON (F.), *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Paris, Gallimard, 1991. Elle est défendue en droit par nombre d'auteurs scandinaves ou canadiens : S. STROMHOLM (S.), « Essai de morphologie juridique », in *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Pik Malmstrom*, Stockholm, Forlag, 1972 ; CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force » *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119. V. également en droit français : BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1987, p. 278.

En philosophie, les auteurs adeptes des sciences et techniques rejoignent la théorie défendue par SIMONDON (cité par DELEUZE dans les années 60). L'auteur refuse toute position de défiance envers les sciences et les techniques et préfère mettre en avant leur ambivalence et le profit à en tirer : au lieu d'opposer l'humain à la science, le philosophe l'appréhende comme remède. « *Dès le versant technologique de son œuvre, SIMONDON affirme même explicitement la nécessité de la 'méthode' et de l' 'effort' philosophiques pour accéder à l'essence de la technique, de même qu'il formule, dans le sillage d'une compréhension renouvelée de la technicité, l'exigence d'une 'nouvelle sagesse', renouant par là avec la signification la plus ancienne, la plus littérale du terme 'philosophie'* » : « Simondon et la philosophie », colloque organisé par UMR Savoir Textes Langage, Université Lille 3, 7 et 8 nov. 2012. Cette dynamique a été poursuivie par BARTHELEMY (J.-H.) et CHABOT (P.), *La philosophie de Simondon*, Vrin, Paris, 2003, p. 71.

⁸ V. l'ouvrage collectif : *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. KELLER, Paris, LGDJ, 2008.

s'expliquerait notamment par l'absence de renouvellement de leurs prérogatives judiciaires, et par leur manque d'expériences et de connaissances juridiques.

Section I. Prolégomènes : La preuve électronique aux confins du droit et de la science

A. L'apparition d'une notion juridique

2.- La preuve conditionne l'existence d'une situation juridique et l'effectivité d'un droit⁹. Selon IHERING, « *la preuve est la rançon des droits* »¹⁰ ; celui qui veut se prévaloir d'un droit, doit établir qu'il en est titulaire¹¹. On conçoit alors à quel point « *l'importance du système probatoire est centrale en droit* »¹² et pourquoi la preuve a de tous temps éveillé l'intérêt de la doctrine. En 1954, le régime de la preuve civile faisait l'objet d'une étude exhaustive et prospective¹³ ; en 2010, elle était abordée sous l'angle du « *droit à* »¹⁴.

3.- En droit du travail, les auteurs s'interrogent depuis longtemps sur les effets qu'opère la règle de preuve sur l'inégalité des parties au contrat de travail dans l'instance prud'homale. Ils constatent que la règle de preuve est « *révélatrice du maintien, du conditionnement ou de la disparition de certaines formes du pouvoir de l'employeur* »¹⁵. Certains estiment qu'elle peut constituer un outil juridique et politique au service du « *rééquilibrage* » de la relation contractuelle¹⁶.

4.- Au-delà des effets de mode, l'apparition de la preuve électronique offre par ailleurs un nouveau regard sur la théorie générale de la preuve. L'engouement unanime des juristes

⁹ Cette conception repose sur un ancien adage romain « *idem est non esse et non probari* » qui se traduit communément par l'idée qu'une équivalence existe entre l'absence de droit et l'absence de preuve : ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 161 ; CHEVALLIER (J.), *Droit civil*, 4^e éd., Sirey, Paris, 1970, p. 28. Pour une étude complète de la preuve: BODIN (J.), *La preuve*, vol. XVI à XIX, Bruxelles, Editions de la Librairie encyclopédique, 1963-1965.

¹⁰ VON IHERING (R.) cité par FOULQUIER (C.), *La preuve et la justice administrative française*, l'Harmattan, Paris, 2013, p. 88.

¹¹ AUBERT (J. L.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, 14^e éd., 2014, p.123-126.

¹² LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, th. soutenue à l'Université de Poitiers, 1954, LGDJ, 1955, p. 3.

¹³ LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Thèse Poitiers, 1954, éd. LGDJ, 1955.

¹⁴ BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010, 588 p.

¹⁵ FAUVENEC-HERY (F.), *La preuve en droit du travail*, thèse, Université Paris X Nanterre, 1983, p. 19.

¹⁶ BOULMIER (D.), *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, Paris, LGDJ, 2002, p. 23.

pour le sujet, donne l'impression qu'une dynamique doctrinale est à l'œuvre. On relève aussi de nombreux articles et publications sur le sujet¹⁷.

Il apparaît ainsi que la preuve électronique interroge les paradigmes du droit et pose de nouvelles questions pratiques auxquelles les différentes sources du droit offrent une réponse inégale. La doctrine s'interroge sur la valeur que doit revêtir l'écrit électronique ou à la recevabilité des documents électroniques en qualité de preuve. Le législateur se met en marge du débat et paraît adopter une posture impassible face à l'apparition de la preuve électronique. Par l'utilisation du mécanisme de la fiction juridique, il l'insère sans heurt dans le système juridique pour remplir les exigences posées par le droit européen¹⁸. La jurisprudence paraît s'impliquer davantage dans la reconnaissance juridique de la preuve électronique jusqu'à devenir la première source du droit en la matière car elle fonde directement le régime de la preuve électronique. La direction choisie par les juges dans la construction de ce régime n'est pas toujours univoque et offre une nouvelle tonalité à l'ensemble du contentieux prud'homal, ce qui implique et justifie le réexamen de la question des inflexions du régime probatoire en matière prud'homale résultant de l'arrivée de ces preuves électroniques.

5.- Un *premier paradoxe* mérite d'être souligné : la preuve électronique est indéniablement présente dans le discours juridique mais occupe une place subsidiaire dans les textes de droit positif. Un *second paradoxe* résulte des précédentes constatations : la réception de la preuve électronique n'est pas identique dans l'ensemble des domaines du droit. La réaction des juges est en effet, bien plus ambivalente et complexe que celle adoptée par la doctrine ou par le législateur. S'agissant du contentieux prud'homal, la preuve électronique est confrontée tantôt à reconnaissance, tantôt à la défiance.

¹⁷ Ainsi dans la Revue Droit social peuvent être recensés : SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131 ; RADE (CH.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 26. Pour un aperçu des évolutions sur la question voir les études menées d'année en année de RAY (J.-E.), « Actualités des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) », *Dr. soc.* sept. 2007, n° 9/10, p. 951-961 ; *Dr. soc.* nov. 2008, n° 11, p. 1072-1083 ; *Dr. soc.* janv. 2009, n°1, p. 22-37 ; *Dr. soc.* mars 2010, n° 3, p. 267-279 ; *Dr. soc.* sept. 2011, n° 9/10, p. 933-951 ; *Dr. soc.* oct. 2012, n°10, p. 934-939 et *Dr. soc.* 15 nov. 2012, n° 11/12, p. 1027-1038 ; « Les métamorphoses du droit du travail », *Dr. soc.* déc. 2011, NS12, p. 1162-1171. D'autres articles, commentaires et notes d'arrêt se sont intéressés à la question : FANTONI-QUINTON (S.), LEBORGNE-INGELAERE (C.), « L'impact des TIC sur la santé au travail », *JCP S*, 26 nov. 2013, n° 48, p. 16-21 ; WALLE (E.), « L'impact des TIC sur le droit social », *Gaz. Pal.* 22 oct. 2010, n° 295-296, p. 19-21.

6.- Aussi, l'étude de la preuve électronique en droit du travail conduira nécessairement à relativiser et nuancer l'accueil unanimement favorable de la doctrine. Elle se démarquera aussi de son acceptation forcée par le législateur. En effet, suivre l'une ou l'autre de ces approches, serait omettre que le juge occupe en définitive une place stratégique sur la scène probatoire. Si la preuve en qualité d'argument persuasif doit convaincre une seule personne de la véracité d'un fait, c'est bien le juge. L'effectivité d'un droit substantiel est alors tributaire de l'adhésion des juges à l'argumentation mais aussi des modalités probatoires qui la sous-tendent.

L'intérêt de la présente recherche se justifie d'autant plus que, si les auteurs ont récemment traité l'influence des TIC dans les relations de travail¹⁹, les interactions entre le juge et la preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail n'ont à ce jour, jamais fait l'objet d'une approche plus systématique aux confins du droit substantiel et du droit processuel. Consacré à une manifestation particulière de la réception de la preuve électronique dans le système juridique, le travail de recherche vise le lien consubstantiel qui existe entre le juge du contrat de travail, les TIC et la preuve.

7.- L'évolution historique des règles de preuve. La preuve s'incorpore dans « un cadre de pensée construit en dehors d'elle »²⁰. Elle a une dimension culturelle²¹. Les règles de preuve et les systèmes probatoires varient en fonction des époques et s'imprègnent des valeurs et de l'environnement dans lequel ils s'insèrent²². Les modes de preuve acceptés dans un système judiciaire, que l'on assimile aux « moyens employés pour faire la preuve »²³, apportent également des éléments de compréhension à la structure du pouvoir judiciaire et aux pratiques argumentatives mises en œuvre dans ce système, de même qu'ils éclairent sur les concepts juridiques qui l'irriguent.

¹⁸ Sur les difficultés d'application de la Directive n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 et les perspectives de réformes européennes, notamment la révision juridique et terminologique du texte : V. MESNARD (C.), « 3 question à Eric A. Caprioli », *JCP éd. G*, n°20, 19 mai 2014, 601.

¹⁹ DEMOULAIN (M.), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail. Essai sur une évolution des relations de travail*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012, 429 p. ; FANTONI-QUINTON (S.), *L'impact des technologies d'information et de communication sur les conditions de travail*, thèse soutenue à l'Université de Lille 2, 2005, 538 p. ; RAY (J.-E.), *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 2001.

²⁰ CADIET (L.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies : Rapport de synthèse », *Procédures*, 1^{er} av. 2010, n° 4, p. 40-45.

²¹ GIRARD (F.), *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, PUAM, 2013, p. 68.

²² CADIET (L.), p. 38. ; GIRARD (F.), *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, PUAM, 2013, p. 66.

La distinction opérée par les historiens du droit entre les preuves rationnelles et irrationnelles²⁴ est riche d'enseignements, car elle permet d'interpréter au mieux le système probatoire actuel et d'en relever les évolutions ainsi que les particularités. Par preuve irrationnelle est désignée l'ensemble des preuves primitives qui se fondent sur les manifestations d'une force extérieure pour accéder à la vérité. Les preuves rationnelles sont des preuves objectives dont la finalité est de convaincre l'esprit humain d'une démonstration²⁵.

L'Antiquité a, on le sait, connu un système de preuves religieuses ou surnaturelles²⁶. En Mésopotamie, à cette période, tous types de preuve pouvaient être employés à accéder à la vérité, y compris les ordalies ou les jugements de Dieu, les prodiges, les présages ou les oracles. La preuve était « *mystique* »²⁷, c'est-à-dire qu'elle se traduisait par un appel aux puissances divines. Les auteurs notent que si la preuve rationnelle n'était pas totalement absente dans l'Antiquité, elle n'était qu'un moyen subsidiaire d'accéder à la vérité. Elle ne faisait que pallier l'absence de preuve irrationnelle.

Le droit romain primitif annonce l'introduction progressive de modes de preuve plus élaborés et d'un système de preuve formaliste dans lequel, la vérité n'est pas primordiale. Plus tard, les procédures canoniques retenues par l'Eglise s'inspirent du droit romain pour mettre en place un système probatoire cohérent et exhaustif. L'écrit devient alors un mode de preuve privilégié. La période franque, qui débute au V^e siècle, fut également le siège des preuves irrationnelles, telles que les ordalies et le serment purgatoire. Au Moyen Age, les preuves rationnelles et irrationnelles cohabitent²⁸. La procédure accusatoire domine dans le *Mallus*²⁹ qui a encore recours

²³ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, V^o « Preuve », p. 716.

²⁴ *La preuve en justice, de l'Antiquité à nos jours*, (dir.) B. LEMESLE, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2003, 271 p., ISBN : 2-86847-835-2.

²⁵ Cette distinction ne signifie pas que les preuves rationnelles préservent totalement de l'erreur judiciaire ou même que l'une et l'autre des formes de preuve ne peuvent être utilisées à titre complémentaire. Sur cette réflexion, V. (R.) JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, Paris, 2014, p. 48-60.

²⁶ LEVY (J. Ph.), *L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve*, in *La preuve, Droits*, n^o 23, 1996, p. 3-11.

²⁷ BERGEL (J. L.), *Théorie générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 313-318 ; LEVY (J.-Ph), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2010.

²⁸ BONGERT (Y.), *Recherches sur les cours laïques du X^e au XIII^e siècle*, L'Harmattan, Paris, 2012.

²⁹ Le *Mallus* est le tribunal de droit commun à l'époque franque et carolingienne. Hérité de la tradition germanique, il est en théorie composé d'hommes libres (nommés *bonni vir*). Centre de recherches en histoire du droit et des institutions, *Procès et procédure*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1993 ; DESGRUGILLERS-BILLARD (N.), *La loi salique*, Paleo, Clermont-Ferrand, 2011.

au serment et aux ordalies tandis que l'on voit dans les instances canoniques, triompher l'enquête et l'expertise.

8.- En définitive, on retiendra de ce simple survol, que derrière un mouvement progressif de rationalisation de la preuve³⁰, certaines périodes de l'histoire ont pu connaître la résurgence de la preuve irrationnelle³¹. La typologie des modes de preuves utilisés par les plaideurs évolue donc de manière cyclique. Elle transforme la structure de leur argumentation ainsi que l'office du juge. Plus la preuve est rationnelle, plus la place du juge au procès et la responsabilité qui lui incombe sont importantes.

L'époque contemporaine s'inscrit indéniablement dans ce phénomène d'objectivation de la preuve, amorcé sous l'Ancien Régime. Majoritairement inspiré du Code Napoléon originel qui opère au début du XIX^e siècle une synthèse des modes de preuve rationnels admissibles et élude la question des preuves irrationnelles, le Code civil consacre à l'article 1316, le système de preuve légale dominé par cinq procédés de preuve : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. Il fixe la force probante de chaque mode de preuve³² et prévoit qu'un acte et un fait déterminé doivent être prouvés par tel mode de preuve³³.

La loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique³⁴, pousse ce phénomène à son paroxysme en consacrant l'existence de nouvelles formes de preuve issues des Technologies de l'Information et de la Communication. Elle intègre au droit positif la catégorie des preuves modernes que l'on pourrait qualifier d'« *ultra-rationnelles* ». Ces preuves électroniques résultent en effet, d'une architecture intellectuelle rationnelle, où prédomine la logique scientifique et « *où la vérification expérimentale ramène à la réalité l'imaginaire qui a présidé à l'établissement d'une hypothèse* »³⁵.

³⁰ LEVY-BRUHL (H.), note 7, p. 9 : « Un effort tenace et méritoire a été fait avec succès en vue de s'affranchir des prénotions qui attribuait à des pouvoirs fallacieux, nés de l'imagination collective, la solution des litiges. Désormais c'est à la raison humaine qu'incombe la lourde responsabilité de juger ».

³¹ Dans une perspective globale du phénomène de rationalisation de la preuve, il faut noter que les ordalies sont encore en œuvre actuellement dans certains pays d'Afrique et d'Asie : RETEL-LAURENTIN (A.), *sorcellerie et ordalies : l'épreuve du poison en Afrique noire : essai sur le concept de négritude*, Anthropos, Paris, 1974 ; RETEL-LAURENTIN (A.), *Justice coutumière chez les Nzakara*, Cerimes, Vanves, DVD, 2000.

³² C. civ. art. 1319, 1320, 1356, etc.

³³ C. civ. art. 1341, 319 s., 335 s.

³⁴ L. n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62, 14 mars 2000, p. 3968.

³⁵ LABRUSSE-RIOU, « Preuve 'scientifique', preuve « non scientifique », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Paris, Larcier, p. 79-95, spéc. p. 85.

9.- Au regard de l'histoire de la preuve, une question théorique se pose alors. La preuve électronique peut-elle véritablement être analysée comme un nouveau³⁶ mode de preuve ? La doctrine ne s'accorde pas sur l'opportunité de conserver la nomenclature classique des modes de preuve et d'y intégrer la preuve sur support électronique ou numérique. D'aucuns considèrent que la loi du 13 mars 2000 ne crée pas de nouveau mode de preuve mais se contente de prendre appui sur une nouvelle définition de l'écrit électronique pour appréhender la preuve moderne³⁷. L'article 1316 du Code civil admet que le concept d'écrit résulte d'« *une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ». L'écrit connaît alors un processus d'objectivation et l'ensemble des modes de preuve connaît une extension au support numérique. Ce phénomène aboutit à la superposition de deux systèmes qui se fonde sur une division temporelle : l'ancien système comportant les cinq modes de preuve traditionnels, le nouveau système encadrant de manière uniforme l'ensemble des preuves électroniques. Tout indique qu'à terme, la confusion de l'oral et de l'écrit aboutira à l'obsolescence de la classification traditionnelle des cinq modes de preuve construite au XII^e siècle³⁸. L'ensemble des preuves matérielles issues des TIC sont en effet, traitées de manière homogène par le juge et la frontière entre les différents modes de preuve devient de plus en plus étanche. Les TIC suscitent la création de nouvelles formes de preuve qui peuvent être émises sous forme orale et reçues sous forme écrite³⁹. Cette hybridation entraîne des difficultés à distinguer s'il s'agit d'un aveu ou d'un écrit. Des auteurs contemporains proposent donc l'abandon de la catégorie classique des modes de preuves contre l'adoption d'une liste non exhaustive des principales preuves⁴⁰ utilisées dans un système judiciaire⁴¹. Au sein de cette liste, les nouvelles inventions probatoires, telles que l'expert ou la preuve électronique représenteraient de

³⁶ Sur la détermination de ce qui est réellement nouveau et les critères de la nouveauté : VOGLIOTTI (M.), « De l'auteur au 'rhapsode' ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2003-50, p. 81-95.

³⁷ GAUTRAIS (V), GINGRAS (P.), « La preuve des documents technologiques », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, mai 2010, vol. 22, n°2, éd. Yvon Blais, p. 267-315, spéc. p. 309.

³⁸ DUCHARME (L.), *Précis de la preuve*, 6^e éd, Wilson & Lafleur, 2005, n° 464.

³⁹ C'est le cas du message laissé sur un répondeur qui est transformé en SMS par l'appareil récepteur.

⁴⁰ Le terme « *moyen de preuve* » sera également employé pour remplacer le terme « mode de preuve ». La démonstration doctrinale selon laquelle le mode de preuve, élément matériel de la preuve (« la manière d'administrer la preuve »), serait inclus dans l'acception « moyen de preuve » visant à démontrer la véracité d'une allégation, semble pertinente. Ainsi, le moyen est défini de manière plus large et répond mieux aux enjeux de l'étude du raisonnement judiciaire.

⁴¹ ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1201 ; *La preuve en droit*, Etudes publiées par Ch PERELMAN et P. FORIERS, Travaux du centre national de recherches de

nouvelles formes de preuve indépendantes.

Au regard de l'accroissement des pouvoirs du juge qu'elle entraîne, une étude de l'apparition et de la formulation de la notion de preuve électronique dans le discours juridique paraît indispensable.

B. Les contours d'une notion juridique

L'étude de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal ne peut faire l'économie d'un rappel du concept classique de preuve, qu'il est nécessaire de resituer ce mode de preuve moderne dans le contexte évolutif du droit probatoire.

10.- *La notion de preuve.* La preuve intéresse les chercheurs de toutes disciplines : les scientifiques, les historiens⁴² et les philosophes s'appliquent à étudier ce concept et à en concevoir une définition. La comparaison de ces différentes matières permet de mettre en exergue la spécificité de la preuve judiciaire et enrichit le débat ancestral mené par les juristes au sujet de la finalité de la preuve judiciaire : poursuit-elle l'objectif de vérité ou n'est-elle qu'un simple élément intégré à l'arsenal argumentatif dont la fonction est de convaincre le juge?

11.- Les historiens et les juristes se distinguent par leur conception de la vérité⁴³. Les premiers ont une vision plus proche de celle des scientifiques car ils prônent la conformité exacte de la chose énoncée avec sa réalité⁴⁴. Ils appliquent également le principe d'authenticité, en ce qu'ils s'attachent à la teneur originelle du texte et à l'intention de l'auteur. La signification et la portée du texte dépendent des circonstances encadrant sa naissance.

12.- Selon la définition philosophique traditionnelle, la preuve s'entend de l'« opération discursive permettant de lever un doute de façon indubitable et

logiques, Bruxelles, 1981 ; *La preuve devant le juge*, XVIIe congrès de l'IEDF (1984), *Revue juridique et Politique, Indépendance et coopération*, 39^e année, 1985.

⁴² AMBRY (Ch.-A.-E.), *De la preuve, Thèse d'Histoire du droit*, Paris, 1857, 35 p. ; DURAND (B.), *Ars Persuasionis : entre doute et incertitude*, Duncker & Humblot, 2012 ; LEFEBVRE (J.-L.), *Recherche sur la preuve par record dans les pays wallons au bas Moyen âge*, 1991.

⁴³ AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), 6^e éd., t. XII, par P. ESMEIN, § 749, p.81.

⁴⁴ LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, 7^e éd., PUF, Paris, 1990, p. 110-111.

universelle »⁴⁵. La question probatoire est appréhendée en philosophie au regard du concept de vérité. La vérité établie par la preuve aurait dans ce cas, pour caractéristique de donner une certitude absolue sur les faits allégués⁴⁶. On tiendrait ainsi pour vraie la pensée ou la proposition dans laquelle les faits évoqués sont en parfaite concordance avec la réalité⁴⁷.

Cette conception classique de la vérité comme adéquation de l'esprit et des choses, dite théorie de la « *vérité-correspondance* », s'est révélée inexacte pour la plupart des philosophes, en ce qu'elle présente une définition du vrai sans lui donner de critère. C'est pour s'y opposer que HEIDEGGER reprend la théorie humaniste de PLATON et soutient que la vérité n'est pas « *une propriété du penser mais de l'étant lui-même* »⁴⁸. D'autres philosophes s'attachent à mesurer l'écart entre ce que l'on prétend et ce qui a existé. La preuve véhiculée par l'Homme ne peut qu'être ambiguë et inexacte. Cette imperfection lui vient de l'inexactitude des instruments de connaissance, de l'écoulement du temps et des erreurs que commettent indéniablement les personnes. Cette conception fonde la théorie matérialiste de la preuve⁴⁹ et justifie la pensée de PASCAL selon laquelle, l'accès à la vérité relève d'une véritable gageure : « *la justice et la vérité sont deux pointes si subtiles, que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que le vrai* »⁵⁰.

13.- En sociologie, la vérité serait le résultat d'un processus d'adhésion⁵¹. Selon cette théorie, la vérité n'est pas intemporelle, elle est admise par la société à un temps donné. Elle ne serait alors qu'une question de convention, du choix des axiomes et des concepts essentiels au sein d'une communauté. Il est néanmoins souligné le caractère dangereux de ce « *conventionnalisme* »⁵² car il revient à accepter toute chose emportant l'adhésion pour

⁴⁵ JACOB (A.), *Encyclopédie philosophique universelle*, Art. Preuve, Paris : PUF, 1978 ; elle s'entend également de l' « *opération amenant l'intelligence, d'une manière indubitable et universellement convaincante, à reconnaître la vérité d'une proposition considérée comme douteuse* » : LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1926, V° « Preuve ».

⁴⁶ ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, 2^e éd., PUF, Paris, 2004.

⁴⁷ AUROUX (S.), WEIL (Y.), *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Hachette, Paris, 1991, V° « Vérité », p. 487-490.

⁴⁸ HEIDEGGER (M.), *La doctrine de Platon sur la vérité*, in *Question II*, Paris : Gallimard, 1968.

⁴⁹ VERMEREN (P.), *La preuve philosophique*, in *La preuve*, dir. Catherine PUGELIER, Economica, Paris, 2004.

⁵⁰ PASCAL (B.), *Pensées*, Ferni, Genève, 1978, section IV, n° 252, p. 113.

⁵¹ LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, M. Rivière, Paris, 1964.

⁵² LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, 7e éd., PUF, Paris, 1990, p. 110-111.

vraie et certains auteurs proposent l'idée d'utilité comme critère de vérité pour modérer ce « *conventionnalisme* ». On choisirait ainsi les axiomes les plus utiles pour la communauté.

14.- En matière juridique, la finalité de la preuve s'avère difficile à cerner. Selon la définition générale du juriste DOMAT, « *on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité [...] La vérité n'est autre chose que ce qui est à connaître, une vérité c'est simplement savoir si une chose est ou n'est pas, si elle est telle qu'on dit ou si elle est différente* »⁵³. Ainsi le domaine juridique désigne-t-il la preuve comme une démarche intellectuelle qui ne se contente que de probabilités⁵⁴, certains disent, de vraisemblances⁵⁵. Au mieux, peut-on tendre en droit vers la transparence la plus parfaite au regard de la réalité ; « *mais il ne peut jamais avoir de coïncidence entre la réalité et la reconstitution* »⁵⁶. La preuve juridique ne peut accéder à la vérité absolue mais à une vérité simple et contingente. Cette « *vérité judiciaire* » est alors qualifiée de « *vérité de second rang* »⁵⁷, en opposition aux vérités scientifique et historique. Certains auteurs justifient cette impossibilité par la nécessité en droit de concilier la vérité avec d'autres principes comme la sécurité, le secret professionnel, le respect de la vie privée ou même les contraintes procédurales. C'est le cas par exemple de l'obligation faite au juge de prendre une décision⁵⁸. De même, le principe procédural de l'autorité de la chose jugée aurait pour conséquence de « *pétrifier la décision autour d'une vérité momentanée* »⁵⁹ et irrévocable. C'est sur ce constat que les historiens soulignent la différence entre la preuve judiciaire et la preuve historique : le débat historique resterait perpétuellement ouvert⁶⁰.

15.- Si le droit de la preuve n'est pas nécessairement contentieux, la preuve en droit, est essentiellement judiciaire. L'originalité de la preuve en matière juridique résulte du lien consubstantiel qu'elle entretient avec le juge et le procès. Elle s'imprègne de la conception du procès de même qu'elle reflète et influence la structure du système judiciaire : « *le siège de cette matière se révèle être l'un de ceux où s'accusent le plus sensiblement les*

⁵³ DOMAT (J.), *Lois civiles*, I^{ère} partie, Livre 3, T. 6, éd. Rémy, II, p. 137 ; AUBRY (C.), RAU (C.), *Droit civil français*, T. XII « Preuve, chose jugée, prescription », Librairies techniques, Paris, 1958, § 749, p. 51-83.

⁵⁴ Pour l'illustre auteur, « prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car dans l'univers juridique on ne prétend pas atteindre la vérité), du moins comme probable » J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 26^{ème} éd., PUF, Paris, 1999, n° 174, p.335.

⁵⁵ PUIGELIER (C.), *Vrai, véridique et vraisemblance*, Economica, Paris, 2004.

⁵⁶ TERRE (F.), *loc. cit.*

⁵⁷ LAGARDE (X.), *loc. cit.*

⁵⁸ C. civ. art. 4.

⁵⁹ VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 2003, n° 170.

⁶⁰ BARTIN cité par Jean CARBONNIER, *loc. cit.*

différences entre systèmes juridiques »⁶¹. Le caractère imparfait de la vérité judiciaire se justifie alors par la présence d'un élément extérieur à la démonstration : le juge.

La présence d'un jugement humain empêche d'accéder à une forme de vérité qui confinerait à la neutralité absolue. Les prérogatives du juge ne lui permettent que d'atteindre une vérité relative, voire approximative, puisqu'il se doit de rendre la justice, au moyen des prérogatives qu'on lui attribue. MOTULSKY remarque avec justesse que le juge « *ne peut se jeter à corps perdu dans la discussion pour essayer de découvrir ce qui lui paraît être la vérité* »⁶².

En raison de la présence du juge comme tiers chargé de trancher le litige, la vérité judiciaire serait doublement « *médiatisée* »⁶³ : les parties présenteraient au procès leur propre vérité judiciaire tandis que le juge recevrait à sa manière cette vérité. La définition de la preuve judiciaire, contrairement au concept de preuve admis par les philosophes, les sociologues ou les historiens ne peut être élaborée sans prendre en compte cette spécificité.

16.- Les définitions de la preuve judiciaire. La notion de « *preuve judiciaire* » se caractérise par sa polysémie. Classiquement, on lui attribue trois sens distincts. La preuve, au sens matériel, est l'élément de conviction en tant que tel. Elle représente le moyen de preuve destiné à présenter le fait, qu'il n'est pas utile de distinguer du mode de preuve décrivant « *la manière d'administrer en justice le moyen de preuve destiné à établir la vérité* »⁶⁴. Cette conception matérielle de la preuve est incomplète car elle néglige le contexte et la finalité de la preuve judiciaire qui la différencient des autres types de preuve. « *Plus concrète et réaliste, elle est destinée, dans toutes les situations que couvre le juridique, à démontrer les données de fait et les solutions de droit qui lui sont adaptées, ainsi que l'exige, dès qu'on en reconnaît l'existence, le phénomène juridique* »⁶⁵. La preuve représente également l'activité intellectuelle des plaideurs qui formulent au procès des propositions ou des estimations⁶⁶. Elle désigne « *l'opération intellectuelle par laquelle on*

⁶¹ LAGARDE (X.), v. « Preuve », in (dir. CADIET L.), *Dictionnaire de la Justice*, 2^e éd., à paraître, cité par CADIET (L.), p. 113.

⁶² MOTULSKY (H.), « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*.1966, I, 1996.

⁶³ THERY (P.), *Les finalités du droit de la preuve*, in *La preuve, Droits*, n° 23, 1996, p.41-52, spéc. p.46.

⁶⁴ LAENENS (J.), *Le droit de la preuve en Belgique et aux Pays-Bas*, p.1, cité par CADIET (L.), « Culture et administration judiciaire de la preuve », *op. cit.*, p. 105.

⁶⁵ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e éd, Dalloz, Paris, 2012, p. 459.

⁶⁶ ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, V° « Preuve en droit », p. 472.

convainc le juge »⁶⁷. La preuve consiste en ce sens, dans une démonstration destinée à convaincre le juge de la véracité de l'allégation d'une partie afin qu'il impose la reconnaissance de ses droits. Elle s'assimile à un mécanisme logique qui permet de vérifier la réalité d'un fait. Le terme preuve peut enfin désigner dans le vocabulaire juridique, le résultat de la production d'éléments, c'est-à-dire la conviction du juge. Il incarne la croyance judiciaire⁶⁸.

17.- Au regard de ces définitions, la preuve judiciaire ne peut être dégagée de tout intérêt pratique. Elle n'a pas pour (unique) finalité d'accéder à la vérité⁶⁹. Le droit de la preuve définit plus les moyens d'emporter la conviction du juge que ceux d'atteindre la vérité⁷⁰. Omettre l'utilité concrète de la preuve reviendrait à manquer de bon sens. Le Doyen CARBONNIER adhère sensiblement à cette idée lorsqu'il soutient que la finalité du droit probatoire n'est pas l'accession à la vérité, il ne s'y intéresse non pas « *pour en permettre la manifestation, mais bien plutôt pour l'encadrer, et au besoin interdire d'y accéder* »⁷¹.

18.- Le droit de la preuve. Le droit probatoire est complexe et paradoxal. Selon certains auteurs, ces caractéristiques s'expliqueraient par l'ambivalence de la preuve elle-même qui se situe au croisement des règles de fond et de procédure. De ces deux composantes résulte la répartition des règles de preuve traditionnellement opérée en droit français. Le Code civil⁷² comporte les règles de fond, qui définissent le fait à prouver, déterminent les moyens de preuve admissibles selon la matière du litige et fixent la force probante des procédés de preuve ; le Code de procédure civile⁷³ réglemente l'administration de la preuve et le rôle du juge⁷⁴. Ces constatations permettent de mettre en

⁶⁷ LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, th. 1994, LGDJ, Paris, Préface GHESTIN (J.).

⁶⁸ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1926, V° « Preuve ».

⁶⁹ LAGARDE (X.), « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », in *La preuve, Droits*, n°23, 1996, PUF p. 31-36

⁷⁰ THERY (P.), *loc. cit.*

⁷¹ LAGARDE (X.), *Finalités et principes du droit de la preuve : ce qui change*, JCP ed. G, n° 17, 27 av. 2005, p. 771-777.

⁷² Les règles de fond sur l'admissibilité et la force probante des procédés de preuve, appelé « *decisoria litis* » trouvent leur place des articles 1315 à 1369 du Code civil.

⁷³ Le Code de procédure civile a été précédé par le Code Louis de 1667, puis par le Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1807. Celui-ci ne sera abrogé qu'en 1975 pour l'entrée en vigueur en 1976 du Code de procédure civile, sous la dénomination « Nouveau Code de procédure civile » (NCPC). Comme il se substitue à l'ancien Code de procédure civile, on peut le désigner par « Code de procédure civile », bien que certaines dispositions de l'ancien code demeurent en vigueur, parfois avec le même numéro d'article.

⁷⁴ Les textes sur les modalités d'administration de la preuve en justice, appelés « *ordinatoria litis* » sont intégrés au Code de procédure civile des articles 132 à 322 dans la Section relative à « *l'administration*

lumière la « *dynamique d'hybridation* »⁷⁵ dont le droit probatoire fait l'objet et démontre qu'il se situe au centre de l'articulation des systèmes juridiques. Les règles de preuve ont une incidence sur tous les systèmes procéduraux et exigent une réponse univoque.

Le droit probatoire dépourvu de corpus législatif propre est ainsi envisagé comme un ensemble de règles de droit disséminées, qui viennent au soutien du droit des obligations⁷⁶. La doctrine explique l'attribution au Code civil des règles concernant la charge, l'objet et les moyens de preuve, par le lien existant entre le fond du droit et le système probatoire⁷⁷. Cette distinction semble en réalité reposer sur une frontière factice⁷⁸ entre les différentes finalités de la preuve judiciaire. Elle oppose les qualités pratiques et concrètes de la « *preuve-matérielle* » aux qualités conceptuelles et intellectuelles de la « *preuve-démonstration* ». Les deux versants de la preuve sont bouleversés par l'apparition du support électronique.

C. La recherche d'une définition de la preuve électronique

19.- La définition des TIC. L'apparition de la catégorie des TIC à l'initiative des ingénieurs-réseau, peut être approximativement fixée à la fin du XX^e siècle lors du rapprochement de l'informatique et des télécommunications. A cette époque, sa définition n'a pas fait l'objet de consensus chez les techniciens, qui choisissent tantôt de déterminer les TIC au regard de leur fonctionnalité tantôt au regard des éléments qui les composent. Au sens strict, les auteurs retiennent que la catégorie des TIC est composée : « *du domaine des télécommunications qui comprend lui-même les services et les équipements ; du domaine de l'informatique qui comprend le matériel, les services et les logiciels ; du domaine de l'audiovisuel qui comprend principalement la production et les services audiovisuels ainsi que l'électronique grand public* »⁷⁹.

judiciaire de la preuve » du Titre VII, Livre 1^{er}, auxquels il faut ajouter les articles 9 à 11 qui figurent parmi les textes « *relatifs aux principes directeurs du procès* ».

⁷⁵ V. Etude en cours du Collectif L'Unité du Droit (CLUD) entreprise depuis 2009 par les chercheurs de la Faculté du Mans.

⁷⁶ C. civ. articles 1315 à 1369.

⁷⁷ GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1994, n°628.

⁷⁸ La jurisprudence tente de pallier ce manque de cohérence en conférant une portée générale aux règles de preuve, ce qui rend la frontière entre « *preuve démonstration* » et « *preuve matérielle* » relativement poreuse.

⁷⁹ CHARPENTIER (S.), *L'écrit informatisé, Société de bibliologie et de schématisation*, Noyers-sur-Serain, L'Harmattan, Paris, 2012, 182 p.

20.- Le choix du vocable « *technologies* » de l'acronyme TIC, est littéralement inapproprié. En effet, comme son étymologie l'indique⁸⁰, la technologie désigne « *les considérations théoriques sur une technique ou un ensemble de procédés scientifiques ayant un même objet* »⁸¹ alors que les TIC sont en réalité des techniques, entendues comme des procédés pratiques qui permettent de communiquer à distance par voie électronique. La terminologie employée et le sens souhaité ne sont pas en concordance. Pour les juristes, la catégorie sémantique des Technologies de l'Information et de la Communication représente une « *nébuleuse aux contours incertains* »⁸². En raison de sa nature scientifique ce concept apparaît de prime abord inadapté à son insertion dans le discours juridique. Les juristes éprouvent des difficultés à se saisir de la définition de la catégorie des TIC, tant pour son inexactitude sémantique que pour leur méconnaissance de cet objet.

En l'absence de définition objective de ce concept, on retiendra ici une définition générale selon laquelle, les TIC sont des techniques utilisées par les personnes pour traiter, modifier et échanger de l'information. Cette définition s'appuie essentiellement sur l'interactivité qu'encouragent les TIC dans les relations sociales. Dans la pratique des relations de travail, elles sont plus spécialement envisagées comme des « *outils physiques et des logiciels (ou progiciels), destinés aussi bien à la gestion ou à la circulation de l'information qu'à la communication interpersonnelle* »⁸³. Les TIC visées dans ce travail regroupent l'Internet, la télécommunication mobile et le GPS et sont également appelées technologies numériques. Elles excluent les technologies classiques, telles que le télégraphe électrique, la télévision et la radiotéléphonie. Parmi les TIC, le courriel, la télécopie, la visioconférence et le téléphone sont les procédés techniques les plus usités en droit du travail.

21.- Le qualificatif « *nouvelles* » dans l'acronyme NTIC, fréquemment présent dans les débats, doit être écarté, non seulement parce qu'il suscite des difficultés de compréhension quant à la limite à fixer objectivement entre une technologie dite « *ancienne* » et une

⁸⁰ Ce qui signifie littéralement « *le discours sur les règles d'un art* »,

⁸¹ MORFAUX (L.-M.), LEFRANC (M.), *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, 2007, Paris, p. 556.

⁸² CADIET (L.), « Le procès civil à l'épreuve de nouvelles technologies : Rapport de synthèse », *Procédures*, avr. 2010, n° 4, p. 40-45.

⁸³ Centre d'Etudes de l'Emploi, *TIC et conditions de travail. Les enseignements de l'enquête COI*, La documentation française, juin 2012, p. 12.

technologie dite « *nouvelle* », mais encore parce que la technologie connote déjà intrinsèquement l'idée de nouveauté et de progrès⁸⁴.

22.- La preuve électronique. Le choix de la terminologie et de la définition juridiques de la preuve issue des TIC laisse perplexe. Les sources législatives ne contiennent aucune occurrence de la preuve électronique. Seule l'insertion du support électronique et de la signature électronique sont évoqués dans l'ensemble du droit⁸⁵. Les différents Codes se réfèrent à de nombreuses reprises à la « *forme électronique* »⁸⁶, à la « *voie électronique* »⁸⁷ ou à la « *communication électronique* »⁸⁸ de certains documents mais ne consacrent pas la notion de preuve électronique. Le Code civil, intégrant la loi du 13 mars 2000 « *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* » aux articles 1316 à 1316-4, ne crée pas de nouvelle catégorie de preuve et ne fait aucune référence à une possible terminologie nouvelle. Elle autorise la dématérialisation des preuves existantes, soit une simple transformation de la matière juridique envisagée. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique sème le doute quant au vocable à employer car elle n'évoque pas le caractère « *électronique* » des échanges mais lui préfère davantage le qualificatif « *numérique* ». Plus étonnant encore, la doctrine du XXI^e siècle, tout en soulignant d'une seule voix l'intérêt pratique de la « *preuve électronique* »⁸⁹, est restée silencieuse sur la terminologie à adopter et sur la définition à donner à ce nouvel objet juridique. Il semble qu'un concept autonome de preuve électronique émerge de la construction doctrinale sans être totalement assumé.

⁸⁴ MORFAUX (L.-M.) ; LEFRANC (M.), *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, Paris, 2007, p. 374.

⁸⁵ Le Code de procédure civile se réfère à plusieurs reprises à la voie électronique (art. 963 C. proc. civ.) et à la contestation signature électronique (art. 287 C. proc. civ.), mais ne contient aucune information sur la preuve électronique en tant que telle. Les dispositions du Code de procédure pénal encadrent l'utilisation des moyens électroniques pour obtenir une preuve (C. proc. pén. art. 63-7) mais n'élaborent pas de théorie générale sur la preuve électronique en droit pénal. Le droit des transports fait figure d'exception, en ce qu'il décrit directement les informations enregistrées comme des éléments de preuve : C. trans. art. R1621-32 : « *Les éléments de preuve, en particulier les informations provenant des enregistrements électroniques et magnétiques et bandes vidéo, tels que ceux provenant de l'enregistreur de données de voyage, sont recueillis le plus rapidement possible. Ils sont conservés de manière à éviter leur altération ou écrasement et leur interférence avec tout autre matériel susceptible d'être utile à l'enquête technique. Les éléments de preuve sont mis à la disposition des enquêteurs [...]* ».

⁸⁶ C. com. art. R. 123-173 ; CPI art. L331-32 ; C. civ. art. 1316-1.

⁸⁷ CPI art. L. 331-25 ; C. col. Ter. art. L2131-1 et L3131-1.

⁸⁸ C. conso. art. L141-1.

⁸⁹ OUATTARA (A.), *La preuve électronique- Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, PU Aix-Marseille, 2011 ; HUET (J), « Preuve électronique », *RLDA* juin 2011, n° 61, p. 60-61.

23.- La place centrale qu'elle occupe dans l'étude amène à rechercher une définition de la preuve électronique au-delà des frontières du droit français. Le terme de « *preuve électronique* »⁹⁰ est employé dans la législation de nombreux pays de Common Law. Le Canada a promulgué en 1998 la « *Loi uniforme sur la preuve électronique* »⁹¹ qui encadre la preuve d'un document électronique dans une procédure judiciaire, défini comme tout type de document « *enregistré ou conservé par un système informatique et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un de ces dispositifs* »⁹². La Conférence pour l'Harmonisation des Lois au Canada a précisé dans ses remarques que la loi sur la preuve ne s'appliquerait ni aux télécopies ni aux « *conversations tenues sur des téléphones numériques ordinaires, puisque l'information n'y est pas enregistrée* ». En revanche, elle s'appliquerait aux messages vocaux et aux enregistrements vidéo.

Rompant la cohérence canadienne, le droit québécois, pour désigner ce même objet juridique, emploie l'expression « *preuve technologique* »⁹³ dans la loi de 1991. Les auteurs ont déploré le choix terminologique du législateur en raison de son caractère neutre et flou et choisissent délibérément dans leur écrit le terme « *électronique* » plus précis et mieux adapté à sa formulation harmonisée dans le discours juridique⁹⁴. L'adjectif « *technologique* » ne représenterait pas la véritable spécificité de la preuve issue des TIC. Plus que par leur rapport avec la technologie, ces types de preuves se distinguent en des formes traditionnelles de preuve par leur quantité, leur immatérialité, leur contingence, la rapidité de leur transmission et leur accessibilité⁹⁵. La virtualité de la preuve suggère que pour être visible par l'homme, l'information qu'elle transporte doit être contenue sur un support informatique et peut être modifiée ou transmise par le biais de réseaux d'information. La preuve électronique « *n'existe que dans le monde informatique* »⁹⁶.

Au vu de ces précisions et des singularités de la preuve issue des TIC, l'option est prise d'adopter le qualificatif « *électronique* », pour l'étude de sa réception dans le contentieux prud'homal. L'électronique regroupe précisément les techniques dérivées

⁹⁰ Voir notamment les textes internationaux provenant de la CNUDCI.

⁹¹ En ligne sur le site de l'Uniform Law Conference of Canada: [www.ulcc.ca]

⁹² L. août 1998, art. 1 a.

⁹³ L.c.c.j.t.i., art. 4.

⁹⁴ PHILLIPS (M.), *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis Canada Inc, 2010 ; Sur la critique du vocable « technologique » : GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique*, LexisNexis Canada Inc., Montréal, à paraître, n° 273.

⁹⁵ KATSH (E.), *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 21.

de cette science qui permet de capter, de transmettre et d'exploiter une information⁹⁷. La définition retenue est la suivante : une preuve électronique est un processus de persuasion⁹⁸ résultant de l'utilisation des Technologies de l'Information et de la Communication. Elle se caractérise par sa virtualité et son support numérique. On lui octroie une existence juridique quel que soit le système de preuve dans lequel elle s'insère, et quelle que soit sa réception faite par le juge.

24.- L'exclusion des preuves biologiques et scientifiques. La délimitation de l'objet d'étude à la réception de la preuve électronique par le juge du contrat de travail entraîne l'exclusion des autres types de preuves qualifiées de scientifiques. Les procédés scientifiques issus de la biologie, des sciences physiques ou de la chimie⁹⁹, tels que les empreintes génétiques ou la recherche ADN, permettent d'établir objectivement la preuve des faits mais n'intéressent pas le contentieux prud'homal. Toutefois, certains parallèles seront réalisés au cours de l'étude entre la preuve électronique et les autres preuves administrées scientifiquement, en raison des problématiques juridiques et philosophiques similaires auxquelles elles renvoient. L'apparition du traçage par GPS dans la pratique judiciaire réinvente certaines réflexions et ravive certaines craintes doctrinales qui étaient apparues avec l'utilisation de l'empreinte génétique ou de l'expertise scientifique. Dans une perspective globale, il conviendra de se demander si l'on peut envisager une même dissipation des craintes suscitées par les TIC que celles opérées à propos de la preuve génétique quelques décennies auparavant.

⁹⁶ PEIHAO (Y.), « L'admission de la preuve électronique dans le droit français et le droit chinois ». En ligne [<http://m2bde.u-paris10.fr/content/ladmission-de-la-preuve-%C3%A9lectronique-dans-le-droit-fran%C3%A7ais-et-le-droit-chinois-par-peihao-y>].

⁹⁷ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005, V. « électronique ».

⁹⁸ Sur les arguments comme rapports entre le juge et les justiciables : V. DURAND (B.), *Ars Persuasionis : entre doute et incertitude*, Duncker & Humblot, 2012.

⁹⁹ LABRUSSE-RIOU, « Preuve 'scientifique', preuve « non scientifique », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 79-95.

Section II. Axiome : Le contentieux prud'homal révélateur des caractéristiques juridiques de la preuve électronique

A. Le choix d'une étude de la procédure française

25.- L'apparition de la preuve électronique dans la pratique judiciaire n'est pas une exception française, elle se manifeste également sur la scène internationale.

L'importance de l'utilisation des TIC intéresse l'ensemble des acteurs juridiques au niveau mondial. Cet engouement se justifie par l'égalité de tous dans l'accès au juge qu'elle promet. Une étude¹⁰⁰ démontre que l'ensemble des pays de droit civil procède à une introduction des TIC dans la procédure civile mais que leur degré de réalisation effective est différent. Les grands pays comme la Russie ou le Brésil emploient les TIC pour réduire les distances et stimuler les contacts avec la justice. En Afrique du Nord, elles permettraient également de favoriser l'accès à la justice et d'installer un climat favorable aux investisseurs. La preuve électronique s'intègre à ce contexte mondial ouvert aux TIC. Au regard de l'utilisation exponentielle des TIC que fait la Chine, le droit probatoire chinois apparaît comme une source de comparaison édifiante. Il élabore une classification différente du droit français et crée une catégorie de preuve supplémentaire, celle des preuves sur support audiovisuel, parmi lesquelles il place les preuves électroniques¹⁰¹. Dans la hiérarchie des preuves, la force probante de la preuve sur support audiovisuel est située en dessous de celle des preuves matérielles.

26.- Les manifestations juridiques de l'apparition de la preuve électronique se révèlent donc bien au-delà du système judiciaire français. Toutefois, il convient de concentrer le travail de recherche sur la production et la réception de la preuve électronique en droit interne. Cette délimitation se justifie par le constat théorique selon lequel, le droit

¹⁰⁰ JEULAND (E.), « Nouvelles technologies et procès civil. Rapport général pour les pays de droit civil », in *Direito processual comparado*, dir. A. PELLEGRINI GRINONVER et P. CALMON, éd. Forense, Rio de Janeiro, 2007.

¹⁰¹ V. les travaux du laboratoire de droit du procès et de la preuve judiciaire de l'université Paris Ouest Nanterre et notamment : PEIHAO (Y.), « L'admission de la preuve électronique dans le droit français et le droit chinois ». En ligne [<http://m2bde.u-paris10.fr/content/ladmission-de-la-preuve-%C3%A9lectronique-dans-le-droit-fran%C3%A7ais-et-le-droit-chinois-par-peihao-y>]

probatoire est largement influencé par son environnement¹⁰². Ensuite, en l'état actuel des réformes législatives, c'est *a priori* au législateur français que la modification du Code civil serait demandée dans la finalité d'améliorer la réception judiciaire de la preuve électronique. Cependant, il est tout à fait envisageable qu'un processus de réforme soit enclenché au niveau européen¹⁰³ où la législation serait de toute façon le fruit de concertation des différents systèmes juridiques étatiques. Aussi, ce travail, qui porte sur l'état du droit interne, pourrait être utilisé pour mettre en lumière les particularismes du système probatoire français.

B. Le choix d'une étude du contentieux prud'homal

27.- Le contentieux prud'homal révèle les questions théoriques et pratiques que soulève la présence d'une preuve électronique dans la pratique judiciaire. Il est un lieu propice à la confrontation axiologique des TIC et du droit du travail ainsi qu'à l'étude empirique de l'interpénétration des TIC et des relations sociales. L'instance prud'homale porte à un très haut degré d'intensité les modifications judiciaires qu'engendre la preuve électronique et met en valeur les qualités essentielles qu'elle possède. Elle procède à la résolution des questions juridiques posées suivant une démarche originale que l'on qualifie aussi bien de formelle que d'informelle¹⁰⁴. Pour ces raisons, le contentieux prud'homal représente un terrain d'étude favorable à la découverte de solutions permettant d'instaurer une solide compatibilité entre le développement des TIC au procès et le droit procédural commun.

28.- ***Le monde du travail, lieu de naissance des TIC.*** Rien de plus logique que de réfléchir aux bouleversements que les TIC produisent dans leur lieu d'origine. Les objets techniques, ancêtres de la cybernétique ou des TIC ont pris essence dans le monde du travail. Les philosophes contemporains reconnaissent que les relations de travail sont le lieu originel de l'utilisation des technologies : « *l'objet technique a fait son apparition dans un monde où les structures sociales et les contenus psychiques ont été formés par le travail : l'objet technique s'est donc introduit dans le monde du travail, au lieu de créer un*

¹⁰² GIRARD (F.), *op. cit.*

¹⁰³ Au sujet du processus de réforme engagé au niveau européen et sur le compromis adopté le 4 avril 2014 par l'Assemblée plénière du Parlement européen : V. MESNARD (C.), « 3 questions à Eric A. Caprioli », *JCP éd. G*, n°20, 19 mai 2014, 601.

¹⁰⁴ Les usages constituent les « *symptômes d'un système original de régulation informelle des rapport sociaux* »¹⁰⁴. Ce sont les archétypes du compromis entre réalité sociale et exigences juridiques.

*monde technique ayant de nouvelles structures. La machine est alors connue et utilisée à travers le travail et non à travers le savoir technique ; le rapport du travailleur à la machine est inadéquat, car le travailleur opère sur la machine sans que son geste prolonge l'activité d'invention »*¹⁰⁵.

L'intérêt d'étudier la preuve électronique en droit du travail peut également être justifié par l'histoire inédite de sa construction. Le droit du travail est né de l'insurrection du monde ouvrier et entretient donc des liens consubstantiels avec la société. Ainsi constitue-t-il le miroir des considérations et représentations sociales¹⁰⁶, de même que de la crédibilité de la preuve électronique aux yeux de l'ensemble des citoyens.

29.- L'entreprise, foyer d'interpénétration des TIC. L'installation des TIC au travail modifie sensiblement les configurations relationnelles au sein de l'entreprise¹⁰⁷. Les manifestations de la réception de la preuve électronique par la collectivité de travail y sont claires et tranchées. Elles éclairent de manière significative l'incidence de la preuve électronique dans tous les domaines du droit. Les TIC ont un effet paradoxal sur les relations de travail¹⁰⁸ : elles créent autant de risques¹⁰⁹ que de profits ; elles simplifient la communication autant qu'elles individualisent les relations dans la collectivité des travailleurs ; elles affectent aussi bien qu'elles renforcent le lien de subordination entre le salarié et l'employeur¹¹⁰. La pratique judiciaire est modifiée par l'apparition des TIC dans le monde social. De nouveaux comportements dans l'entreprise se développent¹¹¹ et occasionnent une recrudescence du contentieux prud'homal. Les paradigmes, concepts et notions du droit processuel du travail ne sont pas épargnés par le bouleversement que suscite l'utilisation des TIC dans l'entreprise. La possibilité qu'offrent les nouvelles technologies de travailler en réseau et d'accéder ou de diffuser des données personnelles,

¹⁰⁵ SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Aubier, p. 249.

¹⁰⁶ BADINTER (R.), *Le plus grand bien...*, Gallimard, Paris, 2004, p.7

¹⁰⁷ DE LAMBERTERIE (I.), « Préconstitution des preuves, présomptions et fictions », *Lex electronica*, mai 2004, n° 9, p. 1-7.

¹⁰⁸ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de Limoges, 2010, p. 157-196, spéc. p. 158-159. Les objets communicants « participent certes de l'écrit en ce qu'ils sont fixés, figés mais peuvent être assimilés par leur rédaction spontanée et informelle à l'oral ».

¹⁰⁹ MEL (J.), « TIC et droit du travail », in *Droit et Technique*, op. cit, 2006, p. 345-353.

¹¹⁰ Les TIC permettent tout à la fois l'externalisation du travail et le contrôle accru de l'activité du salarié, entraînant « un recul de sa liberté individuelle au travail ». V. sur le sujet : SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131 ; RADE (CH.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 26.

¹¹¹ WALLE (E.), « A nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement », *Gaz. Pal.*, 23 av. 2011, n° 113, p. 20-23.

créent une convergence entre le milieu professionnel et le milieu privé, à tel point que les frontières entre ces deux sphères deviennent ténues, voire inexistantes¹¹². La jurisprudence doit alors s'interroger sur les contours des concepts existant en droit du travail, sur leur efficacité, et sur leur capacité à s'adapter aux modifications pratiques qu'engendre l'installation des TIC dans le microcosme de l'entreprise. La notion même de travail semble relative, face au phénomène de flexibilisation du temps de travail et du lieu de travail qui fait disparaître les frontières entre travail et non-travail¹¹³.

30.- Le particularisme procédural de la justice sociale. La juridiction sociale est originale sous de nombreux aspects. La composition de la justice prud'homale fait figure d'exception. La juridiction prud'homale est décrite comme une institution unique au monde dans son organisation actuelle¹¹⁴. Elle dénote par son « *système de double régulation* »¹¹⁵ qui regroupe à la fois une juridiction spécialisée composée de juges non-professionnels - le conseil de prud'hommes - et la structure classique de la justice en appel et en cassation. Cette organisation judiciaire particulière permet de comparer les deux interprétations judiciaires d'un même objet décisionnel et dans le même cadre d'application du Code du travail. La diversité de la composition des corps des magistrats représente un atout scientifique.

31.- Le droit du travail est le siège du système de la preuve morale et de l'intime conviction du juge. Outre le constat qu'il représente la majorité du contentieux probatoire et qu'il bénéficie d'une large application¹¹⁶, le système de preuve morale a pour

¹¹² D'ORNANO (P.-H), « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP S*, n° 38, 16 sept. 2008, p. 18-21, spéc. p. 21.

¹¹³ BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, Paris, 2008, p.28.

¹¹⁴ GELINEAU-LARRIVET (G.), « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 343-354.

¹¹⁵ HUNOUT (P.), « La juridiction sociale en France : un cas particulier de double régulation », *Droit du travail et psychologie sociale*, Meridiens Klincksieck, 1990, p. 140.

¹¹⁶ En théorie, l'admissibilité des modes de preuves est orchestrée par deux modèles principaux : le système de la preuve légale et le système de la preuve morale. De manière manichéenne, on considère que dans le premier cas, est admis en qualité de preuve tout élément fixé par la loi, tandis que dans le second, toutes les preuves sont admissibles sans restriction ni hiérarchie. Suivant cette distinction, l'appréciation de la preuve par le juge serait tantôt bridée tantôt laissée à son libre arbitre. Au vrai, aucun modèle n'est appliqué « dans la pureté de ses principes » en droit français. D'une part, le système de preuve morale s'applique à la majeure partie des moyens de preuve employés en matière civile et notamment à ceux permettant d'établir la preuve des faits juridiques (art. 1348 C. civ. délits, quasi-délits, quasi-contrats) ou des contrats d'une valeur inférieure à 1500 euros. D'autre part, le système de la preuve libre, appliqué en droit du travail et en droit commercial, connaît certaines nuances. Si par principe toutes les preuves sont admissibles dans ces domaines, cela ne signifie pas pour autant une absence totale de contrôle. Ainsi, la preuve dans le contentieux prud'homal est-elle en réalité soumise à un système mixte qui se rattache essentiellement à la décision conjoncturelle du juge d'admettre ou de rejeter un élément de preuve.

caractéristique son absence de réglementation légale¹¹⁷. Plus que dans tout autre système, la place du juge y est centrale. Son étude reflète effectivement l'esprit, les considérations et les croyances du juge du contrat de travail, le comportement de ce dernier n'étant pas dicté par les mesures législatives. Le droit du travail présente également des particularités procédurales qui entrent en résonance avec les caractéristiques de la preuve électronique. Parmi les règles de procédure spécifiques, l'unicité de l'instance, l'oralité des débats, l'absence de représentation obligatoire, sont fondamentales. La procédure prud'homale est orale, contrairement à la majorité des procédures dans les pays de droit civil et tend à favoriser la communication des parties. Ses objectifs sont donc en accord total avec le caractère communicationnel des TIC et mettent en valeur la singularité de la preuve électronique caractérisée par sa qualité d'« *oral-écrit* ». Pour certains auteurs, les TIC apporteront même un nouveau souffle à l'oralité de la procédure : « *les atouts supposés de l'oralité, souplesse, simplicité, contact direct des protagonistes, meilleur respect du contradictoire seraient en quelque sorte exaltée par les nouvelles technologies* »¹¹⁸. Par ailleurs, contrairement aux idées reçues, les principes directeurs du procès, tels que le principe du contradictoire ou la loyauté de la preuve sont appliqués pleinement dans la justice sociale. Les auteurs relèvent l'application rigoureuse au contentieux du travail de « *la grille théorique du droit processuel* »¹¹⁹, laquelle est directement liée à la théorie générale du droit probatoire.

32.- L'exclusion du contentieux pénal. L'exclusion du contentieux pénal de cette étude résulte de son caractère objectif. Celui-ci s'explique selon MOTULSKY, par le fait que le bénéficiaire de l'impératif judiciaire est l'ordre public¹²⁰. Même si l'infraction touche aussi des intérêts privés, l'action publique et l'impératif d'intérêt général relèguent la partie civile au second plan. En d'autres termes, il s'agit d'un problème de légalité et non de reconnaissance d'un droit subjectif. Or, ce travail envisage la preuve électronique comme une arme de conviction dans les mains des parties et non pas comme un outil supplémentaire d'investigation. En outre, la séparation des fonctions procédurales entre le Ministère chargé des poursuites, l'instruction confiée au juge d'instruction et le jugement

¹¹⁷ HALPERIN (J.-L.), « La preuve judiciaire et la liberté du juge », in *Communications*, 84, 2009, p. 21-32.

¹¹⁸ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de Limoges, 2010, p. 157-196, spéc. p. 159.

¹¹⁹ COUTURIER (G.), « Discours final », in *Procès du travail, travail du procès*, Paris, LGDJ, 2008, p. 437-450, spéc. p. 438.

¹²⁰ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973.

attribué au tribunal, ne permet pas de retenir une vision homogène de la fonction de juger en présence d'une preuve électronique. Le choix du contentieux prud'homal, où le même juge suit l'affaire du dépôt de la requête au rendu du jugement, semble plus judicieux.

Certains points de comparaison avec le droit probatoire pénal peuvent néanmoins être riches d'enseignements. Les règles de preuve particulières auxquelles il obéit, telles que la présomption d'innocence ou l'extension du principe de loyauté, méritent d'être considérées.

33.- *L'exclusion du droit de la famille.* En droit de la famille, et plus spécifiquement en droit du divorce, il est fait un usage important de la preuve électronique. Une étude de son incidence dans le cadre des relations ultra-privées de la famille pourrait s'avérer très intéressante. Néanmoins, le choix s'est porté sur l'observation de comportements sociaux plus professionnels où la loyauté occupe une place prépondérante. L'entreprise offre à cette étude un cadre théoriquement plus neutre tandis que l'« *équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale* »¹²¹ amène une réflexion plus objective.

C. Le choix d'une étude du contrat de travail

34.- *L'exclusion des problématiques collectives.* Les réflexions collectives générales doivent être exclues du champ de l'étude. Seules certaines problématiques collectives ayant une incidence directe sur l'exercice du contrat de travail par le salarié, telles que la mise en place d'un système de vidéosurveillance, seront étudiées ponctuellement. L'étude s'intéresse essentiellement à l'intervention de la justice dans le contrat de travail lorsqu'une preuve électronique est présentée au juge. C'est à la relation tripartite entre le juge, le salarié et l'employeur que ce travail est consacré. Or, le cadre collectif est moins révélateur des conflits interpersonnels. Le contentieux collectif des TIC regroupe essentiellement des questions formelles relatives à l'utilisation des Technologies de l'Information et de la Communication dans l'exercice du droit syndical et formulées devant le Tribunal d'instance¹²². Le choix de se concentrer sur les problématiques individuelles traitées exclusivement par le Conseil de prud'hommes semble plus à propos. Cette

¹²¹ Cass. soc. 19 dec 2003, *D.* 2004, 688, note KELLER (M.).

¹²² Le contentieux du vote électronique, de l'Intranet d'entreprise ou des panneaux d'affichages virtuels : « Droit syndical et nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) », *Action juridique*, n°162, sept. 2003, p. 5-10.

juridiction prend une place considérable dans l'étude de l'incidence de la preuve électronique en droit du travail. Il est édifiant de constater comment les conseillers prud'hommes s'immiscent directement dans la relation contractuelle, sans l'intermédiaire des représentants du personnel.

Le choix d'étudier la relation contractuelle de travail, ne rend pas moins probable l'idée que les solutions aux bouleversements qu'amènent les TIC dans le contrat de travail, se trouvent dans le collectif.

35.- Le juge, le contrat de travail et la preuve électronique. La structure du droit du travail est dialectique. Il est aussi bien le « droit de l'autorité que le droit de garantie »¹²³. Sous le regard historique, « le droit du travail esquisse simultanément le régime d'exploitation de l'Homme et les moyens d'en limiter la rigueur, de lutter contre lui »¹²⁴. En matière procédurale, le juge du contrat de travail met le droit en perpétuelle construction. Il crée, utilise et renouvelle des notions appartenant au droit civil, au droit commercial ou au droit international. L'imagination du juge fait du contentieux prud'homal un véritable laboratoire d'étude.

L'altérité du droit probatoire du travail s'induit de l'ambiguïté des rapports qu'entretiennent le juge du contrat de travail et la preuve électronique. L'incompatibilité partielle des TIC avec la procédure prud'homale entraîne la mobilisation des pouvoirs du juge du contrat de travail lors de la phase d'administration de la preuve. Il devient un véritable acteur à l'instance et dispose d'un double statut de juge instructeur et de gardien de la preuve électronique. Cette dernière est alors source de crédibilité et de légitimité pour la décision judiciaire. Les juges du contrat de travail se montrent ensuite beaucoup plus réfractaires à la preuve électronique. Ils amorcent un processus de neutralisation¹²⁵ des effets de cette preuve moderne en conditionnant sa recevabilité au procès à la présence d'un modèle

¹²³ WAQUET (Ph.), « Le droit du travail : un droit paradoxal », Avant-propos étude : 13 paradoxes du droit du travail, *SSL*, supplément, 10 oct. 2011, n° 1508, p. 7-11.

¹²⁴ LYON –CAEN (G.), « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951, p. 1. ; DOCKES (E.), « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 620.

¹²⁵ L'emploi du terme « neutralisation » se justifie à plusieurs égards. D'abord, le suffixe « tion » désigne un processus et non pas l'effet d'un seul acte. Il évoque l'idée d'une évolution. Ensuite, le choix de ce vocable apparaît pertinent au vu de la désillusion qu'il connote. Le processus amène à annihiler les effets d'une chose, ce qui présuppose que cette chose aurait dû avoir des conséquences importantes dans un milieu donné. Or, c'est précisément le sort que connaît la preuve électronique dans le procès prud'homal. Enfin, l'action de neutraliser suppose une intervention extérieure ce qui met en exergue la place du juge dans l'octroi d'une force argumentative relative à la preuve électronique.

juridique. Il est alors constaté la présence d'un véritable hiatus entre la phase d'administration de la preuve électronique et la phase de jugement.

36.- Méthode de recherche. L'étude par son caractère moderne et évolutif, nécessite le choix d'une méthode dynamique et réactive fondée sur le suivi attentif de l'évolution des techniques et de l'actualité juridique. L'apparition de nouvelles technologies aux prétoires lors de la réalisation du travail¹²⁶, les débats sociétaux animés sur le sujet¹²⁷ exigent une étude du droit positif sans cesse renouvelée et menée sous la forme d'investigations pour démontrer la réalisation de l'hypothèse.

L'étude regroupe l'analyse substantielle des nombreuses décisions de justice, les constatations et les comparaisons avec la réception des autres formes de preuve par les juges du contrat de travail. Les sources primaires telles que la jurisprudence et les lois sont mobilisées. L'étude s'appuie également sur les sources secondaires du droit que représente la doctrine et a nécessité la confrontation des analyses de recherche avec l'avis de praticiens (experts à la Cour, conseillers prud'hommes, Conseillers à la chambre sociale, membres du Conseil Supérieur de la Prud'homie).

L'étendue du travail de recherche et les approches successives adoptées pour traiter le sujet justifient l'ajout d'un sous-titre et le choix du qualificatif « essai ». L'étude est menée avec le parti pris de dépasser les frontières d'un sujet de droit positif classique pour l'enrichir des réflexions théoriques issues des savoirs extérieurs au droit et à la science du droit¹²⁸. Elle s'alimente aux sources de l'interdisciplinarité, en ce sens qu'elle « *prend appui sur une autre discipline de manière à porter un regard différent sur les objets juridiques, sur les impensés de la discipline* »¹²⁹.

Cette option scientifique résulte également d'un constat pratique : le droit ne fournit pas l'ensemble des réponses que posent l'étude de la preuve électronique. Aussi, la démarche choisie vise à s'inspirer des avancées des autres disciplines pour résoudre un problème juridique.

¹²⁶ Sur l'utilisation de la clé USB : Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28649. BOSSU (B.), « La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *JCP S*, 21 mai 2013, n° 21, p. 23-25.

¹²⁷ Sur l'emploi en qualité de preuve de la page « Facebook » : CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-00853, *D.* 2010, p. 2846, note ASTAIX (A.) ; VERKINDT (P.-Y.), « Les 'amis' de nos 'amis'... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2 déc. 2010, N) 48, act. 641.

¹²⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n° 564, p. 340-345.

¹²⁹ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Paris, 2012, p. 227.

Le choix de solliciter des données et savoirs extérieurs au droit positif exige la plus grande prudence. Il ne s'agit pas de se réapproprier la posture scientifique, la manière de construire l'objet de recherche, la définition des hypothèses ou les instruments d'analyse des disciplines invoquées. Dans le travail de recherche, la posture ainsi que le degré d'engagement adoptés envers une autre discipline tiennent compte du fait qu'il est impossible de maîtriser l'ensemble de ces savoirs. Il s'appuie donc sur les recherches effectuées par des chercheurs spécialistes, notamment en sociologie, philosophie, psychologie et histoire. A titre d'exemple, le travail d'ampleur réalisé par Laurent WILLEMEZ, sociologue du travail qui a regroupé les entretiens d'une centaine de conseillers prud'hommes, a été mis au service de cette recherche¹³⁰.

En outre, le travail de recherche n'a pas pour ambition de s'ancrer dans le droit comparé de la preuve électronique mais ne peut toutefois, faire l'économie de références à certains concepts élaborés par les législations étrangères. Dans cette optique, il utilise des bribes de pluridisciplinarité et procède dans certains cas à la réappropriation des outils juridiques canadiens.

Section III. Hypothèse : la réponse mitigée du juge du contrat de travail à l'invocation d'une preuve électronique

37.- L'hypothèse de travail est la suivante : le juge du contrat de travail offre une réponse en « *demi-teinte* » à l'invocation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal. En d'autres termes, la multiplication des formulations de celle-ci dans le discours juridique fait l'objet d'une réception judiciaire mitigée.

38.- L'hypothèse de travail est née de la lecture de l'arrêt « *Datacep* » de la chambre sociale du 23 mai 2007¹³¹ qui montre que le juge du contrat de travail, dans un premier temps, recherche, « *appelle* » la preuve électronique et mobilise l'ensemble des acteurs et

¹³⁰ Son savoir-faire sociologique, entendu comme « *la connaissance précise des diverses techniques d'enquête et la capacité de choisir la plus appropriée en fonction du thème de recherche* », ont grandement bénéficié à ce travail. Pour un tour d'horizon de la méthode sociologique : *L'enquête sociologique*, dir. S. PAUGAM, PUF, 2^e éd., 2012. WILLEMEZ (L.), « Une justice 'normale' ? La réforme des conseils de prud'hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes et pratiques d'argumentation judiciaire et extrajudiciaire, du Moyen Age à nos jours*, colloque organisé à la MESHS de Lille le 14 novembre 2013.

¹³¹ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17818, D. 2007, n° 23, p. 1590-1591.

outils juridiques du système judiciaire pour l'intégrer à sa décision, puis dans un second temps, la rend inopérante.

La preuve électronique opère un bouleversement de la phase d'administration probatoire, dans lequel le juge du contrat de travail tient une place fondamentale. Il y assure l'ordre et organise la coopération des parties tout en se saisissant des opportunités juridiques que lui offre le droit civil pour appréhender ce nouveau type de preuve. Pourtant, lorsque la preuve électronique est intégrée au processus décisionnel, le juge procède à la neutralisation en ajoutant des critères stricts à sa recevabilité et en lui conférant une force persuasive relative et corroborative.

L'attitude paradoxale, voire schizophrénique du juge, se repère dans la plupart des arrêts étudiés et amène naturellement à la construction dialectique du plan. La dynamique du plan répond ainsi au balancement constaté : tantôt le juge se montre favorable à la réception de la preuve électronique, tantôt la réaction du juge confine à l'opacité et à la défiance.

La délimitation choisie ne distingue que deux temps du contentieux prud'homal et se démarque de la division temporelle du procès communément admise par les auteurs. L'instance comporte en effet, trois phases dont la finalité unanime est de mettre fin à une contestation juridique : l'instruction, l'audience et l'élaboration du jugement¹³². Ces trois phases se distinguent suivant un critère fonctionnel et ont pour particularité d'être désolidarisées du jugement qui s'élabore tout au long de l'instance. Le juge a pour fonction de reconstruire le lien de droit qui a été rompu pour accéder à la vérité judiciaire¹³³. Au-delà des exigences formelles de l'exercice, la dichotomie du plan permet de mettre en valeur l'existence d'un hiatus entre la réception favorable du juge et sa méfiance envers la preuve électronique. Elle permet de focaliser l'observation sur le juge du contrat de travail et sur les aides juridiques qui lui sont apportées. En un sens, elle se résume à une délimitation comportementale intelligible et axiomatique : celle de la reconnaissance puis de la neutralisation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal.

Partie I. La reconnaissance de la preuve électronique

Partie II. La neutralisation de la preuve électronique

¹³² JEULAND (E.), *Droit processuel-Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007, p. 434.

Partie I. La reconnaissance de la preuve électronique

« Preuve reine d'aujourd'hui, n'était alors que preuve suspecte »¹³⁴.

M. VIVANT

39.- Mettre en question les relations entre le contentieux prud'homal et les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) sous l'angle de la preuve, étudier les conséquences de leur proximité et de leurs interactions, n'est, bien que loin d'être une activité nouvelle, pas chose aisée. La doctrine s'est appliquée à déterminer la nature des rapports qu'entretiennent le droit du travail et les nouvelles technologies¹³⁵, pouvant être envisagés *a priori* comme conflictuels, au vu des particularités inhérentes à chaque domaine.

Pour autant, faut-il aboutir à la conclusion réductrice qu'il existe une domination du droit du travail par la technologie ; que ces deux matières entrent inévitablement en conflit d'identité ou de valeurs ? A l'inverse, est-il raisonnable de penser que parmi les nombreux domaines de la connaissance qui connaissent de profondes mutations dues à l'apparition des TIC, tels que les mathématiques, la sociologie, la psychologie ou la neurologie¹³⁶, seul le domaine du droit processuel du travail ne serait que légèrement bouleversé ?

¹³³ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, n° 83 et s. ; BOULANGER (F.), *Réflexion sur le problème de la charge en matière civile*, *RTD civ* 1966, 740 ; DEVEZE (J.), *Contribution à l'étude la charge de la preuve en matière civile*, Th. Toulouse, 1980.

¹³⁴ VIVANT (M), « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information », *RLDA* nov. 1999, n° 21, p. 12-14, spéc. p. 12.

¹³⁵ V. la thèse récente et exhaustive de DEMOULAIN (M), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail : essai sur une évolution des relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 2012, 429 p.

¹³⁶ Pour une appréhension globale des effets des TIC sur la personne et la société, v. les nombreuses études et essais sur le sujet en psychologie : BACH (J.-F), HOUDE (O.), LENA (P.), TISSERON (S), *L'enfant et les écrans, Un avis de l'académie des sciences*, éd. Le Pommier, Paris, 2013 ; CARR (N.), *Internet rend-il bête ?*, éd. Robert Laffont, Paris, 2011. En sociologie v. les travaux de l'Université Diderot Paris 7 et notamment : BRONNER (G.), *La démocratie des crédules*, PUF, Paris, 2013. En philosophie v. SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, éd. Aubier, Paris, DL 2001 ; et ses contemporains : STIEGLER (B.), *Réenchanger le monde- La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006 ; BARTHELEMY (J.-H.), *Simondon ou l'encyclopédisme génétique*, PUF, Paris, 2008.

Ces réflexions prennent plus d'acuité à travers le prisme probatoire. La preuve est en effet, l'élément central du procès prud'homal. Elle représente une gageure pour le plaideur car « *toutes les prétentions qui cherchent un appui sur une règle juridique ont une occasion de faillir : la preuve* »¹³⁷. Compte tenu de son incidence pratique, il n'est pas excessif d'affirmer qu'en matière prud'homale, un droit que le « *demandeur-salarié* »¹³⁸ ne peut pas prouver est un droit « *quasi inefficace* »¹³⁹. A défaut de preuve, « *tout se passera... comme si ce droit ou cette situation n'existait pas* »¹⁴⁰ pour le salarié.

40.- La preuve a un tout autre enjeu pour le juge du contrat de travail ; elle conditionne son rôle au procès. Le juge entretient des liens consubstantiels avec la preuve. Aussi, l'évolution de la nature de la preuve vers une preuve volatile et contingente mettrait à l'épreuve le rôle du juge du contrat de travail.

41.- Décèle-t-on dans le discours juridique les marqueurs de l'existence d'une preuve électronique au procès, présupposant la reconnaissance juridique et théorique de celle-ci ?

42.- L'acception que représente « *l'existence de la preuve électronique* » résonne *a priori* comme un oxymore. En effet, l'existence a trait à la notion de temps, au fait de durer, tandis que la preuve électronique a, par sa nature volatile, vocation à disparaître. Toutefois, ces termes ne sont pas antithétiques, lorsque la preuve électronique est envisagée dans une perspective globale de mutation des technologies. Si les preuves sur support électronique ou numérique évolueront incontestablement, la preuve électronique, comme l'a fait la preuve littérale, perdurera en qualité d'instrument probatoire. Historiquement l'apparition d'une nouvelle forme de preuve a toujours suscité la crainte¹⁴¹. Aussi, les doutes que soulève l'installation des TIC dans le contentieux prud'homal ne peuvent présumer de la désuétude ou de la disparition de la preuve électronique.

¹³⁷ LEGEAIS cité par GOUBEAUX (G.), BIHR (Ph.), « Preuve », *Rép. pr. civ.*, 1979, n° 4.

¹³⁸ Cette expression est communément employée car la qualité de demandeur est à 90% associée à la qualité de salarié dans le contentieux prud'homal : FAVENNEC-HERY (F.), *La preuve en droit du travail*, thèse, Paris X Nanterre, 1983, p. 59.

¹³⁹ CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 1992, n° 917.

¹⁴⁰ MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Sirey, Paris, 1972, n° 270.

¹⁴¹ Alors qu'aujourd'hui il est inconcevable de remettre en cause l'écriture, entendue dans son sens littéral, PLATON relate de la mauvaise presse de celle-ci à son apparition : « *les hommes politiques rougissent d'écrire des discours mais le font pour entrer dans la postérité* » ; PLATON, *Phèdre*, trad. COUSIN (V.), P.-J. Rey Librairie Editeur, Paris, 1849, [274d].

Pour démontrer l'existence d'un nouvel objet juridique, il faut s'intéresser à ses effets. D'une réaction judiciaire inhabituelle se déduisent les signes de son existence juridique mais aussi de sa reconnaissance théorique chez le juge et les autres acteurs au procès.

43.- L'« *audace des juges* »¹⁴² en faveur de la reconnaissance juridique de la preuve électronique est prégnante dans le discours juridique. Ils font figure de précurseurs de l'intégration de la preuve électronique dans notre système probatoire et sont les plus pressés à œuvrer pour l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier¹⁴³. Le terrain de la preuve électronique a donc été préparé par la jurisprudence.

44.- Aux prises avec les différentes forces créatrices du droit, le législateur n'a eu pour unique devoir que de répondre aux nécessités probatoires du début du second millénaire. Il est par ailleurs édifiant que le bouleversement fonctionnel et organisationnel du système probatoire pour accueillir les TIC, ne soit pas issu d'une initiative du législateur français mais est l'œuvre d'une dynamique double, insufflée par l'Union européenne et les juges français eux-mêmes. A rebours de ce mouvement, le comportement du législateur tend à ne pas bouleverser de trop près le bien établi droit commun. Ce constat suggère une réelle prise de conscience chez les juges de la modification du contexte dans lequel s'insère leur décision et une volonté louable de maîtriser les répercussions de ce nouveau contexte numérique sur la construction de leur décision.

45.- L'étude empirique permet d'induire la reconnaissance pratique et théorique de ce type inédit de preuve dans le contentieux prud'homal.

¹⁴² CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), *L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle*, JCP E, 1998, p. 884-885.

¹⁴³ La jurisprudence a rapidement proposé une extension de la notion d'écrit, ce qui a permis, *de facto*, d'amorcer le processus d'assimilation de la preuve électronique à la preuve littérale. Dans le célèbre arrêt de la chambre commerciale du 2 décembre 1997, la question posée à la Cour était de savoir si l'acceptation de la cession pouvait être valablement donnée par le débiteur sous la forme d'une télécopie. En d'autres termes, cette télécopie pouvait-elle valoir preuve pleine en qualité d'écrit ? La cour d'appel a tout d'abord admis la télécopie comme preuve de l'acceptation de cession de créance rejetant ainsi les moyens selon lesquels la photocopie de l'acte d'acceptation d'une cession de créance professionnelle ne vaut que comme indice ou, si elle émane de la partie à laquelle on l'oppose, comme commencement de preuve par écrit de cette acceptation. La Haute Juridiction rejette le pourvoi et considère qu'un acte juridique peut « être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité, l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées » : Cass. com., 2 déc. 1997, SA Descamps c/ SA banque Scalbert Dupont, n° 95-14251 ; JCP E 1998, n°5, p.178, note BONNEAU (T.) ; D. 1998, p. 192, note MARTIN (D.-R.); CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), *Ibid.*

Loin d’assumer sa qualité d’élément technologique « *neutre* »¹⁴⁴, la preuve électronique au procès modifie objectivement le cadre du procès prud’homal, les méthodes, les rôles des acteurs juridiques et nécessite l’emploi adapté des sources préexistantes du droit, voire même la création de sources de normativité nouvelles. Aussi, la reconnaissance juridique de la preuve électronique met-elle à l’épreuve les principes et concepts juridiques de ma procédure prud’homale quant à leur capacité à appréhender l’implantation d’un nouvel objet dans le discours juridique (**TITRE I.**). En outre, les efforts réalisés par les acteurs du procès prud’homal, lors de la phase d’administration de la preuve, pour inclure les virtualités techniques dans le raisonnement du juge, sont le reflet sur le plan théorique et pratique, de la reconnaissance de la preuve électronique (**TITRE II.**).

46.- Au regard de ces constatations, les auteurs contemporains, parmi lesquels le Professeur CATALA, ont raison de penser que les TIC optimisent la fonction de juger. Au soutien de sa réflexion, l’auteur emploie une citation d’A. DE LAPRADELLE datant de 1908 : « *ce ne sont pas les philosophes avec leurs théories, ni les juristes avec leurs formules, mais les ingénieurs avec leurs inventions qui font le droit et le progrès du droit* »¹⁴⁵. Plus encore en droit du travail, alors que les natures respectives du contentieux prud’homal et de la preuve électronique paraissaient antipodiques, il est permis d’émettre la possibilité d’un enrichissement commun de ces domaines au service de la qualité de la justice et de la vérité judiciaire¹⁴⁶.

TITRE I – L’IMPLANTATION DE LA PREUVE ELECTRONIQUE DANS LE CONTENTIEUX PRUD’HOMAL

TITRE II – L’IMPLICATION DES ACTEURS JURIDIQUES DANS L’ADMINISTRATION DE LA PREUVE ELECTRONIQUE

¹⁴⁴ Pour une remise en cause dès 1964 de la neutralité des TIC : MCLUHAN (M.), *Understanding Media*, Mc Graw-Hill Book Compagny, New York, 1964. Traduction française, Seuil, Paris, 1968, p. 24 : « *C’est le medium qui façonne le mode et détermine l’échelle de l’activité et des relations des hommes* ».

¹⁴⁵ DE LAPRADELLE (A.), « La guerre après la nouvelle conférence de la paix », *Revue des Deux Mondes*, 1908, n° 46, p. 708.

TITRE I. L'IMPLANTATION DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE DANS LE CONTENTIEUX PRUD'HOMAL

« *The answer to the machine is in the machine* »¹⁴⁷.

Ch. CLARK

47.- Le droit a traditionnellement une « *image immobiliste* »¹⁴⁸ ; on l'accuse d'un certain attentisme, d'une « *fossilisation chronique* »¹⁴⁹, d'un manque de dynamisme ou d'une inadaptation à l'évolution de la société. Certains auteurs vont même jusqu'à reprocher au législateur d'émettre des « *règles qui entravent le progrès technique et stérilisent les innovations de la pratique des affaires* »¹⁵⁰. Pour autant, faut-il minimiser le retentissement au procès prud'homal qu'a l'adaptation du droit aux TIC ? Comment interpréter l'appréhension juridique particulière des TIC par le droit du travail ?

48.- Dans le domaine des Technologies de l'Information et de la Communication, le risque entraîné par la nature contingente de la preuve sur support électronique a inspiré les créateurs de la norme, faisant de la preuve sur support électronique un objet de construction juridique. En parallèle, le juge a su démontrer qu'il pouvait appréhender de manière souple les phénomènes nouveaux en créant ou réinventant des outils juridiques inédits. L'installation des TIC au procès transforme donc l'environnement juridique de la décision du juge et ce, quel que soit le domaine du droit en cause. Reste alors à déterminer le sens et la portée d'une telle modification. Serait-elle superficielle ou substantielle ?

¹⁴⁶ La vérité judiciaire est opposée à la vérité objective telle que le décrit PERELMAN : « *La première idée qui vient à l'esprit de quelqu'un qui ignore le droit est d'assimiler l'action du juge, qui doit se former une conviction quant à la matérialité des faits dont dépend l'issue du procès, à celle de l'historien ou du détective s'efforçant de reconstituer le passé tel qu'il a été. C'est pourquoi, il importe s'insister sur les différences qui distinguent le raisonnement du juge, assujéti à des règles de procédure civile ou criminelle, du raisonnement du chercheur, celui dont les seules préoccupations sont d'ordre scientifique, l'établissement de la vérité objective* » ; PERELMAN (Ch.), cité par DAMBLON (E.), « *Ethique et rhétoriques : Entre les faits et les normes* », in AMOSSY (R.), KOREN (R.), SARFATI (G.-E.), *Après Perelman : quelles politiques pour les nouvelles rhétoriques ?*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 99.

¹⁴⁷ CLARK (Ch.), « *The answer to the machine is in the machine* », in *The future of Copyright in the Digital Environment*, éd. P. BerntHugenholtz, The Hague, 1996, p. 139.

¹⁴⁸ CROZE (H.), « *Informatique, preuve et sécurité* », *D.* 1987, chron. p. 165-170, spéc. p. 166.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

49.- En contrepoint, le cadre juridique de la preuve en droit du travail est profondément modifié par l'implantation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal. Il est communément admis qu'en droit du travail, le fait juridique se prouve par tous moyens¹⁵¹. Par conséquent, la question de l'articulation des preuves électroniques et littérales est posée au législateur de manière limitée puisque c'est au juge de déterminer, selon le principe de l'intime conviction, la valeur à accorder aux preuves déposées devant lui. Aussi, pourrait-on penser que l'appartenance majoritaire du droit du travail au système de preuve morale¹⁵², justifierait l'économie d'une étude du contexte juridique global de la preuve sur support électronique. En réalité, le cadre juridique de droit commun applicable à la preuve d'un écrit électronique, influence directement le droit du travail. Celui-ci s'imprègne des réflexions qui inspirent l'évolution du droit probatoire en général tout en construisant en parallèle sa propre conception de la preuve. Dès lors, si par principe, les règles encadrant le droit de la preuve électronique se concentrent essentiellement autour de l'acte juridique, la réappropriation et la transformation du cadre commun par le droit du travail sont riches d'enseignements et exigent l'étude approfondie des règles civiles relatives à la preuve électronique.

50.- L'implantation de la preuve électronique a donc des effets juridiques notoires sur le contentieux du contrat de travail. Contrairement aux idées préconçues, sa présence n'est pas anodine. Elle entraîne une modification conceptuelle, intellectuelle et fonctionnelle du procès sous deux angles distincts. Dans un premier temps, elle provoque une modification de l'environnement juridique de la construction de la décision du juge du contrat de travail, interprétée comme la technicisation et la rationalisation du milieu décisionnel (**Chapitre I.**). Dans un second temps, elle s'illustre par une extension du cadre juridique de la preuve en droit du travail (**Chapitre II.**).

¹⁵¹ En témoigne la célèbre formule prétorienne : « *en matière prud'homale la preuve est libre* », Cass. soc. 23 oct. 2013, n°12-22342, comm. BUGADA (A.), *Procédures* n°1, janv. 2014, comm. 12.

De même, il ne faut pas perdre de vue l'existence en droit civil de dérogations au sacrosaint principe de légalité des preuves en droit civil, notamment lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 c. civ.) ou en cas d'impossibilité matérielle ou morale (art. 1348 al.1 C. civ.). De même, la preuve est libre lorsque la transaction est inférieure à 1500 euros (art. 1341 C. civ.), entre commerçant et contre un commerçant (art. L. 110-3 C. com.), et lorsque le législateur l'a prévu expressément (loi de 1983 pour la comptabilité, loi de 1990 pour la facture...)

Chapitre I. : La rationalisation du cadre juridique du procès prud'homal

Chapitre II. : La composition du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail

¹⁵² GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1994, n°628.

Chapitre I. La rationalisation du cadre juridique du procès prud'homal

51.- La réception de la preuve technologique dans le contentieux prud'homal est influencée par la réception qu'en fait la justice en général¹⁵³. Il est communément admis que la procédure « *incarne l'identité d'une nation, [...] met en œuvre et en lumière ses principes, ses valeurs ou ses dérives* »¹⁵⁴.

52.- Au regard de l'accueil suscité par la modification de la forme du procès, la « *perception positive* » des TIC semble avoir supplanté en droit celle des réfractaires à la modernité. Envisagée comme un outil efficace au service du droit, la technologie répondrait aux exigences politiques actuelles visant la qualité et la célérité de la justice. Sous l'angle du juge, ce contexte d'élévation des TIC au rang d'« *indispensables au procès* » lui octroie de nouvelles prérogatives et de nouvelles perspectives décisionnelles. Ainsi, les TIC se fondent dans un contexte d'utilité de l'informatique¹⁵⁵, sinon pour le droit tout entier, à tout le moins pour le législateur et le juge. Elles s'apparentent à des « *outils légistiques* »¹⁵⁶, c'est-à-dire, si l'on se conforme à la définition moderne de la légistique, « *des aides essentielles dans l'élaboration de la décision et dans la divulgation de la norme* »¹⁵⁷, et se présentent comme les moyens juridiques optimums pour accéder à la vérité judiciaire.

53.- L'évolution des sciences et techniques aurait un double retentissement en droit. Elle aurait d'abord, un impact considérable sur la forme du droit. La technologie deviendrait le vecteur de la diffusion du droit et la coopération fonctionnelle entre la science et le droit se concrétiserait par la dématérialisation des différents textes et procédures. Cette relation se caractériserait par la mise en place d'un « *droit processuel par la technologie* », qu'illustrerait actuellement l'e-procès (**Section I.**). Ensuite, le « *couple droit et technologie* » aboutirait à un ensemble juridique plus cohérent mis au service du juge lors de la construction de sa décision. Les TIC se révéleraient ainsi être des

¹⁵³ SERVERIN (E.), « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société*, 2002, n°50, p. 59-68.

¹⁵⁴ COMMARET (D.), « Les métamorphoses de la preuve », *rev. Pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, n°4, p. 735-744.

¹⁵⁵ MADER (L.), *L'évaluation législative – pour une analyse empirique des effets de la législation*, éd. Payot, Lausanne, 1985, p. 18.

¹⁵⁶ MADER (L.), *Ibid.*

aides complémentaires à la qualité de la décision du juge, et participeraient à l'enrichissement de la substance du droit (**Section II**).

¹⁵⁷ MADER (L.), *Ibid.*

Section I. L'impact des TIC sur la forme du droit : la dématérialisation

54.- L'accueil réservé aux TIC par le droit dépend inévitablement de la situation culturelle, économique et sociale de chaque pays. En témoigne le système juridique roumain qui, adoptant un point de vue purement prosaïque, refuse l'assimilation de la preuve électronique à la preuve papier jugée trop onéreuse¹⁵⁸. En comparaison le législateur québécois a construit la notion autonome de « *preuve technologique* ».

55.- La justice française et *a fortiori* la procédure prud'homale, se montrent favorables à l'installation et à la pérennisation des éléments de preuve moderne dans les prétoires notamment parce qu'ils s'inscrivent dans une lente et nécessaire transformation de la procédure française¹⁵⁹. Pour promouvoir l'utilisation des TIC au procès, la première phase entreprise par les autorités a consisté à implanter progressivement les TIC dans la pratique judiciaire et à conseiller leur utilisation aux différents acteurs juridiques, et ce quelle que soit la procédure concernée¹⁶⁰. Si les réflexions relatives aux modalités de mise en œuvre des TIC dans le procès civil ne sont pas nouvelles, déjà en 1958 apparaissaient les premières bases de données permettant la création en 1984 du service public d'accès au droit. Les dix dernières années ont marqué un tournant dans la réalisation des objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit.

Ces avancées se concentrent essentiellement autour de la dématérialisation de l'information juridique (§ I.) et de la dématérialisation de la procédure (§ II.), qui représentent des pratiques judiciaires ultra-modernes largement plébiscitées par les

¹⁵⁸ TOP (D.), « The challenges of the european legal, new skills for new jobs », *European Journal of Social Law*, 2013, n° 18, p. 26-31.

¹⁵⁹ V. le chantier de réflexion sur la réforme de la justice mené actuellement sous l'égide du ministère de la Justice « changer la justice » et les deux groupes de travail mis en place, le premier sur « *le juge du XXI^{ème} siècle* », le second sur « *les juridictions du XXI^{ème} siècle* ». Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, déc. 2013. En ligne : [www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf], consulté le 11 janv. 2014.

¹⁶⁰ Parmi les premiers textes sur le sujet dont l'efficacité n'est pas contestée: la convention du 3 juillet 2003 signée par le ministre de la Justice, le Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour de Paris et le président du tribunal de grande instance de Paris, instaurant la communication électronique entre le TGI et le barreau de Paris pour la gestion des procédures civiles ainsi que la procédure « e-greffe » qui permet aux avocats de communiquer directement avec le greffe des référés pour fixer les dates d'audience, consulter le calendrier du greffe, faire des demandes d'assignation, constituent des étapes fondamentales dans l'installation de la communication électronique entre les acteurs au procès. La seconde phase vise à imposer sous peine de sanction la communication électronique et à dématérialiser l'ensemble des actes de procédure, elle a récemment débuté avec l'utilisation obligatoire de la voie électronique pour les déclarations d'appel (art. 930-1 C. proc. civ.).

décideurs politiques. Les TIC en qualité d' « écrits 'oralisés' »¹⁶¹, y jouent le rôle d'outils mis au service de la rationalisation du procès civil au regard de sa forme et du temps.

§ I. La dématérialisation de l'information juridique

56.- Les TIC ont un penchant naturel, par la rapidité des échanges qu'elles procurent, à participer à une meilleure coordination entre la justice judiciaire et la justice administrative, entre les autorités de jugements, entre les institutions nationales et internationales, ou encore entre les différents acteurs du procès. Par la réponse qu'ils apportent à la nécessité de créer des réseaux d'informations et de communication¹⁶², ils constituent les outils adéquats à la justice moderne, placée sous le joug de la célérité et du travail d'équipe¹⁶³.

Bien avant le rapport MAGENDIE¹⁶⁴, le rôle des TIC comme vecteurs d'informations entre l'institution judiciaire et les justiciables avait été mis en lumière. Se mettant à l'ère du tout numérique, la Cour de cassation a procédé à la dématérialisation et à la communication de ses informations, avis et rapports. Sur la toile mondiale, les justiciables peuvent depuis 1960 lire les bulletins des arrêts des différentes chambres ou le rapport annuel¹⁶⁵ de la Cour et se familiariser avec les rouages et le fonctionnement de l'institution, etc.

¹⁶¹ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, Presses universitaires de Limoges, 2010, p. 158-159.

¹⁶² Voir la proposition dans le Rapport GUINCHARD de « visio-greffe » dans laquelle un usager peut se rendre dans divers lieux de services publics tels que les maisons de la justice et du droit ou les maisons des services publics, et être renseigné par un fonctionnaire de justice compétent de son lieu de travail soit une institution judiciaire : Rapport au garde des Sceaux, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Paris, 2008, p. 253.

¹⁶³ La nouvelle technique communicationnelle est justifiée au niveau international par une compétition accrue des systèmes juridiques par la Banque mondiale (voir le rapport « *Doing Business* » de la Banque mondiale. En ligne : [français.doingbusiness.org], consulté le 4 juil. 2013), et au niveau interne par la sécurité juridique et les objectifs à valeur constitutionnelle. L'objectif de simplicité est contenu dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JORF n°0088 du 13 avr. 2000, p. 5646) selon laquelle « les autorités sont tenues d'organiser un accès simple aux règles qu'elles édictent ». COTTIN (S.), Secrétaire du Comité directeur de modernisation du soutien documentaire des services du premier Ministre, « La dématérialisation de la production normative en France de S.O.L.O.N. à LEGIFRANCE ». Propos recueillis lors de la conférence organisée par Le Centre René Demogue, Université Lille 2, 21 oct. 2011.

¹⁶⁴ MAGENDIE (J.-C.), Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice- La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, Paris, 2004. Il souhaite mener un véritable combat contre « les temps morts, les temps purement administratifs, et plus encore le dilatoire », p.17 ; « En ce début de troisième millénaire, [...], l'amélioration la plus attendue-et à mes yeux la plus nécessaire-, est celle qui verra triompher le procès équitable, avec ce que cela suppose de célérité, de loyauté, d'efficacité, d'effectivité ? » p.5.

57.- Au soutien du même objectif d'accessibilité de la justice, le site LEGIFRANCE¹⁶⁶, donne aux justiciables accès, en tout lieu et en tout temps, à la jurisprudence des différents degrés de juridictions, aussi bien nationales qu'internationales¹⁶⁷. Un effort permanent de vulgarisation est tenu par l'amélioration continue de LEGIFRANCE ou par la création d'une alternative à ce site nommé LEGIMOBILE. Le recueil de toutes les lois sous format scanné depuis 1792 est assuré sur GALLICA. Il existe également une bibliothèque virtuelle des rapports ministériels depuis 1996 où 8000 rapports sont disponibles ainsi que les débats *publics et les discours*¹⁶⁸.

58.- La publication au Bulletin Officiel électronique des nouveaux textes en vigueur¹⁶⁹, la mise en place d'un lien direct vers les textes européens et internationaux ou vers les « *pages Web* » de la Cour européenne des Droits de l'Homme (accessible en français¹⁷⁰) et de la Cour internationale de Justice, sont autant de ressources nouvelles dans lesquelles puisent aussi bien les professionnels que non professionnels du droit. Ces informations en ligne pourraient les conduire à mieux évaluer leurs chances de voir aboutir leur demande. L'informatique permet en effet la création et la promulgation « *de barèmes indicatifs* » destinés à éclairer les justiciables sur ce qu'ils peuvent demander aux juges en matière, par exemple, de pensions alimentaires, de réparation du préjudice corporel, etc.¹⁷¹

59.- L'informatique, en ce qu'il offre une vision d'ensemble des arrêts rendus, des conventions collectives et des codes en vigueur, permettrait même aux parties au contrat de travail, autorisées à comparaître sans représentation, d'élaborer leur propre défense.

¹⁶⁵ Rapports annuels, en ligne : [www.courdecassation.fr/publication_26/rapport_annuel_36/], consulté le 13 fév. 2012.

¹⁶⁶ La création de LEGIFRANCE date de 1960 et de 1963 selon la jurisprudence de la Chambre de la Cour de cassation envisagée et il compte 600 millions de visiteurs par an et 2 millions par jour : COTTIN (S.), *loc. cit.*, V. site en ligne : [www.legifrance.gouv.fr/], consulté le 26 mai 2012.

¹⁶⁷ Ce constat est à nuancer : très peu d'arrêt des cours d'appel sont mis en ligne (5000 sur 400 000 en 2010), la Cour de cassation occuperait une position hégémonique et non représentative en matière de diffusion des arrêts.

¹⁶⁸ V. site de la Direction de l'information légale et administrative (DILA) : en ligne : [www.dila.premier-ministre.gouv.fr/], consulté le 26 mai 2012.

¹⁶⁹ Le J.O. électronique est le symbole du succès de la dématérialisation : le nombre de personnes qui consultent le J.O. par jour est de 70 000 aujourd'hui contre 4000 il y a 5 ans, la mise en réseau a participé à multiplier le nombre de lecteurs ; COTTIN (S.), *loc. cit.*

¹⁷⁰ En ligne : [http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR], consulté le 21 mars 2012.

¹⁷¹ MAGENDIE (J.-C.), Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice- La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, Paris, 2004, p. 262.

L'informatique accentue ainsi l'imprégnation des processus et systèmes de logique informatique dans le système juridique, d'autant plus qu'une nouvelle vague d'avocats¹⁷² ou de conseils juridiques¹⁷³ utilisent uniquement la voie de l'Internet pour répondre aux questions de droit des parties. Sous l'incidence des TIC, le champ de la communication du droit est largement diversifié et étendu. Par conséquent, le public ciblé est plus nombreux et on assiste à une démocratisation apparente des ressources juridiques et du droit en général.

60.- Outre leur compétence à faciliter la recherche et la mise en commun d'informations au public, les TIC entraînent un déploiement du « *réseau privé virtuel justice* »¹⁷⁴. Bientôt la création d'un bureau virtuel dans chaque institution, quel que soit son degré de juridiction permettra aux parties de communiquer les dossiers et informations qu'elles détiennent sur une affaire.

De nombreux textes assurent la promotion de la communication entre les praticiens du droit et les instances judiciaires. Les contrats électroniques peuvent depuis la loi du 13 mars 2000¹⁷⁵ être conclus par voie électronique et les actes de procédure sont désormais dématérialisés. Les métiers du droit n'ont d'autre choix que de se convertir au « *tout numérique* ». En effet, depuis 2009 la communication électronique entre avocats et juridictions est autorisée. L'envoi des pièces par le biais de l'Internet et des conclusions des parties est possible depuis la lettre recommandée électronique¹⁷⁶ qui garantit la réception de l'avis, du bulletin ou de la notification transmis électroniquement. Les autres pièces de procédures (avis, avertissements ou convocations) sont également remises par voie électronique, sauf lorsqu'il existe une impossibilité étrangère à l'expéditeur.

L'arrêté du 30 mars 2011¹⁷⁷ relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel apporte une avancée supplémentaire en mettant en place un espace juridique communicationnel. A compter du

¹⁷² PERROUD (T.), « Droit des administrés et téléservices publics », *RFAP*, avr. 2013, n° 146, p. 419-431. V. également le site en vogue : [www.avocats.fr], consulté le 26 mars 2012.

¹⁷³ A titre d'exemple, le site [www.desunion.org] renseigne les personnes désirant divorcer sur leurs droits et obligations, en échange de rémunération.

¹⁷⁴ Circ. SJ-04.100 AB4 du 7 avril 2004 relative au déploiement du réseau privé virtuel justice : « *les TIC peuvent concourir à améliorer le fonctionnement du service public de la justice dans trois directions : le développement de la communication électronique, la gestion de la masse d'information accumulées par les différents acteurs du procès, et la mise en œuvre des applications au service de la célérité de la justice* ».

¹⁷⁵ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62, 14 mars 2000, p. 3968.

¹⁷⁶ D. n° 2011-144, *JO* 4 févr. 2011, p. 2274.

¹⁷⁷ Arr. 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, *JORF* n°0076 du 31 mars 2011 p. 5600 texte n° 23.

31 mars 2011, l'ensemble des auxiliaires de justice ont la possibilité de communiquer par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire *via* la plateforme « *e-barreau* »¹⁷⁸. A titre d'exemple, le Tribunal de Grande Instance de Niort a pris la décision en 2008 de mettre le palais de justice en réseau avec les cabinets d'avocat¹⁷⁹ ; cela leur permet de procéder à des téléchargements sécurisés, des visioconférences, des envois de courriels en interne.

61.- Le décret du 31 mars 2011 entérine définitivement la possibilité des auxiliaires de justice de communiquer avec les cours d'appel par voie électronique, étape importante avant le passage à la communication électronique obligatoire strictement sécurisée¹⁸⁰. De ce point de vue, les nouvelles technologies sont envisagées comme une « *plus-value certaine en termes d'accès à la justice et d'informations* »¹⁸¹. Il va sans dire que la crainte légitimement suscitée par l'envoi, le traitement et l'exploitation d'informations à caractère confidentiel a trouvé écho dans la création d'un système informatique de contrôle spécifique.

§ II. La dématérialisation de la procédure

62.- A l'heure où, sous l'influence des impératifs européens, la célérité de la justice est un enjeu politique primordial, les TIC occupent une place de choix dans le droit processuel. L'informatique et la téléprocédure se tournent vers un idéal commun, celui d'un « *égal accès au droit et au juge pour tous* »¹⁸² en un délai raisonnable¹⁸³. Sous l'impact des nouvelles technologies, la structure et l'organisation du procès se modifient jusqu'à devenir le lieu de « *l'optimisation du droit par la technologie* ».

¹⁷⁸ Chap. I sur les conditions strictes des actes de procédure remis par voie électronique : Article 8 : « *Un courrier électronique expédié par la plate-forme de services « e-barreau » provoque l'envoi d'un avis de réception technique par le destinataire. Les dispositifs techniques du système de messagerie justice adressent automatiquement les avis demandés conformément aux normes et standards en vigueur* ».

¹⁷⁹ Journal *La Nouvelle République*, édition des Deux-Sèvres, consulté le 13 juin 2008.

¹⁸⁰ Art. 9 D. : « *Les courriers électroniques expédiés par les agents habilités de la juridiction ou les auxiliaires de justice, ainsi que le journal de l'historique des échanges, sont enregistrés et conservés au moyen de dispositifs de stockage mis à disposition de chaque juridiction au travers des applications Winci CA et ComCi CA* ».

¹⁸¹ GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Paris, 2008, p.35.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Sur cette question, Cf. CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Paris, 2006 ; GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 9^e éd., LexisNexis, Paris, 2013.

63.- La dynamique insufflée par l'Union européenne. Le souhait d'utiliser les TIC dans les tribunaux pour remplir l'exigence d'un procès de qualité, est présent dans l'ensemble des pays européens¹⁸⁴. Le groupe de travail créé en 2007 par la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) en atteste¹⁸⁵, autant que l'objectif de désengorgement de la CEDH. L'utilisation intensive des TIC est une préoccupation forte des instances européennes. Un groupe de travail sous la présidence d'un expert de la CEPEJ¹⁸⁶ a réalisé une évaluation du niveau d'équipement informatique pour l'assistance directe au travail des juges¹⁸⁷ dans 16 systèmes judiciaires européens estimés comparables au regard de leur richesse et de leur mode d'organisation. Dans les 16 systèmes juridiques comparés, 100 % des juges pratiquent le traitement de texte, 100 % ont accès à une base de données électroniques pour la jurisprudence, 100 % ont une boîte de courrier électronique, 100 % ont une connexion Internet. Au vu des données recueillies, il semble que la seule différence réside dans l'état d'avancement de la dématérialisation des dossiers des justiciables¹⁸⁸, la Pologne et la Suède marquant un retard important sur les autres pays puisque moins de 10% des dossiers sont dématérialisés. La France fait montre d'un degré général de dématérialisation avancé en se situant avec la Suisse, la Belgique et l'Angleterre dans le groupe des pays dont la proportion de dossiers électroniques traités est supérieure à 50%.

64.- La volonté de l'Europe d'harmoniser et d'optimiser l'utilisation des TIC à des fins d'efficacité de la justice n'est pas neuve, en témoigne la recommandation de 1984 du Conseil de l'Europe : « *Les moyens techniques les plus modernes devraient être mis à la disposition des autorités judiciaires afin de leur permettre de rendre la justice dans les meilleures conditions d'efficacité, notamment en leur facilitant l'accès aux différentes sources du droit et en accélérant l'administration de la justice* »¹⁸⁹. Elle prend cependant de plus en plus d'ampleur. Force est de constater qu'une véritable promotion des TIC est

¹⁸⁴ Dans les pays de droit civil, la transposition de la directive européenne n° 93/1999 est effectuée par la loi. En France la loi (loi 13 mars 2000) et les décrets (2001 et 2005) sont à l'origine de l'e-justice comme en Allemagne (loi du 22 mai 2001), en Italie (décret du 23 janvier 2002) et Grèce (2001) : JEULAND (E.), *loc. cit.*

¹⁸⁵ Cf. le site de la CEPEJ. En ligne : [www.coe.int/CEPEJ], consulté le 2 janv. 2012.

¹⁸⁶ Cf. le site en ligne :

[http://www.coe.int/t/ddhl/coopération/cepej/evaluation/2010/2010_pays_comparables.pdf], consulté le 2 janv. 2012.

¹⁸⁷ LEYENBERGER (S.), Secrétaire de la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice et du Conseil consultatif de juges européens du Conseil de l'Europe, « Propos introductifs », *La qualité des décisions de justice*, éd. du Conseil de l'Europe, 2008, p. 5-10.

¹⁸⁸ GUINCHARD (S.), *op. cit.*, p. 20.

en phase de s'installer en droit communautaire entraînant une prolifération des textes en la matière. A ce titre, la recommandation sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies¹⁹⁰ indique que « *les nouvelles technologies d'information sont devenues un outil indispensable pour l'administration efficace des Etats européens, notamment pour l'administration de la justice, favorisant ainsi le bon fonctionnement de l'administration, nécessaire au bon fonctionnement de la démocratie* » ; elle surenchérit : « *la participation des citoyens à la vie de leur Etat, aux niveaux national, régional et local, peut être améliorée par la communication avec les services administratifs, notamment avec les services d'administration de la justice, grâce à l'emploi de nouvelles technologies d'information telles qu'Internet, donnant ainsi à chacun la même possibilité de faire valoir ses intérêts* ».

65.- La dématérialisation du procès en droit national. La transformation de la procédure a vocation à s'appliquer largement puisqu'elle transcende l'ensemble des procédures ainsi que l'ensemble des degrés de juridiction du système juridique français. Les différents systèmes juridiques se révèlent réceptifs à l'utilisation des TIC en procédure mais n'en éprouvent pas moins des difficultés d'application.

S'agissant de la procédure civile, c'est le décret n° 2005-1678 en date du 28 décembre 2005, « *relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom* »¹⁹¹, qui insère dans le Code de procédure civile au livre 1^{er} le titre XXI « *La communication par voie électronique* » des actes de procédure sous réserve de l'acceptation du destinataire des envois.

¹⁸⁹ Principe 9 de la Recommandation n° R (84) 5 du Conseil de l'Europe « *sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice* », adoptée par le Comité des Ministres le 28 février 1984, lors de la 367^e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁹⁰ Rec(2001)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies, 28 fév. 2001.

¹⁹¹ Art. 73 D. n° 2005-1678, *JORF* n°302 du 29 déc. 2005, p. 20350, texte n° 67 ; intégré des articles 748-1 à 748-6 du CPC. Art. 748-1 CPC : « *Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication* » ; sur l'exigence du consentement CPC art. 748-2 : « *Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication* ».

En matière pénale, la loi du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale¹⁹², complétée par le décret du 3 mai 2007¹⁹³, permet la numérisation du dossier pénal : toujours sous forme papier mais transmis par voie électronique puis imprimée.

En droit administratif, le décret du 10 mars 2005 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et des mémoires et de la notification des décisions par voie électronique¹⁹⁴, démontre tant l'intérêt commun à toutes les matières pour la voie électronique que le caractère optionnel de celle-ci. Le décret du 23 décembre 2009 proroge l'application de l'expérimentation devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat de l'envoi des requêtes, mémoires, pièces, décisions prises pour l'instruction des affaires et décisions juridictionnelles au 31 décembre 2012, démontrant ainsi la difficulté de mise en œuvre que représente la téléprocédure.

66.- A travers le prisme de la pratique judiciaire, cette adaptation connaît différents degrés d'achèvement selon qu'elle s'opère à la Cour de cassation, à la cour d'appel ou dans une juridiction de premier degré. Des idées novatrices émanent de tous bords, notamment de la Cour de cassation, des cours d'appel dites « *pilotes* » et du tribunal de commerce de Paris (ce dernier détenant un véritable greffe électronique), à tel point que les juridictions de premier degré perdent pied. Entre enjeux économiques et incapacités techniques, elles se situent au milieu du gué et laissent s'instaurer dans le système judiciaire français une procédure électronique à deux vitesses¹⁹⁵.

La Cour de Cassation dans son rapport de 2005¹⁹⁶ affirme sa volonté de saisir les nouvelles possibilités procédurales qu'offre le développement de la technologie. Elle

¹⁹² Article 18 L. n° 2007-291, *JORF* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4206, texte n°5 : « *cette copie peut être adressée à l'avocat sous forme numérisée, le cas échéant par un moyen de télécommunication selon les modalités prévues à l'article 803-1. La délivrance de cette copie doit intervenir dans le mois qui suit la demande* ».

¹⁹³ D. n° 2007-699 du 3 mai 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie) relatif au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale et à la prévention de la délinquance, *JORF* du 5 mai 2007, texte n° 41.

¹⁹⁴ D. n° 2005-222 du 10 mars 2005 « *relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique* », *JORF* n°0059 du 11 mars 2005, p. 4212.

¹⁹⁵ On constate également une différence entre l'e-procédure judiciaire et l'e-procédure administrative, dont l'achèvement est plus avancé : la Cour administrative d'appel compte 150 télérecours sur environ 2000 et depuis 2008 quasiment tous les Conseillers près la Cour administrative d'appel sont munis d'un ordinateur pour travailler en réseau sur les affaires. A ce sujet : BELOULOU (V.), « Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat », *AJDA*, 20 juil. 2001, n° 7, p. 624-627 ; MOATTI NEUER (L.), « Justice en ligne, justice de demain ? », *L.P.A.* 5 déc. 2001, n° 242, p. 7-12.

¹⁹⁶ France, Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation, L'innovation technologique*, La Documentation française, 2006, p. 52.

se montre pionnière dans l'intégration judiciaire des TIC et accuse avec aisance de profonds changements tant au niveau de son fonctionnement interne que dans les méthodes de travail des magistrats. Les conseillers dans leur rapport soutiennent sans demi-mesure la création d'une signature électronique des juges et d'un minutier électronique dont le rôle serait de garantir la conservation des décisions¹⁹⁷. Enfin, ils expérimentent de nouvelles pratiques « *juridico-technologiques* » comme la signification dématérialisée¹⁹⁸ et recommandent leur généralisation à l'ensemble des juridictions. La technologie est alors envisagée, sinon comme une alliée du temps du procès permettant la transmission de données en temps réel et pour un coût modique, à tout le moins comme une réponse aux exigences du principe du contradictoire, corollaire du droit à un procès équitable de l'article 6-1 de la CESDH¹⁹⁹. Fervente défenderesse d'une mise en place exclusive de la procédure électronique dans l'ensemble des cours et tribunaux français, la Cour de cassation influence les autorités dans leur prise de position pour l'e-procédure. Au soutien de cette évolution, le décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, supprime toute procédure papier et rend alors exclusive la procédure électronique. Cette avancée au champ d'application pour le moins restreint, ouvre la voie de la présence automatique de la procédure exclusivement électronique dans les juridictions.

67.- Afin d'anticiper et d'accompagner au mieux ces nouvelles pratiques, une expérimentation a été initiée dans les procédures sans représentation obligatoire via les modules « *e-Barreau* » et COMCI-CA en application de l'arrêté du 5 mai 2010. La cour d'appel de Chambéry s'est dite prête pour le lancement de la communication électronique dans le cadre des procédures prud'homales²⁰⁰. Ont ensuite donné leur aval, les cours d'appel de Douai, de Versailles, désignées pilotes.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Sur l'utilisation de la dématérialisation par les huissiers de justice et le bilan pratique et juridique de la dématérialisation de la procédure de signification : CANAL (G.) et SARAGOUSSI (A.), « Perspectives et enjeux de la signification dématérialisée au regard de l'expérience de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 23 juil. 2011, n° 204, p. 9.

¹⁹⁹ France, Cour de cassation, *loc. cit.*

²⁰⁰ Cf. le site de la CA de Chambéry.

En ligne : [<http://www.ca-chambery.justice.fr/index.php?rubrique=10745&article=21107>], consulté le 28 mars 2012.

Le décret du 9 décembre 2009²⁰¹ relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile et l'arrêté du 14 décembre 2009²⁰² relatif à la communication par voie électronique dans les procédures sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, introduisent le principe de la dématérialisation des procédures. Pour ce faire, ils agissent en deux temps. D'abord, ils encadrent les modalités des communications par voie électronique entre avocats ou entre un avocat et la juridiction dans le cadre d'une procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel. Ensuite, ils introduisent l'obligation de la communication électronique des actes de procédure d'appel en matière civile. La sanction du défaut de forme électronique est alors l'irrecevabilité de l'acte, relevée d'office, et non pas la nullité pour vice de forme. Sous un prisme purement technique, la déclaration électronique d'appel provoque un avis de réception du greffe auquel est adjoint un récapitulatif des données de l'appel²⁰³.

68.- Si la jurisprudence récente s'attache à faire respecter l'obligation d'employer la voie électronique dans certains cas encore marginaux²⁰⁴, le passage à la téléprocédure devant l'ensemble des cours d'appel est loin d'être parachevé. Faisant suite aux précédents textes, l'arrêté du 30 mars 2011²⁰⁵ relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, apporte une avancée supplémentaire tout en mettant en lumière le doute planant dans la pratique. Il pose en principe la procédure d'appel électronique obligatoire²⁰⁶ mais reporte une nouvelle fois son entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2011²⁰⁷. Mettant un terme à plusieurs années de

²⁰¹ D. n° 2009-1524 du 9 déc. 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, *JORF* n° 0287, 11 décembre 2009, p. 21386, texte n°8.

²⁰² Arr. 14 déc. 2009 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, *JORF* n° 0299, 26 décembre 2009, p. 22337, texte n° 16.

²⁰³ Art. 10 D. : « *Le message de données relatif à une déclaration d'appel provoque un avis de réception par les services du greffe, auquel est joint un fichier récapitulatif reprenant les données du message. Ce récapitulatif tient lieu de déclaration d'appel, de même que son édition par l'auxiliaire de justice tient lieu d'exemplaire de cette déclaration lorsqu'elle doit être produite sous un format papier* ».

²⁰⁴ CA Bordeaux, 1^{ère} Ch., Section A, 5 mars 2012, n° RG 11/049681.

²⁰⁵ Arr. du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, *JORF* n° 0076, 31 mars 2011, p. 5600, texte n° 23.

²⁰⁶ Art. 2 arr. : « *Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution faits en application des articles 901 et 903 du code de procédure civile, ainsi que des pièces qui leur sont associées* ».

²⁰⁷ L'entrée en vigueur du texte était prévue au 1^{er} janv. 2010 puis 1^{er} janv. 2011 puis 1^{er} mars 2011, l'article 3 de l'arrêté dispose cette fois : « *pour les appels formés à compter du 1er septembre 2011, les envois et remises des actes prévus à l'article 2 ainsi que des pièces qui leur sont associées doivent être effectués par voie électronique* ».

flottement juridique, le décret du 3 mai 2012²⁰⁸, modifiant l'article 930-1 du Code de procédure civile, instaure définitivement la voie électronique obligatoire mais seulement pour la déclaration d'appel et la constitution d'avocat.

Bien que la tendance soit à la mise en place obligatoire d'une voie électronique pour l'ensemble des actes juridiques, la pratique judiciaire est loin d'être prête pour une dématérialisation généralisée de la procédure. La recherche d'un équilibre entre les juridictions du fond, qui peinent à suivre la Haute Juridiction toujours à la pointe de la technologie, s'avère nécessaire pour éviter de tomber dans l'écueil dont certains pays d'Europe ont fait les frais : une informatisation à grande échelle caractérisée par des bastions de juges réfractaires à cette procédure trop technique, trop coûteuse et trop sécurisée²⁰⁹.

²⁰⁸ Art. 19 D. n° 2012-634 du 3 mai 2012 relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, JORF n°0106, 5 mai 2012, p. 7969.

²⁰⁹ COTTIN (S.), *loc. cit.*

Section II. L'impact des TIC sur la substance du droit : la cohérence juridique

69.- « *Recourir à l'ordinateur pour tenter d'améliorer la qualité des textes législatifs et réglementaires* » est aujourd'hui une activité bien réelle²¹⁰.

70.- L'utilisation de l'informatique est ancrée dans la pratique juridique ; elle est un outil²¹¹ d'élaboration de la norme pour le législateur et une aide décisionnelle pour le juge. La rationalisation du travail du juge et l'aide apportée à l'élaboration de sa décision par l'informatique et la technologie, sont incontournables au procès du travail. Elles constituent les manifestations d'un bouleversement de l'environnement juridique de la décision judiciaire et opèrent une évolution conceptuelle et organisationnelle du droit processuel. L'efficacité et la rapidité permises par les TIC ont par ricochet une influence sur l'accueil et le cadre juridique de la preuve électronique. Par un « *effet retour* » l'impact favorable qu'elle a sur le procès entraîne son plébiscite dans les prétoires, illustré par une utilisation et une production massive de la preuve sur support électronique ou numérique. A cet engouement judiciaire, s'ajoutent d'autres aspirations, à vocation plus générale, issues de l'Europe ou de la pratique qui interpénètrent le microcosme du procès et participent à l'élaboration d'un régime composite de la preuve électronique.

71.- Ainsi, les Technologies de l'Information et de la Communication représentent-elles tout à la fois une aide directe et une aide indirecte à l'élaboration de la décision du juge du contrat de travail. La technologie serait aussi bien la ressource juridique que lui

²¹⁰ BERGEL affirme en 1987 que cela « *paraît encore relever de la science-fiction* », BERGEL (J.-L.), « Informatique et légistique », *D.* 1987, chron. p. 171-176, spéc. p. 172 ; CHOURAQUI (A.), *L'informatique au service du droit*, PUF, Paris, 1974 ; CNRS, *L'informatique juridique : du rêve à l'instrument*, ouvrage collectif, éd. Thémis, Montréal, 1977, 391 p. ; DUNES (A.) et DESCHE (B.), « De la logique à l'informatique : système des structures conceptuelles », *Gaz. Pal.*, 1973, II, p. 606 ; CATALA (P.), « L'informatique et la rationalité du droit », *APD* 1968, V. XIII, p. 295-321.

²¹¹ Nous envisageons les TIC sous la définition émise par AMSELEK, soit dans sa fonctionnalité, son utilité pour les juristes : « *La science n'est pas une activité de production d'énoncés d'un certain type, une simple activité linguistique ; c'est une activité artisanale visant à l'élaboration et bien sûr à l'expression, à l'énonciation et à la diffusion d'outils mentaux destinés à remplir une fonction spécifique, à rendre des services spécifiques à ceux qui en seront les utilisateurs* » : AMSELEK (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, Chron. p. 337-342 ; reproduit in *Dans le regard de l'autre*, ouvrage collectif sous la direction de NOREAU (P.), éd. Thémis, Montréal, 2007, p.13-34.

fournit son ordinateur que le moyen qui rationalise l'agencement des ressources nécessaires à la construction de sa décision. Elle est l'information ou le vecteur d'information. L'enjeu de cette aide apportée aux acteurs juridiques par les nouveaux moyens scientifiques et techniques serait alors de deux ordres : d'une part, en occupant les rôles de soutiens informatifs et organisationnels des instances décisionnelles législatives et judiciaires, ils permettraient d'élaborer le droit de manière cohérente et efficace²¹² (§ I.) ; d'autre part leur fort degré de scientificité tendrait à servir la finalité noble du procès, à savoir l'atteinte de la vérité judiciaire (§ II.)

§ I. Les TIC, facteurs de qualité législative

72.- En logistique, l'informatique concourt à une meilleure cohérence du droit et participe à réorganiser les ressources législatives dans lesquelles puise le juge pour prendre sa décision. Il améliorerait de ce fait la qualité de la loi et la sécurité juridique car il est de principe que moins équivoques seront les textes édictés par le législateur, plus équitables seront les décisions rendues par le juge. Or, l'outil informatique procure des ressources documentaires intarissables. Le législateur dispose d' « *informations capitales sur l'état du droit, les difficultés et les solutions rencontrées, les besoins à satisfaire* »²¹³. L'Internet est un puits d'informations, il offre au législateur un nombre incommensurable de renseignements sur la société, sur l'opinion des citoyens sur la justice et leurs aspirations. Dans ce même objectif, l'informatique se voit attribuer une fonction légitimatrice : elle permet d'expérimenter les choix du législateur par le biais de simulations et de mesurer les effets virtuels des textes envisagés²¹⁴.

73.- Les données électroniques peuvent être employées également par le législateur comme des outils formels dans la rédaction des textes, ils deviennent « *des instruments de travail* ». Certains programmes informatiques se révèlent être de véritables outils de lutte contre l'inflation législative. Leur utilité est double. D'une part, ils encouragent le nettoyage des sources du droit ; ils trient, organisent, font disparaître les textes désuets ; d'autre part, ils aident à la rédaction des textes, vérifient les erreurs lexicales et

²¹² Par analogie, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, on voit apparaître de nouveaux paradigmes et une complexité qui nécessitent la gestion par la technologie.

²¹³ BERGEL (J.-L.), *loc. cit.*

²¹⁴ PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie DROZ, Genève-Paris, 1979, p. 148.

grammaticales par un « système anti-couacs »²¹⁵ et assurent ainsi la cohérence et l'harmonisation des textes en vigueur. Des logiciels regroupent les textes législatifs par thème. La documentation informatisée organise le recensement des textes de droit français et facilite l'accès aux textes étrangers. En outre, un lexique juridique est mis à la disposition du législateur, précis et invariable comme c'est déjà le cas dans les sciences exactes.

Ainsi, la fonction coordonnatrice de l'informatique s'impose en qualité d'aide législative et ce, y compris en droit du travail. Par une analyse experte, il assure une cohérence entre les différents systèmes normatifs internationaux puisqu'il en apprécie la structure interne. Les TIC deviennent alors les instruments d'efficacité du droit du travail²¹⁶, notamment parce que leur pragmatisme²¹⁷ s'incorpore parfaitement à la logique de performance²¹⁸, dans laquelle se place actuellement le législateur.

§ II. Les TIC, aides à la décision judiciaire

74.- Que les juristes se rassurent, l'ordinateur ne remplacera pas le juge, tout au plus entraînera-t-il une évolution de ses prérogatives.

75.- *« On voit mieux se dessiner aujourd'hui le rôle respectif de la machine et de l'homme dans l'administration de la justice. Il n'y a pas conflit de compétence. L'ordinateur n'a pas à juger. Simplement du début à la fin des procédures, il peut libérer*

²¹⁵ Sur les différents outils : COTTIN (S.), *loc. cit.* Pour les fonctionnaires : EXTRAQUAL : le portail de la qualité et de la simplification du droit pour le suivi des professionnels de la qualité normative. Il existe des outils de consolidation en temps réel des textes envisagés comme des aides à la rédaction : PAVLEX et outils à la codification pour une conception normalisée de la codification : MAGICODE et module central d'échange futur qui permettra au Ministère de communiquer avec Assemblée et le Sénat : SOLON II.

²¹⁶ L'efficacité de la justice est une question d'actualité. En témoignent les nombreux rapports commandés par le Ministère de la justice : MAGENDIE (J.-C.), Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice-La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, Paris, 2004, p. 262 ; GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Paris, 2008 ; Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, pour la rédaction duquel les Pr. S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET ont été auditionnés. En ligne : [\[www.justice.gouv.fr/publication/rapport_marshall_2013.pdf\]](http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_marshall_2013.pdf), consulté le 11 janv. 2014.

²¹⁷ MAGENDIE (J.-C.), *id.*, p. 6 : « Avec pragmatisme, guidée par le souci de supprimer le maximum de verrous, de niches, de temps perdu-mais gagné pour certains-, toutes scories qui nuisent à la fois à la célérité et à la qualité de la justice, la Mission a estimé opportun de travailler à des propositions de réformes procédurales, tant au pénal qu'en matière civile, susceptibles de limiter au maximum-voire d'empêcher- tout ce qui contrarie le jeu normal de l'institution judiciaire au regard de l'exigence du délai raisonnable ».

²¹⁸ L'utilisation des indicateurs de performance dans des lois récemment divulguées ou en discussion est édifiante quant à la recherche d'efficacité du législateur (exemple art. 48 L. organique n° 2001-692 du 1^{er} août relative aux lois de finances (1), *JORF* n° 177 du 2 août 2001, p. 12480). DELMAS-MARTY (M.), « L'ambivalence des nouvelles technologies », *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 3-15.

le juge d'un certain nombre de charges, lui permettant ainsi de se mieux consacrer à l'unique mission dont il a l'exclusivité. La prise en compte par l'informatique de multiples tâches modifiera sans doute la répartition des fonctions, sinon des pouvoirs au sein de l'institution judiciaire. Elle démasquera les faux actes juridictionnels susceptibles d'un traitement de type administratif ; elle développera à l'extrême les traitements de textes et échanges électroniques de documents ; on verra évoluer le rôle respectif des magistrats et des greffes ». ²¹⁹

76.- Les TIC participent à la création d'une base de connaissances à destination des magistrats ou des auxiliaires de justice, que l'on nomme communément « *la politique de gestion des connaissances au sein de l'institution judiciaire* » ²²⁰. Elle constitue une aide notable à l'élaboration de la décision judiciaire du juge du contrat de travail. Il en va de même concernant la capacité de conservation que détiennent les ressources informatiques. Elles s'imposent comme de véritables « *mémoires des décisions rendues* » car elles permettent de conserver les jugements et arrêts sous forme électronique.

Dès lors, l'informatique revêt une fonction mémorielle ; elle représente « *une autre écriture qui tend à venir au secours des mémoires ou des volontés défaillantes* » ²²¹. L'utilisation rendue possible par l'informatique de systèmes-experts mais également la consultation de « *banques de solutions* » permettent de « *recenser les solutions déjà données à des problèmes analogues* » ²²². Au juge de s'en inspirer ; au justiciable de s'y référer pour prévoir son jugement.

77.- L'objectif est de mieux « *dire le droit* ». Au soutien des conseillers prud'hommes et des juges « *professionnels* », viennent un « *guide légistique* » d'élaboration des textes, quatre référentiels généraux dont LEGIFRANCE ou la norme internationale ECLI qui permet de citer la jurisprudence de manière normalisée. Des bases de données « *exhaustive* » sont mises à leur disposition telle que JURICAF, la base de données des jurisprudences francophones et un « *indice de cocitation des cours entre elles* » ²²³ a même été créé récemment.

²¹⁹ CATALA (P.), « Le juge et l'ordinateur », in *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, p. 19-33, spéc p.32.

²²⁰ MAGENDIE (J.-C.), *loc. cit.*

²²¹ TERRE (F.), « Lettres à un jeune juriste », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Litec, Paris, 2001 p. 989- 1002.

²²² BERGEL (J.-L.), *loc. cit.*

²²³ COTTIN (S.), *loc. cit.*

78.- Les TIC répondent également à l'exigence actuelle de motivation rigoureuse et rapide des décisions de justice²²⁴. Elles facilitent le travail des juges en leur offrant par le biais des bases de données informatiques, les informations juridiques exhaustives nécessaires à la construction de leur décision. Cette aide à la motivation judiciaire s'illustre par la modélisation des décisions de justice²²⁵ comme l'a mis en pratique le Tribunal de grande instance de Paris depuis 2008.

79.- La Cour de cassation dispose d'un avantage technique par rapport aux juges du fond : l'accès aux pièces de chaque dossier déposé devant la Cour de cassation est assuré par la mise en ligne « *du mémoire ampliatif, du mémoire en défense, de la fiche d'orientation établie par le service de documentation et d'études, du rapport du conseiller rapporteur ou son avis de non-admission, l'avis de l'avocat général, le(s) projet(s) d'arrêt, etc.* ». Le rapport évoque la probabilité pour qu'il soit permis l'accès à d'autres documents du procès, à savoir « *la déclaration de pourvoi, la décision attaquée, le jugement de première instance, les autres productions jointes aux mémoires, les conclusions récapitulatives, les productions jointes aux mémoires ampliatif et en défense ainsi que l'avis du conseiller rapporteur* »²²⁶. Cet instrument d'aide à la décision se distingue du « système-expert », processus développé aux Etats-Unis et largement controversé²²⁷, qui permet de « *produire des décisions juridictionnelles à la combinaison automatisée de règles de droit et de données de fait préalablement programmées* »²²⁸. Cette seconde technique, lorsqu'elle est employée de manière extensive, remplace dangereusement le raisonnement juridique du juge tandis que la première ne fait que le légitimer.

80.- L'informatique juridique entraîne la rationalisation du travail de tous les juges, à des degrés différents. Ils peuvent plus aisément et plus rapidement accéder aux documents pertinents qui éclaireront leur décision, tels que « *les décisions passées, les dossiers posant les mêmes questions de droit ou les contrariétés de décisions* »²²⁹. Aussi, les juges ne se

²²⁴ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Thémis, Paris, 2013, n° 200, p. 699-700.

²²⁵ BERGEL (J.-L.), « Justice et modélisation (Essai de synthèse exploratoire) », in *La modélisation des actes de procédures et des décisions de justice*, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2000, Cahiers de méthodologie juridique, n° 15, p. 1991-1996.

²²⁶ COTTIN (S.), *loc. cit.*

²²⁷ BOURCIER (D.), *La décision artificielle – Le droit, la machine et l'humain*, PUF, Paris, 1995.

²²⁸ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 700.

²²⁹ *Ibid.*

concentreraient plus sur leurs propres précédents mais sur l'ensemble des décisions émises sur une question de droit, au bénéfice de la qualité de la justice.

81.- Dans un même temps, les TIC peuvent être de simples vecteurs d'aide apportée au juge du contrat de travail dans la construction de sa décision, en ce qu'ils ne lui offrent pas directement les informations nécessaires mais mettent en place des conditions de travail propices. Cette fonction s'interprète comme une propension à « *organiser une activité, à partir d'une étude scientifique, afin d'adapter efficacement les moyens aux objectifs poursuivis* »²³⁰ et permet un gain de temps dans l'activité des juges. Elle se concrétise par l'utilisation d'applications informatiques, de gestion d'agenda ou de surveillance des délais.

82.- Exemple en la matière, le site de la Cour de cassation offre aux conseillers de la chambre sociale un accès aux données dématérialisées par le biais d'un « *bureau virtuel* ». Son rapport annuel de 2005²³¹ à la teneur protechnologique, évoque la mise en place au bénéfice des magistrats et fonctionnaires de la Cour de cassation d'un « *environnement de travail électronique* », pour l'exercice de leurs fonctions. Le bureau virtuel du rapporteur de la Cour de cassation et ses suites (bureau virtuel de l'avocat général et bureau virtuel du président de chambre) sont des instruments électroniques qui participent à la préparation des audiences. « *Le conseiller désigné pour établir un rapport et un avis et préparer un ou plusieurs projet(s) d'arrêt(s)* » est ainsi aidé par les actes et pièces principaux qu'il peut obtenir d'un clic sur son bureau virtuel.

Un agenda électronique a également été mis en place, comprenant la date des audiences à venir, celles qui ont eu lieu depuis moins de trois mois, et toutes informations utiles pour le juge relatives à ces audiences. « *En cliquant sur la date de l'audience, le conseiller accède aux informations essentielles relatives à cette audience : date, heure, formation (plénière de chambre, formation de section, formation à trois juges, audience de non-admission) et à la liste des affaires qui y sont inscrites (numéro de pourvoi, nom du conseiller rapporteur, sens des conclusions de l'avocat général, nom des parties en demande et en défense)* »²³².

²³⁰ REY (A.), REY-DEBOVE (J.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. Le Robert, DL 2014, V° « Rationaliser ».

²³¹ France, Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation, L'innovation technologique*, La Documentation française, 2006.

²³² *Ibid.*

Conclusion du chapitre I

83.- L'installation des TIC au procès connaît une véritable réalisation pratique dans le procès en général. Leur déploiement s'observe dans l'ensemble des strates du système judiciaire et s'effectue à un double niveau.

84.- D'un point de vue théorique, le contexte juridique se révèle propice à l'accueil des TIC car elles entrent dans le mouvement actuel de rationalisation du droit. Elles participent à une préoccupation lancinante d'un meilleur usage de la norme, d'une volonté d'accéder « *au mythe d'un âge d'or d'un droit simple, clair et accessible* »²³³. L'aspiration à l'élaboration d'un cadre technico-juridique du procès, illustrée par diverses démarches tant méthodiques, qu'incrémentales ou réflexives, poursuit l'objectif partagé d'efficacité de la norme.

85.- D'un point de vue pratique, l'environnement de la décision judiciaire est transformé, ce qui a inévitablement une influence sur la teneur et la qualité de celle-ci. De nouvelles aides technologiques à la décision font leur entrée dans les prétoires, de sorte que le raisonnement et la méthode suivis par les juges pour construire leurs décisions sont significativement bouleversés.

86.- Le juge du contrat de travail s'imprègne du contexte général propice à l'utilisation processuelle des TIC. Il est sensibilisé et familiarisé à la preuve électronique. Immérgé dans un environnement numérique, il élabore sa décision à l'aide d'outils légistiques et techniques issus des TIC. Toutefois, cette réaction favorable du juge, en qualité de décideur, doit être nuancée au regard des difficultés pratiques qui freinent son entière réalisation dans le contentieux prud'homal. Le contraste entre la procédure prud'homale et les autres procédures s'intensifie, et l'on voit se démarquer le juge du contrat de travail.

²³³ CHEVALLIER (J.), « La rationalisation de la production juridique, in MORAND (C.-A.) dir., *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991, p. 11-46 ; V. également « Peut-on rationaliser la production du droit ? », Propos introductifs de *L'Union Européenne et l'idéal de la « meilleure législation*, colloque organisé par le CRDP, Université Lille 2, 17 nov. 2011.

87.- En contrepoint, l'urgence de construire un discours juridique commun autour des TIC participe à l'extension du cadre juridique de la décision judiciaire. L'enjeu est tel qu'un arsenal juridique, composé de sources à la fois législatives et non législatives, ayant un lien direct ou indirect avec la preuve électronique, est rapidement orchestré pour guider les comportements des acteurs juridiques. Toutefois, le cadre juridique proposé au juge manque profondément de cohérence et de matière, au point qu'il ne suffit pas à assurer l'appréhension judiciaire de la preuve électronique.

Chapitre II. La composition du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail

88.- Si le droit commercial est le berceau de la reconnaissance juridique des Technologies de l'Information et de la Communication²³⁴, c'est par la porte de la preuve qu'elles connaissent leur consécration.

89.- Pour encadrer la preuve électronique, le législateur semble s'inscrire dans une logique à double sens. En premier lieu, on constate la volonté législative de saisir la question de la preuve électronique par le droit, comme en témoigne la fonction normative dont sont empreintes les TIC en matière probatoire. En second lieu, cette reconnaissance juridique de l'élément électronique en qualité de preuve se démarque par ses caractères sous-jacents et inachevés. L'intervention du législateur civil peut en effet être qualifiée d'*a minima*. Les effets du déploiement juridique de la preuve sur support électronique semblent donc *a priori* restreints, ce dernier n'entraînant que des modifications superficielles et silencieuses de la procédure civile. C'est sans compter sur l'intervention supplétive de la jurisprudence qui, par l'utilisation d'instruments juridiques inédits, désignés par la doctrine spécialisée comme des « *petites sources du droit* »²³⁵, influencerait de manière significative le comportement des acteurs juridiques, dans les pratiques contentieuses et non contentieuses où intervient la preuve électronique.

En définitive, l'apport, en termes d'utilité, du cadre de lecture construit par le législateur pour appréhender la preuve électronique, est en demi-teinte. Si le juge du contrat de travail n'est pas totalement démuné devant la contingence de la preuve

²³⁴ Cass. com. 2 déc. 1997, SA Descamps c/ SA banque Scalbert Dupont, n° 95-14251 ; *JCP E* 1998, n°5, p. 178, note BONNEAU (T.) ; *D.* 1998, p. 192, note MARTIN (D.-R.).

En matière bancaire : sur l'utilisation de la signature électronique pour les cartes de crédit et de paiement, voir la très célèbre jurisprudence Crédicas : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, n° 86-16197 ; *Bull. civ.* I, n° 342, notes HUET (J.), « Aspects juridiques du télépaiement », *JCP N*, 13 mars 1992, n° 11, p. 72-76 ; FALAISE (M.), « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », *LPA*, 7 août 1998, n° 94, p. 4-12 ; SAILLARD (J.-P.), « La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies – Position de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris », *JCP E*, 3 fév. 2000, n° 5, p. 149-150.

²³⁵ Cette acception est directement tirée de la thèse de GERRY-VERNIERES (S.), *Les 'petites' sources du droit*, Economica, Paris, 2012.

électronique, l'arsenal législatif et réglementaire qui entoure la construction de sa décision est résolument lacunaire.

90.- L'introduction du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail s'effectuerait ainsi, essentiellement par l'intervention du juge du contrat de travail qui composerait avec d'autres sources du droit. (**Section I.**) En retour, le manque d'exhaustivité et le caractère non figé du cadre juridique de droit commun²³⁶ contraindraient la jurisprudence du travail à faire œuvre de création. Ainsi, l'appropriation caractéristique du cadre probatoire de la preuve par le contentieux du contrat de travail serait significative d'une absence de cohérence juridique dans le domaine de la preuve électronique. La généralité excessive des textes laisserait place à un corps de règles spécifiques relatives à la preuve électronique en droit du travail et à une interprétation prétorienne améliorée (**Section II.**)

²³⁶CAPRIOLI (E.), « Variations sur le thème de l'archivage dans le commerce électronique », *LPA.*, 18 août 1999, p. 4 ; *LPA.*, 19 août 1999 p. 7 ; KOURAR (K.), *La licéité de la preuve en droit du travail face aux T.I.C.*, Mémoire de DEA, soutenu à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2005.

Section I. Le cadre juridique de la preuve moderne en général

91.- Pour tracer les contours du cadre juridique dans lequel se fonde la décision du juge du contrat de travail en présence d'une preuve électronique, il faut en dresser le contenu et les caractéristiques. Le cadre juridique de la preuve moderne a pour spécificité d'être composite, complexe et de s'appliquer essentiellement aux actes juridiques.

92.- Le législateur, dans une démarche empirique²³⁷, semble en effet, avoir agi en deux temps. Il a d'abord, établi que l'écrit électronique remplit les formalités requises pour être un écrit *ad probationem*, c'est-à-dire un acte juridique à vocation de preuve. Puis, il lui a conféré le qualificatif d'écrit *ad validitatem* sous réserve qu'il remplisse certaines conditions²³⁸. Ces règles de droit constituent de ce fait, les principaux outils juridiques offerts au juge pour l'appréhension et l'utilisation des procédés de preuve moderne. Seulement ce guide d'interprétation judiciaire de la preuve électronique est loin d'avoir atteint ses objectifs juridiques²³⁹.

93.- En réaction à l'inconsistance du cadre probatoire de droit commun et à la perpétuelle mutation des procédés de preuve moderne, un droit spécifique s'est alors développé. Il a pour caractéristique d'être difficile à qualifier et à appréhender, car les règles qu'il contient n'appartiennent pas au corpus législatif et réglementaire initialement prévu par le législateur²⁴⁰. Aussi repose-t-il sur « *sur des règles non nécessairement univoques* »²⁴¹ et sur des notions justificatives détenant une « *part de flou avec laquelle le juge peut jouer* »²⁴². Les recommandations du Conseil de l'Europe, les conventions conclues entre praticiens du droit, les décisions internes à l'organisation judiciaire ou les

²³⁷ Ce terme est ici entendu dans son sens commun, il vise une démarche « *qui manque de rigueur scientifique, qui procède par tâtonnements* » : DUBOIS (J.), *Le Lexis – Le dictionnaire érudit de la langue française*, Larousse 2008.

²³⁸ FERAL- SCHUHL (Ch.), *Cyberdroit-Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2013.

²³⁹ RAYNOUARD (A.), « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », *Defrénois*, 2000, art. 37174.

²⁴⁰ Ces instruments de droit souple entretiennent la polémique concernant la place qu'ils pourraient prendre dans la classification des sources. La question très débattue dans la doctrine se pose alors : Où s'arrête le droit ? Quand peut-on dire qu'il s'agit d'une source du droit ou non ? La limite est difficilement définissable, nous adopterons une conception étendue et moderne de la classification des sources et conviendrons qu'elle se fixe là où la norme n'a plus d'effet même indirect en droit.

²⁴¹ France, Cour de cassation, *op. cit.*, p. 54.

²⁴² *Ibid.*

avis de la CNIL, donnent une nouvelle impulsion à l'adaptation de la procédure civile aux sciences et techniques²⁴³, et concourent à pallier les déficiences des textes légaux et à assurer un régime efficace de protection du salarié. Ces textes ont de réels effets juridiques et la place de choix qui leur est conférée dans le régime de la preuve électronique se justifie par le fait que la preuve est par nature « *étroitement liée aux croyances, coutumes, mœurs et représentations collectives qui prédominent dans la société où elles s'exercent* »²⁴⁴.

Dès lors, le cadre juridique de la preuve électronique mis au service des juges des relations de travail, se compose d'un contenu législatif et réglementaire (**§ I.**) et d'un ensemble de textes additionnels dont l'effet normatif est indiscutable sur le droit de la preuve électronique (**§II.**).

²⁴³ Ce chapitre pouvant être envisagé comme une sorte de glossaire des textes susceptibles d'encadrer la preuve sur support électronique pourrait paraître redondant d'une part au vu des écrits déjà émis sur le sujet, d'autre part au regard de la matière spécialisée sur le sujet : le droit de l'Internet. Cette partie se montre pourtant incontournable en ce qu'elle a une vocation pédagogique : elle permet de situer le débat de la thèse dans un contexte général propice à la « *légistique* » et de comprendre la manière dont le droit du travail sait appréhender les nouveaux textes relatifs au sujet. Pour ces raisons, l'économie d'une étude du contexte aurait semblé dommageable à cette étude.

²⁴⁴ ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, V° « Preuve », p. 1193.

§ I. La législation de la preuve électronique

94.- Inventorier l'ensemble des mesures offertes aux juges pour appréhender les TIC sous l'angle singulier de la preuve, ne paraît ni concevable ni fécond, au vu de l'inintelligibilité avec laquelle le cadre juridique de ce type de preuve a été érigé. Il est préférable de se résoudre à développer les enseignements que nous apporte l'étude des normes incontournables qui ont marqué l'élaboration du cadre juridique et technique de la preuve électronique, à savoir la loi du 13 mars 2000 et ses corollaires **(A.)** ainsi que la loi du 21 juin 2004²⁴⁵ **(B.)**.

95.- Quant à la méthode employée par le législateur, ce dernier, contrairement à son homologue canadien²⁴⁶, a conditionné l'entrée en vigueur des modifications du Code civil à l'édiction de décrets d'application²⁴⁷. Il s'en remet à l'autorité réglementaire pour « *faire se rejoindre les contraintes du droit et de la technique* »²⁴⁸. L'existence de ces décrets a suscité le questionnement légitime de la doctrine quant à sa transparence et sa cohérence, certains auteurs qualifiant cette démarche d' « *avatar du devoir de précaution* »²⁴⁹, d'autres soulignant son indicible complexité²⁵⁰.

A. La fonction ad probationem de l'écrit électronique

96.- La loi du 13 mars 2000 a pour objectif premier de mettre en place « *un cadre juridique clair et sûr, propre à créer la confiance dans les transactions électroniques* »²⁵¹. Elle est motivée par l'idée selon laquelle « *les dispositions du Code civil sur la preuve, qui ont été rédigées à une époque où le papier était le seul support utilisé pour constater*

²⁴⁵ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO n° 0143, 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

²⁴⁶ Sur l'étude du régime québécois de la preuve électronique Cf. infra n° 282.

²⁴⁷ C. civ. art. 1317 et 1316-4.

²⁴⁸ PENNEAU (A.), « *La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n°2002-535 du 18 avril 2002)* », D. 2002, n°26, p. 2065-2068.

²⁴⁹ PENNEAU (A.), *Ibid.*

²⁵⁰ HUET (J.), « *Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques* », RLDI, n° 72, 2011.

²⁵¹ Exposé des motifs du projet de loi, Doc. Sénat n° 488 enregistré au bureau du Sénat le 1er septembre 1999, « *Introduction* » de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, JO n° 62, 14 mars 2000, p. 3968, texte n° 1.

l'existence et le contenu des contrats et en faire la preuve, sont mal adaptées à la société de l'information »²⁵².

97.- Sous l'impulsion du Conseil National du Crédit souhaitant la reconnaissance de la signature électronique, et du Conseil d'Etat, un groupe universitaire a été chargé de faire des propositions de refonte du Code civil. Le projet, modifié par le Conseil d'Etat, a ensuite fait l'objet de débats parlementaires en février 2000 puis abouti à l'adoption de la loi du 13 mars 2000 « *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* »²⁵³.

1. Les mesures législatives générales

98.- La loi du 13 mars 2000 transforme le droit civil français car elle assure l'entrée dans le code civil du contrat électronique par la porte de la preuve²⁵⁴. Elle introduit un nouveau paragraphe premier intitulé « *Dispositions générales* » à la section du Code civil portant sur « *la preuve littérale* »²⁵⁵.

99.- Ce paragraphe comporte désormais cinq nouveaux articles (1316²⁵⁶ à 1316-4 du Code civil) relatifs aux écrits et signatures électroniques. Le législateur y définit la preuve littérale à l'article 1316 du Code civil afin d'intégrer dans le système probatoire français les écrits sous forme électronique. Puis, il expose, aux articles 1316-1²⁵⁷ et 1316-3 du Code civil, les conditions de validité d'un écrit électronique à titre de preuve et lui confère force

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ L. n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JO* n° 62, 14 mars 2000, p. 3968, texte n° 1. Sur ce thème voir les articles des auteurs de l'avant-projet : CATALA (P.), « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Deffrénois.*, 2000, p. 897 ; GAUTIER (P.-Y.), « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90 ; HUET (J.), « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique », *D.* 2000, chron. p. 6 ; HUET (J.), « Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », *RLDI*, n° 72, 2011, p. 30-31 ; HUET (J.), « La preuve électronique », *RLDA*, n°61, 2011, p. 60-61.

²⁵⁴ GAUTIER (P.-Y.) et LINANT (X.), « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP E*, 2000, p. 1273-1280.

²⁵⁵ *Cf.* C. civ. Chap. VI, T. III, L. III.

²⁵⁶ L'ancien article 1316 devient l'article 1315-1 du Code civil.

²⁵⁷ C. civ. art. 1316-1 : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

probante²⁵⁸, offre au juge la prérogative de résoudre les conflits de preuves littérales²⁵⁹ et consacre la signature électronique comme moyen de parfaire un acte juridique²⁶⁰.

D'autres évoquent une « révolution » et interprètent la conséquence de cette loi comme un bouleversement du droit de la preuve des actes juridiques²⁶¹. A tout le moins pourrions-nous concéder aux auteurs, une réforme silencieuse et transitoire du droit probatoire. Les nouveaux procédés de preuve ne font en effet, que s'incorporer dans un système légal déjà existant. De surcroît, cette réforme s'avère lacunaire à plusieurs égards : les questions de la validité même de l'écrit électronique et de la preuve électronique des faits ont été *a priori* évincées.

100.- La nouvelle définition de la preuve littérale. Pour la première fois, le législateur donne une définition de la preuve littérale et par ricochet de l'écrit. Il ne fait en réalité que poursuivre la tendance jurisprudentielle qui se désolait de ne voir, dans la représentation juridique de la preuve littérale préconstituée, « *qu'un morceau de papier signé de la main des cocontractants* »²⁶².

L'écrit peut enfin être dématérialisé, ce qui suppose que la définition de la preuve littérale a atteint un véritable degré de généralité et d'abstraction²⁶³. On parle de « *support* » et non plus de papier, de « *signe* » et non plus d'écriture. Le support de l'information et les modalités de son transfert n'ont aucune influence sur sa reconnaissance juridique en qualité d'élément probatoire. Les auteurs affirment de concert que la loi française constate et entérine une « *dématérialisation du réel* »²⁶⁴.

101.- La plupart des documents écrits, issus du Web 2.0, comme les impressions des pages « Facebook » ou « Twitter », les courriels et SMS se voient attribuer la qualité d'écrit, puisque ce dernier est désormais largement défini par l'article 1316 du Code civil comme « *une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs*

²⁵⁸ CAPRIOLI (E.A.), « Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information (SSI) », in *Droit et technique*, Litec, Paris, 2006, p. 84-87.

²⁵⁹ C. civ. art. 1316-2.

²⁶⁰ C. civ. art. 1316-4.

²⁶¹ CROZE (H.), « Adaptation des règles de preuve aux technologies de l'information », *Procédures*, avr. 2000, n° 4, p. 10.

²⁶² CATALA (P.), GAUTIER (P.-Y.), « L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle », *JCP E*, 1998, p. 884-885.

²⁶³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Chronique de droit économique », journal *Le Monde*, 23 mai 2000.

²⁶⁴ TERRE (F.), *Le droit et l'immatériel*, APD, T. 43, Sirey, Paris, 1999 ; FERRAND (F.), « Preuve », *Rép. proc. civ. janv.* 2006, Dalloz, Paris.

modalités de transmission »²⁶⁵. Afin de qualifier un document écrit de preuve littérale, le juge doit alors vérifier la présence de deux éléments cumulatifs : un élément matériel, le support, et un élément intellectuel, l'information contenue sur ce support.

102.- D'aucuns regrettent d'une part, la portée générale des termes employés et leur vocation à s'étendre à tous types de signes²⁶⁶ ; d'autre part, l'ambiguïté que fait naître le vocable « *signification intelligible* », car il n'est pas précisé à qui cette intelligibilité s'applique et quelle doit être son étendue. Ainsi, il est légitime de se demander si cet objectif d'intelligibilité vise uniquement le juge, la communauté des juristes ou l'ensemble des citoyens.

Au reste, la définition de la preuve électronique, rédigée avec l'appui de spécialistes des sciences technologiques, est excessivement technique et loin d'exaucer les souhaits des auteurs processuels d'une définition générale de la preuve touchant aux principes fondamentaux du procès.

103.- *L'équivalence juridique et la force probante du document électronique.* L'article 1316-3 du Code civil, introduit par la loi du 13 mars 2000, confère à l'écrit sur support électronique la même force probante que l'écrit sur support papier²⁶⁷. L'écrit électronique prend la forme d'un écrit *ad probationem*, ce qui met fin à la tradition juridique de ne lui donner qu'une valeur de commencement de preuve nécessitant d'être corroboré.

L'article 1316-1 du même code, admet l'écrit électronique en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve qu'il remplisse la double condition prévue par cet article²⁶⁸. Par principe, le qualificatif de preuve littérale est donc indépendant de son support et toutes les preuves écrites doivent être mises sur un pied d'égalité au procès. L'effort du législateur à ne point hiérarchiser est fortement perceptible. Quelle que soit la nature de leur support, les différents moyens de prouver un acte juridique seraient interchangeables.

²⁶⁵ C. civ. art. 1316.

²⁶⁶ RAYNOUARD (A.) évoque la possibilité d'intégrer dans cette définition les écrits gravés sur un tronc d'arbre, tracés sur le sable ou mêmes les signaux de fumée, etc., *loc. cit.*

²⁶⁷ C. civ. art. 1316-3 : « *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ».

104.- La preuve sur support électronique doit remplir deux conditions cumulatives pour être assimilée à la preuve littérale et ainsi se voir conférer la qualité de preuve pleine et entière : celle de l'identification de l'émetteur et celle de l'intégrité de l'acte²⁶⁹. La première exigence serait assurée par la signature électronique sécurisée de l'acte juridique électronique. Cette étape revêt une importance fondamentale car les écrits qui n'ont pas la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, qu'ils soient électroniques ou sur support papier, sont soumis à la libre appréciation du juge et n'ont valeur que d'indices lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions requises par la loi.

105.- L'équivalence consacrée apparaît relative car elle n'impose pas les mêmes exigences aux deux types de preuve. La doctrine soulève justement la sévérité du législateur eu égard aux conditions strictes qu'il édicte²⁷⁰ et par incidence, au cadre étroit dans lequel il cantonne le contrôle du juge en matière d'écrit électronique. De même cette équivalence n'a qu'un caractère juridique et non pratique. La signature d'acte juridique électronique, hormis en droit commercial, n'a pas trouvé de résonance pratique. Elle n'est quasiment pas utilisée en droit privé et il incombe encore aujourd'hui au législateur, la lourde tâche de garantir l'effectivité de cette équivalence pratique²⁷¹.

106.- *Le rôle du juge en cas de conflit de preuves.* Face à un conflit de preuves opposant la preuve électronique à la preuve écrite papier, il appartient au juge de déterminer par tous moyens, le support et le titre les plus vraisemblables. L'article 1316-2²⁷² du Code civil inséré par la loi du 13 mars 2000 donne un pouvoir de décision non négligeable au juge mais y appose deux réserves. La première a trait aux précisions ou transformations que pourra amener le législateur en matière de preuve. La seconde évoque

²⁶⁸ C. civ. art. 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ HUET (J.), « Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », *RLDI*, n° 72, 2011, p. 30-31 *op. cit.*

²⁷¹ PENNEAU (A.), *La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n°2002-535 du 18 avril 2002)*, *D.* 2002, n°26, p. 2065-2068.

²⁷² C. civ. art. 1316-2 : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

la possibilité pour les parties de définir, de manière conventionnelle, quel type de preuve par écrit primera sur l'autre²⁷³.

Le très prudent législateur, rappelle ainsi la validité des conventions de preuve lorsque le régime de la preuve est libre et s'en remet aux parties pour instaurer une hiérarchie entre les preuves. En pratique, il s'agirait de prévoir par contrat la confrontation de deux preuves recevables et de même nature qui maintiennent une thèse contraire et dont le support serait différent.

Deux constatations émanent de l'insertion de ces dispositions dans le régime probatoire commun. D'une part, le juge se voit attribuer un très large pouvoir d'interprétation ; d'autre part, le législateur l'astreint à prendre en compte la preuve électronique lors de l'élaboration de son jugement et à ne pas l'écarter automatiquement face à une preuve sur support papier.

L'intérêt de cet article est en réalité mineur puisqu'il réitère le caractère supplétif des règles de preuve du Code civil et qu'il se cantonne à la preuve des actes juridiques²⁷⁴. Au reste, il ne peut qu'être soulevé l'incohérence de la présence d'une règle d'interprétation dans une loi portant sur la définition technique de la preuve électronique²⁷⁵.

107.- La signature électronique. Enfin, le législateur consacre la reconnaissance juridique de la signature électronique par le biais de son assimilation à la signature manuscrite sous réserve qu'elle « *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification, garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* »²⁷⁶. Par cette insertion, il grave dans le Code civil une définition fonctionnelle de la signature puisqu'elle sert uniquement à identifier celui qui l'appose. Ainsi la signature représente-t-elle l'outil juridique *ad hoc*, permettant l'identification de son émetteur. Cette disposition constitue l'extension légale à l'ensemble des actes juridiques électroniques du mécanisme couramment utilisé en droit bancaire pour les autorisations de paiement ou de retrait. Certains auteurs notent que

²⁷³ Sur l'aménagement conventionnel des moyens de preuve : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, n° 86-16197.

²⁷⁴ CAÏDI (S.), *La preuve et la consécration de l'écrit dans la société de l'information*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Montréal, 2002.

²⁷⁵ RAYNOUARD (A.), *loc. cit.*

²⁷⁶ C. civ. art. 1316-4 ; DAURIAC (I.), *La signature*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), 1997.

l'absence de définition formelle de la signature en droit civil marque la difficulté du législateur à identifier ce qu'elle est réellement²⁷⁷.

108.- Le législateur confère à ce procédé une validité pour l'ensemble des actes juridiques²⁷⁸. Lorsque les trois conditions requises existent, à savoir : la signature électronique est sécurisée, cette sécurité est assurée par un dispositif sécurisé de signature électronique, la vérification de cette signature est remplie par l'utilisation d'un certificat électronique qualifié²⁷⁹, la signature est présumée fiable. Cette présomption de fiabilité entraîne une inversion de la charge de la preuve. Dans une démarche simple et pédagogique, on pourrait décrire le processus de signature électronique sécurisée par une métaphore : elle consisterait en un message contenu dans une boîte fermée par un cadenas dont l'auteur détiendrait le code.

Cependant, ces exigences techniques ne sont pas immuables, elles revêtent au contraire un caractère évolutif et imprévisible. Le législateur se garde bien de spéculer sur les évolutions techniques, il s'en remet aux juges pour apprécier la fiabilité du procédé et confie au pouvoir réglementaire, la délicate tâche de fournir des solutions juridiques aux problèmes techniques rencontrés.

2. Les mesures réglementaires

109.- Le pouvoir exécutif se voit offrir, en matière probatoire, un pouvoir non négligeable d'éclaircissement et de précision. Par l'édiction des décrets d'application, le pouvoir réglementaire fait montre de pragmatisme et tente d'offrir aux juges un guide technique d'appréciation de la signature électronique. En réalité, ces textes ne font que répondre aux attentes jurisprudentielles ; ils visent à combler les manquements soulevés par la cour d'appel de Besançon le 20 octobre 2000 qui déplorait qu'« *aucun texte, à la date du 1er avril 1999 [date de la signature litigieuse] ne reconnaissait la validité du recours à la signature électronique dans les actes juridiques* »²⁸⁰. Résulte de l'intervention

²⁷⁷ L'article 2827 du Code civil Québécois énonce que : « *la signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante pour manifester son consentement* » : RLRQ c C-1991.

²⁷⁸ C. civ. art. 1316-4 al.2. « *La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque la signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat*».

²⁷⁹ ALTERMAN (H.), « La preuve de la preuve », *RJC* juil. 2007, n°4, p. 257-270.

²⁸⁰ Confirmé par la Cour de cassation : Cass. civ. 2^e, 30 av. 2003, n°00-46467.

de l'exécutif, une multitude de dispositions réglementaires complexes et ultra techniques édictées pour encadrer la preuve électronique.

110.- Les dispositifs de création et de vérification de la signature électronique. Le texte du décret du 30 mars 2001, pris pour application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique²⁸¹, offre de plus amples informations sur les exigences qu'une signature électronique doit remplir pour valider un acte juridique. Il entérine la nature bicéphale de la signature électronique, évoquée par les articles 2 et 5 de la directive européenne du 13 décembre 1999 fixant un cadre communautaire pour les signatures électroniques²⁸². L'instauration d'« *un double niveau de reconnaissance* » permet de distinguer la signature ordinaire de la signature avancée dont le niveau de sécurité est supérieur.

L'apport majeur de ce texte réside donc dans la mise en place de deux dispositifs au service du droit probatoire : d'une part le dispositif sécurisé de création de signature électronique ; d'autre part, le dispositif de vérification de la signature électronique²⁸³. Plus concrètement, le décret apporte deux types d'indications. Il décrit précisément les deux phases à suivre pour sécuriser une signature électronique puis définit strictement les procédés techniques à utiliser, à charge pour le juge de les qualifier.

Aux termes de l'article 1 du décret, la signature électronique sécurisée doit revêtir trois exigences techniques strictes : « *être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable* ». Les critères d'imputabilité, de contrôle et d'immuabilité conditionnent la présomption de fiabilité du procédé de signature électronique.

A cette fin, l'article 3 du décret détermine les exigences techniques à remplir par le dispositif de création de signature électronique pour être sécurisé, à savoir l'assurance de la confidentialité des données de création de la signature, la protection de la

²⁸¹ D. n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, *JORF* n° 0077, 31 mars 2001, p. 5070, texte n° 19 ; *D.*2001, p.1221.

²⁸² Dir. n° 1999/93/CE, 13 déc. 1999, *JOCE*, L13, 19 janv. 2000, p. 12 s.

²⁸³ D. n° 2001-272 du 30 mars 2001 art. 2.

signature contre la falsification, l'intégrité et l'immutabilité du contenu de l'acte signé²⁸⁴.

La seconde phase dite de vérification de la signature électronique met en œuvre « *un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de vérification de signature électronique* ». L'outil scientifique permettant cette vérification est le certificat électronique, « *un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire*²⁸⁵ ». Ce faire-valoir est qualifié par les composants qu'il doit comporter²⁸⁶ ainsi que par les exigences que doivent remplir le prestataire de services de certification électronique²⁸⁷.

Entre alors en jeu l'entité responsable de cette vérification, le prestataire de services de certification électronique. L'octroi de cette qualité est réservé à « *toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique* ».

Ces formalités techniques effectuées, la signature est présumée fiable, l'intégrité de l'acte garantie et l'ensemble des données légalement conservées.

111.- Les procédures de contrôle et de certification. Le décret du 18 avril 2002²⁸⁸ et l'arrêté du 31 mai 2002²⁸⁹ ont une fonction complémentaire en matière de preuve

²⁸⁴ Art. 3 D. : *garantir des moyens techniques et des procédures appropriés ; que les données de création de signature électronique ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; n'entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer* ».

²⁸⁵ D. n° 2001-272 du 30 mars 2001 art. 1 point 10.

²⁸⁶ D. n° 2001-272 du 30 mars 2001, art. 6.

²⁸⁷ Art. 6 D : il doit « *Faire preuve de la fiabilité des services de certification électronique qu'il fournit ; Assurer le fonctionnement, au profit des personnes auxquelles le certificat électronique est délivré, d'un service d'annuaire recensant les certificats électroniques des personnes qui en font la demande ; Assurer le fonctionnement d'un service permettant à la personne à qui le certificat électronique a été délivré de révoquer sans délai et avec certitude ce certificat ; Veiller à ce que la date et l'heure de délivrance et de révocation d'un certificat électronique puissent être déterminées avec précision ; Employer du personnel ayant les connaissances, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture de services de certification électronique ; Appliquer des procédures de sécurité appropriées ; Utiliser des systèmes et des produits garantissant la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assurent ; Prendre toute disposition propre à prévenir la falsification des certificats électroniques ; Dans le cas où il fournit au signataire des données de création de signature électronique, garantir la confidentialité de ces données lors de leur création et s'abstenir de conserver ou de reproduire ces données ; Veiller, dans le cas où sont fournies à la fois des données de création et des données de vérification de la signature électronique, à ce que les données de création correspondent aux données de vérification ; Conserver, éventuellement sous forme électronique, toutes les informations relatives au certificat électronique qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire la preuve en justice de la certification électronique ; Utiliser des systèmes de conservation des certificats électroniques* ».

²⁸⁸ D. n° 2002-535, 18 avril 2002, relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, JORF n° 92 du 19 avril 2002, p. 6944, texte n° 1.

²⁸⁹ Arr. 31 mai 2002, relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, JORF du 8 juin 2002, p. 10223, texte n° 16.

électronique car ils favorisent *a priori* la réalisation des actes et des signatures électroniques. Ces textes ont en effet pour objectif principal de réduire les risques juridiques inhérents à l'utilisation des produits et systèmes des technologies de l'information. Ils préconisent la création de « *procédures de contrôles préalables en vue d'autoriser l'accès au marché, ou, plus fréquemment en vue de la délivrance d'un label facultatif attestant certaines qualités* »²⁹⁰. L'« *aptitude probatoire* » est alors soumise à validation par des organismes scientifiques, sous le contrôle d'une administration centrale d'Etat. La fonction principale de cette procédure est de « *délivrer les certificats de conformité des produits informatiques mis sur le marché par leurs concepteurs et fabricants et d'agrémenter les centres d'évaluation* »²⁹¹.

112.- La loi du 13 mars 2000 et ses suites conduisent à relever que le législateur s'inscrivant dans un mouvement de modernisation, veut se saisir de la question de la preuve électronique. Il démontre vouloir participer à la création d'une aide décisionnelle pour le juge afin d'harmoniser ses décisions. C'est à un constat similaire que mène l'analyse du contrat électronique mis en place par la loi du 21 juin 2004. Néanmoins, l'efficacité et la cohérence de ces interventions peuvent être mises en doute. Certaines ambiguïtés autour de la validité de l'écrit électronique méritent d'être levées, pour ainsi clarifier ce qui semble s'apparenter au régime de la preuve électronique.

B. La fonction ad validitatem de l'écrit électronique

113.- La loi du 13 mars 2000 a souffert la critique notamment car elle n'encadre pas la validité de l'écrit électronique en qualité d'écrit *ad validitatem*²⁹², alors même que la directive européenne du 8 juin 2000 relative au commerce électronique, interdisait, aux Etats membres de faire obstacle à la pleine reconnaissance de la validité des contrats électroniques²⁹³. La dichotomie écrit *ad probationem* / écrit *ad validitatem*, qui ne consacrait qu'une reconnaissance partielle de l'écrit électronique, était de rigueur en droit français.

²⁹⁰ PENNEAU (A.), « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n°2002-535 du 18 avril 2002) », *D.* 2002, n° 26, p. 2065-2068, spéc. p. 2066.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Ce type d'écrit est exigé dans les contrats pour lesquels une forme solennelle est prescrite.

²⁹³ Art. 9 Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

Ainsi, la doctrine majoritaire présentait-elle déjà au début du second millénaire qu'un bouleversement s'annonçait²⁹⁴. Le législateur, animé par la dynamique communautaire, a en effet concrétisé, sous l'égide de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN)²⁹⁵, l'équivalence totale de l'écrit électronique à l'écrit littéral. La loi, dont l'objectif premier est « *de favoriser le développement du commerce par internet, en clarifiant les règles pour les consommateurs et les prestataires aussi bien techniques que commerciaux*²⁹⁶ », répond ainsi à un besoin soulevé insidieusement par les juges et défendu expressément par les auteurs, de préciser et de graver dans le marbre la valeur intrinsèque de l'acte juridique électronique²⁹⁷.

114.- En outre, la LCEN répond à la difficulté soulevée d'établir une relation de confiance entre des personnes qui ne sont pas physiquement présentes, par la création d'un nouveau cadre juridique de l'Internet²⁹⁸. Le positionnement du législateur, à travers ces 58 articles, sur quatre axes de changement : « *l'institution d'une liberté de communication en ligne, l'encadrement du commerce électronique, la publicité par voie électronique et la lutte contre la cybercriminalité* », entraîne indirectement l'enrichissement du cadre juridique de la preuve électronique. Néanmoins, l'étude des règles mises au service du juge pour appréhender la preuve électronique, exige que nos recherches soient concentrées sur les éléments les plus utiles aux juges des relations de travail. Ces derniers comprennent essentiellement les conditions requises pour la validité du contrat électronique²⁹⁹ et à la nouvelle définition du courrier électronique.

1. La consécration de l'acte juridique électronique

115.- Les conditions de formation et de conclusion du contrat électronique. L'article 25 de la LCEN introduit les articles 1108-1 et suivants du Code civil qui entérine

²⁹⁴ GAUTIER (P.-Y.) et LINANT DE BELLEFONDS (X.), « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP E*, août 2000, n° 31, p. 1273-1280.

²⁹⁵ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n° 0143, 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

²⁹⁶ Rapport n° 612 déposé à l'Assemblée Nationale le 12 fév. 2003. Dossier législatif en ligne : [www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl02-195.html], consulté le 4 mai 2012.

²⁹⁷ FERRAND (F.), *loc. cit.*

²⁹⁸ CAHEN (M.-I.), « La loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 », *Droit-tic*, n° 31, p. 16-25.

²⁹⁹ Ces exigences sont contenues dans le chapitre III relatif aux « *obligations souscrites sous forme électronique* » du titre II de la Loi n° 2004-575 sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

l'utilisation du contrat électronique en droit français. Le premier dispose : « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique* ». Ce texte renvoie aux conditions posées par les articles 1316-1 pour les actes sous seing privé et à l'article 1317 pour les actes authentiques³⁰⁰. L'assimilation entre la forme littérale et la forme électronique comme condition de validité du contrat est donc en apparence remplie.

Cependant, l'article 1108-2 du Code civil vient ternir l'admission de la forme électronique pour la validité du contrat en posant d'importantes exceptions. Ainsi ne tombent pas sous le coup de la loi de 2004 : « *les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ; les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession* ». A la lecture de ces exclusions, il semblerait que la gravité de l'acte contrevienne à sa forme électronique.

116.- La définition du courrier électronique. L'article premier de la LCEN offre pour la première fois au juge, une définition du courrier électronique, il est envisagé comme « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». Cette définition a vocation à être largement appliquée compte tenu de la propension polysémique de ces différents vocables. Elle inclut aussi bien les courriers électroniques que les SMS et sans nul doute, le document communément nommé « *page Facebook* ».

Une partie de la doctrine regrette le caractère « *nébuleux* » de cette définition. Elle soulève à l'appui de ses réflexions, le risque d'extension de la notion de courrier électronique aux échanges publics envoyés *via* des forums de discussion, puisqu'aucune distinction n'est réalisée entre courriels privés et communication publique³⁰¹. Cette crainte était partagée par les parlementaires ; la définition du courrier électronique a donné lieu à la saisie du Conseil constitutionnel pour atteinte au droit à la vie privée des articles 1 et 6. Dans sa décision du 10 juin 2004 le Conseil constitutionnel affirme que « *cette disposition se borne à définir un procédé technique ; qu'elle ne saurait affecter le régime juridique de*

³⁰⁰ HUET (J.), « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », *JCP G.*, 17 nov. 2004, n° 47, p. 2081-2088.

la correspondance privée ; qu'en cas de contestation sur le caractère privé d'un courrier électronique, il appartient à l'autorité juridictionnelle compétente de se prononcer sur sa qualification »³⁰². Le juge se voit donc attribuer la lourde tâche de trancher le litige émanant de la qualification du courrier électronique et d'en induire les conséquences probatoires.

2. La dématérialisation des formalités contractuelles

117.- L'accomplissement des formalités contractuelles par voie électronique. Le législateur a délégué au pouvoir administratif le soin de compléter les exigences déjà introduites à l'article 25 de la loi concernant les conditions de validité du contrat électronique aussi bien au stade de sa formation que de sa conclusion³⁰³. L'ordonnance du 16 juin 2005³⁰⁴, a pour objet la réalisation des formalités contractuelles par voie électronique. Elle introduit en effet les articles 1369-1 à 1369-11³⁰⁵ du Code civil ; le premier disposant : *« la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services »*. Désormais les informations requises pour la conclusion du contrat peuvent être envoyées par courriel. Les lettres simples sont accueillies favorablement sous réserve de *« l'usage d'un procédé électronique de datation fiable »*³⁰⁶.

118.- Les articles 1369-10³⁰⁷ et 11 mettent en place les exigences formelles requises pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat électronique. Le texte renseigne notamment sur le fait que *« l'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire »*. De même, il est affirmé que *« l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles*

³⁰¹ CAHEN (M.-I.), « La loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 », *Droit-tic*, n° 31, p. 16-25. *op. cit.*

³⁰² Déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004. En ligne: [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/français/les-decisions/2004/2004-496-dc/], consulté le 4 mai 2012.

³⁰³ FERAL- SCHUHL (Ch.), *Cyberdroit-Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2013.

³⁰⁴ Ord. n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

³⁰⁵ C. civ. Section I Chapitre VII Titre III Livre III.

³⁰⁶ C. civ. art. 1369-7.

³⁰⁷ C. civ. art. 1369-10 : *« Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes. L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie »*.

1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès »³⁰⁸.

119.- La lettre recommandée électronique. Après l'équivalence probatoire entre l'écrit électronique et l'écrit papier ainsi que la consécration du contrat sous forme électronique, l'ordonnance parachève la dématérialisation de la procédure en instituant la validité de la lettre électronique simple et de la lettre électronique recommandée (LER).

La lettre recommandée électronique est introduite par la loi à l'article 1369-8 du Code civil³⁰⁹, elle a désormais la même fonction probante du dépôt et de la distribution du document que la lettre recommandée sur support papier « *sous réserve que la lettre soit acheminée par un tiers utilisant un procédé électronique permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire, d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire* ».

120.- Pour remédier au « *flou cybernétique* » régnant sur le sujet depuis l'ordonnance du 16 juin 2005³¹⁰, les formalités électroniques précitées ont fait l'objet du décret d'application du 2 février 2011 « *relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat* »³¹¹. Ce texte transpose au support électronique les « *principales dispositions relatives au dépôt et à la distribution des envois postaux* » mais pose une réserve : elle s'appliquerait uniquement pour les phases de conclusion ou d'exécution du contrat. Il précise les caractéristiques de la lettre recommandée envoyée par voie électronique, puis développe les obligations du « *tiers*

³⁰⁸ C. civ. art. 1326.

³⁰⁹ C. civ. art. 1369-8 : « *Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire. Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs. Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat. Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver* ».

³¹⁰ Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 22 octobre 2010, n° 330216, avait ordonné au gouvernement d'édicter le décret dans un délai de 6 mois à compter du 22 octobre 2010. Il a considéré que « *le décret d'application de l'article 1369-8 du Code civil en tant qu'il est relatif aux procédés techniques permettant d'établir une présomption d'envoi et de réception d'un courrier recommandé électronique, implique nécessairement l'édiction de ce décret* ». Sanctionnant l'attentisme et le flou ambiant, il a affirmé « *qu'en dépit des difficultés techniques éventuellement rencontrées par l'administration dans l'élaboration des textes dont l'article précité prévoit l'intervention, son abstention à les prendre à la date de la décision attaquée s'est prolongée au-delà d'un délai raisonnable* ».

³¹¹ D. n° 2011-144 du 2 fév. 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, *JORF* n°0029 du 4 fév. 2011, p. 2274, texte n° 19.

chargé de l'acheminement » de la lettre recommandée et « *les modalités relatives à l'identification de l'expéditeur, du destinataire et du prestataire qui assure la distribution de la lettre* ». Enfin, il fixe les « *mentions obligatoires que doit comporter la preuve de dépôt et de distribution* ». ³¹²

Enfin, l'article 3 du décret prévoit la procédure de transmission de la lettre recommandée électronique et les exigences concrètes requises à la validité du consentement de l'utilisateur : « *Lorsque l'expéditeur, avec l'accord du destinataire non professionnel, a demandé la distribution par voie électronique, le tiers chargé de l'acheminement du courrier informe le destinataire, par courrier électronique, qu'une lettre recommandée électronique va lui être envoyée et qu'il a la possibilité, pendant un délai de quinze jours à compter du lendemain de l'envoi de cette information, de l'accepter ou de la refuser. Le destinataire n'est pas informé de l'identité de l'expéditeur de la lettre recommandée électronique. Dès acceptation par le destinataire de recevoir la lettre recommandée électronique le tiers chargé de son acheminement envoie la lettre recommandée électronique à destination de l'adresse électronique qui lui a été transmise par l'expéditeur.* ».

121.- Malgré les efforts du législateur de mettre au service des acteurs juridiques une « *boîte à outils* » de la preuve électronique essentiellement composée des lois du 13 mars 2000 et du 21 juin 2004, celle-ci va s'avérer lacunaire et inadaptée. Pour y remédier, d'autres règles ayant un impact bien réel dans le système juridique, en ce qu'elles ont une véritable valeur normative ³¹³, vont être mises en place. Ainsi la variation des « *textures du droit* » ³¹⁴ se manifeste-elle aussi dans le domaine de la preuve électronique. Les concepts indéterminés et flexibles issus de la « *soft Law* » y prennent une place privilégiée.

³¹² Pour le détail des formalités à réaliser, v. BALLET (P.) et BENSOUSSAN – BRULE (V.), « La lettre électronique recommandée, enfin ? », *Gaz. Pal.* 23 avril 2011, n° 113, p. 9.

³¹³ MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, Journées nationales, T. XIII/Boulogne-sur-mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 1-23.

³¹⁴ THIBIERGE (C.), « Le droit souple-Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* oct./déc. 2003, p. 599-627.

§II. Le rayonnement des autres textes non législatifs

122.- Face aux lacunes du cadre juridique mis en place par la loi du 13 mars 2000³¹⁵, outil juridique de référence en matière de preuve électronique, la réaction judiciaire ne se fait pas attendre. Le juge prud'homal tente de trouver, outre la méthode ou le processus à suivre, les aides adéquates pour élaborer sa décision en présence des TIC. Pour ce faire, il choisit dans les sources juridiques ou extra-juridiques, anciennes ou nouvelles, mises à sa disposition, la mieux adaptée à l'appréhension de la preuve sur support électronique ou numérique.

123.- Les manifestations de la « *soft Law* » tout en se regroupant dans un même droit « *recommandatoire* »³¹⁶, prennent différentes formes s'agissant de la preuve électronique : déclarations, recommandations³¹⁷, avis, chartes, code de conduite, etc.³¹⁸. Ces techniques modernes à l'usage du juge, le guident, l'informent, voire même l'« *obligent* » à prendre une décision lorsqu'il se trouve face à une preuve électronique. Elles se définissent alors comme des « *Instruments de guidance* »³¹⁹ de la construction du raisonnement judiciaire et prennent une place de choix dans l'environnement juridique de la décision du juge lorsqu'il est confronté à une preuve sur support électronique ou numérique.

Bien que leur déploiement soit rapide et continu dans le domaine des nouvelles technologies, certaines dispositions méritent d'être approfondies car elles ont un impact plus important que d'autres dans le contentieux prud'homal. C'est particulièrement le cas des interventions et recommandations européennes (A.) ou des avis de la CNIL (B.).

³¹⁵ L. n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62, 14 mars 2000, p. 3968.

³¹⁶ THIBIERGE (C.), *loc. cit.*

³¹⁷ Historiquement, le droit international s'avère être précurseur d'une forme non contraignante du droit, les Etats refusant d'offrir une partie de leurs prérogatives à d'autres autorités. La prolifération des recommandations en droit interne ne fait alors que calquer le modèle international, provoquant ainsi un rapprochement des systèmes juridiques interne et international.

³¹⁸ A ce sujet v. LASSERRE-KIESOW (V.), « Les livres verts et les livres blancs de la Commission européenne, Le droit souple », *D.*, 2009, p.75-89.

³¹⁹ OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonnes conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* juil.-sept. 1995, p. 509-531, spéc. p. 514.

A. Les recommandations et interventions européennes

124.- La preuve sur support électronique s'incorpore dans « *un cadre de pensée construit en dehors d'elle* »³²⁰, largement influencé par une dynamique communautaire. D'autant que l'utilisation des TIC au service du procès n'est certainement pas à l'origine, et cela a été démontré, une préoccupation nationale.

L'importance des desiderata de l'Union européenne, en matière de preuve électronique, se mesure non seulement au nombre de textes émis par le Conseil et le Parlement européen et relatifs à l'élaboration d'un cadre juridique de la société d'information, mais encore à l'étendue du domaine que ces textes ont vocation à régir. Nombreux sont ceux visant à réglementer directement ou indirectement l'utilisation des technologies en qualité d'éléments probatoires. Aussi semble-t-il profitable pour l'étude, d'exclure toute lecture exhaustive de ces derniers et de limiter l'analyse à la mise en lumière des évolutions juridiques les plus significatives.

125.- Les directives de l'Union européenne. Parmi les instruments recensés, les directives sont les actes normatifs des institutions de l'Union européenne par excellence. Pourvues d'un caractère impératif, elles posent des objectifs clairs à atteindre aux Etats membres et exigent d'être transposées dans le droit national au délai fixé. En matière de preuve électronique, ces textes ont une importance notoire car ils posent les jalons d'une ligne de conduite que maintiendront l'ensemble des textes dotés ou non de force contraignante.

Les directives 95/46/CE du 24 octobre 1995 relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, mettent en place un cadre juridique communautaire dans le domaine des données à caractère personnel³²¹. Le secret des communications est garanti par l'article 5 de la directive de 1997 qui énonce que « *les Etats membres doivent interdire tout type d'interception illicite ou la surveillance de telles communications par d'autres que les expéditeurs et les récepteurs* ».

³²⁰ CADIET (L.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies : Rapport de synthèse », *Procédures*, 1^{er} av. 2010, n° 4, p. 40-45.

³²¹ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, *JO* n° L013 du 19 janv. 2000 p. 12-20.

La directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, se conçoit comme la genèse de l'encadrement juridique de la preuve électronique. Relevant l'entrave au commerce électronique que crée la divergence des systèmes juridiques des Etats membres en matière de reconnaissance juridique des signatures électroniques et d'accréditation des prestataires de service de certification, le Parlement y préconise « *l'établissement d'un cadre communautaire clair concernant les conditions applicables aux signatures électroniques* ». Celui-ci « *contribuera à renforcer la confiance dans les nouvelles technologies et à en favoriser l'acceptation générale; la diversité des législations des États membres ne saurait entraver la libre circulation des marchandises et des services dans le marché intérieur* »³²². Pour ce faire, la directive met en place une « *interopérabilité des produits de la signature électronique* ». Elle reconnaît juridiquement la signature électronique puis crée un cadre légal pour l'activité des prestataires de service de certification.³²³

Ces directives ont soulevé différents types d'obstacles juridiques : « *la divergence des législations ainsi que l'insécurité juridique des régimes nationaux applicables à ces services* »³²⁴. Remédiant à ces difficultés, le pouvoir légiférant a entendu éliminer les disparités dans la jurisprudence des Etats membres et opérer, dans le respect du principe de subsidiarité, une harmonisation des législations en matière d'échanges électroniques par l'adoption de la directive du 8 juin 2000 « *relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché commun* »³²⁵. Ce texte définit le cadre juridique de référence pour le développement des services en ligne³²⁶ et se fixe pour objectif de « *contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société d'information* »³²⁷, tout en maintenant un haut niveau de protection des

³²² *Ibid.*

³²³ Arr. du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, *JO*, 8 juin 2002 ; D. n° 2002-997 du 16 juillet 2002 relatif à l'obligation mise à la charge des fournisseurs de prestations de cryptologie en application de l'article 11-1 de la L n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications et abrogée le 1^{er} mai 2012.

³²⁴ « Introduction » : Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, *JO* n° L013 du 19 janv. 2000 p. 12.

³²⁵ Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil sur le commerce électronique du 8 juin 2000, *JO des Communautés européennes* 17 juil. 2000.

³²⁶ STROWEL (A.), IDE (N.), VERHOESTRAETE (F.), « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *Journal des Tribunaux*, 17 février 2001, n° 6000, p. 133-145.

³²⁷ Art. 1 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil sur le commerce électronique du 8 juin 2000, *JO des Communautés européennes*, 17 juil. 2000.

consommateurs par des mesures d'assistance et d'information. La Directive a pour principale finalité de garantir « *la sécurité juridique et la confiance du consommateur* »³²⁸, par la mise en place de mécanismes électroniques sécurisés visant à strictement encadrer le contrat électronique et les obligations contractuelles qui en découlent³²⁹. Nonobstant l'étendue de son application à divers contrats, le texte de la directive exclut expressément le contrat de travail de son champ d'application³³⁰. *A contrario*, les autres textes cités s'appliquent à la relation de travail et s'instituent comme un guide de conduite processuel pour le juge du contrat de travail.

126.- Les recommandations de l'Union européenne. Elles ont un effet indirect sur la construction de la décision du juge. Bien qu'elles se définissent négativement, par leur absence de force obligatoire - « *Tout au plus accepte-t-on de lui reconnaître une valeur politique, ou même simplement morale* »³³¹ - elles auraient des effets significatifs sur le droit de la preuve électronique. La consultation, parce qu'elle entraîne à 90% la rédaction d'une directive européenne, s'avère également être une source potentielle du droit de la preuve électronique.

Pour exemple, les principes de proportionnalité et d'information du salarié sur l'installation d'un dispositif de surveillance ainsi que l'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve ont été créés au plan européen. En 1989, la recommandation sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi incitait déjà les employeurs, à « *informer ou consulter leurs employés ou les représentants de ceux-ci préalablement à l'introduction ou à la modification de systèmes automatisés pour la collecte et l'utilisation de données à caractère personnel concernant les employés* »³³².

Par la négociation de nouvelles recommandations, l'Union européenne est sans cesse force de proposition et de modernisation dans le domaine des TIC. Pour exemple, la recommandation du 19 septembre 2003 sur l'archivage des documents électroniques

³²⁸ Art. 1, point 7, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil sur le commerce électronique du 8 juin 2000, *JO des Communautés européennes*, 17 juil. 2000.

³²⁹ *Le contrat électronique*, Travaux de l'Association Capitant, éd. Panthéon-Assas, 2002.

³³⁰ Considération 18 de la Directive : « *La relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information* »

³³¹ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 44 ; « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, Vol. 2, 1956, p. 66-96 ; SIBERT (M.), *Traité de droit international public*, Paris, 1951, Vol. I., p. 775 ; BRUGIERE (P. F.), *Les pouvoirs de l'Assemblée générale des Nations Unies*, A. Pedone, Paris, 1955, p. 225.

dans le secteur juridique³³³, indique que « *le nombre croissant des utilisateurs d'ordinateurs et des communications électroniques, la numérisation de l'enregistrement du son et de la vidéo, et l'introduction de systèmes informatiques plus puissants ne manqueront pas d'accroître l'utilisation des documents électroniques dans le secteur juridique* » et « *qu'un nombre croissant de documents juridiques seront produits sous forme électronique conformément à la législation sur la signature électronique* » nécessitent de trouver « *des solutions appropriées pour l'archivage des documents électroniques dans le secteur juridique* ». Pour cela elle conseille aux Etats, tout en leur apportant des solutions techniques, d'archiver les documents électroniques de manière à préserver leur intégrité, leur authentification, leur fiabilité et leur confidentialité, d'assurer leur lisibilité et leur accessibilité dans le temps et de définir les conditions d'archivage. Pour remplir ces fonctions, les archivistes se voient conférer une place de choix (ils procèdent au calibrage du délai de conservation et de communicabilité au public, au décryptage, etc.).

127.- Dès lors, le droit interne de la preuve électronique n'est jamais figé, il est en perpétuelle mutation sous l'influence de l'Europe. En attestent encore, la future révision de la directive sur les signatures électroniques et la préparation d'une initiative sur la reconnaissance mutuelle de l'identification et de l'authentification électroniques. La Commission européenne a en effet clôturé le 15 avril 2011, une consultation publique sur les signatures et l'identification électronique. Ces documents augurent la mise au point de nouveaux systèmes d'identification et d'authentification des signatures en ligne, en remplacement, par exemple, de l'infrastructure à clés publiques (PKI) actuellement utilisée pour gérer facilement les signatures électroniques, ou des cartes d'identité électroniques. La Commission soutient aussi un projet pilote à grande échelle baptisé «STORK» (« *Secure idenTity acrOss boRders linKed* »), qui « *visé à permettre aux citoyens de l'UE de prouver leur identité et d'utiliser des systèmes nationaux d'identité électronique (mots de passe,*

³³² Art. 3 Recommandation n° R(89) du comité des ministres du Conseils de l'Europe aux Etats membres. En ligne : [[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_Rec\(89\)2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_Rec(89)2_FR.pdf)], consulté le 14 mai 2012.

³³³ Rec(2003)15 adoptée par le Comité des Ministres des Etats membres le 9 septembre 2003. En ligne : [<https://edoc.coe.int/fr/>], consulté le 14 mai 2012.

cartes d'identité, téléphones mobiles...) dans l'ensemble de l'Union, et non plus uniquement dans leur pays d'origine »³³⁴.

B. Les recommandations pratiques et rapports de la CNIL

128.- Par le biais des rapports qu'elle rédige, la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) joue le rôle d'expert-conseil près la Cour de cassation dans le domaine des TIC et incite en ce sens, la communauté des juges à prendre des décisions adaptées à la pratique. Dès lors les recommandations de la CNIL ont un effet indirect mais considérable sur le cadre juridique de la preuve électronique.

En sa qualité d'autorité administrative indépendante créée pour veiller au respect de la loi « *Informatique et Libertés* »³³⁵ lors de la collecte et de la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel³³⁶, la CNIL dispose d'un pouvoir de labellisation, d'enquête, et de conseil des usagers de l'informatique. Les auteurs conviennent qu'elle a assis sa légitimité par le biais de ses pouvoirs d'alerte et d'information déployés dans nombre de domaines.

129.- Les avis de la CNIL. Les prises de positions pragmatiques et ambitieuses de la CNIL, illustrées par un revirement très récent dans lequel elle procède enfin à l'élargissement de la pratique du « *Whistleblowing* » dans l'entreprise³³⁷, et la pertinence de ses propositions ont contribué à lui accorder du crédit dans les prétoires. Les avis qu'elle émet sur les Chartres informatiques et libertés³³⁸ adoptées par les entreprises ne font que conforter la place qu'elle s'est faite dans le monde des relations de travail.

³³⁴ Projet en ligne : [<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=eid4&lang=en>], consulté le 14 mai 2012.

³³⁵ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

³³⁶ V. le site de la CNIL. En ligne : [<http://www.cnil.fr/>], consulté le 14 mai 2012.

³³⁷ Par une Délibération n° 2014-042, en date du 30 janvier 2014, La CNIL a procédé à l'élargissement significatif du champ de l'autorisation unique pour les alertes professionnelles (connues sous le nom de « *whistleblowing* »). La CNIL avait beaucoup déçu en cantonnant, par la délibération du 14 octobre 2010, le champ d'application de l'autorisation contenue dans la Délibération n° 2005-305 du 8 déc. 2005 à deux conditions : le système d'alerte ne pouvait être mis en œuvre que dans des domaines très précis prévus par la loi ou le règlement : « *les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption* ». Dorénavant, sont autorisées les alertes qui touchent aux domaines suivant : « *financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption* », « *pratiques anticoncurrentielles* » ; « *lutte contre les discriminations et harcèlement au travail* » ; « *santé, hygiène et sécurité au travail* », « *protection de l'environnement* ».

V. sur le *whistleblowing* : ANTONMATTEI (P.-H.), « Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle », *SJS*, 2 mars 2010, n°9, p. 1091 ; sur le revirement de position de la CNIL en 2010 : « La CNIL réoriente sa position sur le *whistleblowing* » *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2011, n° 22, p. 18.

³³⁸ BOUCHET (H.), *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, (Rapport CNIL du 5 fév. 2002), La Documentation Française, Paris, 2004, p. 9

« Certes la CNIL n'est pas toujours suivie mais elle est entendue et suscite la réflexion »³³⁹. Ainsi, les recommandations pratiques de la CNIL sont de véritables « instruments de guidance » lors de la construction de la décision du juge du contrat de travail en présence d'une preuve électronique.

A titre d'exemple, la CNIL a peu à peu construit le cadre de bonne pratique de la cybersurveillance au travail. Elle a d'abord, sous forme de recommandation en 1984, établi les règles d'usage des commutateurs téléphoniques permettant à l'employeur de connaître les numéros de téléphone composés par le salarié³⁴⁰. Sous l'influence de cet avis, la Chambre sociale a posé le principe selon lequel le moyen de preuve obtenu à l'insu du salarié est illicite et l'a appliqué à d'autres procédés de surveillance que celui de l'autocommutateur³⁴¹, tels que le badgeage, ou la vidéo-surveillance³⁴². En revanche lorsque l'employeur est tenu d'assurer la mise en place d'un procédé de surveillance par la réglementation européenne³⁴³, sous peine de sanction pénale, tel que le chronotachygraphe³⁴⁴, son installation n'a pas à faire l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL et le salarié ne peut se prévaloir d'en ignorer l'existence³⁴⁵.

130.- Les délibérations de la CNIL constituent de vraies sources d'inspiration pour le juge³⁴⁶. Le risque se situe dans le cumul d'une « cybersurveillance physique » du salarié sur son lieu de travail et d'une « cybersurveillance de fond ». Les écrits électroniques qui relatent des événements extérieurs au travail, (donc relatifs à la vie privée du salarié) pourraient être lus par l'employeur, voire enregistrés dans l'optique d'un éventuel procès. Aussi, la CNIL rend des délibérations sanctionnant les dispositifs de surveillance au regard du respect de la vie privée du salarié. Elle condamne les dispositifs visant un seul salarié

³³⁹ HUET (J.) et LECLERCQ (P.), « La CNIL a-t-elle accompli ses missions dévolues par le législateur ? », *Légicom*, 1^{er} avr. 2009, n°42, p. 12-21. Ses pouvoirs de contrôle dans les locaux de l'entreprise et de sanction pécuniaire en matière de cybersurveillance sont quant à eux plus limités. La CNIL n'inflige une sanction que lorsqu'une première mise en demeure est restée sans succès ; seule la chambre sociale de la Cour de cassation inflige de véritables sanctions lorsque l'employeur n'a pas respecté ses obligations lors de la mise en place dans l'entreprise d'un procédé de surveillance.

³⁴⁰ Cf 15^e rapport d'activité de la Cnil, p. 74. En ligne : [www.cnil.fr], consulté le 2 janv. 2013.

³⁴¹ Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-45279.

³⁴² « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite » : Cass. soc. 20 nov. 1991, n°88-43120 ; *Bull. civ. V*, 1991, n° 519, p. 323 ; Cass. soc. 16 mars 2011, n° 09-43204.

³⁴³ Règl. (CEE), n°3821/85, 20 déc. 1985 ; Règl. (CE) n° 561/2006, 15 mars 2006.

³⁴⁴ Par définition, le chronotachygraphe est un instrument de mesure de la vitesse, du temps de conduite et des repos.

³⁴⁵ Cass. soc. 14 janv. 2014, n°12-16218, *Procédures*, mars 2014, n°3, comm. 75, note BUGADA (A.) ; *JCP S*, 27 mai 2014, n° 21, p. 24-28, note BOSSU (B.).

³⁴⁶ La CNIL rend régulièrement des délibérations sanctionnant les dispositifs de surveillance au regard du respect de la vie privée du salarié.

ou un groupe déterminé de salariés³⁴⁷, filmant les salariés nuit et jour sur leur lieu de travail³⁴⁸, comportant huit caméras pour huit salariés³⁴⁹ ou contrôlant les instances représentatives de l'entreprise. Récemment, la CNIL s'est prononcée sur l'usage des « *Keyloggers* », définis comme des dispositifs permettant d'enregistrer et de conserver l'ensemble des actions effectuées par un salarié sur son poste informatique. Dans son communiqué du 20 mars 2013, elle rappelle que leur utilisation dans le milieu des relations de travail est strictement conditionnée à l'existence d'« *impératifs forts de sécurité, et d'une information spécifique des personnes concernées* »³⁵⁰. Pour remédier à la possibilité d'une intrusion dans la vie privée du salarié, la CNIL a également entrepris avec un groupe d'experts en informatique une étude sur l'utilisation des TIC en tant que moyen de surveillance et par ricochet de préconstitution de preuve³⁵¹.

131.- La CNIL a également eu l'opportunité d'encadrer le contrôle des fichiers électroniques du salarié ou de sa messagerie. Son rôle se conçoit clairement dans le domaine des correspondances électroniques comme celui « *d'offrir divers éclairages que son expertise autorise : aspects techniques, rappel du droit, panorama jurisprudentiel, étude des pratiques comparées et, au titre des questions encore à débattre, quelques recommandations pratiques* »³⁵². Les rapports qu'elle émet consistent en une étude scientifique pointue des risques techniques encourus par les acteurs de la relation de travail sous l'impact des TIC. Les experts réseaux en collaboration avec la CNIL se voient attribuer la mission de comparer les caractéristiques techniques du message électronique (dit courriel) avec ceux de l'appel téléphonique. Ils concluent au plus grand danger du premier quant à sa capacité à être intercepté dans le réseau local de l'entreprise³⁵³. Dans le même domaine, la CNIL s'est interrogée sur la fonction de la « *mémoire cache* » du disque dur dont l'utilité est de conserver les pages visualisées pour les afficher plus facilement si il est demandé de les consulter, et sur l'impossibilité technique du salarié de supprimer un

³⁴⁷ Délib. CNIL n° 2010-112, 22 av. 2010.

³⁴⁸ Délib. CNIL n° 2009-201, 16 av. 2009.

³⁴⁹ Déc. CNIL n° 2011-036, 16 déc. 2011.

³⁵⁰ La CNIL précise dans son communiqué, qu'en vertu de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, dite « LOPPSI 2 », l'utilisation à l'insu des salariés de ce type de dispositif est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

³⁵¹ BOUCHET (H.), *loc. cit.*

³⁵² Cf. site CNIL. En ligne : [www.cnil.fr], consulté le 2 janv. 2013.

³⁵³ Il est en effet enregistré à deux endroits : « sur le serveur où sont stockés les messages ou sur le pare-feu qui peut les filtrer ». D'autres alertes sont données concernant la capacité de certains programmes de « *traiter le contenu des messages selon des critères tels que des mots clefs, la référence du destinataire, [...]* ». BOUCHET (H.), *op. cit.*, p. 12.

message électronique reçu ou envoyé³⁵⁴. Plus récemment, elle a ouvert une enquête sur « *le système iOS4* » intégré à l'« *i-Phone* » et à l'« *i-Pad* », qui dispose d'une fonction « *tracker* » permettant de tracer les déplacements de leurs utilisateurs³⁵⁵.

132.- La jurisprudence du travail paraît avoir pris acte des études techniques de la CNIL. Influencée par son rapport du 5 février 2002 sur la « *cybersurveillance sur les lieux de travail* », qui préconise que l'utilisation de la messagerie électronique se fasse de manière « *raisonnable dans le cadre des nécessités de la vie courante et familiale* », dans la mesure où les messages électroniques « *n'affectent pas le trafic normal des messages professionnels* », la chambre sociale de la Cour de cassation a su faire montre de pragmatisme et a érigé le concept d'utilisation raisonnable des moyens technologiques au travail³⁵⁶.

133.- Reste à déterminer la portée de ces véritables règles de conduite sociale en matière de preuve électronique. Comment guident-elles les comportements des acteurs de l'entreprise dans l'obtention de la preuve ? S'agissant de la nature des sanctions de la Commission, elle porte à réflexion quant à la force normative que celles-ci pourraient revêtir³⁵⁷. Le 23 janvier 2013, la CNIL a été saisie d'une plainte d'agents de sécurité travaillant dans un immeuble des Champs-Élysées et dénonçant leur placement sous vidéosurveillance permanente au sein du PC sécurité. La formation restreinte de la CNIL a sanctionné cette pratique « *comme étant disproportionnée au regard de la finalité de sécurité des biens et des personnes poursuivie par le responsable de traitement* »³⁵⁸. La lettre d'information de la CNIL affirme qu'« *à l'issue d'un contrôle sur place et face au refus persistant du syndicat de retirer ou réorienter le dispositif, la formation restreinte de la CNIL a prononcé le 3 janvier 2013 une sanction publique d'un euro assortie d'une injonction de mettre un terme au caractère continu du traitement* ».

³⁵⁴ *Ibid.* Cette impossibilité de faire disparaître un message électronique s'entend techniquement : même lorsque le message est supprimé de la boîte de réception électronique et, dans un second temps supprimé du fichier « *corbeille* » de l'ordinateur, il perdure lorsqu'une sauvegarde générale est mise en place dans l'entreprise.

³⁵⁵ « Panorama d'actualité en droit des nouvelles technologies du cabinet FERAL-SCHUHL/ SAINTE MARIE, société avocat », *Lexbase Hebdo éd. Affaires*, 18 juil. 2013, n° 347.

³⁵⁶ Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-44247.

³⁵⁷ Les sanctions visées ne relèvent pas directement des sanctions encourues par l'employeur qui n'effectue pas la déclaration à la CNIL prévue par la loi lors de la mise en place d'un dispositif de surveillance et qui peut atteindre 300 000 euros d'amende ainsi qu'une peine de cinq ans d'emprisonnement : C. pén. art. 226-16.

En définitive, la CNIL anime de manière certaine l'évolution de l'appréhension jurisprudentielle de la preuve électronique. Ses recommandations pratiques, délibérations et rapports constituent des sources d'inspiration incontestables pour le droit probatoire du travail, et ce qu'elle que soit leur force contraignante.

³⁵⁸ Cf. sur la lettre d'actualité électronique de la CNIL. En ligne : [<http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/la-cnil-sanctionne-la-surveillance-permanente-de-salaries>], consulté le 2 janv. 2013.

134.- Le changement opéré sur le cadre juridique de la décision du juge pour y faire entrer la preuve électronique, peut être qualifié à la fois de réel et de limité³⁵⁹. Tout comme le procédé de signature électronique sécurisée, le régime du contrat électronique met en évidence l'insuffisance du système juridique élaboré par la loi en matière de preuve électronique. L'appréhension purement technique de la preuve, au détriment d'une réflexion générale et conceptuelle autour des modifications théoriques qu'entraîne ce type de preuve, ne permet pas d'assurer l'effectivité des règles probatoires aux prétoires et ne répond pas aux objectifs constitutionnels d'intelligibilité et d'accessibilité. Dès lors, la nécessité de construire un discours commun et cohérent autour des TIC apparaît indispensable, en témoignent la multiplication et la complexification des sources juridiques ayant un lien direct ou indirect avec la preuve électronique³⁶⁰ ainsi que la myriade d'acteurs engagés dans ce processus³⁶¹.

135.- La conception restrictive choisie, d'un régime juridique « *allégé* » de la preuve électronique, oblige le juge des relations de travail à adopter une interprétation extensive du cadre proposé. Il convient alors, dans un second temps, de confronter le régime probatoire légal aux particularismes du droit du travail, pour déterminer si sa mise en application peut être effective et s'il existe véritablement une compatibilité entre le développement des TIC dans la procédure et les règles du droit du travail.

³⁵⁹ HUET (J.), *loc. cit.*

³⁶⁰ Depuis la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : près de 130 lois et décrets d'application relatifs aux modifications apportées au système juridique français par les TIC ont été édictés. Ces textes couvrent des domaines très variés, voire l'ensemble du droit, tels que le décret du 15 mars 2012 relatif à la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et aux notifications internationales (*JORF* n°0066 du 17 mars 2012, p. 4899, texte n°8) ou le décret n° 2007-1130 du 23 juillet 2007 relatif à l'expérimentation du vote électronique pour les élections prud'homales de 2008 à Paris (*JORF* n° 170 du 25 juil. 2007, p. 12503, texte n° 25).

³⁶¹ Pour exemple, parmi les responsables de la régulation des réseaux informatiques, on compte : le CSA, HADOPI, l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne : FERAL- SCHUHL (Ch.), *Cyberdroit-Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2013.

Section II. Le cadre juridique de la preuve moderne en droit du travail

136.- Les TIC apportent des transformations pratiques dans le microcosme de l'entreprise, qui nécessitent une adaptation des sources du droit auxquelles puise le juge des relations de travail pour résoudre le litige. Elles ont pour singularité de révolutionner le contexte de travail et de transformer le lien de subordination³⁶². Ces points font fréquemment l'objet de controverses et la présence des TIC dans l'entreprise est souvent observée comme un risque planant sur le lien contractuel³⁶³ et sur la santé des travailleurs³⁶⁴. La question se pose également *a contrario* : en stimulant les échanges, en accélérant la formation et l'exécution du contrat de travail, ces technologies ne favorisent-elles pas justement la création et le maintien de ce lien ?

137.- Ces réflexions générales amène un postulat dans la pratique judiciaire : la réappropriation du cadre juridique de la preuve électronique par le juge du contrat de travail entraînerait, par un effet retour, des effets favorables sur la procédure prud'homale. Elle connaîtrait une évolution, voire même une amélioration depuis l'installation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal.

138.- Deux observations peuvent être dégagées pour valider cette hypothèse. Il existe tout d'abord, une transposition du cadre technique et juridique de la preuve électronique en droit du travail. Ce constat ne fait que corroborer l'idée selon laquelle le droit du travail « s'alimente aux sources du droit »³⁶⁵ probatoire et confirme la reconnaissance théorique de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal. Ensuite, la jurisprudence, consciente des insuffisances de ces dispositions, va œuvrer à leur amélioration et ainsi contribuer « à enrichir et à nourrir les réflexions qu'elles suscitent »³⁶⁶. L'absence de « régime juridique de la preuve électronique » contraint le juge du contrat de travail à

³⁶² SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* févr. 2000, n°2, p. 131-145, spéc. p. 133 ; RADE (Ch.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* janv. 2002, n°1, p. 26-36, spéc. p. 26 ; RAY (J.-E.), « De la subordination –subordination) à la suborganisation (sub-organisation) », *Dr. soc.*, janv. 2002, n°1, p. 5-9.

³⁶³ TRICOIT (J.-Ph.), « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S.*, oct. 2013, n°40, p. 9-14.

³⁶⁴ FANTONI-QUINTON (S.), LEBORGNE-INGELAERE (C.), « L'impact des TIC sur la santé au travail », *JCP S.*, 26 nov. 2013, n°48, p. 16-21 ; TILMAN (L.), FRIMAT (P.), « TIC et santé au travail : la protection des données de santé », *JCP S.*, 26 nov. 2013, n°48, p. 22-26.

³⁶⁵ TEYSSIE (B.), « Introduction à la première partie », *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998.

³⁶⁶ *Ibid.*

créer, remodeler ou transformer des notions juridiques pour les placer en concordance avec les objectifs principaux du contentieux du contrat de travail, et plus spécialement du procès prud'homal.

139.- « *La fée informatique* » a manifestement bouleversé le contentieux du contrat de travail suivant une logique double. Elle a d'abord apporté aux justiciables des arguments juridiques supplémentaires pour assurer la preuve de leurs allégations au procès du travail. Cette appropriation des nouvelles preuves par le droit du travail entraînerait une augmentation significative du nombre de contentieux (§I.). Elle a ensuite, instauré un formalisme électronique propice à la préconstitution de la preuve en droit du travail (§II.).

§I. L'appropriation des preuves modernes par le droit du travail

140.- L'impact de l'insertion dans le contentieux du contrat de travail des preuves modernes se mesure dans la possibilité offerte aux parties de multiplier les éléments probatoires au soutien de leurs prétentions et de les préserver : « *les connexions sur Internet, les téléchargements, les envois et les réceptions de messages génèrent énormément de traces, aisément repérables* »³⁶⁷. La démultiplication des moyens de preuve au-delà de servir les intérêts privés, sert l'objectif même de la justice puisqu'une preuve « *conditionne l'efficacité du droit* »³⁶⁸.

141.- Suivant cette logique, la chambre sociale de la Cour de cassation et les juges du fond accueillent de plus en plus favorablement ces nouveaux procédés probatoires qui permettent de prouver un fait et de corroborer ou de pallier l'insuffisance des preuves dites traditionnelles. La prolifération des arrêts rendus en la matière est symptomatique de l'installation définitive des TIC dans le contentieux prud'homal³⁶⁹ et de la réception hospitalière par le juge du contrat de travail de ce type de preuve. Les messages électroniques³⁷⁰, les captures de disque dur, les pages retraçant les discussions et informations sur l'Intranet de l'entreprise³⁷¹ ou sur un site Internet, les SMS³⁷² et

³⁶⁷ PROLA (G.), responsable du service recherche de preuves informatiques chez Kroll Ontrack France société bien connue pour la récupération de données informatiques. Propos en ligne : [krollontrack.com], consulté le 12 mai 2011.

³⁶⁸ BARY (M.), « Les nouveaux défis de la loyauté de la preuve », *Droit et procédures*, juil.-août 2008, n°4, p. 195.

³⁶⁹ Pour un aperçu des évolutions sur la question voir les études menées d'année en année de RAY (J.-E.), « Actualités des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) », *Dr. soc.* sept. 2007, n° 9/10, p. 951-961 ; *Dr. soc.* nov. 2008, n° 11, p. 1072-1083 ; *Dr. soc.* janv. 2009, n°1, p. 22-37 ; *Dr. soc.* mars 2010, n° 3, p. 267-279 ; *Dr. soc.* sept. 2011, n° 9/10, p. 933-951 ; *Dr. soc.* oct. 2012, n°10, p. 934-939 et *Dr. soc.* 15 nov. 2012, n° 11/12, p. 1027-1038.

Le contentieux portant sur le principe de loyauté de la preuve électronique et le principe du contradictoire lors de la recherche de la preuve électronique sera approfondi dans la Partie II relative à l'appréciation du juge.

³⁷⁰ Cass. soc., 2 oct. 2001, Nikon France c/ X, n° 99-42942 ; *Bull. civ.* V, n° 291, notes RAY (J.-E.), *Dr. soc.*, nov. 2001, n°11, p. 915-920, PUIGELIER (C.), *JCP E.*, 29 nov. 2001, n° 48, p. 1918-1922 et SAVATIER (J.), *Dr. soc.* mars 2002, n°3, p. 352-353. V. également : GAUTIER (P.-Y.), « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la vie privée », *D.* 8 nov. 2001, n° 39, p. 3148-3153 ; WAQUET (Ph.), « Retour sur l'arrêt Nikon », *Sem. soc. Lamy*, 4 mars 2002, n°1065, p. 5-10 ; DE SENGHA (A.), « Libertés fondamentales », *Dr. ouvr.*, fév. 2002, n° 642, p. 76-78.

Jurisprudence constante : Cass. soc. 17 juin 2009, n°08-40274.

³⁷¹ Cass. soc. 20 avril 2005, n° 03-41802.

³⁷² Cass. soc. 23 mai 2007, 06-43209 ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2007, n° 2007, p. 32, note BARBRY (E.) et PROUST (O.) ; *D.* 2007, 2284, obs. FABRE (A.) ; *RTD* 2007, 530, obs. DE QUENAUDON (R.). La chambre civile se fie à cette évolution : Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21796.

désormais, les messages postés sur la « *page Facebook* »³⁷³ ou les documents électroniques contenus sur une clé USB³⁷⁴, sont autant de moyens de preuve, jugés licites, que peuvent brandir les justiciables devant les juridictions. Actuellement, la production de ces éléments probatoires modernes se révèle automatique dans certains secteurs d'activité³⁷⁵, exponentielle dans d'autres. C'est dire à quelle vitesse ils ont vocation à se propager³⁷⁶ et à se diversifier. Il suffit de lire les dernières statistiques, selon lesquelles les salariés passent en moyenne une heure par jour à l'usage personnel des outils informatiques sur leur lieu de travail³⁷⁷.

Dès lors, plus que des moyens de communication, les TIC deviennent les outils *ad hoc* de l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur. L'utilisation dévoyée des outils informatiques par les salariés pendant leurs heures de travail entraîne une explosion du nombre des litiges. A la lecture des arrêts, il apparaît nettement que l'élément déclencheur du contentieux est la cybersurveillance de plus en plus pratiquée par l'employeur au titre de son pouvoir de direction. L'objet du contentieux se concentre principalement autour des questions du temps **(A.)** et de la teneur de la communication des salariés sur leur lieu de travail **(B.)**.

³⁷³ CA Poitiers, 16 janv. 2013, n°10-03521 : l'existence d'un contrat de travail a été admise sur le fondement de messages postés sur le compte Facebook du salarié.

V. également les arrêts autorisant des licenciements au cœur du débat doctrinal : CPH Boulogne-Billancourt 19 nov. 2010, Madame S. contre Société Alten Sir, n° 09-00343 et 09-00316, note VERKINDT (P.-Y.), « Les 'amis de nos amis'... », *JCP E.*, 2 déc. 2010, n°48, p. 3-5 et note FERAL –SCHUHL (Ch.), « Facebook et la vie privée », *D.* déc. 2010, n°42, p. 2824. V. également sur le sujet : SORDET (E.), « Facebook, néfaste pour la vie privée (des salariés) ? », *JCP G.*, 29 nov. 2010, n° 48, p. 2228 ; COSTES (L.), « Licenciement de salariés qui avaient dénigré leur hiérarchie sur Facebook », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, déc. 2010, n°66, p. 42 ; RAY (J.-E.), « Little Brothers are watching you », *SSL*, 6 déc. 2010, n° 1470, p. 10-13 ; ASTAIX (A.), « Facebook : dénigrement de l'employeur par le salarié », *D.* 9 déc. 2010, n° 43, p. 2846.

CPH Périgueux 14 mars 2011 sur le licenciement de trois salariées de l'association SOS Femmes pour « *propos injurieux, diffamatoires et menaçants* » sur leur mur Facebook : « Trois salariées licenciées pour propos injurieux tenus sur Facebook », journal *Le monde*, 22 sept. 2009.

³⁷⁴ Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28649. BOSSU (B.), « La consultation par l'employeur de la clé USB du salarié », *JCP S.*, 21 mai 2013, n° 21, p. 23-25.

³⁷⁵ Les cadres fournissent automatiquement plusieurs courriels au soutien de leurs prétentions : POLI (J.-P.), Président de la section encadrement Conseil de Prud'hommes de Paris, propos recueillis le 31 mars 2011.

³⁷⁶ Une étude de l'American Academy of Matrimonial Lawyers révèle qu'aux Etats Unis, Facebook est la première source de preuve en matière de divorce pour 66% des avocats. 60% des foyers français seront raccordés à la fibre optique d'ici 2021 selon le communiqué de presse du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie du 3 février 2011 : « Panorama d'actualité en droit des nouvelles technologies du cabinet FERAL-SCHUHL/ SAINTE MARIE, société avocat », *Lexbase Hebdo éd. Affaires*, 18 juil. 2013, n° 347.

A. Le contentieux lié au temps de communication

142.- L'interconnectivité des salariés avec leur entreprise crée des risques tant en dehors qu'à l'intérieur de l'entreprise. Influencée par la CNIL qui préconise dans son rapport du 5 février 2002 sur la « *cybersurveillance sur les lieux de travail* » que l'utilisation de la messagerie électronique se fasse de manière « *raisonnable dans le cadre des nécessités de la vie courante et familiale* », dans la mesure où les messages électroniques « *n'affectent pas le trafic normal des messages professionnels* », la chambre sociale de la Cour de cassation a su faire montre de pragmatisme et a érigé le concept d'utilisation raisonnable des TIC au travail, exigence fondée sur l'exécution de bonne foi du contrat de travail³⁷⁸. Selon cette limite juridique, l'utilisation abusive des TIC constitue alors une faute justifiant un licenciement.

Le risque lié à l'utilisation prolongée des TIC est notable même s'il apparaît que la chambre sociale applique une logique au cas par cas du critère d'utilisation raisonnable et n'en donne pas une définition stricte. A titre d'exemple, le 9 juillet 2008, la chambre sociale a confirmé le licenciement pour faute grave d'un salarié qui passait 5 à 7 heures par jour sur des sites « *Web* » sans aucun lien avec sa fonction pendant son temps de travail³⁷⁹. Dans l'arrêt du 18 mars 2009³⁸⁰, les juges ont considéré que constitue une faute grave justifiant un licenciement du salarié, le fait d'avoir usé d'une connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale de quarante et une heure sur un mois. Il avait été relevé que le

³⁷⁷ « Réalité de l'utilisation d'Internet au bureau », Etude Olfeo 2012. En ligne : [www.olfeo.com], consulté le 12 mai 2012.

³⁷⁸ Cass. soc. 18 déc. 2013, n°12-17832 : « *le salarié avait, en violation de ses obligations contractuelles et du règlement intérieur de l'entreprise prohibant les connexions sur Internet à des fins personnelles*. Cela démontre une nouvelle fois l'appétence de l'article 1134 du code civil à s'intégrer au contentieux du contrat de travail. Pour une réflexion sur l'utilisation contestable de la notion de bonne foi en droit du travail : ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, 2014, Paris, n° 180, p. 78.

³⁷⁹ Cass. soc. 9 juil. 2008, n° 06-45800. L'arrêt informe également que les connexions du salarié dans son temps de travail sont présumées professionnelles : « *attendu que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son contrat de travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* ».

³⁸⁰ Cass. soc. 18 mars 2009, n° 07-44247.

temps de connexion consacré à des occupations extraprofessionnelles représentait 25 % du temps de travail.

Dans le même sens, l'arrêt de la chambre sociale en date du 26 février 2013 valide le licenciement d'une salariée, qui s'était connectée de nombreuses fois à des sites non professionnels pendant son temps de travail. La Cour de décider : « *malgré l'absence de définition précise du poste de la salariée [...] une telle utilisation d'internet par celle-ci pendant son temps de travail présentait un caractère particulièrement abusif et constitutif d'une faute grave* »³⁸¹. Le 18 décembre 2013, la chambre sociale a cassé la décision de la cour d'appel de Besançon qui estimait le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié car ses agissements « *n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'image de la société, à porter préjudice à son fonctionnement, ni que le temps consacré par le salarié à l'envoi de ces messages était à l'origine d'une négligence des tâches qui lui incombaient* ». Elle a relevé que le comportement du salarié qui avait « *envoyé à ses collègues de travail à partir de l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise cent soixante-dix-huit courriels accompagnés de vidéos à caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif* »³⁸², caractérisait une faute.

A contrario, la cour d'appel de Bordeaux a jugé le 15 janvier 2013 que « *une heure par semaine de consultation par la salariée de sites sans lien direct avec son activité professionnelle ne paraissait pas abusive* »³⁸³. Suivant une appréciation *in concreto*, les juges du fond ont relevé que le licenciement de la salariée était disproportionné au regard de son comportement jusque-là exemplaire.

143.- Dès lors, deux notions juridiques complémentaires semblent émerger progressivement de la jurisprudence : l'utilisation raisonnable et l'utilisation abusive des TIC au travail, dont les limites sont tracées au cas par cas. L'évaluation du caractère disproportionné de l'atteinte autant que l'application par les juges de la notion d'abus dans l'utilisation des TIC, évoquent l'expression d'un « *droit à l'utilisation raisonnable des TIC au travail à des fins non professionnelles* ». L'abus de ce droit semble être caractérisé par

³⁸¹ Cass. soc. 26 fév. 2013, n° 11-27372.

³⁸² Cass. soc. 18 déc. 2013, n°12-17832.

³⁸³ CA Bordeaux, 15 janv. 2013, n°11/02062.

comparaison entre le temps passé par le salarié à « surfer » à des fins personnelles par rapport au temps passé à remplir la prestation de travail pour laquelle il a été embauché.

B. Le contentieux lié à la teneur des communications

144.- La volatilité des informations et leur accessibilité génèrent une nouvelle forme de contentieux en droit du travail. Certains salariés accèdent à des données dont ils n'auraient pas dû avoir connaissance en vertu du secret des échanges, ou émettent des propos qui n'avaient pas vocation à parvenir à la connaissance de l'employeur. Aussi, l'accessibilité des données électroniques enrichit sensiblement le contentieux relatif au respect des obligations contractuelles du salarié. Le contrôle par les juges du fond de la teneur des communications est autorisé lorsque les informations promulguées atteignent un degré important de gravité.

145.- L'atteinte judiciaire à la liberté d'expression du salarié est essentiellement portée lorsque la teneur des propos ou écrits du salarié relèvent d'un dénigrement de l'entreprise. En témoigne, l'arrêt du 22 mars 2007³⁸⁴ dans lequel la Chambre sociale a jugé que la diffusion anonyme à partir du matériel informatique de l'entreprise d'un rapport d'audit comptable et financier, en discussion devant le comité d'entreprise, laissant entendre que des informations importantes en ce qui concerne la poursuite de l'activité avait été dissimulées, ne constituait pas une faute suffisamment sérieuse pour justifier le licenciement. *A contrario*, le degré de gravité requis a été atteint dans une affaire portée devant la Chambre sociale le 29 avril 2009³⁸⁵ où le contenu de deux mails excédait la liberté d'expression du salarié et caractérisait l'intention de nuire à l'entreprise. La Cour a estimé que « *loin de se borner à critiquer la politique menée par la direction et la rudesse de ton du président, les messages adressés par voie électrique par le salarié à de nombreux collègues et aux dirigeants de la société mère allemande à l'occasion d'un litige qui ne les concernait pas, caricaturaient les méthodes de gestion du dirigeant de la société française dans des termes excessifs et mettaient en cause son honnêteté et sa loyauté envers l'entreprise en procédant par insinuations et questions insolentes* ». Dans le même sens, la Cour de cassation dans un arrêt en date du 11 juillet 2012, a considéré que le

³⁸⁴ Cass. soc. 22 mars 2007, n° 05-45062.

³⁸⁵ Cass. soc. 29 avril 2009, n° 07-44798 et 07-44813.

salarié qui envoie plusieurs mails au « *ton agressif et méprisant* » à son supérieur hiérarchique, commet une faute, caractérisée par « *un abus de liberté d'expression et du droit de critique* »³⁸⁶ et susceptible de justifier son licenciement.

146.- Le contentieux portant sur la conciliation entre le pouvoir de sanction de l'employeur et la liberté d'expression du salarié dans l'entreprise est nourri par l'usage quotidien des blogs et des réseaux sociaux, sorte d' « *agoras virtuelles* », de lieux publics de communication. L'éclosion d'un nouveau contentieux en droit du travail a eu lieu³⁸⁷. Par le très médiatisé jugement en date du 19 novembre 2010, le tribunal de Boulogne Billancourt se prononçait en faveur de la régularité du licenciement des salariés d'Alten sur le fondement de « *la mise en cause de la hiérarchie et du dénigrement de l'entreprise* ». De l'analyse des faits, il ressortait qu'en 2008, une employée écrivait sur le mur de son collègue : « *François a intégré le cercle très fermé des néfastes* ». Les autres salariés commentent alors : « *sans déconner... et puis-je savoir qui vous a intronisé dans ce club très fermé... parce que normalement il y a tout un rite, tout d'abord vous devez vous foutre de la gueule de votre supérieure hiérarchique toute la journée et sans qu'elle s'en rende compte. Ensuite, il vous faudra lui rendre la vie impossible pendant plusieurs mois et seulement là nous pourrons considérer votre candidature* ». Le paramètre choisi, à savoir le partage des informations avec « *les amis des amis* » a eu pour incidence de faire passer la discussion au-delà de la sphère privée (le tribunal ne dit pas : dans la sphère publique) et ainsi de caractériser le dénigrement de l'entreprise.

La cour d'appel de Rouen a suivi ce raisonnement dans son arrêt en date du 15 novembre 2011 pour invalider le licenciement d'une salariée prononcé pour propos injurieux à l'égard de l'employeur, au motif que rien ne permettait de conclure que le compte Facebook « *autorisait le partage avec les 'amis' de ses 'amis' ou tout autre forme de partage à des personnes indéterminées, de nature à faire perdre aux échanges litigieux leur caractère de correspondance privée* »³⁸⁸.

³⁸⁶ Cass. soc. 11 juil. 2012, n°11-23486.

³⁸⁷ Notons également l'apparition en droit civil d'un contentieux relatif aux injures ou aux diffamations portées à l'encontre des dirigeants d'entreprise. Les propos émis par un salarié sur un réseau social tombent sous le coup de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et peuvent donner droit aux victimes à des dommages et intérêts : Cass. civ 1^{ère} 10 av. 2013, n°11-19530. BOSSU (B.), « Le salarié, le réseau social et l'injure », *JCP S*, 4 juin 2013, n° 23, p. 18-20.

³⁸⁸ CA Rouen 15 nov. 2011, n°11-01827.

147.- Le détournement d'informations et les actes anti-concurrentiels sont facilités par l'emploi des TIC au travail et génèrent un contentieux manifeste. Le salarié peut rapidement détourner des informations confidentielles portant sur l'entreprise et ainsi porter atteinte à son obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail. Tel était le cas dans une affaire jugée par la cour d'appel de Bordeaux le 27 mars 2012 dans laquelle un salarié avait transféré 261 dossiers professionnels vers son adresse électronique personnelle. Les juges du fond ont déclaré le licenciement pour faute grave, justifié³⁸⁹.

148.- Le contentieux de l'exécution des clauses contractuelles n'échappe pas davantage à l'influence des TIC. Dans un arrêt en date du 16 avril 2012, la cour d'appel de Douai a sanctionné la violation d'une clause de confidentialité d'un ancien salarié qui avait diffusé sur Internet « *des informations sur son ancien employeur et sur les méthodes commerciales et de travail dont il avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »³⁹⁰.

149.- Lorsque la teneur des sites consultés par le salarié, pendant son temps de travail, a un caractère pornographique, la chambre sociale procède à une appréciation *in concreto* de la faute. En témoignent deux affaires jugées le 10 mai 2012. Dans la première espèce, la Haute juridiction a estimé, pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse, que le salarié avait de son propre chef signalé « *la propagation du virus qui s'était introduit dans le système informatique* » par sa faute et que « *si le taux de téléchargement en provenance de son ordinateur était élevé, la pratique existait dans l'entreprise même en l'absence du salarié* »³⁹¹ (il n'était donc pas le seul à s'adonner à ce type d'actes). Dans le second arrêt, la Cour a confirmé le licenciement au motif que le salarié avait « *utilisé de manière répétée pendant les heures de services les ordinateurs que son employeur avait mis à sa disposition pour l'exécution de sa prestation de travail en se connectant pendant les heures de service, au vu et au su du personnel, à des sites pornographiques* »³⁹².

Au reste, l'usage de la connexion Internet de l'entreprise peut entraîner des poursuites pénales, sauf lorsqu'il est prouvé un dysfonctionnement de l'ordinateur³⁹³. Tel est le cas si le salarié détourne la connexion Internet de l'entreprise de son usage professionnel, pour la consultation ou l'animation de sites pornographiques. Cette

³⁸⁹ CA Bordeaux 27 mars 2012, n°10-06433.

³⁹⁰ CA Douai 16 av. 2012, n°11-00059.

³⁹¹ Cass. soc. 10 mai 2012, n°11-11060.

³⁹² Cass. soc. 10 mai 2012, n°10-28585.

³⁹³ Cass. soc. 9 fév. 2010, n° 08-45253.

pratique consiste à détourner un bien (ici l'ordinateur et la connexion internet de l'entreprise), de l'usage pour lesquels ils avaient été mis à sa disposition, et caractérise le délit d'abus de confiance selon l'arrêt de la chambre criminelle datant du 19 mai 2004³⁹⁴.

De même, le téléchargement illégal d'œuvres musicales par le salarié depuis l'ordinateur de l'entreprise constitue une faute grave justifiant le licenciement, et peut entraîner des poursuites pénales³⁹⁵.

150.- Les TIC participent à la reconnaissance et à l'expression du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Elles fournissent à l'employeur de nouveaux moyens de contrôler l'activité du salarié (cybersurveillance) et occasionnent l'étirement du lien de subordination³⁹⁶ (par le télétravail³⁹⁷ et autre cybertraçage). Ainsi, le renforcement des obligations contractuelles qu'engendre l'irruption des TIC dans les relations de travail, corrobore directement la thèse contractuelle, selon laquelle l'employeur tire son pouvoir juridique du contrat individuel de travail³⁹⁸.

§II. L'implantation du formalisme électronique en droit du travail

151.- Rien ne s'oppose à ce que les dispositions des articles 1369-1 à 1369-8 du code civil s'appliquent à la relation de travail. Bien au contraire, l'article 1221-1 du Code du travail, qui soumet le contrat de travail aux règles de droit commun et autorise sa conclusion sous quelque forme que ce soit, accueille favorablement la formalité électronique. La procédure civile dématérialisée fait son entrée au tribunal des relations de travail, offrant ainsi aux juges de nouveaux objets de contrôle et d'appréciation. L'accomplissement de divers actes juridiques par voie électronique est ainsi une nouvelle

³⁹⁴ Cass. soc. 19 mai 2004, n°03-83953.

³⁹⁵ CA Versailles, 31 mars 2011, n° 09-00742.

³⁹⁶ Déjà en 1992 dans son rapport, G. LYON-CAEN, affirmait que « *la ligne de partage [entre lien de subordination et vie privée] ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux de travail et à l'expiration de l'horaire. Tout est devenu plus complexe et plus flou* ». L'auteur décrivait un « *nouvel espace police, véritable ordre technologique qui n'a plus rien de commun avec l'ancienne subordination car le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne* » : LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi, Rapport*, La documentation française, Paris, 1992.

³⁹⁷ PROBST (A.), *Le droit du travail à l'épreuve du télétravail au domicile*, Thèse soutenue à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2005.

³⁹⁸ FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2014, n° 326, p. 238.

source de normativité. Il nourrit tant les textes législatifs et réglementaires³⁹⁹ que le contentieux du contrat de travail⁴⁰⁰.

Ainsi, le droit du travail concède une véritable place au formalisme électronique et à la preuve électronique **(A.)**. De ces nouveautés, résultent des conséquences pratiques et juridiques, dont la teneur et l'ampleur n'ont que trop peu été analysées⁴⁰¹. Le formalisme électronique permet-il un renforcement du lien contractuel ou provoque-t-il un étirement de celui-ci ? Offre-t-il un cadre probatoire étendu et rassurant aux parties au contrat de travail ? La lettre recommandée électronique est un exemple édifiant des questions pratiques que suscite l'utilisation du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail **(B.)**.

A. Le formalisme électronique des actes juridiques en droit du travail

152.- Aucun principe juridique ne s'oppose *a priori* à l'élaboration d'un contrat de travail électronique, à l'exercice de formalités électroniques par voie électronique, ou à l'envoi d'une lettre recommandée électronique, et ce quelle que soit la phase du contrat de travail en cause. Toutefois, il semble nécessaire de poser des limites à cette acceptation généralisée de la voie électronique en droit du travail.

153.- *Le contrat de travail électronique.* Inappliquée en pratique, l'assimilation du contrat de travail électronique au contrat de travail littéral est en théorie totale. L'imprécision juridique qui pèse sur la possibilité ou non de conclure un contrat de travail par voie électronique ainsi que l'exclusion du contrat de travail du champ d'application de la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique, sèment le doute dans la doctrine. Pourtant les dispositions de la loi du 13 mars 2000 ne permettent pas ce doute, tant leur clarté est peu usuelle en la matière. Elles posent en principe que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve, au même titre que l'écrit papier* ». La pratique du contrat de travail électronique, malgré les inquiétudes légitimes qu'elle suscite, est ainsi de

³⁹⁹ Le Code du travail contient actuellement 68 articles relatifs à l'emploi de la voie électronique parmi lesquels 18 articles sur la mise en œuvre générale des formalités électroniques.

⁴⁰⁰ A ce jour, nous comptons 24 arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation sur le contentieux de la voie électronique.

⁴⁰¹ Parmi les analyses sur le sujet, retient toute notre attention la thèse de DEMOULAIN (M.), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail. Essai sur une évolution des relations de travail*, éd. Panthéon Assas, Paris, 2012.

mise en droit français. Néanmoins, certaines raisons techniques, juridiques et pratiques s'opposent à son utilisation en droit du travail.

154.- Pour être valable, le contrat de travail électronique doit répondre aux exigences d'un acte sous seing privé électronique. Outre les conditions essentielles requises par l'article 1108 du Code civil⁴⁰² à la validité d'un acte juridique, le contrat de travail électronique doit garantir, selon les dispositions précédemment étudiées de l'article 1316-1 du Code civil, l'intégrité de son contenu et permettre l'authentification de ses signataires. Sa conservation exige d'être organisée de manière à ne pas altérer l'information qu'il contient.

155.- La signature électronique sécurisée définie à l'article 1316-4 du Code civil a pour finalité de garantir aussi bien la perfection de l'acte, l'échange de consentements que l'identification des parties et l'intégrité du contenu. Toutefois, la mise en place de ce type de signature relève d'une grande complexité, notamment dans le milieu des relations de travail. En vertu de l'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil, la signature électronique ne peut simplement revêtir la forme du nom des cosignataires ou de leurs initiales apposées en bas du document électronique comme l'autorise la signature d'un contrat de travail sur support papier. Ce type de signature, ne s'assimilerait pas au « *procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* » défini par le Code civil. Aussi, la signature électronique sécurisée nécessite-t-elle pour parfaire la conclusion d'un contrat de travail électronique, l'intervention d'un tiers à l'entreprise, maîtrisant « *la cryptographie à clés asymétriques* »⁴⁰³. C'est dire si elle est inadaptée à la pratique des relations de travail.

156.- La signature électronique non sécurisée requiert également le recours à une méthode d'authentification, composée de codes électroniques secrets élaborés par des experts en informatique. Contrairement à la signature sécurisée, cette signature dite « *simple* », n'entraîne pas de présomption de fiabilité lorsqu'elle est apposée à un document électronique. Cette précision a des conséquences importantes au regard de l'ordre de la

⁴⁰² C. civ. art. 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

⁴⁰³ DEVEZE (J.), « Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 529.

preuve, puisqu'il incombe à celui qui invoque l'acte, de prouver que la signature se rattache effectivement au signataire et qu'elle a bien pour fonction de préserver l'intégrité de l'acte. Les juges du fond ont décidé qu'une signature scannée ne peut s'apparenter à ce type de signature électronique⁴⁰⁴.

Compte tenu de leurs caractères techniques, les deux formes affairées à la signature électronique ne trouveraient pas de résonance dans le contentieux du contrat de travail.

157.- L'enjeu de la création d'un cadre spécifique du contrat de travail électronique réside ainsi dans la prise en compte des spécificités de la relation de travail et dans la simplification des exigences de droit commun. A côté des formalités procédurales de droit commun, des formalités légales spécifiques pourraient être édictées pour atteindre ces objectifs et garantir une protection optimale du salarié. Il ne s'agit pas, sous prétexte de modernité, de réduire à néant le réalisme intrinsèque au droit des relations professionnelles. La spécificité du contrat de travail électronique appelle donc la recherche d'un équilibre entre l'interdiction du contrat électronique en droit de la famille et la promotion en droit des contrats de cette nouvelle forme de convention.

158.- La mise en œuvre de la procédure dématérialisée - certains la nomment « *procédure déshumanisée* »⁴⁰⁵ - n'a pu raisonnablement s'appliquer à tous les types de contrat. La nature anthropologique de certains contrats en marge, allait à l'encontre de son installation généralisée. Tel est le cas notamment du contrat de mariage ; il semble incohérent que ce type de contrat qui met en relation deux êtres humains puisse se conclure de manière électronique. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 1108-2 du Code civil créé par la loi du 21 juin 2004, il énonce que « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317* ». Le texte prévoit également que lorsqu'une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige est exigée, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique. L'article 1108-2 du code civil pose deux exceptions à cette règle. Elles

⁴⁰⁴ CA Fort de France, ch. civ., 14 déc. 2012, n° 12/00311, note CAPRIOLI (E), *Comm. com. élec.*, mai 2013, n°5, comm. 60.

⁴⁰⁵ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, Presses universitaires de Limoges, 2010, p. 157-196.

concernent les « *actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions* » et ceux « *relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession* ».

Le danger de rendre la relation contractuelle superficielle, eu égard à l'absence de contact physique qu'entraînent les TIC, s'étend au contrat de travail qui comporte également un fort caractère *intuitu personae*. Aussi, il apparaît préférable que la conclusion du contrat de travail électronique à durée déterminée (puisqu'il faut un écrit obligatoirement pour ce type de contrat comme pour le contrat d'intérim), comprenne un aménagement des règles de droit, pour qu'avant le début de la relation de travail, le salarié et l'employeur se rencontrent physiquement (l'entretien d'embauche se déroulant de plus en plus par « *Skype* », « *MSN* » ou visioconférence⁴⁰⁶).

159.- L'absence de clarté et de visibilité en matière de contrat de travail électronique, nous amène à tirer des enseignements des systèmes étrangers ayant appliqué la Directive du 13 décembre 1999. En Belgique la loi du 3 juin 2007⁴⁰⁷ autorise expressément la signature du contrat de travail électronique dans le cadre de la relation individuelle de travail. Elle définit la signature électronique, donne force probante au contrat de travail électronique et met en place un système d'archivage électronique propice à la conservation des preuves. Toutes les formes de contrat sont concernées par la loi : à durée indéterminée, à durée déterminée, intérimaire⁴⁰⁸, etc. La validité du contrat de travail électronique est soumise à des exigences particulièrement strictes et fait l'objet d'un contrôle renforcé⁴⁰⁹. Il doit nécessairement être conclu sous signature électronique sécurisée⁴¹⁰ avec l'accord exprès des parties⁴¹¹ et être archivé électroniquement chez un prestataire de service

⁴⁰⁶ NICOLET (S.), « Candidats et recruteurs : les nouvelles connections », *Les cahiers du DRH*, déc. 2007, n° 138, p. 18-23 ; TRICOIT (J.-Ph.), « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », *JCP S*, oct. 2013, n° 40, p. 9-14.

⁴⁰⁷ L. du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail : Titre III « *l'utilisation de la signature électronique pour la conclusion des contrats de travail et l'envoi et l'archivage électronique de certains documents dans le cadre de la relation individuelle de travail* », *M.B.* 23 juil. 2007, n° 29, p. 39313. Elle modifie toutes les lois relatives au contrat de travail et notamment les lois belges du 3 juillet 1978 relatives aux contrats de travail et du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire.

⁴⁰⁸ Art. 9 et 11 L. 3 juin 2007, *M.B.* 23 juil. 2007, n° 29, p. 39313.

⁴⁰⁹ Art. 3 bis : « *un contrat de travail signé au moyen de la signature électronique créée par la carte d'identité électronique ou d'une signature électronique qui satisfait aux mêmes conditions de sécurité que celles présentées par la carte d'identité électronique est assimilée à un contrat de travail papier signé au moyen d'une signature manuscrite* ».

⁴¹⁰ Dite « *signature créée par la carte d'identité électronique* ».

⁴¹¹ Art. 3 L. 3 juin 2007, *M.B.* 23 juil. 2007, n° 29, p. 39313 : « *Le travailleur ne peut être contraint de conclure un contrat de travail au moyen d'une signature électronique* ».

d'archivage⁴¹². Ces conditions formelles seraient la clé de voûte du bon fonctionnement de ce procédé électronique et de la garantie du libre consentement du salarié.

L'attrait notoire de l'emploi de ce procédé en droit du travail résiderait dans la préconstitution d'une preuve et sa conservation par un tiers au contrat. Elle aurait pour mérite de contrebalancer l'inégalité des armes probatoires, en prenant acte de la réalité des rapports sociaux et de la spécificité du contentieux du contrat de travail : alors que « *le droit civil rechercherait [...] 'la Paix sociale' au travers d'une 'politique de désarmement' [...], le droit du travail met en place les conditions d'une 'Paix armée', une sorte de politique de dissuasion, d'aucun dirait un équilibre de la terreur* »⁴¹³.

160.- La doctrine française ne fait pas montre de prolixité sur le sujet bien que certains auteurs modernistes se félicitent de l'inauguration par le droit belge d'un tel procédé et sollicite son intégration dans le code du travail français⁴¹⁴. D'autres auteurs trouvent dans le contrat électronique une utilité manifeste, en termes de gestion du personnel et d'efficacité⁴¹⁵. Selon M. DEMOULAIN, il permettrait de reporter automatiquement les informations relatives au salarié dans un logiciel de gestion des données de ressources humaines, assurerait une conclusion accélérée du contrat et remplirait, par nature, l'exigence de la pluralité d'exemplaires propre à l'acte sous seing privé⁴¹⁶. Cet engouement peut paraître excessif. Le délai de latence entre l'accord et la signature matérielle du contrat de travail, n'a selon nous rien d'un obstacle au bon déroulement de la conclusion de ce type de contrat⁴¹⁷. Au contraire, elle permet aux parties de donner leur consentement en ayant mesuré toute l'importance de leur engagement. Des contraintes pratiques se profilent également quant à la procédure à

⁴¹² Cf. site du Service public fédéral belge Emploi, Travail et Concertation sociale. SCHMIDT (H.), « Contrat de travail et simplification administrative : ne pas se fier aux apparences », mai 2008, [http://www.avcb-vsgeb.be/fr/Publications/documents.html?doc_id=222&vID=250].

⁴¹³ RADE (Ch.), « La contrainte en droit du travail », in *La contrainte*, Economica, 2007, p. 83-100.

⁴¹⁴ BENSOUSSAN (A.), « La Belgique inaugure le contrat de travail électronique », 13/04/2007.

En ligne : [<http://www.01net.com>].

⁴¹⁵ Les auteurs ne peuvent néanmoins perdre de vue que cette conception utilitaire des TIC les inscrit dans la réflexion actuelle sur valeurs d'efficacité et de productivité attribuées à la science et aux instruments techniques qui servent avant tout l'intérêt économique. Sur les risques que ces valeurs supplantent les valeurs véhiculées par le droit, voir l'étude canadienne : CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force », *Les Cahiers de droit*, 1996, vol. 37, n° 1, p. 93-119. En droit français : BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), *Produire l'homme, de quel droit ?*, PUF, Paris, 1987, p. 278.

⁴¹⁶ DEMOULAIN (M.), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail. Essai sur une évolution des relations de travail*, éd. Panthéon Assas, Paris, 2012, p. 81.

suivre en cas de changement d'employeur ou sur les personnes à informer en cas de modification du contrat de travail. Dès lors, la voie prise par la doctrine européenne vers un cadre spécifique, simple et protecteur du salarié pour les contrats de travail électroniques fait sens⁴¹⁸.

161.- Les formalités contractuelles accomplies par voie électronique. Outre son obligation principale de rémunération, il incombe à l'employeur, dans le rapport de travail, de satisfaire une myriade d'obligations complémentaires telles que les obligations d'information ou d'adaptation. L'obligation d'information du salarié s'étend de la conclusion à la rupture du contrat de travail. L'emprunt de la voie électronique⁴¹⁹ permet la réalisation preste et simplifiée des formalités contractuelles découlant de la conclusion du contrat.

L'écrit sur support électronique entérine les négociations précontractuelles et facilite les échanges à ce sujet. Il est reconnu que l'employeur peut, par lettre simple, respecter son obligation de remettre au salarié lié par un contrat à durée déterminée ou indéterminée, dans les deux mois qui suivent l'embauche, un ou plusieurs documents comportant des informations sur les éléments essentiels du contrat conformément aux exigences communautaires⁴²⁰. De même, aux termes du Décret du 2 février 2011, l'envoi du contrat de travail par lettre recommandée électronique est juridiquement recevable. Selon les dispositions de l'article 1316-2 du Code civil, seule l'acceptation du salarié est nécessaire pour la mise en place du procédé électronique : « *les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être*

⁴¹⁷ L'argument de DEMOULAIN (M.) selon lequel : « *il peut être ainsi évité qu'un candidat intéressant tout particulièrement l'entreprise ne cède aux sirènes d'un autre employeur* », peut être réfuté par la vision solidariste, selon laquelle l'employeur s'enrichira d'un salarié ayant mesuré l'importance de l'engagement qu'il prend vis-à-vis de l'entreprise plutôt que d'un salarié s'engageant sur un coup de tête.

⁴¹⁸ SCHMIDT (H.), *loc. cit.*

⁴¹⁹ « *Le modèle du 'traitement de texte' suppose 'une temporalité circulaire, réversible et résolument instable, [...] le texte est en état de réécriture permanente' et peut faire 'l'objet de versions successives, multiples, produites avec la plus grande aisance* ». OST (F.), cité par RAYNOUARD (A.), « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique-Observations critiques », *Deffrénois*, 30 mai 2000, n°10, p. 593.

⁴²⁰ L'employeur doit informer le salarié de l'identité des parties, le lieu, la date de l'exécution du contrat et la durée du travail, la nature de l'emploi, le salaire, la durée du congé payé, la convention collective applicable, etc.

Directive CE 91/533 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail ; MINGANT (N.), « L'ordonnance relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », *Lexbase Hebdo éd. soc.* juil. 2005, n° 175.

transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen ».

162.- L'employeur peut également transmettre par voie électronique des documents informatifs relatifs à l'exécution du contrat de travail, tels que les relevés mensuels des heures supplémentaires, les bulletins de paie⁴²¹, etc. Un régime spécial relatif à l'utilisation de la voie électronique en droit du travail semble émerger, plusieurs articles précisant dans leur dernier alinéa les modalités d'admission de ce procédé. En ce sens, l'employeur désirant envoyer des bulletins de paie dématérialisés doit respecter deux conditions cumulatives selon l'article L3243-2 du Code du travail inséré par l'article 26 de la loi de simplification des procédures du 12 mai 2009⁴²². D'une part, il lui faut recueillir l'accord exprès du salarié ; d'autre part, ce document électronique doit être de « *nature à garantir l'intégrité des données* » qu'il contient⁴²³. Aussi les TIC assurent-elles la promotion d'une nouvelle forme de « *formalisme informatif* »⁴²⁴ en droit du travail.

L'arrêt de la chambre sociale du 20 avril 2005⁴²⁵ est l'illustration la plus notable de l'admission des TIC comme vecteur d'information. En l'espèce, elles permettent à l'employeur de remplir son obligation d'information des salariés lors de la phase d'exécution du contrat, et plus particulièrement, l'obligation de l'employeur de porter à la connaissance des salariés à temps partiel la liste des emplois disponibles à temps complet⁴²⁶ en vertu de la priorité qu'ils détiennent sur leur attribution⁴²⁷. Il s'agit de l'application en droit du travail de l'ordonnance du 16 juin 2005 sur l'accomplissement de formalités contractuelles par voie électronique. A une question novatrice, la Haute juridiction rend une « *décision en demi-teinte* »⁴²⁸. L'employeur satisfait-il son obligation d'information des salariés prioritaires par la diffusion sur le réseau Intranet de l'entreprise d'une « *liste exhaustive et permanente, comportant le titre, la nature du travail, la localisation et la date de disponibilité*

⁴²¹ CAPRIOLI (E.), « La dématérialisation des bulletins de paie », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juill. 2009, n°4, p. 61-63.

⁴²² Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 « *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* », *JORF* n°0110, 13 mai 2009, p. 7920.

⁴²³ C. trav. art. L3243-2 c. trav.

⁴²⁴ TERRE (F.), *Droit civil les obligations*, précis Dalloz, 9 e éd, par. 262 ; AUZERO (G.), « Obligation d'information de l'employeur et clause de dédit-formation », *Rev. Dr. Trav.* 2007, p. 450.

⁴²⁵ Cass. soc. 20 av. 2005, n°03-41802.

⁴²⁶ C. trav. article L3123-8.

⁴²⁷ MINGANT (N.), *loc. cit.*

⁴²⁸ RADE (Ch.), « Information des salariés et usage de l'intranet », *Lexbase Hebdo éd. soc.*, 5 mai 2005, n°166.

[...] accessibles au moyen d'un code » et permettant à chaque salarié « d'identifier les postes 'correspondants' au sien⁴²⁹ » ?

L'employeur, au soutien de ses intérêts, argue que les actuels articles L3123-8, L3123-4 et L3123-5⁴³⁰ du Code du travail ne précisent pas la modalité à employer pour renseigner les salariés. La Cour, tout en reconnaissant à l'employeur le droit de « porter à la connaissance de ses salariés les emplois disponibles par voie de communication électronique, notamment sur le réseau INTRANET de l'entreprise », nuance son propos et affirme que ce procédé n'est pas suffisant au regard des exigences légales. L'employeur est tenu « de procéder à une diffusion spécifique concernant les emplois pouvant correspondre à la catégorie professionnelle, ou à un emploi équivalent »⁴³¹ des salariés concernés.

A la lecture de cette décision, l'absence de formalité légale particulière permettrait l'emploi de la procédure dématérialisée. Dans cette affaire, les juges s'attachent à limiter la portée de l'emploi du procédé collectif et impersonnel de l'Intranet. Celui-ci doit être accompagné d'une « diffusion spécifique », entendue par certains comme personnelle et nominative⁴³². Force est de constater que l'envoi d'un mél personnalisé de la liste des emplois aux salariés concernés répond à cette exigence. Il devrait en toute logique être admis.

Cet arrêt a pour intérêt de fournir de précieux renseignements sur le rôle des TIC dans le rapport de travail. Elles s'inscrivent dans le giron de l'obligation de bonne foi de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail puisqu'elles fournissent aux salariés un accès rapide et en tout lieu à la liste des postes vacants. Sans omettre qu'elles leur offrent également « la possibilité de bénéficier de progressions de carrière dans l'entreprise »⁴³³, garantissant ainsi le respect de l'obligation d'adaptation des salariés à leur emploi qui incombe à l'employeur.

B. Le paradoxe de la lettre recommandée électronique

163.- A côté de la lettre remise en main propre contre décharge, les articles L1232-2 et L1233-11 du code du travail, autorisent l'emploi de la lettre recommandée pour convoquer

⁴²⁹ Cass. soc. 20 avril 2005, n°03-41802.

⁴³⁰ Ces articles étaient contenus dans l'ancien article L212-4-9 du Code du travail.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² RADE (Ch.), « Information des salariés et usage de l'intranet », *Lexbase Hebdo*, 5 mai 2005 n° 166.

⁴³³ RADE (Ch.), *Ibid.*

le salarié à l'entretien préalable de licenciement. De même, la notification d'une sanction disciplinaire⁴³⁴ ou d'un licenciement s'effectue par lettre recommandée avec avis de réception⁴³⁵. L'emploi de la lettre recommandée électronique pour remplir ces obligations, provoque des réactions ambivalentes aussi bien chez la doctrine que dans les prétoires. En témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006⁴³⁶ qui fait montre d'une aversion sévère et assumée à l'égard de ce nouveau mode de préconstitution probatoire. La jurisprudence se montre particulièrement frileuse⁴³⁷ quant à l'utilisation de ce type de document et ce, malgré sa consécration par le décret d'application du 2 février 2011 « *relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat* »⁴³⁸. La lettre recommandée électronique semble subir le même sort que la télécopie⁴³⁹. Ainsi, nous ne disposons actuellement que d'un nombre d'arrêts non représentatifs du contentieux sur la lettre recommandée électronique⁴⁴⁰, c'est donc avec précaution que certaines hypothèses, les plus plausibles, pourraient être défendues ; d'autres réfutées.

164.- Le rôle probatoire de la lettre recommandée électronique. La lettre recommandée représente un pan important du formalisme procédural en droit du travail. La détermination précise de la date de rupture du contrat est en effet, fixée au jour de l'émission de la lettre recommandée⁴⁴¹. Elle initie également la date d'appréciation de

⁴³⁴ C. trav. art. R1332-2 : « *La sanction prévue à l'article L. 1332-2 fait l'objet d'une décision écrite et motivée. La décision est notifiée au salarié soit par lettre remise contre récépissé, soit par lettre recommandée, dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2* ».

⁴³⁵ C. trav. art. L1232-6 : « *Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur. Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article* ».

⁴³⁶ C.A Paris, 18 e ch., n°06/00651.

⁴³⁷ Il est édifiant de constater que les juges et la doctrine sont aussi prudents vis-à-vis de ce procédé que les professionnels du droit ne le plébiscitent : BALLET (Ph.), BENSOUSSAN-BRULE (V.), « La lettre recommandée électronique, enfin ? », *Gaz. Pal.*, 22 av. 2011, n° 112-113, p. 9-12 ; CAPRIOLI (E.), « Les lettres recommandées électroniques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2011, n° 3, p. 68-72 ; RENARD (I.), « Le courrier recommandé électronique : une alternative au recommandé postal ? », *JCP E*, 19 mai 2011, n°20, p. 9-10.

L'accueil favorable qu'à réservé la profession d'avocat à la lettre recommandée électronique se mesure au regard de l'important contentieux qu'à rapidement fait naître son utilisation entre les membres du Barreau. La Cour de cassation à ce sujet, a été saisie pour avis par le premier président de la CA Amiens en matière de contestation d'honoraires d'avocats sur la recevabilité d'un appel en matière de représentation non obligatoire, régularisé par la lettre recommandée avec accusé de réception électronique revêtue d'une signature numérique : Cass avis, 12 déc. 2011, n°11-00007.

⁴³⁸ D. n° 2011-144, *JO* 4 févr. 2011, p. 2274.

⁴³⁹ Cass. soc. 13 sept. 2006, n°04-45698 ; *Bull. civ.* V., n° 267.

⁴⁴⁰ Cass. avis 12 déc. 2011, n°11-00007 : l'emploi de la lettre recommandée électronique est quasi-inexistant dans les relations entre particuliers. Cass. 26 janv. 2012, n°10-27245.

⁴⁴¹ Cass. soc 26 sept 2006, n° 05-44670, note *D.* 2007 p. 686.

l'ancienneté du salarié⁴⁴². La signature de la lettre recommandée présume la réception de cette dernière et entraîne l'inversion de la charge de la preuve. Le rôle fondamental de cette dernière en matière probatoire justifie un contrôle rigoureux du juge.

La lettre recommandée électronique dispose d'intérêts pratiques. A première vue, elle permet pour un moindre coût, de manière simple et accessible d'apporter la preuve de l'envoi, de la réception d'un document et du contenu du document. A travers le prisme procédural, la forme électronique a d'autres avantages : elle réduit les risques de refus ou d'erreur de réception⁴⁴³ et met à mal l'argument selon lequel le salarié aurait changé d'adresse⁴⁴⁴. Toutefois, le texte de l'article 1369-8 du Code civil appliqué en droit du travail fait naître des exigences supplémentaires à la validité d'une lettre recommandée électronique⁴⁴⁵. Elle nécessite l'accord du salarié, que celui-ci « ait demandé l'envoi par ce moyen » ou qu'il « ait accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs ». Ces exigences sont donc plus sévères qu'en cas d'envoi d'une lettre recommandée papier. Les obligations du tiers acheminant sont également plus strictes que celles qui incombent communément à La Poste⁴⁴⁶.

165.- Les risques inhérents à la lettre recommandée électronique en droit du travail.

Le Décret de 2011 limite l'application de la lettre électronique aux phases de conclusion ou d'exécution du contrat, créant une incertitude quant au champ d'application exact d'un tel procédé juridique. D'autant que le 11 juin 2013, en réponse à la question d'un député, la Garde des Sceaux a précisé la portée de l'article 1369-8 du code civil : « *si la résiliation du contrat par lettre recommandée électronique n'est pas mentionnée de manière expresse dans l'article, une telle modalité pourrait être envisagée dès lors que la résiliation, qui permet à l'une des parties de mettre fin à un contrat, notamment lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations, est une modalité relative à l'exécution du contrat* »⁴⁴⁷.

Or, en droit du travail, la frontière entre la phase d'exécution et de rupture du contrat de travail est parfois difficile à tracer. Si l'exécution du contrat de travail s'étend assurément aux domaines les plus divers comme le repos hebdomadaire, les

⁴⁴² Cass. soc 26 sept 2006, n° 05-43841

⁴⁴³ Cass. 23 juil. 1980, *Bull. civ. V*, n° 695.

⁴⁴⁴ Cass. soc. 26 fév. 1992, *RJS* 1992.270, n°471.

⁴⁴⁵ RUDIER (N.), « Variations de la force probatoire de la lettre recommandée », *Revue juridique de l'Ouest*, oct. 2011, n° 4, p. 417-448.

⁴⁴⁶ Pour les exigences procédurales strictes en matière de lettre recommandée électronique V. *Contrat de travail -L'envoi du contrat en lettre recommandée électronique est désormais possible*, Liaisons Sociales Quotidien, 11/02/2011

⁴⁴⁷ « Panorama d'actualité en droit des nouvelles technologies du cabinet FERL-SCHUHL/ SAINTE MARIE, Société avocat », *Lexbase Hebdo éd. Affaires*, 18 juil. 2013, n° 347.

salaires, le temps de travail ou les conditions de travail, d'autres matières liées à la relation de travail sont plus difficiles à qualifier. A titre d'exemple, la question de la classification de la modification du contrat de travail dans la phase d'exécution du contrat ou de résiliation du contrat reste entière. Si l'on interprète strictement les textes, la lettre recommandée électronique évoquant simplement la possibilité d'une modification du contrat de travail serait valable, tandis que la lettre de licenciement suivant un refus de modification ne le serait pas. Cette situation, en obligeant les parties à changer de support selon le type d'information concerné, risquerait d'entraîner une rupture dans la chaîne d'informations.

166.- De plus, si la résiliation du contrat de travail semble exclure l'utilisation de ce type d'écrit électronique, « *caractérisant une volonté de ne pas ouvrir la procédure de rupture du contrat à de nouvelles formes pourtant omniprésentes dans les relations de travail aujourd'hui* »⁴⁴⁸, il doit être signalé que le juge a admis récemment que la convocation à l'entretien préalable puisse se faire par Chronopost⁴⁴⁹, sous réserve qu'il ait lieu avec décharge signée par le salarié contre remise en main propre du facteur. Dans cette espèce, deux éléments laissent prévoir une extension du champ d'application de la lettre recommandée électronique à la rupture du contrat. D'abord, l'interprétation de l'article L1232-2 du Code du travail par la Haute juridiction se révèle extensive. Elle rappelle que ce « *mode de convocation n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de réception de la convocation* ». Suivant ce raisonnement, tout procédé dont la fonction assure avec certitude la date d'expédition et de réception de la lettre, pourrait être reçu. Ensuite, la notion de « *remise en main propre de la convocation par l'employeur* »⁴⁵⁰ semble avoir été étirée pour finalement englober la remise de la lettre par une personne extérieure de l'entreprise. Accepter la lettre recommandée électronique ne constituerait qu'un pas de plus vers la rupture du lien réel⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ TOURNAUX (S.), « Régularité de la convocation à l'entretien préalable de licenciement par Chronopost », *Lexbase hebdo éd sociale*, 24 fév. 2011, n° 429.

⁴⁴⁹ Cass soc 8 février 2011, n°09-40.027 note BUGADA (A.), *Procédures*, n°4, av. 2011, comm. 142.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ La cour d'appel de Reims dans un arrêt en date du 29 sept. 2010 suit le même raisonnement. Elle a considéré que « *le document écrit énonçant les motifs de la rupture qui doit être adressé au salarié ne peut être un courrier électronique et doit nécessairement être un courrier papier* ». Cass. 26 janv. 2012, n°10-27245.

167.- La légitimité du refus par le système français d'employer la lettre électronique ou le SMS recommandés⁴⁵² comme lettre de licenciement répondant aux exigences formelles de l'article L1232-2 du code du travail⁴⁵³ a été discutée. Force est de constater que l'emploi de la lettre recommandée électronique pour signifier la rupture du contrat de travail, relève d'un paradoxe. Sous un angle purement procédural et comme cela est autorisé dans d'autres pays européens, rien ne contreviendrait à l'emploi de la LRE pour convoquer un salarié à l'entretien préalable ou lui notifier son licenciement, puisqu'elle ne fait que remplir son rôle probatoire.

Cependant, plusieurs arguments viennent dédire cette application extrême des règles de procédure civile. Un argument fonctionnel s'y oppose d'abord : le support électronique atténuerait le rôle préventif du formalisme dont la vocation première est de lutter contre les décisions irréfléchies et de dépassionner les relations. L'intérêt du formalisme réside alors dans l'information et la prise de décision éclairée qu'il suscite : *« édictant une règle générale et raisonnant pour cela sur des ensembles, [le législateur] constate que certaines formes empêchent les engagements irréfléchis et ceux qui seraient le fruit de la captation ; que d'autres empêchent les fraudes envers les tiers ; que d'autres volontairement dépouillées procurent une rapidité et une sécurité auxquelles le consensualisme n'atteint pas toujours »*⁴⁵⁴. Or, la nature oralisée des TIC ne garantit pas le temps de réflexion nécessaire à la prise d'un acte juridique unilatéral d'une telle gravité. S'ajoute l'argument légal, selon lequel l'esprit des textes relatifs au licenciement vise la stabilité du salarié dans son emploi et l'encadrement strict de son départ de l'entreprise. Enfin, un argument moral peut être soulevé : le phénomène du *« clic éjectable »* est à proscrire. Licencier d'un simple mouvement de souris paraît humainement choquant et contrevient à la nature anthropologique du contrat de travail⁴⁵⁵.

De la même manière, la lettre recommandée électronique rencontrerait des obstacles majeurs à être utilisée dans le cadre d'une démission. Elle ne répondrait pas

⁴⁵² Sur la polémique suscitée V. par exemple l'article : « Licencié après avoir été convoqué par SMS », journal *Libération* 04/11/10; les procédés employés aux Etats Unis comme le SMS ou le message sur boîte vocale pour licencier les salariés.

⁴⁵³ La loi du 13 juillet 1973 vient parachever le formalisme du licenciement, crée la convocation à l'entretien préalable *« par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge »*.

⁴⁵⁴ TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e ed., Dalloz, Paris, 2012.

⁴⁵⁵ Selon la célèbre acception de RIPERT c'est *« la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet »* : RIPERT (G.) et BOULANGER (P.) *Traité de droit civil*, vol. I, LGDJ, Paris, 1956. DUPEYROUX soutient également cette idée en affirmant *« là où le droit civil n'aperçoit que des contractants anonymes, (le droit du travail) voit, lui, un employeur et un travailleur »* : DUPEYROUX (J.-J.), « Avant-propos – Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* mai 1988, n°5, p. 371-373.

aux préoccupations premières du législateur qui depuis longtemps considère comme inopérantes les démissions données sous le coup de l'émotion ou de la colère⁴⁵⁶. La loi, en fixant un préavis pour la démission, avait en effet pour objectif de contenir toute décision hâtive et non réfléchie. Or, l'écrit électronique a pour principales caractéristiques sa rapidité et sa facilité d'envoi.

Ces constats mettent en lumière l'inapplicabilité telle quelle des règles probatoires en droit du travail. Le caractère anthropologique du contrat de travail vient se heurter à des exigences pratiques, parmi lesquelles la rapidité et le coût de l'échange. Poussée à son paroxysme, cette réflexion amènerait à discuter de la pertinence de la lettre électronique en général et à privilégier la remise en main propre de lettre avec récépissé. Cependant cette proposition théorique rencontrerait des obstacles pratiques que l'on ne peut négliger.

⁴⁵⁶ RAYROUX (M.), « Un siècle de droit social », *Gaz. Pal.* 4 janv. 2000, n° 4, p. 78.

Conclusion du Chapitre II

168.- La reconnaissance de la preuve électronique par juge du contrat de travail s'induit de multiples marqueurs dans le discours juridique. Elle se manifeste avant tout par la construction prétorienne d'un cadre juridique probatoire propre au droit du travail. La méthode du législateur, pragmatique et peu rigoureuse, le degré faible de cohérence du droit de la preuve électronique et la situation éparse des textes, sont autant de facteurs favorisant l'adaptation des dispositions relatives à la preuve électronique dans le contentieux prud'homal. Le juge des relations de travail, démontre sa capacité à « *modeler étroitement sur les réalités* »⁴⁵⁷, se libère des contraintes techniques et légales, et recherche « *les solutions les mieux adaptées, les plus justes, celles qui assurent pratiquement la meilleure protection au salarié* »⁴⁵⁸.

169.- Dès lors, à travers le prisme de la preuve électronique, le droit du travail se révèle être un droit en construction, s'enrichissant d'une part, des créations des autres droits et d'autre part, de sa propre originalité, de ses propres trouvailles. L'étude prouve que le contentieux prud'homal a par nature, la capacité de s'adapter, d'extraire des différents droits les éléments judiciaires lui permettant de répondre aux questions posées et enfin, d'exclure ceux qui entrent en conflit avec son objet. Il peut ainsi faire figure d'exemple quant à l'accueil qu'il réserve aux TIC. La thèse du Professeur DURAND selon laquelle, « *le droit du travail forme souvent l'élément avancé du droit moderne et les transformations que l'on y observe préfigurent souvent les changements d'autres parties du droit* »⁴⁵⁹, prend sous l'éclairage des TIC, tout son sens. Il n'est d'ailleurs pas déraisonnable de penser, que les changements observés en droit du travail sous l'influence de la preuve électronique, affecteront les méthodes et les principes fondamentaux du droit civil.

⁴⁵⁷ RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, PUF, 1956, p. 19.

⁴⁵⁸ COUTURIER (G.), « Les techniques civilistes et le droit du travail-Chroniques d'humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. p. 151.

⁴⁵⁹ DURAND (P.), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944, p. 73 ; « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP G* 1944, vol. I, p. 387 ; FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, Paris, 1971, p. 36.

CONCLUSION DU TITRE I

170.- L'étude a permis de mettre en lumière que le droit du travail n'échappe pas à l'implantation de la preuve électronique. La « *juridicité de l'élément électronique* », entendue comme la construction de son caractère proprement juridique, se réalise progressivement et ce, sous l'influence de règles plus ou moins souples, dont la force normative est bien réelle. Le juge du contrat de travail compose avec les éléments juridiques dont il dispose. Il les associe de façon à former une combinaison juridique adaptée à la preuve électronique. Aussi, l'implantation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal modifie incontestablement le contexte de la décision du juge du contrat de travail. Sa reconnaissance juridique induit la modification conceptuelle, intellectuelle et fonctionnelle du procès

171.- Sous l'angle de la fonction de juger, deux constatations générales émanent de l'irruption des technologies modernes dans la procédure prud'homale. D'abord, la présence des TIC au procès entraîne la technicisation et la rationalisation du cadre juridique de la décision judiciaire. Le juge du contrat de travail réserve un accueil instinctivement favorable à la technologie, car lui-même est influencé par les procédés scientifiques. Ce constat s'explique par le fait que la société civile est actuellement caractérisée par un mode dominant de connaissance que certains nomment « *technoscience* »⁴⁶⁰, qui imprègne le milieu processuel. En réplique, le juge va encourager le développement des TIC au procès. Certains facteurs comme la direction prise par la justice vers la consécration de l'informatique juridique et son engouement pour la « *jurimétrie* »⁴⁶¹, laissent à penser que l'informatique est en voie de devenir l'outil *ad hoc* au service de la cohérence du droit et de la qualité des décisions judiciaires.

⁴⁶⁰La technoscience représente l'interaction entre la technique et la science ; elle a pour singularisme de « *manipuler le réel, le transforme[r], le ré-aménage[r]...* ». L'organisation sociale est construite autour de cette notion, plus encore il s'est agi de la transposition de « *la rationalité scientifique dans les l'activité sociale, illustrée par la bureaucratie ou les nouveaux modes de production de biens et de services* » : HUDON (R.) et PELLETIER (R.), « L'engagement intellectuel », in *Mélanges en l'honneur de Léon DION*, Québec, PUL, 1991, p. 173.

⁴⁶¹La jurimétrie est une technique développée outre-Atlantique alliant statistiques et droit. V. pour une analyse plus poussée de l'informatique juridique : GOULET (J.), « La machine et le droit et la machine du droit », *Les Cahiers de droit*, 1973, V. 14, n°3, p. 473-498, texte qui constituait l'intervention de l'auteur au Congrès international d'informatique juridique de 1973 qui s'est tenu en France à Strasbourg.

172.- L'intervention du juge du contrat de travail dans la composition du nouveau cadre juridique de la preuve électronique est riche d'enseignements pour l'étude. Elle éclaire de manière significative les insuffisances et la complexité du cadre probatoire de droit commun. Les règles du droit procédural encadrant les Technologies de l'Information et de la Communication sont en effet très variées, tant au regard de leur forme que de leur contenu, ce qui présuppose la difficulté que revêt leur insertion dans l'ensemble du système juridique français⁴⁶². Loin de s'apparenter à un véritable « régime juridique de la preuve électronique », dont les contours seraient clairs et adaptables aux différentes procédures, les dispositions édictées par le législateur peinent simplement à former un « ensemble fonctionnel de règles qui prennent place dans l'ordonnement juridique existant et dont l'inobservation déclenche des sanctions étatiques »⁴⁶³.

173.- Le même constat d'échec peut être fait en pratique. Le nombre important de preuve électronique produit au contentieux prud'homal et sa réception favorable dans le discours juridique prouve que les praticiens du droit sont en attente d'un régime simple, intelligible et efficace de la preuve électronique.

174.- Pour remédier à ces carences, la tendance est alors au détachement de la loi et à l'émergence de nouveaux instruments juridiques atypiques qui ont vocation à influencer le comportement du juge et participent à la fabrication du droit de la preuve électronique. Ainsi, à travers le prisme probatoire, la mutation de la normativité ne se concrétise pas seulement par la technicisation mais également par le changement de la nature de la norme⁴⁶⁴.

175.- Suivant une logique purement processuelle, et parce que le rôle du juge du contrat de travail ne peut être envisagé sans être comparé à celui des parties, l'implantation de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal exige d'évaluer dans un second temps, les efforts probatoires réalisés par l'ensemble des acteurs juridiques pour assurer sa

⁴⁶² JEULAND (E.), « Nouvelles technologies et procès civil, Rapport général pour les pays de droit civil », in PELLEGRINI (A.), CALMON (P.), *Direito processual comparado*, éd. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 186 et s.

⁴⁶³ LEVENEUR (L.), « La Commission, source de droit ? », Contribution au colloque de la Cour de cassation intitulé « *La Commission des clauses abusives en action : 30^{ème} anniversaire* », 20 mars 2009. En ligne : [www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2009_2854/abusives_action_12097.html], consulté le 5 oct. 2012.

⁴⁶⁴ V. la théorie de l'École réaliste de Bruxelles créée par Ch. PERELMAN : FRYDMAN (B.), « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, juil. 2011.

reconnaissance effective. A l'observation, la répartition des rôles des acteurs juridiques dans l'administration de la preuve, lorsque celle-ci se présente sur support électronique ou numérique, serait sensiblement modifiée. L'apparition du document électronique entraînerait une transformation organisationnelle du contentieux prud'homal et s'illustrerait par le renforcement de l'activité des parties et du juge. Celui-ci aurait nécessairement besoin de mobiliser l'ensemble des ressources juridiques qui lui sont offertes lors de l'instruction. Dès lors, l'implication individuelle et collective des acteurs juridiques à l'administration de la preuve serait décuplée lorsque celle-ci se présente sous forme électronique ou numérique.

TITRE II. L'IMPLICATION DES ACTEURS JURIDIQUES DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

« Des inventions nouvelles modifient parfois profondément notre façon de vivre ; il faut plus longtemps pour modifier les idées et les sentiments, ainsi que les relations juridiques entre les hommes »⁴⁶⁵.

G. RIPERT

176.- Si la crainte exprimée par le Professeur SUPIOT d'un renversement des relations entre l'homme et la machine plane toujours, le renversement des relations entre les hommes sous l'influence de la machine est désormais achevé⁴⁶⁶.

177.- Cette réflexion peut être transposée dans le microcosme du procès. L'existence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail, implique une transformation de la pratique judiciaire et une nouvelle répartition des rôles des acteurs juridiques dans l'administration de la preuve, regroupant les phases de recherche et de production de la preuve. Il s'agit alors de déterminer la logique suivant laquelle cette conversion s'opère, ainsi que le sens et la portée de la modification des pouvoirs judiciaires en présence de ce type de preuve. Aussi l'évolution des sciences et techniques relance-t-elle le débat sur l'étendue du rôle du juge des relations de travail dans l'administration de la preuve. Peut-on pour autant en conclure que la fonction du juge, sous l'influence des TIC, évolue d'une simple obligation de contribuer à la recherche des preuves à celle d'un authentique pouvoir inquisitorial ?

178.- C'est principalement dans le contentieux prud'homal que la conversion du juge, du statut de simple arbitre à celui de véritable acteur à l'instance, est sensiblement accélérée. L'apparition du document électronique entraînerait l'intensification de l'activité des parties. Ces dernières se verraient attribuer de nouveaux droits et obligations probatoires, tandis que les rôles du juge en matière d'injonction et d'instruction seraient renforcés, ce dernier étant contraint de mobiliser les ressources juridiques qui lui sont

⁴⁶⁵ RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1995.

⁴⁶⁶ SUPIOT (A.), « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* janv. 2002, n° 1, p. 13-25.

offertes lors de l'instruction. Ainsi, l'avènement des TIC aux prétoires, permet de remettre en question les particularités que présente le contentieux du contrat de travail « *au-delà du nouveau code de procédure civile* »⁴⁶⁷, et plus précisément la procédure prud'homale, qui se démarque par l'inaction du juge dans la recherche des preuves. Désignée comme une procédure protectrice de la partie au contrat qui subit le rapport de force, la procédure prud'homale se révèle incompatible avec la spécificité de la preuve électronique. Elle n'a d'autre choix que d'évoluer dans le sens d'une réelle complémentarité entre les règles du droit du travail et celles relatives à la preuve électronique, au bénéfice de l'équité dans la preuve et de la recherche de la vérité judiciaire⁴⁶⁸. Dès lors, par l'introduction des TIC au procès, le « *principe de neutralité du juge du contrat de travail* » serait définitivement révolu. Le juge détiendrait les prérogatives nécessaires pour rétablir l'équilibre entre les parties à l'instance mais également pour contrer tout risque lié à l'emploi des TIC en qualité de preuve. En résulterait un hiatus important dans la pratique judiciaire, entre ce qui incombe aux parties, et ce qui revient au juge.

179.- Au reste, la nouvelle répartition des tâches processuelles qu'implique la reconnaissance de la preuve électronique, aurait des conséquences inéluctables sur l'articulation des différents systèmes probatoires. En effet, la distribution des rôles dans l'administration de la preuve conditionne la nature du système probatoire envisagé, ainsi que les règles qui lui sont applicables. L'assistance que le juge porte ou non aux parties dans l'administration de la preuve détermine le caractère plus ou moins inquisitorial de la procédure et son appartenance au système de la preuve légale ou au système de la preuve morale.

180.- A la lumière des spécificités de chaque système probatoire, la nouvelle logique organisationnelle, propre à la nature contingente des TIC, se caractériserait par sa nature hybride. D'un côté, la redistribution stricte des devoirs et des obligations des plaideurs

⁴⁶⁷ Cette spécificité s'illustre dans le pouvoir de rééquilibrage des inégalités à l'instance offert au juge et s'inspire directement de « *la particularité de la relation de travail dans laquelle prédomine l'inégalité des parties au contrat de travail* » : BALLOUHEY (F.), « L'office du juge en matière de preuve », in *Procès du travail, Travail du procès*, ouvrage collectif sous la direction de KELLER (M.), LGDJ, Paris, 2008, p. 271-277.

⁴⁶⁸ Rappelons que la vérité en droit n'est pas de même nature que la vérité en science : CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^e éd., Paris, 2013, n° 250, p. 839-840 ; JEULAND (E.), *Droit processuel-Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007, p. 434 ; LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, éd. Rivière, Paris, 1964 ; PUIGELIER (C.), « Vrai, véridique et vraisemblance », in *La preuve*, Economica, Paris, 2004, p. 195 ; LAGARDE (X.), « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », in *La preuve, Droits*, 1996, PUF, Paris, n° 23, p. 31-36

s'apparenterait fortement à la logique classique du système de la preuve légale (**Chapitre I.**) ; d'un autre côté, l'attribution inédite au juge du travail de nouvelles prérogatives et d'un statut singulier à l'instance, serait intimement liée au système de la preuve morale (**Chapitre II.**). L'existence d'une preuve électronique se répercute donc sur l'évolution du rapport du droit probatoire au principe de légalité⁴⁶⁹ et entraîne une modification conceptuelle⁴⁷⁰ et harmonisatrice de la fonction de juger.

Chapitre I. La collaboration des parties à l'administration de la preuve électronique

Chapitre II. L'office du juge du contrat de travail dans l'administration de la preuve électronique

⁴⁶⁹ L'existence de la preuve électronique provoquerait ainsi une extension significative du domaine de la preuve morale, en ce qu'elle substitue à la conception classique selon laquelle, le droit probatoire commun est « majoritairement soumis au principe de légalité et minoritairement soumis au principe de la preuve morale », une conception propre à l'administration de la preuve électronique, où le juge se voit conférer une position centrale. L'ambivalence des TIC prend ici de nouveau tout son sens, car la présence d'une preuve électronique au procès cause simultanément « un renforcement de certains aspects de la preuve légale », par l'exigence notamment d'un certain formalisme des écrits électroniques et un renforcement d'autres aspects de la preuve morale. MOURALIS (J.-L.), *Répertoire de droit civil*, « Preuve^o », Dalloz, janvier 2011 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, loc. cit.

⁴⁷⁰ La question du « dosage convenable entre le système de la preuve légale et celui de la preuve morale » est renouvelée par l'installation des TIC au procès : LAGARDE (X.), « D'une vérité à l'autre-Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.* 21-22 juil. 2010, n° 202-203, p. 6-12.

Chapitre I. La collaboration des parties à l'administration de la preuve électronique

181.- Selon la méthode classique, la répartition des rôles respectifs des parties et du juge est orchestrée par l'adage latin « *Da mihi factum, dabo tibi jus* »⁴⁷¹. La preuve des faits serait l'apanage des parties tandis que le juge détiendrait le privilège de dire le droit. La réalité du procès démontre une évolution notable de cette distribution des rôles. Le droit civil procède en effet, à une répartition équilibrée des tâches processuelles entre les parties, tant au niveau de la recherche de la preuve qu'en ce qui concerne l'attribution du fardeau de la preuve. La fonction première du juge se résume alors à celle d'arbitre à l'instance, de « *pacificateur dans le respect des règles du procès équitable* »⁴⁷².

182.- En droit du travail, si les règles de preuve sont comme en droit civil, consubstantiellement liées aux règles de fond, elles constituent avant tout, « *entre les mains du législateur et du juge, un instrument de délimitation de pouvoirs patronaux qui, selon les cas, accompagne, contrarie ou renforce le jeu des règles de fond* »⁴⁷³. Aussi, la matière a-t-elle gagné son autonomie du modèle processuel de droit commun, en créant sa propre méthode de distribution des rôles probatoires, en cohérence avec l'impératif de protection de la partie faible au contrat. Cette conception s'est construite autour de l'idée qu'*a priori*, le salarié accèderait plus difficilement aux éléments probatoires détenus par l'employeur, ce dernier concentrant l'ensemble des documents relatifs à l'entreprise, en vertu de son pouvoir de direction⁴⁷⁴. Au regard de l'originalité du contentieux du contrat de travail, la question de l'action qu'exerce l'avènement des preuves techniques et scientifiques au procès sur la méthode singulière de répartition de la charge preuve et sur la production de celle-ci est fondamentale. En outre, prendre la mesure de l'aide apportée par les technologies modernes en terme d'efficacité probatoire s'avère indispensable en droit

⁴⁷¹ « Donne-moi le fait, je te donnerai le droit » ; DUPICHOT (J.), « L'adage '*Da mihi factum, dabo tibi jus*' », in *Mélange AUBERT (J.-L.)*, Dalloz, Paris, 2005, p. 425 ; MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 2002.

⁴⁷² LAGARDE (X.), « D'une vérité à l'autre-Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.* 21-22 juil. 2010, p. 6 ; MEKKI (M), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », 1^{ère} partie, *RDC* mars 2008, p. 681-701.

⁴⁷³ SUPIOT (A.), « Administration de la preuve- L'équitable dans la preuve », *Sem. soc. Lamy*, 24 mai 1988, n° 410, p. 62-75.

⁴⁷⁴ FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2014, n° 326, p. 238.

du travail, car elle permet de définir de manière inversement proportionnelle, quelle devrait être l'intervention du juge pour contourner le risque déjà soulevé par la doctrine en 1988, d'aider « *une partie au-delà de ce qui est nécessaire pour la mettre à armes égales avec son adversaire* »⁴⁷⁵. En d'autres termes, il s'agirait de retrouver en présence d'une preuve électronique, un certain équilibre probatoire.

183.- La physionomie du contentieux prud'homal est bouleversée par l'installation et la prolifération des éléments probatoires sur support électronique ou numérique. L'existence d'une preuve électronique au procès, en raison de ses caractères contingent, volatil et prolifère, exige des parties et du juge une implication hors du commun dans l'administration de la preuve. L'amplification des prérogatives des acteurs juridiques, s'agissant aussi bien de l'employeur que du salarié, serait une réaction à l'incapacité du contentieux du contrat de travail de s'approprier totalement la preuve électronique. Le salarié et l'employeur, auraient alors pour obligation de soutenir, proportionnellement aux possibilités qui leur sont offertes, la charge de la preuve électronique et devraient agir concurremment dans sa production à l'instance. Un véritable devoir de collaboration se vérifierait aussi bien dans le mécanisme d'attribution de la charge de la preuve (**Section I.**) qu'à l'étude des obligations qui incombent aux parties dans la recherche et la production de la preuve électronique (**Section II.**).

⁴⁷⁵ SUPIOT (A.), *loc. cit.*

Section I. La répartition de la charge de la preuve électronique

184.- L'objectif du mécanisme de la charge de la preuve est de déterminer l'ordre de la preuve. Il s'agit de savoir quelle partie à l'instance doit convaincre le juge en établissant la preuve de ses allégations. L'ordre classique de la preuve est fondé sur l'adage « *Actori incumbit probatio* », qui orchestre la charge de la preuve en deux temps : le demandeur à l'instance doit d'abord démontrer l'existence de son droit ; ensuite, lorsque le demandeur atteint cet objectif, la charge de la preuve est transférée au défendeur⁴⁷⁶. Ce dernier peut invoquer des moyens de défense et se constituer demandeur dans l'exception qu'il invoque. Aussi, dans le dispositif général, « *la charge de la preuve suit la charge de l'allégation* »⁴⁷⁷ et il est communément admis que « *la preuve incombe à celui qui affirme, non à celui qui nie* »⁴⁷⁸. Cela rend la décision du juge plus facilement acceptable, puisque c'est la partie qui a négligé sa charge processuelle qui est responsable de sa perte⁴⁷⁹. La question de l'attribution de la charge de la preuve, revêt donc une importance particulière, en ce qu'elle représente à la fois une obligation et un risque. Elle désigne tant le fardeau probatoire, nommé « *onus probandi* », qui incombe à une partie de réunir et de produire les éléments de preuve visant à établir ses allégations, que le danger qu'elle encourt de perdre le procès si un doute subsiste sur les faits litigieux⁴⁸⁰.

185.- L'inégalité des parties à la preuve est reconnue comme une illustration du particularisme du contentieux du contrat de travail et justifie l'aménagement du droit probatoire commun en faveur du salarié⁴⁸¹. Les articles 749 et 879 du Code de procédure civile admettent qu'en principe les dispositions communes, et les grands principes

⁴⁷⁶ « *Reus in excipiendo fit actor* » Article 71 et suivant du CPC : « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ».

⁴⁷⁷ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^e éd., 2013, n° 543, p. 427. MOTULSKY opère une nette distinction entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve et souligne l'importance de la première. Dans certains cas, la charge de la preuve ne pourrait être « *qu'un prolongement de la charge de l'allégation, qui peut la rendre inutile* » : MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, p. 87-90.

⁴⁷⁸ DIGESTE cité par MORFAUX (L.-M.) et LEFRANC (J.), *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, Paris, 2007, « *Onus Probandi* », p. 383.

⁴⁷⁹ L'ordre traditionnellement établi de la preuve est justifié par l'idée que la situation de fait est généralement conforme au droit. Aussi, le justiciable qui remet en cause ce postulat supporte-t-il le fardeau de la preuve. La jurisprudence civile rejoint cette conception en admettant que la preuve doit peser sur « *celui des plaideurs qui cherche à détruire une apparence ou une vraisemblance ; à établir une situation contraire à celle qui est a priori regardée comme normale* » (V. par exemple pour la mise en œuvre de ces critères : Cass. soc. 15 oct. 1964, Bull. civ. IV, n°678, et Cass. soc. 31 janv. 1962, Bull. civ. IV, n°105). LAGARDE (X.), *loc. cit.*

⁴⁸⁰ CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, LGDJ, Paris, 2003.

procéduraux s'appliquent « *sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* »⁴⁸². L'article R. 1451-1 du Code du travail pose l'exception d'application du droit commun en droit du travail et assoie le particularisme procédural du conseil de prud'hommes : « *sous réserve des dispositions du présent code, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du livre premier du Code de procédure civile* ». Les règles de droit commun sont alors relayées au rang de règles subsidiaires⁴⁸³. Certains voient dans l'articulation de ces textes, le signe de « *l'appartenance ambivalente de l'institution des prud'hommes aussi bien au monde de la justice qu'au monde du travail* »⁴⁸⁴.

Pour adapter l'ordre classique de la preuve aux relations de travail, le législateur et le juge ont agi de concert. En accord avec les dispositions du Code du travail, le juge a opéré la régularisation à l'instance de l'inégalité probatoire inhérente au contrat de travail, en facilitant l'accès des parties aux éléments de conviction. Le législateur est venu parachever cette action en procédant en deux temps : il a rééquilibré le fardeau de la preuve au profit du salarié et a attribué le risque de la preuve à l'employeur dans de nombreux domaines.

186.- De manière générale, l'existence d'une preuve électronique modifierait l'équilibre probatoire trouvé en droit du travail, en raison des nouvelles possibilités qu'elle offre aux parties de rechercher et de produire les éléments de preuve nécessaires à leurs allégations. Resterait alors à déterminer l'efficacité et l'ampleur de l'aide apportée aux parties par ce type de preuve.

187.- Seule la pratique saurait évaluer l'impact exact de l'existence de la preuve électronique sur le mécanisme de l'ordre de la preuve en droit du travail, toutefois quelques hypothèses théoriques et prospectives peuvent être émises. L'hypothèse suivant laquelle les TIC n'auraient aucun effet sur la répartition de la charge de la preuve, doit être mise en doute, en partie parce qu'il a été démontré plus avant que l'impact des TIC sur la société se répercutait irrémédiablement sur la procédure civile. L'hypothèse alternative se

⁴⁸¹ DESDEVISES (Y.), « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, n°8, Oct./déc. 1997, p. 23-31.

⁴⁸² CPC art. 749.

⁴⁸³ CHAUVENET (B.), cité par BOULMIER (D.), *Preuve et instance prud'homale-à la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Paris, 2002, p. 105.

⁴⁸⁴ DESDEVISES (Y.), op. cit., p. 23. S'ajoute à cette ambivalence, une autre ambivalence : celle de la preuve qui appartient aussi bien à la procédure qu'aux règles de fond.

figure dans l'improbable - voire utopique - rétablissement d'une égalité probatoire parfaite entre le salarié et l'employeur. Elle ne peut qu'être réfutée face aux difficultés pratiques de sa concrétisation. De même, l'idée selon laquelle les TIC pèseraient si lourd dans « *la balance probatoire* » qu'elles provoqueraient un « *déséquilibre renversé* » au détriment de l'employeur paraît excessive.

L'hypothèse la plus vraisemblable serait alors que les règles relatives à la preuve électronique atténueraient le déséquilibre initial entourant la relation de travail en fournissant à chacune des parties de nouveaux moyens de prouver leurs allégations et de nouvelles obligations dans la recherche de la preuve, sans pour autant atteindre une égalité probatoire parfaite. Dès lors, le recours aux TIC serait source d'amélioration dans le contentieux du contrat de travail et exigerait des parties une intervention commune et efficace dans l'administration de la preuve électronique. Ces transformations se vérifieraient aussi bien au regard de l'allègement du fardeau de la preuve que le droit du travail opère en faveur du salarié (§I.), qu'en ce qui concerne l'attribution du risque de la preuve à l'employeur (§II.).

§I. Le fardeau de la preuve électronique

188.- L'abandon progressif et généralisé du mécanisme de l' « *onus probandi* »⁴⁸⁵ est symptomatique de son inadaptation aux pratiques judiciaires modernes. L'application du régime de droit commun de la charge de la preuve, (celui-ci étant issu de la complémentarité du Code de procédure civile et du Code civil), s'est en effet raréfiée autant dans le régime général de la procédure civile qu'en droit du travail. La transposition telle quelle des règles de l'article 1315 du Code civil⁴⁸⁶ qui encadrent la preuve d'une obligation et la preuve de l'exécution ou de l'extinction d'une obligation⁴⁸⁷, ou des règles des articles 6⁴⁸⁸ et 9⁴⁸⁹ du Code de procédure civile qui régissent la preuve des faits en

⁴⁸⁵ Selon son origine latine le mot « *onus* » a une connotation péjorative : il désigne ce qui est pénible et difficile. C'est aussi bien « *le lourd fardeau* » qui écrase l'homme ou l'animal que « *le fait de succomber sous la charge d'un devoir à accomplir* » : GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Hachette, Paris, nouvelle éd., 2000.

⁴⁸⁶ C. civ. art. 1315 al. 1^{er} : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Cet article a été généralisé, à l'origine il était limité à la preuve du paiement.

⁴⁸⁷ DEVEZE (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse soutenue à l'Université de Toulouse I, 1980 ; JACOTOT (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques-Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, Paris, 2007, p. 277-286.

⁴⁸⁸ L'article 6 du Code civil dispose qu' « *à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder* ».

droit du travail, reviendrait, au regard de la qualité quasi-systématique de demandeur du salarié, à réduire ses chances d'établir qu'il est titulaire d'un droit⁴⁹⁰.

189.- Aussi, la subordination juridique et la position hiérarchique du salarié justifieraient le rééquilibrage judiciaire opéré en matière probatoire. C'est en effet, à la lumière de la preuve que l'état de faiblesse contractuel du salarié prend tout son sens. D'abord en raison de l'impossibilité probatoire dans laquelle se situe le salarié : dans 90% des cas le contrat de travail est rompu au moment du conflit⁴⁹¹, le salarié n'est ni juridiquement, ni physiquement rattaché à l'entreprise dans laquelle les faits litigieux se sont déroulés et n'a donc plus la possibilité de se constituer un arsenal probatoire ; ensuite, en raison de l'avantage probatoire que détient l'employeur. En vertu de son pouvoir de direction, il dispose d'importantes prérogatives qui s'étendent jusqu'à la constitution de preuves dans l'entreprise.

Aussi, pour remédier à l'inapplicabilité telle quelle des règles probatoires de droit commun, il était nécessaire de mettre en place diverses dérogations à l'obligation de prouver qui pèse sur le salarié⁴⁹², dont celle de la stricte dissociation entre la charge de la preuve et la charge de l'allégation (**A.**). Ces mécanismes juridiques trouvent une alliée dans la preuve électronique qui participe à la résurgence de l'aptitude probatoire du salarié et lui ouvre la possibilité de prendre une réelle place dans la recherche de la vérité judiciaire (**B.**).

A. Les dérogations à l'obligation de prouver du salarié

190.- La conception traditionnelle de l'attribution du fardeau de la preuve a fait, aussi bien dans les rangs civilistes⁴⁹³ que travaillistes, l'objet de vives critiques. Elle s'est

⁴⁸⁹ L'article 9 du Code civil le complète : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

⁴⁹⁰ « *Pour se prévaloir d'un droit, il faut établir qu'on en est titulaire* » : AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit*, PUF, Paris, 10^e éd., 2007, p. 123-126. Ce concept repose sur l'adage romain « *idem est non esse et non probari* », et signifie qu'il y a équivalence entre l'absence de droit et l'absence de preuve : CHEVALLIER (J.), *Droit civil*, 4^e éd., Sirey, Paris, 1970, p.28.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² HENRY (M.), « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Dr. ouvr.*, oct. 1997, p. 401-405.

⁴⁹³ Selon une partie de la doctrine, il s'est agi de protéger les situations acquises et de se reposer sur « *l'ancienneté de la règle pour se dispenser de la justifier* ». GENY (F.), *Science et technique en droit positif*, III, Sirey, 1921 : « *la charge de la preuve doit incomber à celui qui émet une prétention tendant à modifier l'état des choses existant, ou une situation acquise par une preuve antérieurement faite. Et cette solution*

révélée « *décevante à l'épreuve des faits* »⁴⁹⁴. D'abord, ce système d'alternance de la preuve ne donne aucune initiative au juge qui semble n'être qu'une « *espèce d'automate à qui l'on fournit les éléments du procès pour retirer ensuite un jugement* »⁴⁹⁵. Ensuite, cette volonté de ne pas bousculer de trop près l'ordre établi ne trouve pas sens dans d'autres systèmes judiciaires, et en particulier en droit du travail. F. FAVENNEC-HERY soulève légitimement dans sa thèse⁴⁹⁶, qu'en droit du travail cette conception ne peut s'appliquer car c'est toujours l'employeur qui remet en cause l'ordre établi par le contrat en licenciant le salarié. Enfin, ce mécanisme n'est pas adapté à l'avènement des technologies au procès.

191.- La doctrine s'est donc empressée de proposer des solutions pour remplacer cette logique procédurale devenue inadaptée. Les auteurs précurseurs, parmi eux E. BARTIN, ont élaboré un classement en fonction de la nature du litige, c'est-à-dire en fonction du fond des règles de preuve, pour ainsi favoriser la répartition de la charge de la preuve⁴⁹⁷. En pratique cela reviendrait à déterminer à l'avance le plaideur qui devrait fournir la preuve, selon la nature des faits à prouver. F. BOULANGER a évoqué la nécessité d'adopter une vision plus « *dynamique* » et raisonnée du problème de la charge de la preuve et de passer outre cette conception passive et purement théorique du défendeur à l'instance : « *en pratique, le défendeur n'attend pas son tour passivement pour établir des éléments de preuve mais au contraire tente de ruiner les allégations adverses* »⁴⁹⁸. Selon lui, le problème de la charge de la preuve doit tenir compte à la fois de « *la production des moyens de preuve (qui préparent la répartition de la charge de la preuve opérée postérieurement par le juge)* » et « *du fait à prouver (l'objet de la preuve)* »⁴⁹⁹.

générale, qui s'appuie sur le rapport de l'exception à la règle s'y s'adapte sans peine aux formules diverses proposées pour la traduire, ne saurait être écartée en soi par la difficulté, voire même, l'impossibilité des preuves à produire » ; CHEVALIER (J.), « La charge de la preuve », *Cours de droit civil approfondi*, Les cours de droit Paris, 1958-1959, p. 189. Pour d'autres auteurs, le mécanisme de l'article 1315 du Code civil semblerait relever d'une question d'opportunité. Elle serait représentée comme « *une règle de bon sens qu'impose une logique nécessaire et si évidente par elle-même, qu'elle aurait partout et toujours été reconnue* » : MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1ère partie) », *RDC* 2008, p. 681-701.

⁴⁹⁴ BOULANGER (F.), « Réflexion sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736.

⁴⁹⁵ BOULANGER (F.), *op. cit.*, p.738

⁴⁹⁶ FAVENNEC-HERY (F.), *La preuve en droit du travail*, thèse soutenue à l'Université de Paris X Nanterre, 1983, p. 59.

⁴⁹⁷ BARTIN (E.), Notes sur la preuve in *Traité d'AUBRY et RAU*, 5^e éd., T. XII, 1922, § 749, note 20 bis, p. 84 et 91 ; PIERRE (V.), *Les notes d'Etienne Martin sur la preuve : dans la 5^{ème} édition du Traité d'Aubry et Rau*, mémoire de DEA, Nantes, 1994.

⁴⁹⁸ BOULANGER (F.), « Réflexion sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

192.- En droit du travail spécifiquement, le législateur et la jurisprudence ont érigé des exceptions à l'attribution du fardeau de la preuve sous la forme d'aménagements aux règles de droit commun ou de dispenses de preuve⁵⁰⁰. Ces mécanismes juridiques visent à remédier à l'inaptitude probatoire du salarié.

1. Le régime des exceptions d'attribution de la charge de la preuve

193.- Le mécanisme de l'exception. L'application de l'article 1315 du Code civil en droit du travail conférerait dans 90 % des cas, l'obligation au salarié d'infirmer les décisions de l'employeur. Ce dernier serait alors régulièrement confronté à une forme de « *preuve diabolique* » (issue de la formule latine « *probatio diabolica* »)⁵⁰¹, entendue sous une acception extensive comme la preuve impossible à rapporter⁵⁰². L'inaptitude probatoire du salarié se justifie par plusieurs éléments matériels, humains et juridiques. D'abord, l'inégalité au contrat de travail entraîne un inégal accès aux moyens matériels de preuve. Placé sous la surveillance de l'employeur sur son lieu professionnel, le salarié subordonné ne pourrait se constituer ses armes probatoires dans la perspective d'un éventuel procès. Ensuite, recueillir le témoignage des autres salariés s'avère difficile et entrave l'accomplissement de la justice. Les soutiens humains pour faire valoir les droits du salarié sont rares en entreprise en raison des craintes de représailles souvent entretenues par les collègues de l'intéressé. Enfin, d'un point de vue strictement juridique, la double qualité du salarié de « *sujet et d'objet du contrat* »⁵⁰³, le place dans l'impossibilité de prouver ses allégations. En vertu de son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, il ne pourrait *a priori* photocopier des documents de l'entreprise⁵⁰⁴ ou subtiliser des informations nécessaires au succès de ses prétentions. Or, si la preuve des faits conditionne l'effectivité des droits procéduraux et substantiels du salarié, la présence d'une

⁵⁰⁰ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 2002. Deux types de dispenses de preuve peuvent être recensés : les dispenses légales et rationnelles. La présomption de bonne foi édictée à l'article 2268 du Code civil est par exemple une dispense de preuve rationnelle.

⁵⁰¹ Concept romain qui signifie « *la preuve que seul le diable peut apporter* ». Il est traditionnellement employé pour désigner la preuve de la propriété (« *diabolica probation dominii* ») mais est étendu à celle d'un fait négatif ou celle de la nationalité. Par extension et dans une acception large, la preuve diabolique correspondrait à toute preuve impossible donc à celle du salarié. ROLAND (H.), BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Litec, Paris, 1998, V° « *probatio diabolica* », p. 377.

⁵⁰² FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale au droit, Cours et méthodologie*, PUF, Paris, 2009, p. 236.

⁵⁰³ Le salarié est « *cocontractant placé sur pied d'égalité civil mais aussi exécutant placé sous la subordination de l'employeur* » : SUPIOT (A.), *loc. cit.*

⁵⁰⁴ Cass. soc. 11 février 1981, n°79-40084 ; *Bull. civ. V.*, n° 121, p. 91

preuve diabolique est « *toujours un échec du droit de la preuve* »⁵⁰⁵, car elle contrevient à l'idéal de vérité du procès.

Pour remédier à l'inaptitude probatoire que subit le salarié, l'exception d'attribution de l'obligation de prouver est dotée d'un champ d'application très large qui dépend de la seule appartenance à la catégorie de salarié et a des effets modulés sur l'attribution du fardeau de la preuve.

194.- Les critères de l'exception. Sous un angle général, le critère d'exception au principe d'attribution du fardeau de la preuve est avant tout, l'appartenance à une catégorie de salarié⁵⁰⁶. L'originalité du droit du travail en qualité d'« *instrument de protection des travailleurs et [d'] outil de lien social* »⁵⁰⁷ montre toute son ampleur : « *alors que, de droit commun, il se serait voulu impartial, prêt à secourir l'un quelconque des contractants, sans acception de catégorie – ici, il a choisi son camp une fois pour toutes ; il est, sinon contre les patrons, du moins pour les salariés : c'est à ceux-ci, non à ceux-là, qu'il interdit tout renoncement* »⁵⁰⁸. Dans le même sens, le contournement du droit commun semble dépendre d'un second critère plus juridique que sociologique, celui du « *succès de la prétention* »⁵⁰⁹ du salarié. L'inaptitude à la preuve du salarié est le facteur déclencheur du système dérogatoire. En matière de relation de travail, deux cas peuvent rendre la preuve du salarié « *impossible* » : soit la charge de la preuve a été attribuée au salarié qui ne dispose pas de l'aptitude à la preuve, soit l'objet sur lequel porte la preuve est si complexe ou si sensible qu'il ne peut être prouvé⁵¹⁰.

195.- Ainsi, la logique du législateur du travail en matière d'attribution du fardeau de la preuve rappelle-t-elle la théorie de BENTHAM selon laquelle, « *l'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas, individuelle, imposée à celle des parties qui peut remplir avec le moins d'inconvénients, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais* »⁵¹¹. De même, CARBONNIER préconisait de « *mettre le fardeau de la preuve en corrélation avec*

⁵⁰⁵ BARBIER (H.), « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *RLDC*, 1^{er} mai 2010, NS71, p. 5-11.

⁵⁰⁶ MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1ère partie) », *RDC* 2008, p. 681-701.

⁵⁰⁷ VERKINDT (P.-Y.), « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S* n°5, 27 janv. 2009, p. 3-5.

⁵⁰⁸ CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, p.162.

⁵⁰⁹ DEVEZE (J.), *loc. cit.*

⁵¹⁰ BARBIER (H.), « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy Dr. civ.* 1^{er} mai 2010, NS71, p. 5-11.

⁵¹¹ BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires*, Bossange, Paris, 1823, Vol. II, p. 172.

le rapport des forces entre les parties, en une formule telle que celle-ci : que la preuve incombe à chacun des plaideurs dans la mesure où il a accès aux informations qui sont nécessaires au débat »⁵¹². La singularité de la personne est prise en compte : l'appartenance à la catégorie juridique du salariat entraîne la mise en œuvre du premier stade de la dérogation tandis que l'appartenance à une catégorie particulière au sein même de cette catégorie (femme enceinte, salariés victimes de harcèlement ou de discrimination⁵¹³...) occasionne un degré supplémentaire de dérogation à l'attribution du fardeau probatoire.

2. La nomenclature des exceptions d'attribution de la charge de la preuve

196.- La jurisprudence et le législateur opèrent une gradation dans l'attribution du fardeau de la preuve. Il n'est plus tenu compte de l'auteur de l'action en justice mais d'une question pragmatique, à savoir : qui détient réellement la preuve dans ce type de litige ? Aussi, la catégorie du « *salarié-demandeur* » qui fait valoir une prétention n'est pas systématiquement celle à qui on octroie l'entière charge de la preuve. Selon qu'il existe « *des degrés d'inégalité face à la preuve* »⁵¹⁴, l'aménagement de la charge de la preuve connaît différents degrés d'achèvement ; il est modulé. La preuve peut ne peser sur aucune des parties, offrant au juge un rôle conséquent⁵¹⁵, ou même être partagée entre l'employeur et le salarié. Poussé à son paroxysme, l'aménagement de la charge de la preuve s'apparente au renversement de la charge de la preuve au détriment de l'employeur. Ce mécanisme s'illustre en matière de harcèlement ou de discrimination, où l'objet de la preuve est intimement lié à la personne du salarié, à sa singularité.

197.- Les dispenses partielles de preuve et présomptions. Dans certains domaines des relations de travail⁵¹⁶, il n'existe qu'une dispense partielle de preuve correspondant à un

⁵¹² CARBONNIER (J.), *Droit civil I. Introduction. Les personnes*, PUF, Paris, 13^e éd., 1980, p. 218.

⁵¹³ BOULMIER (D.), *op. cit.*, p. 114.

⁵¹⁴ SUPIOT (A.), *loc. cit.*

⁵¹⁵ « *Le législateur dirige la fonction probatoire du juge afin de garantir l'effectivité d'un certain nombre de règles protectrices* », MEKKI (M.), *loc. cit.* ; JACOTOT (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques-Pensées et témoignages de juristes engagés*, dir. DOCKES (E.), Dalloz, Paris, 2007, p. 277-286.

⁵¹⁶ Le mécanisme de la présomption s'étend à la réglementation spécifique des intermittents du spectacle : C. trav. art. L762-1 : « ; Cass. soc. 25 janv. 1990, *Bull. civ. V*, n°36, D. 1992, 161, note DEVERAT.

déplacement de l'objet de la preuve⁵¹⁷. Le salarié ne doit apporter qu'une preuve indirecte, c'est-à-dire la preuve d'un fait connexe au fait à prouver. Le système de preuve par présomption trouve une large application dans le contentieux du contrat de travail : à titre d'exemple, le contrat de travail conclu verbalement est réputé avoir une durée indéterminée. De même, un licenciement dépourvu de motivation est présumé sans cause réelle et sérieuse.

198.- Le domaine des accidents de travail et des maladies professionnelles est le lieu de prédilection du mécanisme de l'article 1349 du Code civil, qui institue une présomption permettant au juge de « *déduire d'un fait connu un fait inconnu* ». La jurisprudence et le législateur ont très vite constaté la difficulté de prouver ce type d'évènements et ont permis au salarié d'établir un fait voisin. Dans une finalité « *indemnisatrice* » le Code de la sécurité sociale énonce : « *constitue un accident de travail, celui survenu sur les lieux et temps de travail* »⁵¹⁸. A titre d'exemple, le travailleur victime d'un accident du travail doit prouver la matérialité de l'accident mais non le lien de causalité entre sa blessure et cet évènement. Toute lésion apparue après un accident de travail est présumée en être la conséquence⁵¹⁹. La présomption d'imputabilité de l'accident à l'activité professionnelle, engageant la responsabilité de l'employeur⁵²⁰, exige simplement que les lésions soient produites au temps et lieu de travail, au moment ou dans un temps voisin de l'accident. C'est à l'employeur ou à la caisse de sécurité sociale d'apporter la preuve contraire⁵²¹, précisément que le décès d'un salarié survenu au temps et au lieu de travail « *avait une cause totalement étrangère* »⁵²². Plus récemment, la chambre sociale a admis que les salariés pour être indemnisés n'ont pas à prouver le préjudice d'anxiété résultant de l'exposition à l'amiante, celle-ci étant déduite de l'exposition au risque⁵²³. Le transfert de l'objet de la preuve qui pèse sur le salarié, du préjudice subi à la simple survenance d'un

⁵¹⁷ LEGEAIS (R.), thèse *op. cit.* p. 106 ; CHEVALLIER (J.), *Cours 1958-1959, Titre 2, La répartition du fardeau de la preuve*, p. 133, cite GLASSON-TISSIER (E.), t.2, p. 668 : « *celui qui invoque la présomption a toujours à prouver qu'il est dans les conditions exigées par la loi pour l'application de la présomption légale* ».

⁵¹⁸ C. sec. soc. art. L 411-1.

⁵¹⁹ « *Une lésion qui se produit par le fait ou à l'occasion du travail doit être considérée, sauf preuve contraire, comme résultat d'un accident de travail* » : Cass. ch. réun. 7 av. 1921, S 1922, I, p. 81 ; Cass. soc. 19 av. 1956 et Cass. soc. 17 juil. 1958, *Dr. soc.* 1959, p. 60.

⁵²⁰ Le régime des accidents de travail s'articule autour de l'idée que l'accident est un risque que doit indemniser l'employeur car il est le seul à tirer profit de l'exploitation. Cette conception se fonde sur l'adage « *ubi emolumentum ibi onus* » : « *Là où est le profit, là est la charge* » : SEXTE, *De regulis juris*, LV. Sur les mêmes fondements v. l'historique des lois du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et la loi du 25 octobre 1919 sur les maladies professionnelles.

⁵²¹ Cass. soc. 12 oct. 1995, *Bull. civ. V*, n° 276.

⁵²² Cass. soc. 23 mai 2002, *Bull. civ. V*, n°178.

⁵²³ Cass. soc. 2 avr. 2014, n°12-29825 ; Cass. soc. 2 avr. 2014, n°12-28616 à 12-28630 ; n°12-28632, n°12-28634 ; n°12-28651 et 12-28653.

accident de travail ou à son exposition à des matériaux susceptibles de causer une maladie professionnelle, a donc de graves conséquences en termes de responsabilité car elle suffit « à démontrer la non-réalisation de l'obligation de sécurité de résultat »⁵²⁴ de l'employeur.

199.- La « neutralisation »⁵²⁵ du fardeau de la preuve. En matière de contestation du caractère réel et sérieux du licenciement⁵²⁶, le fardeau de la preuve ne pèse en principe sur aucune des parties. La jurisprudence affirme avec constance que la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre partie⁵²⁷. Le résultat de la « neutralisation de la charge de la preuve » est notoire sur la production de la preuve par l'employeur. Il va redoubler d'efforts pour « justifier sa position dans le procès » et risque de perdre le procès en cas de doute. Ce principe a pour conséquence concrète un partage de la charge de la preuve entre les acteurs au contrat de travail car le « salarié-demandeur » et l'« employeur-défendeur » vont devoir tous deux prouver le bien-fondé de leurs décisions et agissements. Il appartient à l'employeur d'alléguer les faits et éléments objectifs⁵²⁸ sur lesquels il fonde le licenciement⁵²⁹. L'article L. 1235-1 du Code du travail offre aux juges un pouvoir de contrôle du caractère réel et sérieux de la cause du licenciement sans pareil⁵³⁰. Ils sont tenus de vérifier l'existence des faits invoqués par l'employeur pour justifier le licenciement et s'il a réuni « les conditions d'usage légitime du droit qu'il a exercé »⁵³¹. La théorie de l'employeur seul juge, résultant du pouvoir de direction, est désuète.

200.- Le partage du fardeau de la preuve. Le partage de la preuve des heures travaillées est désormais effectif. La Cour de cassation a progressivement opéré un rééquilibrage des obligations des parties dans l'administration de la preuve des heures de travail accomplies. Cette opération a entraîné le « réajustement des rôles respectifs des

⁵²⁴ Sur l'évolution de l'obligation de résultat et son régime probatoire depuis les arrêts « amiante » du 28 février 2002 : Cour de cassation, *Rapport annuel 2012, La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, Documentation française, 2013, p. 196.

⁵²⁵ SUPIOT (A.) « Administration de la preuve, l'équitable dans la preuve », *loc. cit.*

⁵²⁶ PILLET (S.), « Variations autour de la rupture du contrat de travail », *Lexbase hebdo* 20 oct. 2011, n° 458 ; BOULMIER (D.), « La preuve et l'huissier de justice en droit du travail », *Droit et Procédures*, n° 6 nov-déc. 2008, p. 304.

⁵²⁷ Cass. soc. 11 déc. 1997, n° 96-42045 ; *RJS* 1999, p. 28, n° 21.

⁵²⁸ Cass. soc. 24 fév. 1993, n° 91-45859 ; *Dr. ouvr.* 1994, p. 228.

⁵²⁹ Cass. soc. 8 oct. 1987, n° 84-41902 ; *JCP* 1987, IV, 380.

⁵³⁰ C. trav. art. L 1235-1 : « en cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles . Si un doute subsiste, il profite au salarié ».

⁵³¹ HENRY (M.), *op. cit.*

parties dans un sens moins favorable au salarié »⁵³² ainsi que l'atténuation du particularisme probatoire du droit du travail, dans le sens des principes processuels de droit commun⁵³³.

Auparavant, la Cour de cassation tirait de l'article L. 3171-4 du Code du travail le fait que la preuve des heures de travail effectuées n'incombait spécialement à aucune des parties et que le juge ne pouvait se prononcer sur les seuls éléments invoqués par le salarié⁵³⁴. Les juges du fond se voyaient alors pourvus d'importantes prérogatives dont celle de « *rechercher l'horaire exactement pratiqué* »⁵³⁵.

A l'initiative des juges du fond, la Cour de cassation a peu à peu infléchi sa jurisprudence pour admettre qu'il appartient au salarié « *de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande* »⁵³⁶ en indiquant précisément les horaires qu'il a réalisés. Le salarié n'a alors pas l'obligation de prouver mais d'étayer ses allégations.

La chambre sociale dans son arrêt du 22 mars 2011, entérine définitivement le partage du fardeau de la preuve des heures travaillées entre le salarié et l'employeur et y ajoute une certaine « *chronologie probatoire* »⁵³⁷. Elle décide qu'« *en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments* »⁵³⁸. L'arrêt de la chambre sociale en date du 8 juin 2011 réitère ce principe en affirmant : « *qu'ayant ainsi analysé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, les éléments produits tant par le salarié que l'employeur, la cour d'appel n'encourt pas les griefs du moyen* »⁵³⁹. Elle rappelle également l'exigence de précision des documents fournis par le salarié⁵⁴⁰. En pratique, ce dernier doit accompagner sa demande d'un dossier contenant des

⁵³² GASSER (J.-M.), « La preuve des heures supplémentaires », *RJS* 2005, p. 175-183.

⁵³³ PIGNARRE (G.), « Sur la répartition de la charge de la preuve de l'accomplissement des heures supplémentaires : vers un retour aux principes directeurs du procès ? », *RDT* 2012, p. 503.

⁵³⁴ Cass. soc. 5 juin 1996, n° 94-43502, *Bull. civ. V.*, 1996, n° 224 ; Cass. soc. 3 juil. 1996, n°93-41645 ; Cass. soc. 30 sept. 2003, n° 02-42730 ; Cass. soc. 10 mai 2007, n° 05-45932.

⁵³⁵ Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 01-45441.

⁵³⁶ Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 01-45441: si la Cour nuançait son propos, elle réitérait cependant dans cet arrêt la formule selon laquelle « *la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties* ».

⁵³⁷ France, Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, « La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Paris, Documentation française, 2013, p. 208.

⁵³⁸ Cass. soc. 22 mars 2011, n° 09-43307.

⁵³⁹ Cass. soc. 8 juin 2011, n° 09-43208.

⁵⁴⁰ Dans l'arrêt du 8 juin 2011 (Cass. soc. 8 juin 2011, n° 09-43208), le salarié produisait « *des copies de pages d'un agenda rempli par lui, qui n'étaient corroborées par aucun élément extérieur et étaient contredites par l'attestation d'un supérieur hiérarchique versée par l'employeur* ». La Cour de cassation fait valoir que « *l'intéressé aurait pu étayer sa demande par des témoignages de clients ou de salariés. La production de son seul planning de travail ne permettait pas de justifier la faute de l'employeur, et par conséquent, la prise d'acte*

éléments de preuve suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés, permettant à l'employeur d'y répondre⁵⁴¹.

201.- La question de la modulation de la charge de la preuve se pose avec d'autant plus d'acuité s'agissant de la preuve des jours travaillés dans le cadre d'une convention de forfait-jours car aucun texte n'encadre la preuve des jours travaillés au-delà des 215 jours fixés en application d'un accord d'entreprise. Dans un arrêt en date du 23 septembre 2009⁵⁴², la chambre sociale au visa de l'article L. 3171-4 du Code du travail, censure l'application par la cour d'appel du principe de l'article 1315 du Code civil : « *en faisant reposer sur le seul salarié la charge de la preuve des jours travaillés [...] la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Ainsi, la Cour de cassation étend l'application du principe de la preuve partagée aux conventions de forfait-jours et ce, avec pédagogie et constance⁵⁴³.

202.- Le renversement de la charge de la preuve. Lorsqu'il s'agit de prouver une faute grave, l'employeur supporte seul la charge de la preuve et le salarié n'a rien à démontrer⁵⁴⁴. Le législateur a également instauré des régimes probatoires spéciaux pour encadrer la preuve d'agissements qui portent atteinte à l'intégrité physique et mentale de la personne du salarié.

203.- La preuve de la discrimination, au sens de l'article L. 1134-1 du Code du travail instaure une « *quasi-présomption de discrimination* » en faveur du salarié⁵⁴⁵. Inséré par la

de rupture de son contrat » ; MARRON (F.), « Le mode de preuve des heures supplémentaires », *Gaz. Pal.*, 10 sept. 2011, n° 252-253, p. 37-39.

⁵⁴¹ Cass. soc. 28 sept. 2011, n°10-15588 : dans cette affaire le salarié s'était borné à produire des « *récapitulatifs sommaires ne permettant pas de déterminer les heures accomplies* ».

⁵⁴² Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-41377; GOSSELIN (H.), « Rapport », *Sem. soc. Lamy*, 9 nov. 2009, n°1420, p. 10.

⁵⁴³ Cass. soc. 7 déc. 2010, n° 09-42626 ; Cass. soc. 4 mai 2011, n° 09-71003 : « *Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre de jours de travail effectués par le salarié dans le cadre d'une convention de forfait en jours, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier des jours effectivement travaillés par le salarié ; qu'au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; qu'ainsi la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties, et le juge ne peut, pour rejeter une demande de paiement de jours travaillés, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié mais doit examiner les éléments de nature à justifier les jours effectivement travaillés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir* ».

⁵⁴⁴ Cass. soc. 9 oct. 2001, *Bull. civ. V*, n° 306.

⁵⁴⁵ C. trav. art. L1134-1 : « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

loi du 16 novembre 2001⁵⁴⁶, ce texte a modifié l'ordre classique de la preuve pour ainsi rendre effectif le principe d'égalité de traitement⁵⁴⁷. Le mécanisme probatoire agit à un double niveau, en ce qu'il requière que le salarié « *présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » tandis qu'il incombe à l'employeur « *de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination* »⁵⁴⁸. L'employeur est donc le seul sur qui repose véritablement l'« *action de prouver* »⁵⁴⁹. La terminologie complaisante utilisée pour orchestrer le rôle du salarié, à savoir « *présente[r]* » des éléments qui dans leur ensemble⁵⁵⁰ « *laiss [ent] supposer* » une discrimination, témoigne tant de la tolérance avec laquelle sont accueillis les éléments produits par le salarié⁵⁵¹, que de la volonté commune du législateur et de la jurisprudence de faire reposer la preuve sur l'employeur⁵⁵².

204.- Les modalités de la répartition de la charge de la preuve semblent avoir été déterminées de la même manière en matière de harcèlement moral et sexuel⁵⁵³. Seules deux nuances terminologiques, laissant présumer un allègement moins significatif du fardeau de

⁵⁴⁶ L. n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.* 17 nov. 2001, p. 18311.

⁵⁴⁷ MICHAUD (C.), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, 2012, 1481, p. 13.

⁵⁴⁸ L'article 1134-1 du Code du travail (ancien article L122-45) a été modifié par la transposition de l'article 6 de la directive du 27 mai 2008 et de l'article 4 de la directive 97/80/CE du 15 déc. 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe : « *dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* » ; Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-42940 ; *D.* 2000, IR 46 ; *Dr. soc.* 2000, 589, obs. LANQUETIN (M.-T.).

⁵⁴⁹ « *Il ressort du vingt et unième considérant de la directive 2000/43 que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination, et dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse* » : CJUE 19 avr. 2012, n° C-415/10, Meister, notes LACOSTE-MARY (V.), *Dr. ouvr. janv.* 2013, n°774, p. 60-62 ; DRIGUEZ (L.), *Europe*, n°6, p. 24-25 ; LOKIEC (P.) et PORTA (J.), *D.* 25 av. 2013, n° 15, p. 1026-1040. Pour une étude approfondie des interdictions des discriminations par la CJUE : LAULOM (S.), « L'interdiction des discriminations », *Sem. soc. Lamy* n° 1582, 29 avr. 2013, p. 25-47.

⁵⁵⁰ Cass. soc. 29 juin 2011, n°10-14067 : « *il appartient seulement au salarié d'apporter la preuve de l'existence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; qu'en affirmant que les faits rapportés par le salarié ne caractérisaient aucune discrimination, ni aucun harcèlement moral, la Cour d'appel a fait peser sur le salarié la charge de la preuve* ».

⁵⁵¹ Les questions des recours abusifs du salarié et de l'impunité dont il bénéficie, ont été soulevées par la doctrine. A tout le moins peut-on concéder avec elle qu'« *à tout perdre [on] préfère le risque des quelques recours abusifs à une impunité des pratiques discriminatoires* » : MINET (C.), « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E*, 2013, spéc. p. 897.

⁵⁵² Les éléments objectifs justifiant une décision « *peuvent s'entendre de l'expérience, de l'ancienneté ou encore de la qualité du travail, estimés par exemple par le biais de bilan d'évaluation* » : MICHAUD (C.), *op. cit.* n° 24.

⁵⁵³ Loi n° 92-1179 du 2 nov. 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et de procédure pénale (1), *JORF*, n°257, 4 nov. 1992, p. 15255.

la preuve au profit du salarié, méritent d'être soulevées⁵⁵⁴. Selon l'article L. 1154-1 du Code du travail⁵⁵⁵, dès lors que le salarié concerné « *établit* » - et non pas « *présente* » comme en matière de discrimination - des faits qui permettent de « *présumer l'existence d'un harcèlement moral* »⁵⁵⁶ - en comparaison avec « *laissant supposer l'existence d'une discrimination* » -, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs⁵⁵⁷.

Adoptant une interprétation pragmatique de la définition du harcèlement moral de l'article L. 1152-1, la chambre sociale a d'abord réduit l'objet de la preuve aux conséquences des agissements répétés et non pas à l'intention de harceler. Cette interprétation procède à l'ouverture du champ probatoire du harcèlement aux nouvelles formes de « *harcèlement collectif* »⁵⁵⁸, parmi lesquelles « *le harcèlement managérial* » ou « *institutionnel* »⁵⁵⁹. La Cour a ensuite interprété très largement la notion de harcèlement moral ainsi que les conditions d'application de l'article L. 1152-1 en affirmant « *qu'aucune contrainte de temps n'entrait dans la définition du harcèlement moral* »⁵⁶⁰, et que « *s'il était nécessaire de faire apparaître une dégradation des conditions de travail du salarié, il n'était pas nécessaire que l'une ou l'autre des conséquences sur le respect des droits ou de la dignité, sur l'altération de la santé ou sur la compromission de l'avenir professionnel soit réalisée* »⁵⁶¹. Dès lors, toutes les techniques juridiques déployées par la jurisprudence convergent vers une même finalité : celle de rendre au salarié l'aptitude probatoire qui lui fait défaut, en raison de la spécificité du rapport contractuel dans lequel il est placé.

⁵⁵⁴ L'article L 1154-1 C. trav. a connu une modification, introduite par la loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003, visant à remplacer la locution « *présenter des faits* » par « *établit des faits* » et ce, « *conformément à la réserve émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2001-455 DC du 12 janv. 2002* ». L'insistance de la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2012 sur cette différence de terminologie, met fin à toute suspicion d'erreur de vocable de la part des hauts conseillers.

⁵⁵⁵ C. trav. art. L 1154-1 : « [...] *le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ».

⁵⁵⁶ Terminologie consciencieusement reprise par la Cour de cassation : « *lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si les éléments pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* » : Cass. soc. 13 nov. 2013, n°12-15694.

⁵⁵⁷ Cass. soc. 24 sept. 2008, n° 06-45579; D. 2008, A.J. 2423, obs. PERRIN (L.).

⁵⁵⁸ Ce caractère collectif est nuancé par l'obligation de démontrer que les techniques managériales, si elles s'inscrivent dans un contexte global, ont des répercussions individuelles et personnelles sur le salarié : Cass. soc. 20 oct. 201, n° 08-19748.

⁵⁵⁹ Cass. soc. 10 nov. 2009, n°07-45321; Cass. soc. 6 nov. 2013, n°12-18130.

⁵⁶⁰ Cass. soc. 26 mai 2010, n°08-43152.

⁵⁶¹ France. Cour de cassation, *op. cit.*, p. 202.

L'inscription des éléments probants sur un support électronique ou numérique renforce cet effet miroir.

B. La résurgence de l'aptitude probatoire du salarié

205.- L'aptitude du salarié à la preuve peut resurgir avec une intensité différente selon l'espèce en cause. Tout dépend de « *la nature de la preuve produite et des circonstances de sa production [et de sa conservation]* »⁵⁶². La nature de la preuve électronique ainsi que les circonstances de sa production se démarquent fondamentalement des modes de preuve traditionnels. Par ses qualités d'ubiquité et d'accessibilité, elle offre une nouvelle forme d'aide juridique au salarié.

Dès lors, le rééquilibrage que les TIC opèrent dans la balance probatoire ne peut être minimisé au regard de l'objectif d'efficacité du régime d'aménagement de la charge de la preuve qui exige, que soit apportée au salarié, une aide « *exactement proportionnée au handicap qu'il supporte* »⁵⁶³.

1. L'aptitude probatoire du salarié en raison de la nature de la preuve électronique

206.- Le postulat selon lequel, c'est toujours dans les mains de l'« *employeur-défendeur* » que se trouve la preuve et ce, dès l'instance prud'homale, est désormais erroné. La nature contingente, volatile et quasi-orale⁵⁶⁴ du document électronique se reflète sur la preuve électronique qui devient facile à atteindre et à recueillir. Le mécanisme d'exception d'attribution du fardeau de la preuve prévu en droit du travail se révèle alors inadapté.

207.- *La qualité d'oral-écrit de la preuve électronique.* « *Verba volant, scripta manent* ». Contrairement aux paroles, les écrits laissent des traces compromettantes pouvant servir d'argument lors d'un contentieux. La rédaction spontanée et informelle d'un SMS, d'un courriel ou d'un message posté sur un mur « *Facebook* » ou sur

⁵⁶² MEKKI (M.), *loc. cit.*

⁵⁶³ SUPIOT (A.), *loc. cit.*

« *Tweeter* » permet d'assimiler les échanges électroniques à une forme d'oral⁵⁶⁵. En parallèle, ils répondent bien à la définition de l'écrit de l'article 1316 du Code civil. Le contenu de la preuve électronique se caractérise essentiellement par la distanciation des interlocuteurs, le manque de maturation des idées ainsi que la difficulté de connaître le contexte d'écriture. Aussi, le contentieux du contrat de travail s'articule de plus en plus autour de « *propos-écrits* » qui ont dépassé la pensée de leur émetteur, y compris lorsqu'il s'agit de l'employeur. Ce dernier prend en effet, rarement le soin de faire relire son envoi électronique par le service des ressources humaines, comme il est d'usage pour la lettre sur support papier. Le filtre de la réflexion n'opère plus.

208.- Dans une affaire en date du 16 janvier 2013, la Cour de Poitiers, pour caractériser l'existence d'un contrat de travail, s'est fondée sur les messages que l'employeur avait publiés sur le mur Facebook de la salariée⁵⁶⁶. Dans ces écrits électroniques, l'employeur désignait la salariée comme « *sa vendeuse* » et se plaignait d'être « *déçu de son comportement* ». Le contenu des messages présentait selon les juges « *une analogie suffisante avec le contexte litigieux pour démontrer que Mme T. a bien été recrutée par Mme D. comme vendeuse* ». Dans le même sens, l'arrêt du 25 septembre 2013⁵⁶⁷, très célèbre pour les injures infamantes que proférait un employeur à l'égard de sa salariée dans un courriel⁵⁶⁸, a reçu ce moyen de preuve pour contester la validité du licenciement.

⁵⁶⁴ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de Limoges 2010, p. 157-196.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ CA Poitiers 16 janv. 2013, n° 10/0321.

⁵⁶⁷ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

⁵⁶⁸ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884. Propos ainsi reproduits dans l'arrêt « *Salut grosse vache Alors t'es contente que Marjorie t'ai appelé ? En tous cas sache que ça ne changera rien du tout ! ! ! J'attends toujours ta lettre de démission car après mon comportement tu dois bien comprendre que je ne veux plus voir ta gueule et qu'il est hors de question que je débourse un centime pour ton licenciement ! ! ! ! Et pas la peine que tu me casses les couilles avec tes conneries de prud'homme parce que moi j'ai un avocat et je t'enfoncerai encore plus que je l'ai déjà fait et crois-moi c'est possible " Alors ? ? ? Toujours pas les boules d'avoir quitté Sofinco et ton petit cdi tranquille ! Je tiens quand même à te remercier grâce à toi j'ai pu monter ma boîte à moindre frais et qui aurait cru que tu serais assez naïve pour me suivre après que je t'ai recrutée pour Epargne sans frontière alors que je savais depuis des mois qu'on allait déposer le bilan ! ! Pauvre conne ! tu croyais vraiment que je t'avais recruté pour tes compétences ? Alors je te préviens envoie-moi ta lettre et plus vite que ça, tu vas enfin bouger ton gros cul pour quelque chose ! ! ! ! Et t'avisés pas d'essayer de me la faire à l'envers avec la Marjorie sinon tu vas voir ce que c'est du harcèlement, je vais te montrer ce que c'est moi une dépression grosse vache ! ! ! ! Alors ? ? ? ? ? tu regrettes toujours pas ? ? ? ? il aurait peut-être été plus simple de coucher finalement ! ! ! Maintenant t'a plus rien, plus de boulot, plus d'argent et toujours pas de mec tu peux la faire ta dépression ! ! ! Juste pour info change de secteur je t'ai grillé chez toutes les banques tu feras plus rien dans ce métier ».*

209.- Dans une autre affaire portée devant la chambre sociale le 13 mars 2013⁵⁶⁹, les juges du fond se sont fondés sur des échanges de courriels d'un directeur commercial avec sa secrétaire et les autres salariés, pour valider le licenciement pour faute grave. Ces courriels démontraient les critiques injurieuses qu'il proférait à l'égard de l'ensemble du personnel⁵⁷⁰.

210.- En outre, le SMS constitue un procédé propice aux dérives écrites, notamment car le téléphone portable peut être utilisé à toute heure et dans des circonstances extra-professionnelles. De nouvelles techniques relationnelles apparaissent sous l'influence des TIC. Leur singularité se mesure à la rapidité avec laquelle elles s'installent. La Cour de cassation dans l'exercice de son contrôle de la qualification du harcèlement⁵⁷¹, se voit régulièrement lire les épanchements déplacés de certains employeurs. Si la chambre sociale, dans un arrêt du 12 février 2014 a refusé la qualification de harcèlement sexuel au comportement de l'employeur qui envoie à sa salariée de brefs SMS sentimentaux qui « *révèlent une proximité de ton et des relations détendues sans lien avec une relation hiérarchique* »⁵⁷², elle a en revanche annulé à plusieurs reprises le licenciement d'une salariée pour harcèlement sexuel ou moral, au regard des relevés d'appels téléphoniques et des SMS produits au débat⁵⁷³.

La qualité d'oral-écrit de l'information électronique contrevient au monopole probatoire de l'employeur, ce dernier n'étant plus le seul à détenir les éléments relatifs à la signature, à l'exercice et à la rupture du contrat.

211.- L'ubiquité⁵⁷⁴ de la preuve électronique. Avec l'apparition des TIC, l'information se trouve n'importe où et partout à la fois. La profusion des documents électroniques et leur détention par un nombre exponentiel d'acteurs, démultiplient les chances des parties d'appréhender la preuve sur support électronique qui viendrait au soutien de leurs allégations. Les documents nécessaires à la défense du salarié sont prolifiques car les

⁵⁶⁹ Cass. soc. 13 mars 2013, n°11-23525.

⁵⁷⁰ Cass. soc. 13 mars 2013, n°11-23525. Propos ainsi reproduits dans l'arrêt : « *à faire des copier-coller de parties de mails, le personnel va finir par ne plus rien comprendre (même toi tu fini par ne plus savoir que tu m'as déjà envoyé ce mail [...])* ».

⁵⁷¹ Cass. soc. 24 sept 2008, n° 06-46517. La chambre sociale a accepté de contrôler la qualification de harcèlement alors qu'auparavant elle ne relevait que du pouvoir souverain des juges. Sur la position antérieure : Cass. soc. 27 oct. 2004, n°04-41008.

⁵⁷² Cass. soc. 12 fév. 2014, n°12-26652.

⁵⁷³ Cass. soc. 3 mars 2009, n°07-44082 ; Cass. soc. 6 janv. 2011, n° 09-69560.

⁵⁷⁴ Le vocable ubiquité est tiré du latin « *ubicumque* » : « *en tout lieu, partout* » : GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, nouvelle éd., 2000.

échanges virtuels entre collaborateurs sont plus rapides et remplacent la simple discussion orale. En outre, la mise sous copie à un autre collaborateur est devenue instinctive et parfois irréfléchie. L'information est donc plus fournie et systématiquement partagée entre une myriade d'acteurs.

212.- S'agissant de la preuve du point de départ du contrat de travail, l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 27 septembre 2012 est significatif. Pour déterminer la date effective de commencement du contrat, la cour s'est fondée sur les différents courriels envoyés par les collaborateurs du salarié à partir du 11 janvier 2007 et non pas sur la prise d'effet prévue dans le contrat au 15 février 2007. Malgré l'absence du salarié dans l'entreprise, les courriels des collaborateurs confirmaient la présence du salarié dans une filiale en Italie⁵⁷⁵.

Le salarié qui conteste son licenciement trouve dans les différents tiers à la relation contractuelle, autant de détenteurs de l'information nécessaire à sa demande : administrateur réseau, collègues dans le même service, collaborateurs extérieurs, confidents, responsables des ressources humaines, institutions représentatives, etc. De même, la Haute juridiction autorise le salarié à produire les courriels envoyés entre les chefs de service sur les classifications et avancements de carrière, au soutien de l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle⁵⁷⁶.

213.- Les TIC créent une « *collectivité de preuves* ». Elles rompent le lien probatoire univoque qui existait entre un salarié et son employeur en raison de la relation contractuelle. L'accessibilité des éléments de preuve sur support électronique a par conséquent, une influence notoire sur le comportement processuel du salarié : elle suscite la confiance dans l'action juridique et agit en faveur de son implication dans le jeu probatoire.

2. *L'aptitude probatoire du salarié en raison des circonstances de production et de conservation de la preuve électronique*

⁵⁷⁵ CA Paris 27 sept. 2012 soumis au contrôle : Cass. soc. 19 mars 2014, n° 12-28326.

⁵⁷⁶ Cass. soc. 6 nov. 2013, n°12-22270.

214.- La création d'un espace multidimensionnel de production des preuves. D'un point de vue technique, les TIC créent un espace où chacun est visible ; où chacun voit. Elles épousent les techniques qui les précèdent, les intègrent et donnent naissance à de nouvelles possibilités d'interactions continues dans le temps et dans l'espace. Par conséquent, les TIC facilitent l'accès à la preuve par le salarié en ce qu'elles génèrent un nouvel espace de production, d'expression, de communication et de savoir en entreprise. Elles facilitent, sinon la liberté d'expression en entreprise, à tout le moins l'enregistrement des discussions entre les membres de l'entreprise. La circulation des données est ainsi optimisée.

215.- La création d'un espace virtuel de conservation des preuves. Les TIC se caractérisent également par la création d'un espace virtuel de conservation des preuves. L'entreprise n'est définitivement plus *ipso facto* « le lieu naturel de conservation et donc de préconstitution de la preuve des conditions d'exercice du contrat de travail »⁵⁷⁷. La conservation des éléments de preuve devient alors externe et technique, ce qui représente un avantage notable pour le salarié : elle permet de réduire les risques de disparition des preuves. En effet, la perte des preuves est fréquente dans le microcosme des relations de travail en raison notamment des modifications du lieu de travail, de la modification éventuelle de la situation juridique de l'employeur ou plus couramment de la volonté de l'employeur de se défaire de documents gênants. Dès lors, le nouvel espace immatériel et infini qu'offre l'utilisation des TIC sur le lieu de travail, permet de conserver des données indispensables à la défense du salarié. D'autant que l'utilisation des technologies modernes optimise la qualité de conservation des éléments probatoires. Le document électronique a pour particularité de détenir l'information de manière pérenne.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

§II. Le risque de la preuve électronique

216.- L'attribution du risque de la preuve est essentiellement un moyen de politique juridique⁵⁷⁸ tendant à atteindre un équilibre juste⁵⁷⁹. Au premier rang des objectifs de la jurisprudence et du législateur du travail, se place le souci d'éviter que l'attribution de la charge de la preuve n'entrave l'effectivité de la règle de fond. Aussi la question de l'effectivité⁵⁸⁰ du droit est-elle consubstantielle à celle de la charge de la preuve⁵⁸¹.

217.- L'attribution du risque de la preuve au « *salarié-demandeur* » reviendrait à instituer en droit du travail « *une présomption de régularité des décisions de l'employeur* »⁵⁸² et contribuerait à ce que le salarié perde systématiquement le procès, voire renonce à faire valoir ses droits. En cas de licenciement, la transposition du mécanisme classique en droit du travail placerait l'employeur dans une situation de monopole probatoire puisque c'est lui qui, dans la plupart des cas, met fin à la relation contractuelle : « *seul l'employeur, auteur de la décision, connaît les raisons, avouables ou non qui la justifient* »⁵⁸³. L'employeur détient des moyens de surveillance, de contrôle et d'évaluation des salariés⁵⁸⁴, car ceux-ci se placent dans un environnement et dans des conditions de travail dont seul l'employeur est l'organisateur.

Aussi le droit du travail s'est-il détaché du régime de droit commun pour élaborer son propre régime du risque probatoire **(A.)**. L'existence d'une preuve électronique au litige bouleverse cette organisation et fait peser sur l'employeur le double risque de la preuve **(B.)**.

⁵⁷⁸ FAVENNEC-HERY (F.), *La preuve en droit du travail*, thèse soutenue à l'Université Paris X Nanterre, 1983, p.7.

⁵⁷⁹ DEVEZE (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse soutenue à l'Université de Toulouse, 1980.

⁵⁸⁰ Cette notion phare de sociologie du droit aussi bien présente chez KANT que WEBER, semble inspirer l'autonomie du droit du travail quant aux règles générales d'attribution de la charge de la preuve. « *Questionner le système juridique sur son efficacité sociale. [...] c'est introduire de nouveaux acteurs œuvrant sur d'autres terrains et faisant usage de normes différentes de celles que le système juridique met habituellement en œuvre* » : LASCOURMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, fév. 1986, p. 127-150.

⁵⁸¹ COMMAILLES (J.) : « *Rien n'est plus au cœur des relations entre droit et société que la question de l'effectivité. Celle-ci peut être définie comme le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* » : in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, V^o « Effectivité ».

⁵⁸² FAVENNEC-HERY (F.), *op. cit.*, p. 59.

⁵⁸³ JACOTOT (D.), *op. cit.*, p. 285.

⁵⁸⁴ PELISSIER (J.), AUZERO (G.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, 26^e éd., Dalloz, 2012, p. 637.

A. Les dérogations à l'attribution du risque de la preuve en droit du travail

218.- Au regard de sa qualité quasi-systématique de demandeur, le salarié à qui il incomberait de prouver les faits, supporterait aussi selon le droit commun le risque de la preuve, autrement désigné comme le « *risque du doute* »⁵⁸⁵. Il verrait, en cas d'incertitude des juges, rejeter sa requête au bénéfice de l'employeur. Le législateur et la jurisprudence ont suivi une logique double pour rééquilibrer l'inégalité probatoire initiale occasionnée par le contrat de travail : ils ont d'abord attribué expressément le risque de la preuve à l'employeur lorsque le doute subsiste ; puis ont créé de nouveaux mécanismes de facilitation probatoire au bénéfice du salarié.

1. L'attribution du risque de la preuve à l'employeur

219.- Celui qui détient la charge de la preuve n'est pas celui qui supporte le risque de la preuve dans le contentieux du contrat de travail. Selon l'article L 1235-1 du Code du travail portant sur la preuve des contestations et sanctions des irrégularités du licenciement : « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ». Le risque probatoire qui incombe à l'employeur est donc intimement lié à la présence d'un doute dans l'esprit du juge.

220.- *Le risque de la preuve dans le contentieux du licenciement.* Le principe d'attribution du risque à l'employeur a été confirmé par la jurisprudence⁵⁸⁶. Il ne fait dès lors plus figure d'exception puisqu'il s'applique au contentieux majoritaire des relations de travail, à savoir le contentieux du licenciement. S'il a été démontré plus avant que la charge de la preuve n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre des parties⁵⁸⁷, le risque lui, n'est imputable qu'à l'employeur. La chambre sociale rappelle avec insistance qu'il appartient à l'employeur d'alléguer les faits sur lesquels il fonde le licenciement⁵⁸⁸ et que les simples soupçons doivent être rejetés par les juges du fond pour qualifier le

⁵⁸⁵ CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, LGDJ, 2003; LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Thèse soutenue à Poitiers, 1954, p. 101.

⁵⁸⁶ Cass. soc. 16 juin 1993, D. 1993, IR 174 ; Cass. soc. 30 juin 1993, n°91-43426.

⁵⁸⁷ Cass. soc. 11 déc. 1997, n° 96-42045 ; *Bull. civ. V.*, n° 436; *RJS* 1999, p. 28, n° 21.

⁵⁸⁸ Cass. soc. 8 oct. 1987, *JCP* 1987, n° 84-41902 ; *Bull. civ. IV*, n° 380; *JCP* 1987, IV, 380.

licenciement⁵⁸⁹. Aussi, l'issue du litige en droit du travail dépend essentiellement de l'« *aptitude de l'employeur à établir le caractère raisonnable de sa décision* »⁵⁹⁰. A défaut, il perd le procès.

L'attribution du risque de la preuve à l'employeur suit une double finalité : encourager l'action en justice du salarié et assurer la protection de la partie faible au contrat⁵⁹¹.

221.- Le poids du doute. Le poids du doute pèse également sur l'employeur. Cette disposition légale signifie que « *l'absence de doute chasse le risque* »⁵⁹². *A contrario*, s'il a le moindre doute, l'employeur en supporte l'intégralité des conséquences. En théorie ce mécanisme revient à dire que le juge « *retient une proposition qui sera tenue pour vraie tant que la proposition contraire n'aura pas été établie* »⁵⁹³.

Dans une affaire en date du 7 juin 2011, un salarié avait été licencié pour faute grave pour avoir envoyé un courrier électronique au président du conseil de surveillance, « *dont le contenu [était] particulièrement choquant* » et « *caractérisait une attitude indigne et déloyale* », alors qu'il était en congé maladie. La cour d'appel de Limoges a estimé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Un doute subsistait sur l'intention prêtée au salarié, car ce mail pouvait très bien constituer « *une manifestation de désarroi d'un salarié en état dépressif* »⁵⁹⁴.

2. Les mécanismes de facilitation probatoire

222.- Les mécanismes de facilitation probatoire s'adressent aussi bien au salarié lui-même qu'aux personnes qui entourent la relation contractuelle et peuvent servir par leurs témoignages la vérité judiciaire.

223.- L'autorisation de la subtilisation de document. Elle consiste à réduire au silence l'obligation de loyauté contractuelle du salarié s'il remplit certaines conditions. L'inaptitude probatoire du salarié se répercute sur les transgressions au contrat de travail

⁵⁸⁹ Cass. soc. 6 oct. 1999, *RJS* 1999, 834, n°1355

⁵⁹⁰ Pour une étude plus étayée de la charge de la preuve : TERROUX-SFAR (F.), *Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail*, Thèse soutenue à l'Université Paris X Ouest-Nanterre, 27 janv. 2012.

⁵⁹¹ MEKKI (M.), *loc. cit.*

⁵⁹² MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{ère} partie) », *RDC* 2008, p. 681-701

⁵⁹³ CHEVALIER (J.), Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve, cité par M. Mekki, *op. cit.*

⁵⁹⁴ CA Limoges 7 juin 2011, n° 10/01472.

qui lui sont permises. Par exception à l'obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail⁵⁹⁵, le salarié peut produire en justice, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁵⁹⁶ et à condition que cette utilisation ne porte pas préjudice à l'entreprise⁵⁹⁷. Cette dérogation au droit commun n'a pas toujours été reconnue par l'ensemble des systèmes procéduraux.

224.- Les chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation ont longtemps eu des avis divergents quant à la possibilité pour le salarié de subtiliser des documents de l'entreprise pour les produire à son procès⁵⁹⁸. La chambre sociale a d'abord admis dans un arrêt du 2 décembre 1998, au visa de l'article 1315 du Code civil, que « *le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* »⁵⁹⁹. La subtilisation de document par le salarié ne constituait pas selon le juge, un procédé déloyal et ne rendait donc pas la preuve irrecevable sous réserve qu'il en ait eu « *connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* » ou qu'il s'agissait d'« *informations dont les membres du personnel ont normalement connaissance* » et qu'elles lui soient « *strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense* ». La chambre criminelle se refusait à rejoindre cet avis en réaffirmant de manière constante que se rendait coupable de vol, délit défini à l'article 311-1 du Code pénal, « *un présumé qui, détenant matériellement certains documents appartenant à son employeur, en prend, à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire, des photocopies et qui ainsi appréhende frauduleusement ces documents pendant le temps nécessaire à leur reproduction* »⁶⁰⁰.

225.- Deux arrêts de la chambre criminelle en date du 11 mai 2004 mettent fin à cette querelle. Afin d'éviter que le salarié soit « *tirillé entre le désir de gagner son procès*

⁵⁹⁵ C. civ. art. 1134. En vertu de son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, le salarié ne pourrait photocopier des documents de l'entreprise ou subtiliser des informations nécessaires au succès de ses prétentions : Cass. soc. 11 février 1981, *Bull. civ. V.*, n° 121, p. 91.

⁵⁹⁶ Cass. soc. 30 juin 2004, *JCP* 2005, I, 122, n° 16, obs. PELISSIER (A.); *D.* 2004, obs. ROUJOU DE BOUBEE (G.).

⁵⁹⁷ Cass. soc. 19 juin 2008, *JCP* 2008, I, 2006, n° 16, obs. AMRANI-MEKKI (S.).

⁵⁹⁸ CORRIGNAN-CARSIN (D.), « La preuve à l'insu de...une logique de Chambres ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges I. Pradel*, Cujas, 2006, p. 291-315.

⁵⁹⁹ Cass. soc. 2 déc. 1998, *D.* 1999, J. 431, note GABA (H.).

prud'homal et la crainte d'être poursuivi et condamné pénalement »⁶⁰¹, la chambre criminelle a opéré un revirement de jurisprudence. Cette nouvelle position assure l'harmonisation des décisions de jurisprudence en la matière et assure l'effectivité de la protection accordée au salarié. Poursuivant ces mêmes objectifs, la chambre sociale s'est alignée sur les propos de la chambre criminelle en faisant preuve de plus de sévérité dans son célèbre arrêt du 30 juin 2004. Désormais, « *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* »⁶⁰². La jurisprudence a ainsi procédé à la consécration de la subtilisation de documents par le salarié tout en l'encadrant de manière plus stricte. Le cadre de cette facilitation probatoire au bénéfice du salarié est en effet respecté scrupuleusement par les juges qui n'hésitent pas à qualifier de vol, le comportement d'un salarié ne remplissant pas les conditions limitées de dérogation. A titre d'exemple, la chambre criminelle a confirmé l'arrêt de la cour d'appel ayant qualifié de vol, le fait pour un salarié de produire devant les services de gendarmerie la photocopie de lettres de voiture appartenant à l'employeur et démontrant les carences de l'entreprise de transport dans la protection des marchandises confiées par les clients⁶⁰³. L'employeur avait dans cette affaire porté plainte pour diffamation. La Haute juridiction de retenir, comme la cour d'appel, que le prévenu « *a remis les photocopies litigieuses, non pour assurer sa défense dans un litige prud'homal, mais lors de son audition par les gendarmes sur la plainte déposée contre lui pour diffamation par la société de transport [...] pour tenter de prouver la vérité des faits qu'il avait imputés à l'employeur* ». Dès lors, « *la nature du litige à l'origine de la production des documents prévaut sur la simple qualité [de salarié] du prévenu ou de la victime* »⁶⁰⁴ et l'autorisation de subtilisation de documents ne peut être interprétée comme une totale liberté mais uniquement comme un processus de facilitation probatoire strictement conditionné à l'existence d'un litige entre les parties au contrat de travail.

⁶⁰⁰ Cass. crim. 8 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 13, *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 501.

⁶⁰¹ Cass. crim. 16 mars 1999, *JCP* 1999, II, 10166, note BOURETZ (S.).

⁶⁰² Cass. crim. 30 juin 2004, *Bull. civ. V* 2004, n° 187, note DUQUESNE (F.), *Dr. soc.* 2004, p. 938 ; BONFILS (P.), *Dr. et Pat.* déc. 2004, p. 81 ; RADE (Ch.), *Lexbase hebdo éd. soc.* 17 juin 2004, n° 125 ; GIRAULT (C.), *JCP E*, 2004, 1449 ; BOULMIER (D.), *JSL* 2004, n° 157, p. 4.

⁶⁰³ Cass. crim. 9 juin 2009, n°08-86843, note BUGADA (A.), *Sem. jur. soc.* n°40, 29 sept. 2009, 1447.

⁶⁰⁴ BUGADA (A.), « Production de photocopies hors litige prud'homal : le vol est caractérisé », *Sem. jur. soc.* n° 40, 29 sept. 2009, 1447

226.- La protection des témoins. La preuve est également facilitée par la protection accordée au salarié qui témoigne d'un agissement discriminatoire⁶⁰⁵. L'article L. 1152-2 du Code du travail et l'article 3 de la loi du 27 mai 2008⁶⁰⁶ mettent en place le régime d'immunité du témoin de ce type d'agissements. Toute disposition, sanction ou mesure discriminatoire prise envers lui, serait frappée de nullité⁶⁰⁷.

La jurisprudence s'attache à déclarer nul de plein droit, le licenciement d'un salarié ayant relaté des faits de harcèlement moral, sous couvert de sa bonne foi⁶⁰⁸. Pour exemple, dans une affaire portée devant la chambre sociale le 13 juillet 2010, le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant « *mis gravement en cause l'employeur en l'accusant de harcèlement moral à l'endroit de sa collègue de travail* » avait été déclaré recevable par la cour d'appel. La Haute de juridiction casse la décision des juges du fond et rappelle que « *le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas établie, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement* ».

B. L'intensification du risque probatoire attribué à l'employeur

227.- La preuve électronique relève d'un paradoxe : elle disparaît rapidement mais perdure. Elle subsiste. Ce sont ces traces, devenues en droit des éléments de preuve préconstitués, qui vont servir aussi bien à l'employeur qu'au salarié et qui permettront de sensiblement rééquilibrer la balance probatoire. Dès lors, l'employeur n'est plus le seul à concentrer « *dans ses mains l'essentiel des écrits afférents à la vie de l'entreprise et il a les moyens juridiques et économiques de se ménager des preuves avant tout procès* »⁶⁰⁹. Sous l'influence des TIC, il perd le monopole de « *la preuve utilitaire* », lui servant à se prémunir contre d'éventuels conflits. La question du risque de la preuve, contrepartie de ce monopole, se pose alors avec d'autant plus d'acuité.

228.- Au reste, un double phénomène participe à l'intensification du risque probatoire pesant sur l'employeur : d'une part, il perd son monopole probatoire au bénéfice du salarié

⁶⁰⁵ GOSSELIN (H.), « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », *Dr. ouvr.* mars 2014, n° 788, p. 197-204.

⁶⁰⁶ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF, n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801, texte n° 1.

⁶⁰⁷ C. trav. art. L1152-3.

⁶⁰⁸ Cass. soc. 10 mars 2009, *Bull. civ. V*, n° 66. A contrario V. sur la notion de mauvaise foi : Cass. soc. 6 juin 2012, n°10-28199, *Dr. soc.* 2012, p. 847-850, note RADE (Ch.) ; SSL 2012, n°1527, p. 12-14 note ADAM (P.).

et des personnes extérieures à l'entreprise ; d'autre part, un nouveau risque lui est attribué : « le risque de l'incertitude scientifique »⁶¹⁰ que porte la présence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail.

1. La fin du monopole probatoire de l'employeur

229.- L'apparition des TIC dans l'entreprise signe la fin du monopole probatoire de l'employeur, d'une part parce qu'elle facilite la subtilisation des documents de l'entreprise nécessaires au soutien des droits du salarié ; d'autre part parce qu'elle permet au salarié de se préconstituer un arsenal probatoire en vue d'un éventuel procès.

1.1. La reproduction d'un document électronique au soutien des droits du salarié

230.- La copie électronique d'informations. Le Code civil ne traite que d'une seule forme de reproduction : la copie. L'alinéa second de l'article 1348 prévoit : «*[Les règles sur la preuve des obligations et du paiement] reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputé durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support*». En droit du travail, les copies de documents tels que les certificats de travail⁶¹¹, l'avis du conseil de discipline⁶¹², ou la notification de modification des règles de sécurité⁶¹³, permettent à l'employeur de remplir son obligation d'information et sont appréciées souverainement par les juges du fond. La copie électronique d'une information est également une source probatoire importante pour le salarié et ce, tant en matière de relations collectives qu'individuelles de travail. Il peut reproduire les procès-verbaux des

⁶⁰⁹ SUPIOT (A.), « Administration de la preuve- L'équitable dans la preuve », SSL, 24 mai 1988, n° 410 p. 62-75.

⁶¹⁰ DEVEZE (J.), « Vive l'article 1322, commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », *Mélange P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, p. 529.

⁶¹¹ Cass. soc. 2 avr. 2014, n° 12-25210.

⁶¹² Cass. soc. 18 fév. 2014, n°12-17557.

⁶¹³ Cass. soc. 26 juin 2013, n° 12-13599.

dernières élections des délégués du personnel⁶¹⁴ et les demandes d'augmentation de salaire⁶¹⁵.

Depuis l'apparition des Technologies de l'Information et de la Communication, la recherche d'un document électronique ou d'un mot-clé dans un document électronique représente une tâche simple et rapide. Il suffit au salarié de taper le mot recherché dans le moteur de recherche pour obtenir un résultat instantanément⁶¹⁶. Même s'il existe diverses façons de sécuriser un document, les études scientifiques et la jurisprudence outre-Atlantique⁶¹⁷ montrent qu'il est inévitablement sujet à manipulation. Dès lors, subtiliser les documents électroniques de l'entreprise pour les besoins de sa défense⁶¹⁸ s'avère bien moins complexe et moins périlleux : il s'agit pour le salarié d'entrer depuis son ordinateur dans le serveur de l'employeur par effraction et de procéder à une copie électronique de l'information utile.

L'extension de l'autorisation des juges de subtiliser un document pour l'employer au soutien de la défense du salarié à un document immatériel soulève nombre d'interrogations quant aux conditions à requérir pour valider cet acte. Uniquement limitée dans le temps et dans l'espace professionnel, la subtilisation d'un document électronique ou de la copie électronique de celui-ci, est aisée. En effet, la nature « *meta-entreprise* » des TIC entraîne un étirement spatio-temporel des relations de travail et par là même de la notion de « *fonctions* ». Il est communément admis que les salariés travaillent à leur domicile sur leur micro-ordinateur pendant leur temps de repos et qu'ils ont ainsi accès à l'ensemble des données de l'entreprise.

231.- L'apparition d'une nouvelle forme de reproduction. La copie n'est plus l'unique forme de reproduction d'un document. La Cour de cassation admet désormais la « *réplique informatique* » d'une notification, en témoigne l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 17 mars 2011⁶¹⁹. L'employeur contestait la prise en charge par la CPAM de la maladie de sa salariée, au titre des maladies professionnelles. Au

⁶¹⁴ Cass. soc. 15 janv. 2014, n°12-27261, 12-27262, 12-27263, 12-27266, 12-27267, 12-27268, 12-27283.

⁶¹⁵ Cass. soc. 15 janv. 2014, n°12-27261, 12-27262, 12-27263, 12-27266, 12-27267, 12-27268, 12-27283.

⁶¹⁶ PHILLIPS (M.), *La preuve électronique au Québec*, LexisNexis Canada Inc., Montréal, 2010, p. 17.

⁶¹⁷ Affaire Richard c. Gougoux [2009] J.Q. no 5093, 2009 QCCS 2301, cité par PHILLIPS (M.), *loc. cit.*

⁶¹⁸ L'arrêt de la Chambre criminelle valide la subtilisation de « *documents* » par le salarié. Ce terme général se définit comme « *une pièce écrite servant d'information* », un objet quelconque servant de preuve. Cela signifie que quel que soit le support de l'information (littéral ou électronique), le salarié peut soustraire l'information. Et ce encore plus rapidement sur un support électronique. Il lui suffit d'une clé USB ou d'un ami « Hacker », c'est à dire selon l'origine anglophone du mot « *to hack to* » : « entrer par effraction », une personne qui « par jeu, goût du défi ou souci de notoriété, cherche à contourner les projections d'un logiciel, à s'introduire frauduleusement dans un système ou un réseau informatique ».

soutien de son pourvoi, il affirmait que la caisse n'avait pas rempli son obligation d'informer l'employeur en lui adressant un document écrit. Au regard de l'article 1348 du Code civil, il revenait à la caisse d'assurance maladie qui n'avait pas conservé l'original du document, d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation par la production d'une copie « *qui doit en être la reproduction fidèle et durable* ». Or, la CPAM ne rapportait qu'un document représentant « *le reflet informatique du contenu du courrier* ». La Cour de cassation, pour reconnaître que la CPAM a rempli son obligation d'information, rejette la qualification de copie mais attribue à ce document le qualificatif de « *réplique informatique [...] faisant apparaître clairement l'auteur de ce document* ».

232.- Cette seconde forme de reproduction d'un original employant la technologie, répond à la notion de « *transfert* » d'informations électroniques en droit canadien⁶²⁰. Elle tire son inspiration des sciences de l'information, où elle prend le nom de « *migration* » ou de « *conversion* ». Techniquement, elle désigne un mode de reproduction qui se distingue de celle de la copie et se concrétise par l'impression d'un message électronique sans garanties particulières⁶²¹. En d'autres termes, elle consiste à « *transférer le contenu de certains types de supports vers d'autres types, notamment afin d'anticiper l'obsolescence du support concerné* »⁶²². Le transfert permet le changement de support (tel que le transfert d'un courriel au papier par le biais de l'impression) ou le changement de technologie (d'un courriel à une « *drop box* » permettant de stocker des données sur Internet). L'intérêt processuel de ce type de déplacement de données est la préservation dans le temps de l'information et son stockage dans un endroit inaccessible : l'information devient par conséquent « *indépendante de son environnement technologique* »⁶²³.

Dès lors, si la notion de transfert n'intègre pas explicitement le système juridique français, elle a le mérite d'éclairer sur les nouvelles possibilités probatoires qui s'offrent au salarié grâce aux TIC. Le transfert qu'autorise tout type de moyen de communication permet au salarié de conserver une information potentiellement utile lors d'un conflit avec son

⁶¹⁹ Cass. civ. 2^e 17 mars 2011, n°10-14850.

⁶²⁰ L.c.c.j.t.i art. 17 ; C.c.Q. art. 2842 et 2841 : « *La reproduction d'un document peut être faite soit par l'obtention d'une copie sur un même support ou un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente* » : GAUTRAIS (V.) et GINGRAS (P.), « La preuve des documents technologiques », *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2010, n° 267.

⁶²¹ GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique*, LexisNexis Canada Inc., Montréal, à paraître, n° 273.

⁶²² GAUTRAIS (V.), *op. cit.*, n° 275.

employeur sur différents supports et à différents endroits. Elle participe à pérenniser les données susceptibles de le servir dans l'exercice de ses droits et de les rendre inaccessibles à toute personne souhaitant les voir disparaître.

1.2. *La préconstitution de la preuve électronique par le salarié*

233.- *La préconstitution de preuve enjointe par la loi.* En droit du travail, bien que la preuve soit libre, la preuve préconstituée prend de plus en plus d'importance, et ce sous l'influence des TIC. Les nouvelles obligations légales qui incombent à chaque partie apportent au salarié la possibilité de se confectionner un arsenal probatoire, à charge pour le juge d'en apprécier librement la valeur et la portée. Les finalités du droit du travail imprègnent le droit de la preuve⁶²⁴. Dans un souci de protection du salarié face à la prolifération des moyens technologiques de surveillance, le législateur a instauré de nouvelles obligations à la charge de l'employeur qui tiennent le rôle de techniques de préconstitution de preuve. Les informations qu'elles contiennent sont détenues par des tiers au contrat. Tel est le cas de l'obligation d'information de l'employeur à la CNIL et au comité d'entreprise lors de la mise en œuvre du traitement de données à caractère personnel, de la vidéosurveillance, *etc.* Aussi, la détention des éléments préconstitués de preuve n'est plus la primauté de l'employeur.

234.- *La préconstitution facilitée par le caractère électronique de la preuve.* L'irrigation des TIC dans les rapports sociaux de l'entreprise pose la question des transformations du mécanisme de préconstitution de la preuve. Déjà en 1952, avant même l'apparition de l'ordinateur, R. SAVATIER, s'interrogeait sur les modifications et les perfectionnements que les techniques scientifiques peuvent apporter au droit dans le domaine des preuves préconstituées à la signature d'un acte⁶²⁵. La preuve préconstituée est définie comme « *un enregistrement du fait dont on veut conserver la preuve* ». Celui-ci s'intégrait à la catégorie de nouvelles techniques d'enregistrement « *perfectionnées,*

⁶²³ BANAT-BERGER (F.), CANTEAUT (A.), *Intégrité, signature et processus d'archivage*, Inra, Paris, 2013, p. 8.

⁶²⁴ NAYRAL DE PUYBUSQUE (J.), « La preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.* 1983, p. 440.

⁶²⁵ SAVATIER (R.), *La science et le droit de la preuve (rapport)*, Travaux de l'Association Henry Capitant, T. VII, 1952, p. 607-620.

*diversifiées, multipliées » comme la photographie, le microfilm, la cinématographie ou la télévision. Il alla même jusqu'à proposer l'enregistrement visuel ou sonore de la signature d'un acte pour certifier la réalisation de celle-ci. « Plus l'acte est grave et important plus il paraît légitime et normal de recourir à de tels procédés et d'en perfectionner la preuve »⁶²⁶. Lorsque le droit avancé aux prétoires n'est pas issu d'un acte juridique, les preuves n'ont normalement pu être organisées par avance. Le contentieux du contrat de travail, dominé par le fait juridique, rend *a priori* la préconstitution de preuve impossible. L'avancée juridique qu'offre la prolifération des nouveaux moyens communicants met fin à cette exception. En effet, les TIC permettent de « *recueillir des traces matérielles de faits passés, de les conserver et de les faire apparaître sous une forme suffisante pour convaincre de ce qu'ils ont été* »⁶²⁷.*

235.- La pratique favorise également l'externalisation des fonctions informatiques de l'entreprise (maintenance par les fournisseurs d'accès et de réseau) et la certification⁶²⁸ par des tiers « *archiveurs* ». Ces tiers au contrat de travail se constituent garants extérieurs de la préconstitution des preuves. Certaines entreprises en ont même fait leur activité principale⁶²⁹.

En outre, la catégorie des administrateurs de réseau de l'entreprise, détenteurs de l'information, et fréquemment sollicités, donne matière à réflexion. Les pressions qu'ils subissent par les parties dans le but d'obtenir des informations nécessitent selon la doctrine la création d'un statut particulier⁶³⁰. La pratique démontre qu'ils ont la main mise sur toutes les communications internes et externes mais ne peuvent témoigner au procès car ils sont soumis à une obligation de réserve et ne détiennent pas le statut d'expert.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ FABIEN (C.), « La preuve par document technologique », *R.J.T.*, 2004, n° 38, p. 533.

⁶²⁸ « *La certification est une relation tripartite où intervient un tiers à la relation contractuelle. Elle permet de stocker le message transmis dans les mains du tiers certificateur, ce dernier jouant le rôle d'un élément neutre et indépendant* » : OUATTARA (A.), *La preuve électronique- Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, PU Aix-Marseille, 2011.

⁶²⁹ En ligne : [www.lapreuve.fr]; Kroll Ontrack : « *leader mondial de la récupération des données sur tous supports (disque dur, portable, Apple, données cryptées, serveur NAS/SAN, RAID, VMware, base de données, email, fichiers photos, DVD, clé USB...)* » et de l'investigation et de la recherche de preuves informatiques : V. site en ligne : [www.krollontrack.fr].

⁶³⁰ BELIER (G.), « Le tumulte des NTIC et des libertés », *SSL*, 10 oct. 2011, supplément n° 1508, p. 151-152.

2. Le risque électronique alloué à l'employeur

236.- En droit du travail comme en droit civil, la question du risque de la preuve est tout aussi « *déterminante de l'équilibre de toute règle de droit* »⁶³¹. L'intensification du risque contreviendrait en effet à l'effectivité de la règle de fond, notamment en matière de licenciement. Reste alors à déterminer sur qui de l'employeur ou du salarié pèse le nouveau risque que suscite l'existence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail et dans quelle proportion. « *En matière électronique, d'informatique ou plus largement de technologies avancées, la question prend une dimension emblématique parce qu'elle touche à celle de savoir qui supporte le risque de l'incertitude scientifique* »⁶³².

237.- La production par le salarié de multiple documents électroniques, tels que les mails ou les SMS, dans le cadre de la contestation d'un licenciement et ce, même s'ils paraissent créés de toutes pièces, sème inévitablement le doute dans l'esprit du juge. D'autant qu'en matière prud'homale essentiellement, les conseillers ne disposent pas des compétences et de la formation technique suffisantes pour lever le doute scientifique. A titre d'exemple, dans l'arrêt précédemment cité du 25 septembre 2013⁶³³, les propos injurieux de l'employeur à l'égard de sa salariée ont fondé la qualification du licenciement sans cause réelle et sérieuse par la chambre sociale. Cette décision interroge, notamment au regard du caractère caricatural - donc suspect - des écrits électroniques produits par la salariée⁶³⁴. L'employeur, à l'appui des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, contestait en être l'auteur et demandait aux juges du fond de vérifier suivant la procédure de l'article 287 du Code civil, si le courriel avait été établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Balayant l'argumentation de l'employeur, la Cour de cassation a rejeté la vérification d'authenticité (ce qui aurait permis de lever le doute scientifique pesant sur l'élément probatoire produit) et s'en est remise au pouvoir souverain

⁶³¹ DEVEZE (J.), « Vive l'article 1322, commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », *Mélange P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, p. 529.

⁶³² DEVEZE (J.), *Id.*, p. 530.

⁶³³ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

⁶³⁴ *A contrario*, des auteurs ont pu juger satisfaisante la motivation des juges du fond selon laquelle : « *l'employeur n'apportait pas la preuve d'un détournement de la messagerie de l'entreprise et que la teneur du courriel présenté par le salarié apparaissait conforme à la personnalité de son supérieur hiérarchique* ». BOSSU (B.), « L'utilisation du courrier électronique comme mode de preuve », *JCP S.* 17 déc. 2013, n° 51, p. 1488.

d'appréciation des juges du fond. Ainsi, le refus par les juges de vérifier l'auteur du document électronique, entraîne, dans le contentieux majoritaire du licenciement, la création d'un nouveau risque scientifique au détriment de l'employeur.

238.- Dans le même sens, la consécration de la lettre recommandée électronique pour notifier le licenciement entraînerait l'attribution d'un double risque probatoire à l'employeur. S'ajouterait au doute relatif au caractère sérieux des motifs du licenciement, prévu par l'article L1235-1 du Code du travail, le doute relatif à l'intégrité du support électronique. En présence d'une preuve électronique, se cumuleraient le risque probatoire sur le fond et le risque probatoire sur la forme du licenciement. Les juges se verraient conférer des prérogatives étendues en la matière puisque au contrôle des exigences de forme communément admises par le Code du travail, s'ajouteraient le contrôle des exigences techniques de l'article 1316-4 relatif à la signature électronique.

239.- L'apparition des TIC dans le contentieux du contrat de travail opère un rééquilibrage de l'ordre de la preuve par un mécanisme de compensation : l'inaptitude probatoire du salarié s'atténuerait au procès tandis que le risque pesant sur l'employeur s'accentuerait. Ce double phénomène, s'il n'aboutit pas à une égalité probatoire parfaite, permet aux parties de détenir chacune des éléments de preuve nécessaires au soutien de leurs prétentions. Cette transformation de la charge de la preuve exige une plus forte coopération entre les détenteurs des éléments probatoires et entraîne la convergence du système mis en place par le droit du travail vers celui du droit commun, dans lequel chaque partie se voit octroyer des obligations dans la production des preuves. De cette façon, le principe de droit commun de coopération des parties à la preuve⁶³⁵, s'établit définitivement dans le champ du droit du travail par la porte de la preuve électronique.

⁶³⁵ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 8^e éd., 2013, n° 524, p. 405-406.

Section II. Les droits et obligations des parties dans l'administration de la preuve électronique

240.- L'existence d'une preuve électronique dans le système judiciaire participerait à la réhabilitation des parties au procès.

241.- A vouloir assurer la répartition équilibrée des rôles processuels entre les acteurs juridiques, le législateur contemporain, notamment en droit du travail, avait réduit le rôle des parties à l'action de fournir les éléments probatoires utiles. Sous l'influence des TIC, la réponse à la question probatoire est désormais l'œuvre d'une collaboration renforcée entre les parties et le juge. Réinstallées au centre de l'instance, les parties se voient attribuer, outre des devoirs, nombre de droits, parmi lesquels, le plus remarquable - et le plus sujet à controverses⁶³⁶ - est sans nul doute le droit à la preuve⁶³⁷.

Aussi existerait-il une dépendance nécessaire entre les deux notions, l'une ne pouvant être pensée sans l'autre. Selon l'hypothèse du Professeur DUGUIT, « *le droit est corrélatif au devoir ; les deux concepts sont inséparables. Si l'on affirme l'existence d'un devoir, on affirme par là même l'existence d'un droit correspondant* »⁶³⁸. Suivant cette logique, le renforcement des devoirs des parties sous l'influence des TIC coïnciderait avec le renforcement de leurs droits. L'étude des prérogatives offertes aux plaideurs en présence d'une preuve électronique, permet de vérifier cette corrélation. La consécration d'un devoir de coopération à la preuve électronique qui s'inscrit au-delà du « *principe de coopération efficiente du juge et des parties dans l'élaboration du jugement* »⁶³⁹ (**§I**), suppose effectivement le renforcement des droits des parties dans l'administration de la preuve électronique (**§II**).

⁶³⁶ Certains désirent une conception restrictive du droit à la preuve : MARRAUD (C.), « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *JCP* 1973, I, 2572 ; d'autres se fondaient sur la théorie de l'ordre de la preuve ou refusaient toute contrainte au juge : SOLUS (H.), « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », in *Trav. Asso. H. Capitant*, T. V « Etudes sur le rôle du juge », Dalloz, Paris, 1950, p. 129 et s.

⁶³⁷ Pour un état des lieux de la question, cf. la thèse de BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, LGDJ, Paris, 2010 ; BROUELLE (C.), DEBET (A.), GRIMALDI (C.), MEKKI (M.), « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mots ou changement de cap ? », *LPA*, mai 2013, n° 109, p. 5-9.

⁶³⁸ DUGUIT (L.), *Le pragmatisme juridique*, présentation S. Gilbert, éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2008, p. 134.

⁶³⁹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 7^e éd., 2011, n°516, p. 325.

§I. Le devoir de coopération des parties à la preuve électronique

242.- Le « principe dispositif »⁶⁴⁰ relayant le juge au rang de simple arbitre, tel « *un automate auquel on apporte des matériaux en vue d'en tirer un jugement* »⁶⁴¹, aussi bien que le principe en droit du travail de la maîtrise de l'instance par le juge, sont désormais supplantés par l'obligation de coopération des parties et du juge dans la recherche et la production de la preuve. Instauré par l'article 10 du Code civil qui pose en principe que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* », le devoir de coopération permet de rétablir, en matière de preuve, un véritable échange entre les parties et le juge.

243.- La présence d'une preuve sur support électronique marque aussi bien la structure du devoir de coopération que son étendue. D'abord, elle modifie sensiblement l'organisation et la teneur des rôles respectifs des acteurs à la preuve. Les pouvoirs et les devoirs respectifs du juge et des parties n'interfèrent pas entre eux mais se complètent pour servir la construction de la décision du juge en présence d'une preuve électronique. L'imbrication du rôle des parties et de l'office du juge en matière de preuve électronique est alors totale. Ensuite, le champ d'application de l'obligation de coopération à l'administration de la preuve s'étend à l'ensemble du droit privé et plus particulièrement au droit du travail.

Dès lors, l'existence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail, participe à la transformation de la physionomie du procès des relations de travail et entraîne une adaptation inévitable des notions et concepts processuels qui encadrent l'administration de la preuve. Le principe initial de coopération à la preuve, orchestré par le Code de procédure civile, est dépassé tant en théorie **(A.)** que dans sa mise en œuvre pratique **(B.)**

⁶⁴⁰ Le « *principe dispositif* » est un principe d'inspiration germanique (*Dispositionsmaxime* » ou « *Dispositionsgrundsatz* » selon BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., n° 83 ; *Rosenberget Schweb*, *Zivilprozessrecht*, 12^e éd. 79, p 43, cité par SOLLUS et PERROT, signifiant littéralement que les parties disposent du procès. Selon cette notion, elles détiennent aussi bien le pouvoir de déclencher le procès que celui de délimiter l'objet du litige et les faits sur lesquels le juge fonde sa décision (CPC. 4 et 5). Lors de la phase d'administration de la preuve, elles rassemblent les éléments de fait et de droit susceptibles de justifier leurs prétentions, le juge ne disposant d'aucun pouvoir d'initiative.

⁶⁴¹ *RTD civ*1906, p. 648 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2^e éd., Paris 2013, n° 255, p. 849.

A. Le principe de coopération à la preuve électronique

244.- Le principe de coopération des parties à la preuve se définit comme « *la proposition fondamentale sur laquelle repose l'organisation des rôles processuels* »⁶⁴². Elle conditionne la définition des modes d'action de chaque acteur à la preuve. Ce principe se démarque par sa valeur constitutionnelle et par son appartenance à la catégorie des principes directeurs du procès. Son application justifie la méthode employée dans la construction de la décision du juge en présence d'une preuve électronique et produit inévitablement un résultat sur la répartition des rôles processuels en droit du travail.

1. La nature du principe

245.- Au sens littéral, la coopération traduit l'action d' « *opérer conjointement avec quelqu'un* »⁶⁴³. Empruntée du latin chrétien « *cooperatio* »⁶⁴⁴, elle désigne la « *part prise à une œuvre commune* »⁶⁴⁵. Ainsi la volonté d'atteindre un intérêt commun est-elle implicitement requise dans la mise en œuvre de cette méthode judiciaire⁶⁴⁶.

246.- En matière juridique, l'exigence de la coopération s'est construite en droit des contrats, en réaction à la montée de l'individualisme dans les relations contractuelles⁶⁴⁷. Définie parmi ses nombreuses significations⁶⁴⁸, comme « *la voie par laquelle les normes de moralisation et de comportement issues de sources diverses pénètrent le contrat pour le dynamiser et le revitaliser* »⁶⁴⁹, cette méthode juridique de répartition des rôles s'est largement développée en dehors du contrat, principalement dans les prétoires. La

⁶⁴² CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^e éd., 2011, n° 523, p. 387.

⁶⁴³ LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Encyclopaedia Britannica, Paris, 1987.

⁶⁴⁴ GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, nouvelle éd., 2000.

⁶⁴⁵ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005.

⁶⁴⁶ C'est pourquoi le professeur S. GUINCHARD distingue le principe de coopération du principe du dialogue entre les parties et le juge qui ne tend pas forcément à la réalisation d'un objectif commun : GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), LAGARDE (X.), DOUCHY (M.), *Droit processuel-Droit commun du procès*, Dalloz, éd., 2001, n° 546, p.649.

⁶⁴⁷ DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, T. IV « Sources des obligations », Paris, Rousseau, 1924, n°3, p. 9 : chaque partie « doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun ».

⁶⁴⁸ V. pour une étude conceptuelle et étymologique plus approfondie de la coopération : DIESSE (F.), *Le devoir de coopération dans le contrat*, Thèse soutenue à l'Université de Lille II, 1998.

⁶⁴⁹ DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, 1999, n° 43, p. 259-302, article rédigé à partir de la thèse de DIESSE (F.), *Le devoir de coopération dans le contrat*, thèse soutenue à l'Université de Lille II, 1998.

coopération des parties et du juge dans l'administration judiciaire de la preuve⁶⁵⁰, s'entend plus particulièrement de la manière dont les moyens de preuve admissibles doivent être mis en œuvre, au cours de l'instance par chacun des acteurs juridiques et ce, dans un souci d'efficacité. Pour les parties, il s'agirait non pas de faire valoir leurs intérêts respectifs mais d'approcher au maximum l'objectif de vérité du procès⁶⁵¹, au sens de l'« *aptitude technique du droit, à travers les preuves, à tendre vers la vérité* »⁶⁵². Au procès, la collaboration des parties à la preuve relève de l'adhésion des parties à l'œuvre de justice. Le droit communautaire et le droit français s'accordent à dire que ce devoir de coopération porte sur chacune d'elles et ce, qu'elles supportent ou non la charge de la preuve⁶⁵³.

247.- La détermination de la nature du devoir de coopération n'emporte pas l'unanimité dans la doctrine⁶⁵⁴. De manière marginale, certains auteurs définissent ce devoir comme une « *responsabilité probatoire* »⁶⁵⁵. Assurément, il lui est reconnu une valeur constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel, dans le considérant 8 de sa décision en date du 13 mai 2011⁶⁵⁶, met en relation directe le principe du contradictoire et le devoir de coopération des parties : « *les dispositions contestées n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice [...], ni à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense ; que, par conséquent, elles ne sont pas contraires au principe du contradictoire* ». Aussi, le devoir de coopération entretient-il des liens ténus avec le principe d'égalité des armes et le droit à

⁶⁵⁰ Les auteurs en faveur d'un droit processuel reconnaissent le principe de coopération des parties et du juge à l'œuvre de justice : CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 7^e éd., 2011, n° 523, p. 387-388.

⁶⁵¹ Sur la qualité relative de la vérité en droit : PUIGELIER (C.), « Vrai, Véridique et vraisemblable », in *La preuve*, Paris, Economica, 2004, p. 195 s.; CORNU (G.), « La vérité et le droit », in *L'art du droit en quête de sagesse*, 1998, p. 211 ; PONSARD (V.), « Vérité et justice (la vérité et le procès) », rapport français, in *La vérité et le droit*, Trav. Ass. Capitant, Journées canadiennes, T. XXXVIII, 1987, éd. 1989, p. 673 s.; AVELA (C.), « Le droit de la preuve en France », *Gaz. Pal.*, 12 fév. 2012, n° 43-45, p.15-16 ; LE MASSON (J-H.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et Société*, 1998, n°38, p. 24 ; « Vérité du terrain, vérité judiciaire : la preuve en droit social », *Dr. Ouvr.*, avr. 2010, p. 165.

⁶⁵² TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009, n° 563, p. 481.

⁶⁵³ C.E.D.H. 16 mars 1997, n° 21497/93 ; Cass civ 1^{ère} 30 mars 2005, n° 02-20429 : « *alors que chaque partie est tenue d'apporter son concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à en tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus sans avoir égard aux règles gouvernant la charge de la preuve* ».

⁶⁵⁴ GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), LAGARDE (X.), DOUCHY (M.), *Droit processuel-Droit commun du procès*, Dalloz, éd, 2001, n° 546, p.649.

⁶⁵⁵ AVELA (C.), « Le droit de la preuve en France », *Gaz. Pal.* 12 fév. 2012, n° 43-45, p. 15

⁶⁵⁶ Déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011. « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 'Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution' ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire* ».

un procès équitable de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁵⁷, sans pour autant se confondre avec le principe du contradictoire⁶⁵⁸. C'est à ce titre que le devoir de coopération des parties à la preuve a toute légitimité à entrer dans la catégorie des nouveaux principes directeurs du procès⁶⁵⁹. D'autant que l'inscription de l'article 11⁶⁶⁰ au Chapitre 1^{er} du Code de procédure civile intitulé « *Les principes directeurs du procès* » met fin aux doutes subsistant quant à la nature du devoir de coopération à la preuve.

2. La teneur du principe

248.- La coopération des parties à la preuve électronique, appréhendée sous son sens fonctionnel, se résumerait par la mise en commun des moyens probatoires dont disposent les parties pour servir l'objectif de vérité judiciaire. Les rédacteurs du Code de procédure civile ont assuré la mise en œuvre pratique de ce principe en édictant des dispositions techniques prescrivant aux parties le devoir de collaborer matériellement à la recherche et à la production de la preuve. Selon les articles 132⁶⁶¹ et 135⁶⁶² du Code de procédure civile, la communication des pièces et des preuves doit être spontanée, intégrale, préalable et veiller à ne pas mettre en échec le principe de la contradiction⁶⁶³. Dès lors, le devoir de coopération attribué aux parties semble avoir un contenu variable et contingent.

249.- De manière générale, il engloberait l'ensemble des nouvelles obligations attribuées aux parties au procès sous l'influence des diverses propositions visant à

⁶⁵⁷ La Convention européenne est directement applicable dans l'ordre juridique interne et l'article 55 de la Constitution lui confère une autorité supérieure à celle des lois.

⁶⁵⁸ Le principe du contradictoire est reconnu comme un principe directeur du procès : art. 14 à 17 CPC, il est considéré par le Conseil Constitutionnel comme un corollaire du principe des droits de la défense : dec. n° 89-268 DC du 29 déc. 1989 et dec. n° 99-416 dec. du 23 juil. 1999 et figure parmi les garanties de l'article 6-1 de la CEDH.

⁶⁵⁹ V. critères de qualification d'un principe directeur du procès : CARBONNIER (J.), *Droit civil : introduction*, PUF, Paris, 2002, p. 374.; GUINCHARD (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges J. Van Campennolle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 201-248, spéc. p. 210.

⁶⁶⁰ C.P.C. Art. 11 : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ».

⁶⁶¹ « *La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication doit être spontanée* » ; ODENT (B.) et BALAT (J.-C.), *La communication dans le procès, Justice et Cassation*, 2006, p. 91 ; Cass. civ. 10 oct. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 356, obs. CROZE (H.) et MOREL : la pièce doit être communiquée par celui qui fonde sa demande sur elle, alors même qu'elle émane de l'autre partie.

⁶⁶² « *Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile* ».

⁶⁶³ Cass. civ. 3^e, 21 fév. 2001, *Bull. civ. II*, n° 21.

améliorer la qualité et la célérité de la procédure civile contemporaine⁶⁶⁴. L'introduction de nouveaux principes procéduraux, sur la dynamique du Professeur GUINCHARD⁶⁶⁵, tels que le principe de concentration qui « *impose une obligation supplémentaire aux parties, celle de présenter toutes leurs demandes au seuil de l'instance [ou plus largement lors de la première procédure], sans possibilité d'en ajouter par la suite* »⁶⁶⁶, enrichit de manière non négligeable les devoirs des parties. Le principe de coopération des parties à l'œuvre de justice serait de ce fait directement lié à la modernisation du procès et aux instruments procéduraux qu'offre l'installation des TIC dans les prétoires.

250.- Le principe de coopération désignerait, dans une conception plus restrictive, les actes matériels que doivent réaliser les parties pour mener à bien l'instance, le lien juridique d'instance prenant « *naissance avec la demande et se termin[ant] avec le jugement* »⁶⁶⁷. Aussi, comme tout « *rapport de droit* »⁶⁶⁸, il est générateur de charges et d'obligations pour les parties, lesquelles sont tenues d'accomplir les actes de procédure et plus particulièrement les opérations nécessaires à l'administration de la preuve, dans « *les formes et les délais requis* »⁶⁶⁹. Ces exigences émises quant à l'administration de la preuve « *s'analysent en des charges et devoirs de nature fonctionnelle* »⁶⁷⁰ qui se trouvent alourdies par l'apparition aux prétoires des Technologies de l'Information et de la Communication. Le détachement de la preuve de tout support matériel favorise en effet la réalisation rapide et efficace des actes matériels qui orchestrent la communication des éléments de preuve.

⁶⁶⁴ AMRANI-MEKKI (S.), « *L'avenir du nouveau Code de procédure civile* », in *De la commémoration d'un Code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, L. CADIET et G. CANIVET(dir.), Litec, Paris, 2006, p. 241-259.

⁶⁶⁵ Le Professeur S. GUINCHARD a été auditionné par la Mission Magendie, le 28 janvier 2008 : MAGENDIE (J.-C.), Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice- La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, Paris, 2004, p. 52 ; GUINCHARD (S.), « *Quels principes directeurs pour les procès de demain ?* », in *Mélange J. Van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 201-248 ; GUINCHARD (S.) et alii., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris, 2009, p. 31. GUINCHARD (S.) et alii., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 2013.

⁶⁶⁶ AMRANI-MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 252.

⁶⁶⁷ SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. III, Sirey, Paris, 1991.

⁶⁶⁸ SOLUS (H.), PERROT (R.), *Ibid.*

⁶⁶⁹ C.P.C. art. 2.

⁶⁷⁰ SOLUS (H.), PERROT (R.), *loc. cit.*

B. La mise en œuvre de la coopération à la preuve électronique

251.- Lorsque dans la phase de construction de la décision du juge, entrent en ligne de compte des éléments probatoires sur support électronique, les devoirs à la charge des parties sont de deux natures. En premier lieu, ils peuvent avoir une nature fonctionnelle et s'intégrer au devoir renforcé de coopération dans l'administration de la preuve qui incombe aux parties. Les parties sont alors simplement tenues de produire la preuve. En second lieu, ils peuvent revêtir un caractère technique. Le juge refusant d'accomplir ce rôle, les parties sont détentrices d'un devoir plus spécifique lié à l'évolution des TIC : le devoir de certifier la validité et l'intégrité des preuves électroniques. De l'existence d'une preuve électronique au procès, résultent donc deux obligations concomitantes pour les parties : celle de communiquer la preuve électronique et celle de fournir la preuve de cette preuve électronique. En définitive, la mise en œuvre du principe de coopération à l'administration de la preuve électronique fait peser sur les parties une double preuve.

1. La communication de la preuve électronique

252.- En vertu de l'adage latin « *Audiatur et altera pars* » et de l'application des dispositions communes de l'article 16 du Code de procédure civile, le juge du contrat de travail « *doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* »⁶⁷¹. L'obligation de communiquer les pièces trouve ainsi son origine dans le principe de loyauté des débats⁶⁷², corollaire du principe du contradictoire⁶⁷³ et s'applique quelle que soit la nature du contentieux en cause⁶⁷⁴.

253.- La Cour de cassation dans un arrêt en date du 2 décembre 2004, a énoncé « qu'en communiquant quelques instants avant la clôture, laquelle avait été reportée à deux

⁶⁷¹ BERNARD (S.), « Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », *Dr. ouv.* avr. 2010, n° 741, p. 187-194, spéc. p. 187 ; DESDEVISES, *Dr. soc.* 1986, p. 140 ; GRUMBACH (T.), SERVERIN (E.), « L'audience initiale devant le Conseil de prud'hommes », *Dr. ouv.* oct. 2009, n° 735, p. 469-483 ; LEBON-BLANCHARD, « Office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », *Dr. ouv.* avr. 2010, n° 741, p. 195-198.

⁶⁷² Cass. civ 3^e, 27 sept. 2006, *Bull. civ. III*, n° 192.

⁶⁷³ Du principe du contradictoire, résulte la faculté propre à chaque partie de prendre connaissance et de discuter l'ensemble des pièces et moyens de fait et de droit présentés au juge prud'homal.

⁶⁷⁴ Cass. soc. 10 mai 1999, *JurisData* n° 1999-002052.

reprises, une pièce qu'il retenait depuis plusieurs mois, le plaideur avait délibérément tenté de surprendre son adversaire, une cour d'appel caractérise un comportement contraire à la loyauté des débats et justifie légalement sa décision d'écarter ladite pièce des débats »⁶⁷⁵. Cette incitation à l'intervention judiciaire se place dans la droite lignée du rapport MAGENDIE dont l'objectif assumé est d'encourager la célérité du procès et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, [...]* ».

254.- Le champ sémantique qui entoure le régime de la communication des pièces dans le Code de procédure civile a trait à la notion de temps : « *spontanée* », « *le juge fixe le délai* », « *en temps utile* ». La tutelle du juge sur le déroulement de l'instance se concrétise par la maîtrise du calendrier que lui offre l'article 3 du Code de procédure civile⁶⁷⁶. Suivant cette prérogative, il peut fixer par le biais d'injonctions les délais pour le dépôt des conclusions et communication des pièces, il détermine les délais pour l'exécution des mesures d'instruction et il apprécie le moment où l'affaire est suffisamment instruite pour être portée à l'audience et être jugée. Enfin, il dispose de sanctions lorsque le délai imparti n'est pas respecté, telles que le prononcé d'une astreinte ou le rejet des pièces et des conclusions.

255.- Le rapport MAGENDIE, dans un esprit innovant, préconisait un principe de concentration des preuves, des pièces et des documents. L'objectif premier de la communication par les parties, dès les premières conclusions, de « *l'intégralité des pièces connues et disponibles* »⁶⁷⁷, s'interprète comme la volonté de garantir un « *débat plus transparent et efficace* » et de mettre un terme aux « *appels en cascade qui retardent considérablement l'issue du procès* »⁶⁷⁸. Ces évolutions permettraient alors d'assurer « *un traitement égal de tous les justiciables, quelle que soit la cour d'appel saisie sur le territoire : l'égalité devant la loi - et donc devant le juge - est une exigence constitutionnelle* »⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Cass. civ. 2^e, 2 déc. 2004, D. 2005, IR 315; Cass. civ. 3^e, 27 sept. 2006, Bull. civ. III, n° 192.

⁶⁷⁶ Le juge a la maîtrise du calendrier, du temps du procès selon l'article 3 C.P.C. : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* » ; SOLUS (H.), PERROT (R.), *loc. cit.* ; AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Paris, 2002.

⁶⁷⁷ MAGENDIE (J.-C.), *op. cit.*, p. 50-51.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ Art. 6 D.D.H.C., 26 août 1789. En ligne : [www.legifrance.gouv.fr/Droit-français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789] ; MAGENDIE (J.-Cl.), *Id.*, p. 51.

En outre, il s'agirait de créer un socle procédural⁶⁸⁰ plus strict encadrant les actes d'administration des parties. « *Le code de procédure civile pourrait définir les délais maximaux, que le juge aurait la faculté de réduire en fonction des circonstances. Une éventuelle prorogation ne pourrait être prononcée que sur justification d'une cause grave et légitime. Ce mécanisme légal pourrait être utilement complété par les magistrats des cours concernées et les auxiliaires de justice intéressés. Cette méthode permettrait d'éviter les effets pervers d'une rigidification des règles procédurales, et de développer une culture du dialogue entre le juge et les parties* »⁶⁸¹.

2. La preuve de la preuve électronique

256.- La présence d'éléments probatoires sur support électronique engage les parties à certifier la preuve électronique. Au sens général, « *certifier* » une preuve, emprunté du latin « *certificare* »⁶⁸², signifie rendre la preuve certaine, l'assurer comme valable ou la garantir⁶⁸³. La certification du message électronique consiste alors en l'acte constatant la validité de ce message en qualité de pièce ou d'écrit et en l'authentification de son auteur.

257.- S'agissant des actes juridiques, et notamment du contrat de travail électronique, l'obligation de certification opèrerait un renforcement des rôles processuels des parties, puisqu'elle exigerait de chacune d'elle, d'avoir la capacité de démontrer la réalisation des conditions de l'article 1316-1 du Code civil, tandis qu'elle imposerait au juge la vérification technique de la présence des critères de ce même article. Aussi, de nouvelles prérogatives sont offertes au juge qui a pour devoir de vérifier la preuve de l'acte électronique avant de l'intégrer à sa décision. Il s'agit bien là d'une coopération technique et fonctionnelle des parties et du juge dans la construction de la décision judiciaire. Dans un arrêt datant du 4 décembre 2008⁶⁸⁴, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation,

⁶⁸⁰ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 23, p. 96-97.

⁶⁸¹ MAGENDIE (J.-Cl.), op. cit., p. 52.

⁶⁸² GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, nouvelle éd., 2000.

⁶⁸³ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005.

⁶⁸⁴ Cass. civ. 2^e, 4 déc. 2008, n° 07-17622 ; Cass. 2e civ., 23 sept. 2010, n° 09-68367. L'arrêt du 23 septembre 2010 de la 2e Chambre civile reprend le même attendu de principe « *l'écrit électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* » et vise l'article 1316-1 du code civil. Une caisse d'allocation familiale avait saisi une juridiction de sécurité sociale en répétition d'un indu à l'encontre d'époux bénéficiaires Il s'agissait en l'espèce pour les juges, afin de qualifier la prescription, d'appliquer les exigences des articles visés à des copies des notifications faites aux parties dans une base de données. RENARD (I.), « Premier arrêt de la Cour de cassation sur la preuve électronique », 15 fév. 2009.

au visa de l'article 1316-1 du Code civil, pose en principe que *« l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à la condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »*. Elle ajoute : *« sans rechercher si le fichier informatique litigieux avait bien été établi le 20 janvier 2003 et conservé dans des conditions interdisant à la Caisse de modifier le contenu de ce document, la Cour d'Appel a privé sa décision de toute base légale »*. L'écrit numérique doit remplir les conditions de l'article 1316-1 et être horodaté. La partie soumise à l'exigence de rapporter la preuve de l'existence et du contenu de cet écrit électronique doit démontrer en cas de contestation de la partie adverse, l'origine certaine du document. Par la suite, la Cour de cassation s'est attachée à réitérer ces exigences techniques et ce, quel que soit le contentieux dans lequel entre en jeu la preuve électronique d'un acte juridique. Elle rappelle, concernant les messages électroniques entre un bailleur et son locataire, que la cour d'appel était tenue de *« vérifier [...] dès lors que le bailleur, déniait être l'auteur des messages produits par la preneuse, si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électronique étaient satisfaisantes »*⁶⁸⁵.

258.- Si la fonction officielle de l'écrit électronique est de prouver la sincérité des actes juridiques, il est également et avant tout en droit du travail, un outil juridique efficace pour établir la preuve des faits juridiques. La Cour de cassation a rappelé que les dispositions de l'article 1316-1 du Code civil ne s'appliquent pas à un courrier électronique produit pour établir la preuve d'un fait⁶⁸⁶. Toutefois, cela n'empêche en rien les juges de vérifier l'origine et la conformité du document électronique présenté devant eux. Les exigences imposées aux parties du contrat de travail quant à l'intégrité de la preuve électronique qu'elles rapportent et à l'authentification de son auteur, dépendent ainsi de la volonté des juges du fond d'exercer leur pouvoir souverain d'appréciation.

Il serait par ailleurs déraisonnable de penser, qu'après avoir appliqué implicitement les critères de l'article 1316-1 du Code civil au document électronique faisant preuve d'un fait juridique, les juges du fond aient abandonné toute idée de vérification technique. Les

⁶⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère} 30 sept. 2010, n° 09-68555 ; Arrêt du 30 septembre 2010 au visa des articles 1316-1 et 1316-4 : la Cour d'appel avait condamné un bailleur à payer un trop perçu au preneur retenant qu'il ressort des termes du message *« qu'il a transmis à sa locataire par voie électronique le 13 octobre et qui tout comme l'ensemble des écrits sous forme électronique émanant de la preneuse doivent être admis en preuve dès lors que le signataire ne communique aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-1 du code civil. Que le bailleur avait bien reçu ce congé le 28 août 2006 et qu'il acceptait de faire courir le délais de préavis à compter de cette date »*.

conseils de prud'hommes ou les cours d'appel ont plusieurs fois endossé le rôle d'experts informatiques pour écarter un courriel des débats car « *il est techniquement impossible en connaissant les codes d'accès à un ordinateur en réseau de donner faussement l'apparence de l'envoi d'un mail à partir de tel ou tel poste* »⁶⁸⁷. Avant son revirement de jurisprudence en date du 25 septembre 2013⁶⁸⁸, la chambre sociale cautionnait ce « *contrôle implicite d'authenticité technique* », largement inspiré des conditions de validité de la preuve électronique d'une obligation ou de celle d'un paiement. Elle a notamment confirmé l'arrêt de la cour d'appel dans son arrêt du 24 juin 2009 aux motifs qu' « *appréciant souverainement la valeur probante de l'unique document produit par l'employeur, la cour d'appel a estimé que le courriel recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité, ne permettait pas l'identification de son auteur de sorte que le grief énoncé dans la lettre de licenciement n'était pas établi* »⁶⁸⁹.

Aussi, outre la licéité de son obtention, la partie doit prouver par différents moyens techniques, tels que l'archivage numérique, que la preuve électronique qu'elle produit rassemble les critères d'ensemble de fidélité et de durabilité.

259.- Afin de remplir les exigences de conservation et de fiabilité, l'employeur comme le salarié disposent d'un instrument procédural dont l'utilisation se révèle exponentielle : celui de saisir le juge du TGI qui autorisera à procéder à l'ouverture de la boîte mail par un tiers extérieur à l'entreprise (principalement l'huissier de justice), avec mise sous scellé du matériel informatique. Le recours à un officier ministériel, reconnu comme valable par la Cour de cassation⁶⁹⁰, ne nécessite pas l'information préalable du salarié et assure la pérennité et la stabilité des informations écrites et leur utilisation en qualité de preuve. La doctrine préconise pour remédier à ces incertitudes technologiques, la création d'un processus informatique simple qui prendrait en compte *ab initio* les exigences judiciaires traduites en termes fonctionnels et techniques⁶⁹¹. Cette « *politique d'archivage* »⁶⁹²

⁶⁸⁶ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

⁶⁸⁷ CA Metz, 24 sept. 2012, n° 12-0583 et 10-03492.

⁶⁸⁸ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

⁶⁸⁹ Cass. soc. 24 juin 2009, n° 08-41087.

⁶⁹⁰ Le constat d'huissier n'est pas un procédé clandestin de surveillance, mais il lui est néanmoins interdit de recourir à un stratagème pour recueillir une preuve : Cass. soc. 18 mars 2008, *D.* 2008, 993 ; *Procédures* 2008, n°137, obs. PERROT (R.).

⁶⁹¹ RENARD (I.), « Premier arrêt de la Cour de cassation sur la preuve électronique », 15 fév. 2009, p. 5. En ligne : [www.fedisa.eu].

adaptable au monde de l'entreprise, se déclinerait en « *déclarations de pratique d'archivage* » et permettrait de démontrer que le document électronique n'a pas subi de modification susceptible d'altérer son contenu.

⁶⁹² *Ibid.*

§II. Les droits des parties dans l'administration de la preuve électronique

260.- L'existence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail, initie ou renouvelle l'application des dispositifs participatifs mis en place par le législateur à destination des parties.

La liberté offerte aux parties de s'entendre sur la preuve, et *a fortiori* sur l'ordre de la preuve, trouve une nouvelle source de motivation dans la nécessité de prendre en compte les progrès techniques et informatiques⁶⁹³. S'accaparer ces nouveaux moyens de preuve est un enjeu procédural réel qui exige que chacun dispose des prérogatives nécessaires pour y parvenir. C'est pourquoi, encore aujourd'hui, la « *multiplication et le perfectionnement des procédés de preuve donnent au statut de liberté [des parties] un intérêt qui ne cesse de s'accroître* »⁶⁹⁴.

Parmi les dispositifs de participation à la preuve qui offrent aux parties des droits importants, on recense essentiellement d'un côté, les conventions sur la preuve accréditées par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (**A.**) ; d'un autre côté, la consécration d'un véritable arsenal juridique mis au service des parties qui s'apparente au droit à la preuve électronique (**B.**).

A. Les conventions sur la preuve électronique

261.- La convention sur la preuve se définit comme une prérogative offerte aux parties de déterminer dans l'acte juridique qu'elles signent les moyens probatoires et l'ordre de la preuve qui semblent les plus adaptés au bon déroulement de leur relation contractuelle. Cette pratique s'approcherait de la théorie civiliste de la solidarité contractuelle du début du XX^{ème} siècle prônant l'association et la coopération entre les parties⁶⁹⁵, et serait admise par la doctrine depuis cette époque⁶⁹⁶.

⁶⁹³ TERRE (F.), « Lettres à un jeune juriste in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle* », in *études offertes à P. CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 989- 1002. Cette possibilité est également motivée par les enjeux économiques que les banques ont su mettre en avant.

⁶⁹⁴ LEGEAIS (R.), thèse *op. cit.*, p. 132.

⁶⁹⁵ *Gaz. Pal.* 20 juil. 2000, n° 202, p. 4, note MARTIN (S.), TESSALONIKOS (A.).

⁶⁹⁶ BARTIN (E.), Notes sur la preuve in *Traité d'AUBRY et RAU*, 5^e éd., T. XII, 1922, § 749, note 20 bis, p. 84 et 91; LE BALLE (R.), *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Dalloz, Paris, 1923.

Toutefois, si la plupart des possibilités issues de l'appropriation de la technologie par le droit commun sont transposables en droit du travail, toutes ne le servent pas. Elles peuvent parfois contrevenir à l'objectif même d'équilibre probatoire dans la relation contractuelle. A titre d'exemple, la convention sur la preuve, confortée par la législation sur la preuve électronique, se révélerait inadaptée à la relation de travail. Le lien intellectuel entre l'acte et la signature, nécessaire à sa conclusion, serait mis en doute par l'inégalité des parties au contrat de travail.

1. La transposition des conventions sur la preuve électronique en droit du travail

262.- Le développement des TIC en droit processuel a concouru à la promotion de la signature entre les parties de conventions sur la preuve⁶⁹⁷. La loi du 13 mars 2000 consacre la validité de ce type d'accord et l'insère dans le Code civil à l'article 1316-2 : « *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ». ⁶⁹⁸. Ce texte entérine la célèbre jurisprudence « *Crédicas* »⁶⁹⁹ en admettant que les parties puissent en toute légalité opérer un renversement de la charge de la preuve ou l'aménagement des dispositions relatives à la preuve dans un acte juridique. La Cour de cassation a d'abord consacré la validité de cette forme de convention insérée dans les contrats porteurs, conclus entre les établissements de crédit et les utilisateurs de cartes de paiement. Elle visait à admettre que la composition du « *code PIN* » de la carte bancaire vaut signature et « *fait preuve de l'ordre de paiement donné au banquier* »⁷⁰⁰.

263.- La pratique des conventions sur la preuve ou de l'insertion de clauses dans des documents contractuels a vocation à s'étendre, en raison de la profusion des moyens

⁶⁹⁷ Il est prévu que ce type de convention fera l'objet d'une réflexion dans le cadre de la réforme du droit des obligations.

⁶⁹⁸ « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ».

⁶⁹⁹ Selon la Cour d'appel de Montpellier dans son arrêt en date du 9 avril 1987 : « *la société Crédicas apporte preuve suffisante de ses créances par les enregistrements de la machine qui n'ont été rendus possibles que par l'utilisation simultanée de la carte et du numéro de code secret, alors qu'il n'est allégué par ailleurs aucun dérèglement du système informatique ni perte de son numéro secret par le débiteur* ». Cass. civ. 1^{ère} 8 nov. 1989, n° 86-16197; *Bull. civ. I*, n° 342, note HUET (J.); *JCP G* 1990, II, 21576.

communicants. Dans une affaire récente opposant une association de défense de consommateurs à un établissement bancaire, la première chambre civile a validé les clauses contractuelles « *prévoyant respectivement que les relevés de compte remis ou transmis par voie informatique font preuve des opérations et écritures qu'ils comportent* »⁷⁰¹.

264.- Cette forme d'accommodement pourrait *a priori* trouver application en droit du travail où le *modus vivendi* est un principe important dans la signature des actes juridiques. De plus, hormis lorsqu'un aménagement de la charge probatoire est prévu par le Code du travail en raison de l'objet de la preuve⁷⁰², le système probatoire applicable n'est pas d'ordre public⁷⁰³. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté des conventions encouragent donc l'aménagement des règles de preuve « *inter partes* ». Les parties au contrat, pour des soucis d'amélioration du droit probatoire existant et d'appréhension de la nouveauté technologique, collaboreraient et pourraient renoncer à certaines dispositions ou décider de ne se conformer qu'à certaines d'entre elles⁷⁰⁴. La convention sur la preuve électronique leur permettrait de choisir, lors de la conclusion du contrat de travail, la forme électronique pour l'ensemble des documents avenants.

A titre d'exemple, la charge de la preuve d'un contrat de travail appartient, en application des principes directeurs du procès, à la partie qui invoque l'existence du contrat de travail⁷⁰⁵. Aussi, c'est communément au salarié d'apporter l'ensemble des éléments susceptibles de caractériser le lien de subordination. En théorie, il serait donc possible de prévoir une clause renversant la charge de la preuve du contrat de travail au détriment de l'employeur. Ce procédé constituerait une aide au salarié, lorsqu'il ignore l'existence ou le

⁷⁰⁰ HUET (J.), « Aspects juridiques du télépaiement », *JCP E* n° 39, 25 sept. 1991, I, 3524.

⁷⁰¹ Cass. soc. 8 janv. 2009, n°06-17630.

⁷⁰² Cf. *Supra*, n° 188 s. Selon l'article L2251-1 du Code du travail, « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ». La Cour de cassation a rappelé que « *la circonstance que l'une ou l'autre des parties, mêmes les deux, aient pu manifester l'intention de déroger à une règle d'ordre public est nécessairement sans effet* » : Cass. soc. 7 nov. 1995, n°92-44498. A titre d'exemple les règles de preuve en matière de harcèlement et de discrimination sont d'ordre public : Cass. soc. 13 déc. 2007, n°06-44080.

⁷⁰³ Cass. soc. 19 juin 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 2, 84. Dès lors, en matière de preuve sur support électronique, l'ordre public ne s'assimile pas à l'« *ordre public absolu* » et n'inhibe pas systématiquement la liberté contractuelle : CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, éd. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, 2007. Sur la complémentarité des règles de preuve du droit civil avec le caractère général d'ordre public des dispositions sociales : « *les dispositions législatives et réglementaires régissant la matière étant d'ordre public* » : Cass. soc. 16 avr. 1986, n° 84-11975 ; Cass. soc. 12 oct. 2000, n° 98-15831.

⁷⁰⁴ Pour exemple : Cass. com. 8 nov. 1989, *D.*1990, 369, note GAVALDA (Ch.) ; somm. 327, obs. HUET (J.) ; *JCP* 1990, II, 21576, note VIRASSAMY (G.).

lieu de conservation de la preuve électronique ou lorsqu'il désire palier aux refus de témoignage en l'absence d'un statut protecteur de ses collègues témoins. Nul besoin de démontrer que cette hypothèse ne trouvera pas de résonance pratique.

En revanche, parmi les dispositions du Code de procédure civile susceptibles d'être modulées, le choix de la preuve employée pour démontrer l'existence d'un contrat de travail ou pour prouver que l'employeur a bien rempli ses obligations d'information des salariés et des institutions représentatives, tiendrait une place de choix.

2. *L'inadéquation des conventions sur la preuve électronique au droit du travail*

265.- Parmi la myriade de notions et de concepts fondamentaux du droit commun qu'elles sollicitent, les TIC interrogent le sens et l'interprétation du concept de consentement. Cette problématique se pose avec d'autant plus d'acuité en droit du travail, que le salarié se place dans une situation contractuelle singulière. La convention sur la preuve électronique pose alors un nouveau défi au droit du travail et met en lumière l'insuffisance du concept de consentement, défini comme « *l'acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose* »⁷⁰⁶, pour appréhender les évolutions des TIC dans le contentieux du contrat de travail.

266.- La difficulté première est de nature contractuelle. Elle réside dans la situation de faiblesse dans laquelle le salarié se trouve lorsqu'il donne son consentement. Il est littéralement « *démuni* » lors de la conclusion du contrat, à savoir privé d'une force spécifique lui permettant de comprendre et de se défendre, face aux arguments économiques de l'employeur. Le paradoxe du contrat de travail fait sens lors de sa signature, puisqu'il traduit la « *mise sous contrainte consentie* »⁷⁰⁷ du salarié.

⁷⁰⁵ Cass. soc. 31 mars 1982, n° 81-40448 ; Cass. soc. 21 juin 1984, n° 82-42409 ; Cass. soc. 17 juill. 1996, n° 93-46766 ; Cass. soc. 18 juin 1997, n° 95-43853 ; Cass. soc. 14 déc. 2011, n° 11-14333.

⁷⁰⁶ Dictionnaire du CNRTL, en ligne : [\[www.cnrtl.fr\]](http://www.cnrtl.fr).

⁷⁰⁷ En ce sens, il faut rappeler que CARBONNIER définit le contrat de travail comme « *une aliénation de l'énergie musculaire* » : CARBONNIER (J.), *Droit civil 1. Introduction. Les personnes*, PUF, Paris, 13^e éd. 1980, p. 228, n° 48.

A travers le prisme de l'argumentation, l'accord du salarié peut alors s'interpréter comme une action visant à « *reprendre à son compte les arguments qu'un autre a fait valoir* »⁷⁰⁸. Le salarié négocierait les arguments fixés au départ par l'employeur, pour les amener au maximum vers ses attentes. Dès lors, aucun élément ne permettrait de conclure que le salarié participe à la « *co-élaboration* » du projet auquel il adhère. Au mieux offrirait-il un « *consentement guidé* »⁷⁰⁹ lors de son embauche, au pire un « *simple assentiment à une formulation toute prête, qu'il n'aurait plus, en fin de compte, qu'à contresigner* »⁷¹⁰.

267.- Le second écueil porte sur la nature scientifique de l'objet du consentement : la preuve sur support électronique qui sera employée. La nécessité d'un consentement éclairé, libre et explicite s'avère difficile à atteindre car l'employeur comme le salarié, sont majoritairement des profanes en matière de technologies. En qualité d'« *utilisateurs moyens des outils technologiques* »⁷¹¹, ils ne disposent pas des connaissances techniques nécessaires pour comprendre les effets du choix de tel ou tel procédé technique comme moyen de preuve⁷¹². Dans un tel cas d'incompétence partagée, la prédominance contractuelle de l'un prendrait le pas sur la volonté de l'autre. Aussi, la théorie des conventions sur la preuve électronique mettrait en exergue les répercussions du déséquilibre contractuel en matière probatoire.

L'exemple de la signature de conventions sur la preuve par SMS et des limites qui lui sont opposées en droit commercial est instructif en droit du travail, celui-ci admettant des similitudes avec cette matière en ce qui concerne le régime de la liberté probatoire et le déséquilibre au contrat⁷¹³. Lorsqu'une convention relative à l'emploi de moyens technologiques engage un professionnel et un consommateur, le premier doit se soumettre

⁷⁰⁸ G. CANGUILHEM renvoie à « *la nécessité d'un contrôle synthétique en lequel s'exprime une volonté d'indépendance qui dépasse à la fois le droit la science et l'opinion. 'Un contrôle philosophique'* » : CANGUILHEM (G.) cité par CHAMAYOU (G.), *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII^e et XIX^e siècles*, La Découverte, Paris, 2008, p. 307.

⁷⁰⁹ V. sur ce thème l'étude philosophique du consentement, notamment : CANGUILHEM (G.), *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 11^e éd., 2009 ; FOUCAULT (M.), *Dits et Ecrits II*, « Structuralisme et poststructuralisme », Gallimard, Paris, « Quarto », 2001, p. 1250-1276 ; LAURENCON (F.), *Généalogie et idéologie chez Nietzsche et Foucault : La fabrication du consentement dans les sociétés libérales*, thèse ENS Lyon, 2011.

⁷¹⁰ CHAMAYOU (G.), *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII^e et XIX^e siècles*, La Découverte, Paris, 2008, p. 307-309.

⁷¹¹ Cf. Partie II. Titre I. Chap. I.

⁷¹² TURK (A.), *La vie privée en péril, Des citoyens sous contrôle*, Odile Jacob, 2011 ; En Angleterre et aux Pays Bas, le consentement est envisagé de manière objective : il existe nul besoin de vérifier la réunion de ses qualités ; CAHEN (M.-I.), « Le consentement sur Internet », *Rev. Droit-TIC*, 1/03/2004, n° 27, p. 6-9 ; émergence actuellement aussi bien dans la presse spécialiste que non spécialiste V. le site en ligne : [<http://www.echos-judiciaires.com/high-tech/internet-le-consentement-et-la-signature-electronique-a5181.html>].

au respect de certaines prescriptions impératives pour garantir l'information du second. Les clauses insérées dans le contrat liant le professionnel au consommateur seront soumises à la réglementation des clauses abusives. Ainsi, pour être valables, les conventions sur la preuve ne doivent pas avantager l'une des parties et ne doivent pas priver l'autre partie de la possibilité de rapporter la preuve contraire⁷¹⁴. À titre d'exemple, les conditions générales des contrats de services des opérateurs de téléphonie mobile prévoient couramment que certaines informations sur le contrat peuvent être portées à la connaissance du client par voie de SMS. Le contrat de services doit alors préciser que lorsque l'opérateur « *s'engage à contacter le client, il remplit son obligation par écrit ou par téléphone ou en cas d'impossibilité de joindre le client, en laissant un message sur le répondeur de son téléphone mobile ou en lui envoyant un SMS ou un e-mail* ». La doctrine spécialisée va jusqu'à proposer, pour plus de clarté, d'insérer dans les contrats liant les professionnels et les consommateurs une clause libellée comme suit : « *dans les relations entre les parties, la preuve peut être rapportée par tous moyens, y compris par email ou par SMS* »⁷¹⁵.

268.- L'inadaptation telle que de certains procédés issus du droit commun, comme la convention sur la preuve électronique, démontre que l'emploi des TIC dans le contentieux du contrat de travail, bien que souhaitable, nécessite la vigilance accrue du législateur et l'attribution au juge du travail de pouvoirs et de compétences techniques suffisants pour juger de leur validité.

B. Le droit à la preuve électronique

269.- Outre sa contribution à l'essor considérable de la catégorie des droits subjectifs comme « *produits d'une idéologie tout à la fois moderne et occidentale* »⁷¹⁶, l'installation

⁷¹³ ARNAUD (D.), DRAI-PARKER (K.), VAN EECKHOUT (A.), « Les pratiques contractuelles du SMS », *Revue des Contrats*, avr. 2008 n° 2, p. 557

⁷¹⁴V. Recomm. Comm. cl. abusives n°99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables : les clauses prévoyant que, en cas de litige, les enregistrements de taxation du professionnel priment sur tout élément de preuve sont abusives, car elles privent le consommateur du droit d'apporter la preuve contraire

⁷¹⁵ ARNAUD (D.), DRAI-PARKER (K.), VAN EECKHOUT (A.), *loc. cit.*

⁷¹⁶ CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 2001, p 195 ; JAULNEAU (E.), *La subjectivation du droit*, thèse soutenue à l'Université d'Orléans, 2007.

des TIC au procès joue un rôle non négligeable dans la reconnaissance du droit des parties à la preuve⁷¹⁷.

270.- Le droit à la preuve relève généralement du « *droit d'une partie, lorsqu'elle ne peut rapporter elle-même la preuve, de solliciter l'aide du juge pour obtenir les moyens nécessaires au soutien de sa cause* »⁷¹⁸. En pratique, il désigne aussi bien le droit d'obtenir du juge ou de la partie adverse une collaboration dans la recherche et la production de la preuve, que les instruments juridiques mis au service des plaideurs pour y parvenir. Rejoignant la théorie du Professeur DABIN, la doctrine contemporaine définit le droit à la preuve par son objet, « *l'élément de preuve proposé ou convoité* » et par son contenu, « *le pouvoir d'exiger que l'élément de preuve soit intégré à la matière du procès ou qu'il soit recherché à cette fin à l'égard du juge* »⁷¹⁹. A travers le prisme de la preuve électronique cette distinction fait sens. La preuve sur support électronique, envisagée dans son sens instrumental⁷²⁰, serait l'objet même du droit à la preuve des parties. Sa nature contingente et volatile aurait de ce fait, une influence sur le contenu du droit à la preuve détenu par les parties. L'activité de recherche du juge et des tiers au procès, serait modulée par le pouvoir accru des parties, faisant du droit à la preuve électronique la pierre angulaire des relations processuelles.

1. La preuve électronique comme objet du « droit à »

271.- Le contenu initial du droit à la preuve. Le contenu du droit à la preuve se résume à l'ensemble des prérogatives pratiques offertes aux plaideurs par le Code de procédure civile pour obtenir la production des preuves nécessaires au soutien de leurs prétentions. Le Code de procédure civile « *légitimise* » la production forcée dans ses articles 133 à 137 et 142. L'article 133 dispose expressément que « *si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* ». La demande de production forcée peut alors être dirigée contre toute

⁷¹⁷ BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, loc. cit.* ; pour un aperçu complet des « droits à » : PICHARD (M.), *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Paris, 2004.

⁷¹⁸ BERGEAUD (A.), *loc. cit.*

⁷¹⁹ BERGEAUD (A.), *op. cit.*, n° 29, p. 31 ; DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 105 : « *le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne, par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme du* ».

⁷²⁰ Et non pas dans un sens conceptuel : elle ne viserait pas le processus de persuasion du juge mais bien l'instrument juridique et technique de conviction conférant aux parties les moyens de leur succès au procès. BERGEAUD (A.), *loc. cit.*

personne détenant des éléments importants pour servir la vérité judiciaire, qu'elle soit tierce ou partie au procès. De ces dispositions, le Professeur GOUBEAUX distingue selon que la preuve est ou non entre les mains de celui qui entend l'exploiter à son profit : « *dans le premier cas, le droit à la preuve d'analyse en un droit de produire ses preuves, dans le second cas en un droit d'obtenir des preuves* »⁷²¹. Le droit de produire une preuve au soutien de son propre intérêt relève du droit de se constituer une défense et s'adresse au juge. En revanche, c'est dans le droit d'obtenir une preuve électronique de l'adversaire ou d'un tiers que le devoir de coopération des parties à la preuve prend toute son ampleur⁷²². De manière inédite, une partie détient le pouvoir d'exiger d'autrui, par l'intermédiaire du juge, qu'il lui communique une preuve nécessaire à la recherche de la vérité judiciaire.

272.- Le droit à la preuve signifie dans un premier temps, que les parties sont créditrices d'un droit l'une envers l'autre. Selon l'article 142 du Code de procédure, une partie peut demander l'obtention de la preuve de la partie adverse⁷²³. L'article 143 du Code de procédure civile dispose : « *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* »⁷²⁴. Ces articles ont une portée générale et s'appliquent au contentieux du contrat de travail⁷²⁵. Dans un second temps, le droit des parties à la preuve a pour corollaire le principe selon lequel le juge a le pouvoir d'astreindre un tiers à produire une pièce qu'il détient⁷²⁶. En vertu des articles 138⁷²⁷ à 141 du code de procédure civile, il peut être ordonné à des tiers de produire tous documents qu'ils détiennent 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 litige⁷²⁸.

⁷²¹ GOUBEAUX (G.), « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277-301, spéc. p. 279.

⁷²² JEULAND (E.), « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », in (dir.) L. CADIET et G. CANIVET, *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, Litec, Paris, p. 101 et s.

⁷²³ CPC art. 142 : « *Les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites, et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 138 et 139* ».

⁷²⁴ TGI Paris, 7 janv. 1980, *D.* 1980, rap. 376, obs. JULIEN (P.). Par mesure d'instruction, on entend toute mesure d'administration judiciaire ordonnée par un juge afin d'administrer la preuve de faits : CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 3^e éd., 2000, n° 1191.

⁷²⁵ Pour l'application de l'article 142 du Code de procédure civile : Cass. soc. 5 févr. 2014, n°12-28050 ; Cass. soc. 16 mai 2013, n° 12-11866 (refus d'expertise).

⁷²⁶ CA Paris, 7 mars 1972, *JCP G* 1972, IV, 202 ; Cass. civ. 2^e, 23 déc. 1969, N 365 ; Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1971, n° 70-14403.

⁷²⁷ « *Si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce* ».

⁷²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 168, p. 116.

273.- Une obligation procédurale allouée à l'employeur. Le droit à la preuve que détiennent les parties a pour effet de créer une relation tripartite à l'instance où chacune d'elle supporte des obligations, dont la réalisation est conditionnée à l'acceptation du juge. L'obligation de fournir la preuve allouée à une partie s'apparente alors à une « obligation relayée », en ce sens qu'elle désigne « un lien de droit, unissant deux personnes et en vertu duquel l'une (le créancier) est en droit d'exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) »⁷²⁹ lorsque le juge le décide. Aussi pourrait-on désigner à minima la relation qu'entretiennent les parties au procès prud'homal de « lien de droit obligationnel », puisque l'objet de l'obligation de l'une n'est pas moins que le droit de l'autre⁷³⁰. Ces obligations réciproques sont par nature des obligations de faire qui entrent dans le champ d'application de l'article 1142 du Code civil⁷³¹.

274.- L'intervention de l'*imperium* du juge assure l'effectivité du droit à la preuve. Le pouvoir d'injonction est alors doté d'une importance considérable et a une vocation transversale, puisqu'il est commun aux procédures civile, administrative et communautaire⁷³². Toutefois, en procédure civile, la partie souhaitant une production forcée doit obligatoirement en faire la demande car le juge ne peut le décider d'office selon l'adage latin « *no procedat judex ex officio* ». En comparaison, le juge administratif détient, depuis la jurisprudence « *Couespel du Mesnil* »⁷³³, le pouvoir d'exiger d'office de l'administration la communication de tous documents utiles, mais également qu'elle lui fournisse toutes les explications de fait et de droit opportunes.

275.- Le salarié créancier de l'obligation. Il appartient au salarié de provoquer la décision d'injonction du juge afin d'avoir accès aux documents relatifs à la gestion de l'entreprise que détient l'employeur, parmi lesquels les contrats de travail des autres salariés⁷³⁴ ou le registre du personnel⁷³⁵. La particularité de ce mode d'administration de la preuve réside dans la forme simplifiée de la demande de communication de pièces. Selon les termes de l'article 133 du Code de procédure civile, le conseiller de la mise en état peut

⁷²⁹ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations*, T.I « L'acte juridique », Sirey, Paris, 2012.

⁷³⁰ DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 94.

⁷³¹ LEBOIS (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP* 2008, I, 210.

⁷³² JEULAND (E.), *Droit processuel. Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2007, p. 434.

⁷³³ CE 1^{er} mai 1936, rec. p. 485.

⁷³⁴ Cass. soc. 12 av. 2012, n°10-28686.

⁷³⁵ Cass. soc. 20 janv. 2010, n° 08-41652.

prononcer une ordonnance de communication de pièces sur demande par lettre simple⁷³⁶. Il y fixe « *le délai et s'il y a lieu, les modalités de la communication* ». Par conséquent, la seule formalité requise se concentre autour de la saisie du juge par la partie qui aurait dû être destinataire de la communication avant les débats. Ainsi, la forme de la constatation d'incidence importe peu et admet toute autre demande écrite sur support électronique. Un simple courriel peut être envoyé juste avant l'audience facilitant l'accès au juge et la mise en œuvre du mécanisme d'injonction.

276.- Le contenu extensif du droit à la preuve. Les mesures d'instruction « *in futurum* » sont des instruments de droit commun renouvelés par l'apparition des TIC. Elles entrent dans le cadre du droit à la preuve et témoignent de la vocation extensive de son champ d'application. G. GOUBEAUX fut le premier à constater que l'article 145 constitue une illustration du droit à la preuve dans la mesure où « *avec le secours du juge [...] une personne peut (en convaincre une autre) à se prêter à une recherche d'éléments de preuve (préalablement) à tout litige* »⁷³⁷. M. HORY a adopté la même théorie en soutenant que l'intervention du juge des référés qui prescrit les mesures d'instruction « *in futurum* » consiste à « *assurer le respect du droit des parties (de collecter des preuves en vue) du débat au fond* »⁷³⁸.

277.- L'intégration des mesures d'instruction « *in futurum* » au droit à la preuve par la jurisprudence⁷³⁹, remet définitivement en doute la conception étroite du droit à la preuve adoptée par une partie de la doctrine⁷⁴⁰. Le cadre de la mesure d'instruction ne se limite plus à l'instance, les parties peuvent faire jouer leur droit en dehors de celle-ci c'est-à-dire « *avant tout procès* »⁷⁴¹. La preuve électronique, par son ubiquité et son accessibilité devient l'objet récurrent des mesures d'instruction ordinaire et « *in futurum* » et enrichit le droit à la preuve. Un véritable droit à la preuve électronique apparaît.

⁷³⁶ C.P.C. art. 133 : « *Si la communication, des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* » ; CA Paris, 24 oct. 1979, *Bull. avoués* 1979, 2, p. 27.

⁷³⁷ GOUBEAUX (G.), *Le droit à la preuve, la preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981, spéc. p. 277.

⁷³⁸ HORY (A.), « Mesures d'instruction in futurum et arbitrage », *rev arb* 1996, p. 191, spéc. p.221

⁷³⁹ « *Les mesures de l'article 142 sont comprises dans l'expression 'mesures d'instruction' de l'article 145 et ce texte permet donc au requérant d'obtenir des preuves d'une autre partie* » : CA Toulouse, 10 janv. 1996 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1996, n° 576 ; Cass. com. 11 avr. et 13 juin 1993, annot. n° 10, p. 166.

⁷⁴⁰ FRISON-ROCHE (M-A.), « Jouissance des droits civils-Protection de la vie privée », *JCl. civ.* 2002, art. 9, fasc. 10 ; TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009, n°484.

⁷⁴¹ DESPRES (I.), *loc. cit.*

278.- *Le contenu du droit à la preuve électronique.* La preuve électronique s'impose comme le nouvel objet en vogue du droit à la preuve. Elle assure son extension et sa pérennité en droit processuel. Le contentieux du droit à la preuve électronique s'étend progressivement à l'ensemble des systèmes judiciaires. En témoigne, l'arrêt dans lequel la Cour de cassation a retenu la validité de la production forcée d'un numéro de téléphone par la société de téléphonie⁷⁴². Dans le même sens, la communication d'archives audiovisuelles de la justice pénale a été ordonnée par la deuxième chambre civile le 9 avril 2009⁷⁴³.

La production forcée d'une preuve détenue par un tiers trouve une résonance inédite dans le domaine des Technologies de l'Information et de la Communication. Les parties pourraient exiger l'accès aux données personnelles enregistrées et conservées par les tiers et, plus spécifiquement les métadonnées détenues par les administrateurs réseau et par les responsables des serveurs Internet.

279.- Au demeurant, d'autres droits, spécifiques à l'utilisation des TIC dans l'entreprise, viennent renforcer le droit à la preuve électronique détenu par les parties. Le droit d'accès évoqué par l'article 39 de la loi du 6 août 2004⁷⁴⁴ s'avère fort utile pour une partie préparant sa défense : *« toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir [...] la communication des données qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci. En cas de risque de dissimulation ou de disparition des données à caractère personnel, le juge compétent peut ordonner, y compris en référé, toute mesure de nature à éviter cette dissimulation ou cette disparition. »*. Au regard de cette disposition, tout client d'une société du secteur de la grande distribution ou des télécommunications ou d'Internet a le droit d'accéder à ses données personnelles mais également de s'en servir comme preuve. Cette technique facilite l'administration de la preuve et l'établissement du contenu des données.

280.- *L'intégration du document électronique dans la catégorie des pièces.* La pièce désigne de manière simplifiée, la preuve dans son acception matérielle. Par le vocable *« pièces »*, on entend généralement tous *« les documents qui permettent aux parties*

⁷⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, RTD civ. 1988, 393, obs. PERROT (R.).

⁷⁴³ Cass. civ 2^e, 9 avr. 2009, n°08-12574.

d'établir la preuve des faits qu'elles allèguent à l'appui de leur prétentions »⁷⁴⁵. Cette catégorie regroupe l'ensemble des preuves littérales ou indiciaires au sens des articles 1349⁷⁴⁶ et 1353 du Code civil. Les pièces et documents sont habituellement regroupés dans une même catégorie. En droit civil, il n'est pas attribué une signification claire et précise au vocable « *document* » qui apparaît en premier lieu dans l'article 11 du Code de procédure civile dans l'acception « *la production de tous documents détenus par les tiers* ». Si dans ce dernier cas, le document est intégré à la catégorie des preuves – à la Section IV du livre premier -, il représente néanmoins une notion floue, comprenant toutes sortes d'éléments servant de preuve. Il est pour exemple régulièrement employé pour désigner les « *documents de banque* »⁷⁴⁷, « *les documents utiles à la liquidation du régime matrimonial* »⁷⁴⁸ ou les « *documents sociaux d'une société* »⁷⁴⁹.

281.- La production du document électronique est désormais l'objet de l'obligation d'une partie envers l'autre. Si la question de l'entrée des TIC dans le domaine des écrits a été discutée, celle de leur qualification de pièce ne peut l'être. Selon l'article 1316 du Code civil, ce mode d'administration de la preuve par écrit serait défini comme résultant « *d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ».

Au-delà des écrits sur support papier et électronique, la doctrine étend cette catégorie à toutes les formes de document⁷⁵⁰, au sens de *documentum*, du latin issu de *doceo* « *échantillon qui sert à instruire, à faire voir* ». S'incorporent dans cette catégorie, les *photographies, les maquettes, documents sonores et audiovisuels* ».

Dès lors, la prolifération des moyens de communication entraîne l'extension de la catégorie juridique des pièces et la démultiplication des mesures assurant leur production. En qualité d'« *écrits-oralisés* » les moyens de communication électronique deviennent l'objet récurrent du droit à la preuve des parties et entraînent une modification de

⁷⁴⁴ Art. 39 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, *JORF* 7 août 2004, art. 5.

⁷⁴⁵ CADJET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 567, p. 431.

⁷⁴⁶ C. civ. art. 1349 : « *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ».

⁷⁴⁷ C. civ. art. 1402.

⁷⁴⁸ C. civ. art. 1578.

⁷⁴⁹ C. civ. art. 1855.

l'exercice du pouvoir d'injonction du juge. Ce dernier peut ordonner la production de tout type d'objet communiquant : les enregistrements de la vidéosurveillance ou d'une conversation téléphonique, un courriel, etc. Pour exemple, dans un arrêt en date du 10 janvier 2012, un employeur a obtenu, en vertu de l'article 145 du Code de procédure civile, la désignation par ordonnance sur requête d'un huissier de justice pour visionner les enregistrements des caméras de vidéosurveillance placées à l'entrée d'une société⁷⁵¹.

282.- La qualification québécoise de « document technologique ». Le droit québécois a pour particularité d'avoir construit autour de la pièce sur support électronique, une notion qui lui est propre. A ce titre on voit apparaître dans le droit canadien l'« *émergence d'un concept englobant et neutre* »⁷⁵² permettant de rassembler les documents dont le contenu est fragmenté et réparti sur différents supports. Ce concept est nommé « *document technologique* » et désigne tout écrit sur support électronique qui pourrait produire des effets juridiques et être admis en preuve⁷⁵³. Selon l'article 3 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information de 2001, un document « *est constitué d'informations portées par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles* »⁷⁵⁴. La loi prévoit expressément que lorsque le support du document fait appel aux technologies de l'information, le document doit être qualifié de « *document technologique* ». Dès lors sont intégrés à cette catégorie, la disquette, le cédérom, le DVD, la carte mémoire, la clé USB et le disque dur, ces objets qui représentent « *la symbiose d'un support et d'une information* »⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 260, p. 861-865.

⁷⁵¹ Cass. soc. 10 janv. 2012, n° 10-23482.

⁷⁵² CAÏDI (S.), *La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information*, Université de Montréal, 2002.

⁷⁵³ L. 2001, c. 32, a. 5.

⁷⁵⁴ L. 2001, c. 32, a. 3.

⁷⁵⁵ GAUTRAIS (V.), GINGRAS (P.), « La preuve des documents technologiques », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 2012, p. 6.

2. *L'intensité du pouvoir conféré par le droit à la preuve électronique*

283.- La portée conceptuelle du droit à la preuve électronique. L'idée d'intégrer le droit à la preuve dans la catégorie des droits subjectifs a germé dans la pensée doctrinale⁷⁵⁶, jusqu'à devenir l'une des questions essentielles du droit probatoire contemporain⁷⁵⁷. La question est encore débattue dans la doctrine, certains auteurs acceptant seulement de lui concéder son entrée dans la catégorie des droits substantiels de la défense⁷⁵⁸. D'autres, se fondant sur les écrits de MOTULSKY pour qui, le droit à la preuve était comme le droit à l'action, « *la faculté pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle de droit* »⁷⁵⁹, souhaitent son élévation au rang des droits subjectifs processuels. Suivant le « *processus de subjectivation* »⁷⁶⁰ du droit contemporain, propre à attacher au justiciable un nombre croissant de droits subjectifs, le droit à la preuve serait issu d'une évolution et appartiendrait à la « *génération spontanée des droits subjectifs* »⁷⁶¹. Dès lors les parties au procès seraient moins considérées comme des justiciables que comme des sujets de droit.

284.- Le droit à la preuve électronique, par les mécanismes juridiques qu'il requiert, s'apparenterait à un « *droit subjectif processuel* »⁷⁶², renforçant le droit subjectif que la partie invoque au procès. Pour assurer l'effectivité de ce droit, le législateur octroie au juge de larges prérogatives, telles que les mesures d'instruction et la possibilité de forcer l'adversaire ou un tiers à produire une preuve. Le juge peut même les ordonner d'office. L'action *ad exhibendum*, communément nommée la production forcée des preuves en

⁷⁵⁶ L'idée initiale d'un droit à la preuve revient à Gény qui le premier le définissait comme « une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale pour la justification et la défense de ses droits » : GENY (F.), *Des droits sur les lettres missives*, T. 2 Sirey, Paris, 1911, p. 81 s. ; GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, Paris, 1977, n° 163 et s.

⁷⁵⁷ BERGEAUD (A.), *loc. cit.*

⁷⁵⁸ LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve-ce qui change », *JCP avr.* 2005, n° 17, p.7 : l'auteur affirme que le droit des parties au procès à la preuve était un droit substantiel qui trouve son origine dans le droit d'agir en justice, donc dans le droit d'accès à un juge selon l'article 6-1.

⁷⁵⁹ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris, 1991, p. 29.

⁷⁶⁰ CARBONNIER (J.), *Flexible droit, op. cit.* p 195 ; JAULNEAU (E.), *La subjectivation du droit*, thèse Orléans, 2007.

⁷⁶¹ CARBONNIER (J.), *Id.* p. 196 : les droit subjectifs prennent naissance « *suivant que l'homme croit ou non à son droit, croit ou non aux droits qu'affirment ses rivaux* ». PICHARD (M.), thèse, *op. cit.* : Pour qu'un « droit à » soit dit effectif, la condition de la prédétermination de ce droit doit être remplie, il s'agit de savoir comment faire valoir ce droit et que faire valoir.

⁷⁶² KLEIN (G.), « Le droit à la preuve : une étude comparée de la procédure civile allemande et française », mis en ligne 2 juin 2009 par LECLERC (O.) sur le « *Blog* » de droit comparé de l'Université Paris Ouest-Nanterre. En ligne : [<http://m2bde.u-paris10.fr>].

justice, est l'essence même du droit à la preuve⁷⁶³. Elle est le corollaire du droit au procès équitable. Au soutien de cette qualification, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt en date du 15 mai 2007, que constitue une atteinte à l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable, le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions⁷⁶⁴. En outre, si le droit à la preuve s'exerce dans le respect de certaines limites, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite dès lors que l'atteinte est justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, si elle reste proportionnée au regard des intérêts en présence⁷⁶⁵.

285.- La portée européenne du droit à la preuve. Dans une décision en date du 19 avril 2012, la Cour de justice de l'Union européenne refuse de reconnaître explicitement le droit à l'information d'une salariée victime d'une discrimination, mais ne l'exclut pas⁷⁶⁶. Elle admet que le refus de la part de l'employeur de tout accès aux informations, est de nature à présumer l'existence d'une discrimination à l'embauche. De ce fait, l'employeur, pour justifier le choix du candidat, doit incontestablement fournir les éléments et informations requis au départ. Au regard des conséquences juridiques que revêt le refus d'information, la Cour semble reconnaître de manière indirecte l'importance du droit à la preuve des parties au litige et lui donner une réelle portée européenne.

286.- La portée processuelle du droit à la preuve électronique. De l'existence d'un document électronique au procès, résulterait l'efficacité du droit des parties à la preuve. Il leur est permis d'effectuer sur celui-ci un nombre d'actes considérable tels que « mener une enquête, collecter des informations pertinentes pour le dossier, les analyser et ensuite les communiquer à la partie adverse, etc. »⁷⁶⁷. Ainsi auraient-elles entre les mains, le pouvoir d'exiger que leur soient donnés les moyens d'assurer leur défense dans des conditions optimales. Chacune des parties au contrat de travail serait en mesure de discuter les faits et les moyens juridiques produits par l'adversaire.

⁷⁶³ MARRAUD (C.), « Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice », *JCP* 1973, I, 2572.

⁷⁶⁴ Cass. com. 15 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n°130 ; *RTD civ.* 2007, 637, obs. PERROT.

⁷⁶⁵ Cass. com. 15 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n°130 ; *RTD civ.* 2007, 637, obs. PERROT ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2008, *JCP* 2008, I, 142, n° 9, obs. SERINET.

⁷⁶⁶ CJUE, 19 avr. 2012, n°C-415/10, Meister, note LOKIEC (P.) et PORTA (J.), *D.* 25 av. 2013, n° 15, p. 1026-1040.

⁷⁶⁷ PROUST (O.), BURTON (C.), « Le conflit de droits entre les règles américaines de « e-discovery » et le droit européen de la protection des données à caractère personnel...entre le marteau et l'enclume », *RLDI* 2009/46, n° 1531.

287.- La procédure de production forcée connaît, du fait de la nature scientifique et volatile de la preuve électronique, une profonde modification. L'objet du droit à la preuve est désormais modulable. Au regard de ces évolutions, la procédure de production forcée convergerait vers la procédure anglo-saxonne d'« *e-discovery* », où les parties ont toute leur place dans l'administration de la preuve. Le concept d'« *e-discovery* » désigne « *le processus consistant à satisfaire une demande légale de production de messages électroniques archivés et d'autres éléments : traces de connexion, journaux électroniques, traces de communications téléphoniques, outils de stockage, d'archivage et politiques d'archivage etc.* »⁷⁶⁸. Or, l'étendue de la production des preuves par les parties constitue le fondement majeur de la distinction entre le système probatoire de la *Common law* et le système probatoire français. La procédure de « *discovery* », qui signifie en français « *divulgation* », oblige chaque partie à divulguer à l'autre tous les éléments de preuve pertinents dont elle dispose, quel que soit leur support et ce, même s'ils lui sont défavorables⁷⁶⁹. La vitesse et l'exhaustivité de la communication des preuves sont les enjeux principaux de ce processus, auxquels sont venus répondre les TIC par la création de la procédure d'« *e-discovery* ».

288.- L'article 133 du Code de procédure civile français, en instaurant la pratique de la production forcée d'une preuve, sous réserve de son utilité, a entraîné une première convergence des systèmes de procédure français et anglais. Les TIC parachèveraient ce rapprochement théorique⁷⁷⁰, en raison d'une part, de leur nature oralisée, chère au système anglo-saxon⁷⁷¹ ; d'autre part, de leur appétence à favoriser la communication preste et complète des éléments probatoires. En retour, la procédure anglaise évoluerait vers le système français, par la reconnaissance de l'écrit au procès⁷⁷².

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ Service des Affaires Européennes et Internationales, *Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français*, Rap. Ministère de la Justice, 19 oct. 2005. En ligne : [www.gip-recherche-justice.fr].

⁷⁷⁰ Sur les particularités des systèmes judiciaires civil et anglo-saxon : GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

⁷⁷¹ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de Limoges 2010, p. 157-196.

⁷⁷² La réforme de la procédure civile de 1999 donne une place prépondérante à l'écrit. « *Pour la filière rapide (fast track), il n'y a plus de déposition orale des expert à l'audience. La preuve doit désormais être délivrée par écrit, à moins que la Cour n'en décide autrement* » : Service des Affaires Européennes et Internationales, *Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français*, Rap. Ministère de la Justice, 19 oct. 2005. En ligne : [www.gip-recherche-justice.fr].

Conclusion du Chapitre I

289.- Le renforcement des droits et des devoirs des parties à la preuve, sous l'influence des TIC, entraîne le rééquilibrage des rôles processuels en droit du travail. Ainsi, la reconnaissance de la preuve électronique provoquerait une transformation de la physionomie du contentieux prud'homal.

290.- La réhabilitation des parties en matière de preuve méritait d'être entreprise au procès prud'homal⁷⁷³. La réponse probatoire ne peut désormais plus être réduite à une simple décision judiciaire mais résulte d'un véritable processus de collaboration des parties et du juge dans l'administration de la preuve. Force est de constater que cette évolution ne peut qu'être bénéfique pour le contentieux prud'homal, car si le législateur du travail met clairement un point d'honneur à faire du juge le chef d'orchestre de la phase d'administration de la preuve, la pratique n'en a pas moins démontré une négligence de celui-ci à user des prérogatives qui lui sont offertes.

291.- La figure du juge n'est donc pas moins épargnée par les bouleversements qu'engendre l'irruption de la preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail. La rationalisation du procès et l'implication exponentielle des parties dans l'administration de la preuve électronique transformeraient l'office judiciaire dans le sens d'une plus grande implication dans l'instruction d'une telle preuve.

⁷⁷³ SUPIOT (A.), « Administration de la preuve-L' équitable dans la preuve », *SSL*, 24 mai 1988, n° 410, p. D.62-D.75.

Chapitre II. L'office du juge du contrat de travail dans l'administration de la preuve électronique

292.- L'idée d'une adéquation entre le processus de rationalisation de la preuve et l'accroissement du rôle du juge est née en 1964 sous la plume du Professeur LEVY-BRUHL. Selon lui, était-il déjà permis de « *se demander [...], s'il n'est pas plus conforme aux exigences de la justice [...] de donner au juge, impartial par définition, un rôle plus actif à jouer dans le procès, qui [...] se rapprocherait d'un problème scientifique à résoudre avec le minimum d'apparat. [...] Le tribunal cesserait d'être un champ clos pour devenir une sorte de laboratoire où les efforts de tous, même des avocats des parties adverses, au lieu de s'opposer, convergent vers un but commun qui est la recherche de la vérité* »⁷⁷⁴.

293.- Envisagée comme un processus de rationalisation de la preuve⁷⁷⁵, l'intégration des TIC au procès conduit nécessairement à repenser l'office du juge du contrat de travail, entendu comme la fonction qu'il doit remplir et les charges dont il doit s'acquitter. L'évaluation du contenu, de la portée et de l'efficacité des nouvelles prérogatives judiciaires s'effectuerait lors des deux phases primordiales de l'administration de la preuve, à savoir successivement, la phase de communication et la phase d'instruction de la preuve électronique⁷⁷⁶.

294.- La reconnaissance de la preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail crée un juge « *polyvalent* », dont toutes les facultés et compétences sont mobilisées et mises à profit pour permettre l'appréhension de la science par le droit. Le premier

⁷⁷⁴ LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière, Paris, 1964.

⁷⁷⁵ Cf. *supra* n° 8.

⁷⁷⁶ L'administration de la preuve judiciaire, située dans le Livre 1^{er} du code de procédure civile relatif aux « *Dispositions communes à toutes les juridictions* », regroupe quatre sous-titres : « *Sous-titre I. Les pièces* », « *Sous-titre II. Les mesures d'instruction* », « *Sous-titre III. Les contestations relatives à la preuve littérale* », « *Sous-titre IV. Le serment judiciaire* ». Les deux premiers sous-titres peuvent être regroupés sous l'étude de la phase d'instruction de la preuve puisque les pièces font l'objet même de l'instruction et sont ainsi inséparables du moyen de les recueillir : la mesure d'instruction. La contestation de la pièce entraînant vérification du juge s'apparente à la phase succédant à la recherche et doit donc en être distinguée.

Enfin, l'opportunité de mesurer les pouvoirs du juge dans le serment judiciaire se révèle faible pour l'étude de la preuve électronique, en ce sens qu'il n'est aucunement modifié par leur insertion au procès. Il est donc écarté de ce chapitre.

modèle du « *juge-entraîneur* », décrit par F. OST⁷⁷⁷, est alors largement dépassé. Le rôle du juge est renforcé, à tel point qu'il devient un juge régulateur, s'attachant à tempérer, à ralentir, à accélérer, voire même, à préciser la recherche et la production de la preuve électronique. Auparavant, « *le juge se confin[ait] dans une attitude plutôt passive⁷⁷⁸ et se montr[ait] un gardien prudent de la séparation des pouvoirs* »⁷⁷⁹, désormais, il use des pouvoirs d'injonction et de sanction que lui confèrent le Code du travail et le Code de procédure civile ainsi que d'une nouvelle forme d'autorité pour enjoindre, autoriser ou sanctionner la production de la preuve sur support électronique. Suivant ce raisonnement, la preuve électronique constituerait une source de croissance de l'« *imperium* »⁷⁸⁰ du juge des relations de travail, entendu dans son acception latine comme le pouvoir suprême de donner des ordres (**Section I**). En parallèle, le juge deviendrait un véritable acteur dans la recherche et la production de la preuve électronique. Sa contribution personnelle à l'instruction de la preuve moderne deviendrait indispensable au regard de l'adéquation entre la mesure d'instruction et la preuve électronique (**Section II**).

⁷⁷⁷ OST (F.), « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-69.

⁷⁷⁸ La passivité du juge est à bien distinguer du concept de neutralité judiciaire comme l'affirme la doctrine : ESMEIN (P.), « note sur La preuve », in AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Droit civil français*, 6e éd., T.XII, Paris, Librairies Techniques, 1958, p. 51-83.

⁷⁷⁹ OST (F.), « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 103-110.

⁷⁸⁰ GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, nouvelle éd., 2000.

Section I. L'autorité du juge dans la communication de la preuve électronique

295.- L'existence d'une preuve électronique dans le contentieux du contrat de travail, renforcerait l'autorité⁷⁸¹ du juge, définie comme le « *supplément d'âme qui anime et intensifie le pouvoir* »⁷⁸². Doté d'un pouvoir régulateur, le juge des relations de travail disposerait de la faculté de contraindre les parties à administrer la preuve électronique selon le modèle de technicité qu'il défend. Cette nouvelle forme d'autorité se manifesterait lors de l'administration de la preuve électronique, par la réaffirmation du pouvoir de contrainte du juge, qu'il détiendrait de manière inédite sur le déroulement de la communication des pièces électroniques détenues par les parties ou les tiers (**§I.**) ; d'autre part, par l'octroi au juge d'une marge de manœuvre significative dans l'exercice de son pouvoir de sanction (**§II.**).

⁷⁸¹ La notion employée est volontairement générale, elle représente la figure classique d'autorité caractérisée par l'injonction unilatérale et se distingue de l'autorité de la chose jugée en droit et de « *l'autorité politique de la jurisprudence* » telle que définie par VULLIERME (J. L.) : « l'autorité politique de la jurisprudence », *APD*, 1985, T. 30, p. 95-103

⁷⁸² L'autorité est considérée comme plus diffuse que le pouvoir, ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, V° Autorité. Ici l'« *imperium* » se distingue de la « *juridictio* » et la précède.

§I. La contrainte exercée par le juge dans la délivrance de la preuve électronique

296.- Par définition la contrainte est une « *violence ou une pression exercée sur quelqu'un pour l'empêcher d'agir ou pour l'obliger à agir* »⁷⁸³. Elle peut aussi correspondre à une force intérieure, ce qui conduit à distinguer la contrainte externe de la contrainte interne à l'individu. Le terme « *contrainte* » s'oppose de prime abord à ceux d'autonomie et de liberté. Il présente communément une connotation péjorative, en ce sens qu'il est assimilé à l'idée de restriction, d'absence d'indépendance ou encore de pression. Actuellement, cette dépréciation entraîne un recul significatif de l'utilisation juridique du vocabulaire de la contrainte⁷⁸⁴, en raison notamment de la perte de vitesse que connaît la sanction, notion qui lui est souvent associée⁷⁸⁵.

297.- Le droit processuel se révèle à contre-courant, car il cautionne l'utilisation judiciaire de la contrainte pour assurer l'effectivité des principes directeurs du procès. Le pouvoir de contraindre concédé au juge ne serait autre que la contrepartie de la montée en puissance du droit à la preuve des parties et la garantie d'une protection efficace du principe du contradictoire en présence d'une preuve sur support électronique.

298.- Dans le contentieux du contrat de travail où la part des éléments subjectifs s'avère très importante⁷⁸⁶, l'« *imperium* » du juge trouverait une application inégalable. Au soutien des dispositions du Code de procédure civile et du Code des procédures civiles d'exécution, le Code du travail offrirait au juge la possibilité d'employer les prérogatives d'injonction comme des instruments de délimitation des pouvoirs de l'employeur, ce qui participerait à la transformation de la pratique du pouvoir d'injonction dans la phase

⁷⁸³ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005, V^o «contrainte».

⁷⁸⁴ La contrainte est une notion riche de sens, en témoignent les nombreux mots qui lui sont associés : « *protection ; compensation ; proportionnalité ; règles ; sanction ; consensus ; compromis ; adhésion ; consentement ; autonomie ; liberté ; responsabilité ; égalité ; groupe ; obligation ; choix ; droit souple ; interne ; externe, etc.* ». Les contours du terme « *contrainte* » apparaissent flous, ses champs sémantiques et lexicaux sont larges et variés.

⁷⁸⁵ THIBIERGE (C.), « Le droit souple- Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* oct. 2003, n^o 4, p. 599-628.

⁷⁸⁶ Selon le dosage préconisé par SOLUS (H.), PERROT (R.), *loc. cit.*

d'administration de la preuve électronique. Dès lors, l'autorité du juge du contrat de travail se mesure dans l'exhaustivité de la typologie des différentes actions coercitives qu'il mène pour obtenir les éléments nécessaires à sa décision, en présence d'une pièce, d'un document ou d'une preuve sur support électronique.

299.- La nouvelle forme de contrainte exercée par le juge dans le contentieux prud'homal se construirait en réaction aux types inédits de pratiques probatoires que promeuvent les TIC et se matérialiserait par l'ajout quasi-systématique à la simple injonction fixée avec délai déterminé, de contraintes supplémentaires visant à faire cesser ou à sanctionner le défaut de délivrance. Aussi, le régime de l'injonction judiciaire se serait considérablement enrichi de l'apparition des TIC au procès prud'homal et la figure du juge prendrait une tournure plus sévère. Au regard de l'utilisation exponentielle des actions coercitives que fait le juge du contrat de travail à l'encontre de l'employeur et de l'intensité avec laquelle il exerce son pouvoir de contrainte, le constat que posaient certains auteurs⁷⁸⁷, selon lequel les conseillers prud'hommes n'utiliseraient que très rarement les possibilités qui leurs sont offertes par l'article 135 du Code de procédure civile⁷⁸⁸, est désormais dépassé **(A.)**.

300.- Au reste, par la coopération que requiert la preuve électronique entre, d'un côté, les juges d'avant dire droit, le bureau de conciliation et le bureau de jugement ; et d'un autre côté, la chambre sociale et les juges du fond, le renforcement du pouvoir d'injonction aurait des effets significatifs sur les concepts fondamentaux et l'architecture du contentieux prud'homal **(B.)**.

A. La récurrence de l'exercice du pouvoir d'injonction des juges

301.- Le régime général de la délivrance des pièces, s'il se veut exhaustif et d'utilité pratique, se révèle à l'épreuve des faits, disparate et complexe.

Les dispositions principales qui en relèvent sont éclatées à l'intérieur même du Code de procédure civile. De manière simplifiée, on retient des règles communes au Code des procédures civiles d'exécution, au Code civil, au Code de procédure civile et au Code du

⁷⁸⁷ BOULMIER (D.), « Oralité de la procédure et mesure d'instruction : pour un juge prud'homal metteur en scène des affaires inscrites au rôle », *Dr. Ouvr.* août 1999, n° 612, p. 309-316.

travail⁷⁸⁹, qu'il existe initialement deux formes de délivrance forcée des pièces dont la mise en œuvre dans le contentieux prud'homal, dépend de leur présence ou absence au débat. D'un côté, le juge du contrat de travail peut exiger la communication des pièces et des éléments de preuve comme le prévoit l'article 133 du Code de procédure civile ; d'un autre côté, il assure la production forcée⁷⁹⁰ des éléments de preuve détenus, soit par les parties et orchestrée par l'article 142 du Code de procédure civile⁷⁹¹, soit par les tiers et prévue par l'article 138 du Code de procédure civile.

302.- La communication et la production des pièces ont le même objet, ce qui explique leur présence dans le même sous-titre premier, « *Les pièces* » du Code de procédure civile, et admettent concurremment l'attribution au juge du pouvoir d'« *enjoindre* » la délivrance des pièces et documents utiles aux débats. La nature électronique des pièces a un impact notoire sur ces deux moyens d'administration de la preuve puisqu'elle en modifie singulièrement l'usage. En effet, elle démultiplie le nombre de décisions des juges d'exercer leur pouvoir d'injonction ainsi que le recours aux actions coercitives que représente principalement l'astreinte.

1. L'augmentation des décisions d'injonction en matière prud'homale

303.- *Le caractère discrétionnaire de l'injonction.* Le juge dispose d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la nécessité d'ordonner la communication ou la production de la preuve. La demande de production forcée peut être dirigée contre toute personne détenant des éléments importants pour servir la vérité judiciaire, qu'elle soit tierce ou partie au procès.

⁷⁸⁸ CPC art. 135 : « *Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* ».

⁷⁸⁹ Cass. soc. 10 mai 1999, *JurisData*, n°1999-002052 ; Cass. soc. 5 oct. 1999, n° 97-41123 : « *il résulte de l'article R516-0 du Code du travail [nouvellement R1451-1] que les dispositions de l'article 135 du nouveau Code de procédure civile, selon lesquelles le juge peut écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile, sont applicables devant les juridictions statuant en matière prud'homale* ».

⁷⁹⁰ DAIGRE (J.-J.), *La production forcée des pièces dans le procès civil*, PUF, Paris, 1979 ; MARRAUD (C.), « *La production forcée des preuves en justice* », *JCP*, 1973, I, 2572 ; « *La doctrine et la réforme de la procédure civile, A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces* », *JCP* 1981, I, 3020.

⁷⁹¹ Cass. civ. 2^e, 16 juil 1992, *JCP* 1992, IV, 2707 ; Cass. soc. 20 janv. 2010, n°08-41652.

La décision d'ordonner la production forcée d'un élément probatoire est, non pas un jugement, mais une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours⁷⁹². De surcroît, la requête d'une partie ne lie pas le juge du contrat de travail qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou non la production de la preuve électronique. La chambre sociale de la Cour de cassation s'applique régulièrement à rappeler que, si les juges du fond peuvent ordonner la production de pièces détenues par une partie ou un tiers, il s'agit pour eux d'une « *simple faculté, dont l'exercice est laissé à leur pouvoir discrétionnaire* »⁷⁹³. L'action *ad exhibendum* n'est en aucun cas exigible de plein droit par le justiciable⁷⁹⁴. En d'autres termes, le juge, lorsqu'il ordonne la production forcée d'une pièce, met en œuvre son autorité et non sa responsabilité.

304.- Le caractère personnel de l'injonction. La décision d'enjoindre la communication ou la production d'une pièce est une prérogative attribuée personnellement au juge du contrat de travail. Le tiers n'a pas à interférer dans l'exercice du pouvoir d'injonction. A titre d'exemple, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 16 juillet 1979, a rappelé que le juge ne peut se dessaisir de son pouvoir d'injonction au profit de l'expert et doit seul décider des documents devant être communiqués au technicien⁷⁹⁵.

305.- L'incidence des TIC sur contrôle de l'existence et de l'utilité de la pièce. De manière souveraine, les juges du fond, s'assurent de l'existence, « *sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable* » des pièces demandées⁷⁹⁶ ainsi que de leur utilité⁷⁹⁷. Ces conditions s'ajoutent, lors du référé probatoire à la condition de l'existence d'un motif légitime pour agir⁷⁹⁸.

C'est à la partie qui sollicite la production forcée de prouver la vraisemblance de l'existence de la pièce demandée. En pratique, l'« *employeur-défendeur* » prétexte

⁷⁹² Cass. civ. 3^e, 2 oct. 1984, *Bull. civ. III*, n°157.

⁷⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1973, *Bull. civ. I*, n° 336 ; Cass. civ. 2^e, 29 mars 1984, *Bull. civ. II*, n°59 ; Cass. civ. 3^e, 24 fév. 1988, *JCP* 1988, IV, 166 ; Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2003, *Bull. civ. II*, n° 307.

⁷⁹⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 14 nov. 1979, *D.* 1980, 365, note LEMEE ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, *JCP* 2008, IV, 2984 : « *c'est dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que la cour d'appel a refusé d'ordonner la communication forcée des épreuves du film qui était demandée* ».

⁷⁹⁵ Cass. civ. 2^e, 16 juil. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 3.

⁷⁹⁶ Cass. civ. 2^e, 17 nov. 1993, n° 92-12922.

⁷⁹⁷ CA Aix en Provence, 21 nov. 1995, *JCP II*, 1996, 22597, note DAIGRE.

⁷⁹⁸ Cass. civ. 2^e, 17 nov. 1993, n° 92-12922.

régulièrement l'inexistence d'une pièce, en raison d'un transfert d'entreprise ou d'un simple déménagement des locaux de l'entreprise⁷⁹⁹.

306.- La nature électronique ou numérique du support de la pièce a une incidence indirecte sur la récurrence de l'exercice du pouvoir d'injonction du juge. L'opportunité de la demande de communication des pièces étant évaluée par le juge en fonction des circonstances entourant l'administration de la pièce, telle que la capacité de la partie à administrer elle-même la preuve⁸⁰⁰.

La pérennité, l'ubiquité et l'immatérialité d'une pièce sur support électronique⁸⁰¹ installent une présomption d'existence en sa faveur. En effet, les réflexions actuelles sur le droit à l'oubli en témoignent, les traces que laisse une information postée sur la toile sont indélébiles et il ne faudrait qu'un instant à un informaticien pour retrouver l'origine du fichier en cause dans l'ordinateur de l'employeur.

Quant à l'opportunité de la demande d'injonction, elle représente un critère inopérant. Il serait en effet rempli *ab initio* en droit du travail, en raison de la situation contractuelle du salarié. Cette hypothèse est renforcée par l'importance que revêt traditionnellement la constitution de la défense du salarié dans la motivation de la Cour de cassation : « *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* »⁸⁰².

2. Le recours à l'astreinte dans le contentieux prud'homal

307.- Les caractères distinctifs de l'astreinte. L'astreinte est un moyen de pression exercé par le juge à l'égard du débiteur d'une obligation, pour qu'il exécute la décision d'injonction dans un délai imparti. Elle est reconnue explicitement par les conseillers prud'hommes comme « *une mesure de contrainte à caractère personnel* »⁸⁰³. En pratique, elle se matérialise par le paiement d'une somme équivalente au nombre d'unités de retard dans la production des pièces par l'employeur.

⁷⁹⁹ Cass. soc. 12 avr. 1995, n° 93-10982.

⁸⁰⁰ Cass. civ. 1^e 28 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 286 ; CA Paris, 4 mars 1975, *JCP* 1975, IV, 6538, obs. J. A.

⁸⁰¹ Cf. *supra*. n° 211-213.

⁸⁰² Cass. crim. 30 juin 2004, *Bull. civ. V* 2004, n° 187, note DUQUESNE (F.), *Dr. soc.* 2004, p. 938 ; BONFILS (P.), *Dr. et Pat.* déc. 2004, p. 81 ; RADE (Ch.), *Lexbase hebdo éd. soc.* 17 juin 2004, n° 125 ; GIRAULT (C.), *JCP E*, 2004, 1449 ; BOULMIER (D.), *Jurisp. soc. Lamy* 2004, n° 157, p. 4.

⁸⁰³ Cass. soc. 21 fév. 2008, n° 06-43046.

308.- De prime abord, l'utilisation de l'astreinte dans le contentieux prud'homal peut sembler inopportune, au regard notamment de la teneur de l'article R. 1454-27 du Code du travail : « *les conseils de prud'hommes ne connaissent pas de l'exécution forcée de leur jugement* ». C'est sans compter sur la lettre de l'article L. 131-1 du récent Code des procédures civiles d'exécution selon laquelle, « *tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* »⁸⁰⁴. La compétence du bureau de conciliation de l'instance prud'homale en matière d'astreinte est d'ailleurs expressément prévue par l'article R. 1454-14 du Code du travail⁸⁰⁵. Cette faculté offerte aux juges s'applique aux documents que l'employeur est légalement tenu de délivrer et ne requiert pas l'action du défendeur.

309.- Ainsi, la condamnation d'un employeur à délivrer certaines pièces, telles que les certificats de travail⁸⁰⁶ ou les bulletins de paie électroniques⁸⁰⁷, a pu être assortie d'une astreinte par le juge. La chambre sociale a également rappelé cette possibilité pour la remise aux institutions représentatives de la convention collective⁸⁰⁸. Le salarié peut par ce biais se voir remettre, les synthèses d'activité détaillées de l'entreprise ou sa lettre de licenciement⁸⁰⁹. De même, les juges du fond ont accueilli la demande de délivrance d'un salarié routier, des feuilles de calculs des heures travaillées, établies par l'employeur à partir des disques chronotachygraphes⁸¹⁰.

310.- L'astreinte commence à courir en principe, à partir de la notification qui l'ordonne⁸¹¹. En matière prud'homale, la simple notification par lettre recommandée avec

⁸⁰⁴ Cet article a été créé par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 alors que l'article R 1454-27 du Code du travail a été codifié par le décret n° 73-1048 du 15 novembre 1973 ; il semble donc que le premier texte prenne définitivement le pas sur le second.

⁸⁰⁵ C. trav. art. R1454-14 : « *Le bureau de conciliation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne se présente pas, ordonner : La délivrance, le cas échéant, sous peine d'astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer ; 2° Lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable : a) Le versement de provisions sur les salaires et accessoires du salaire ainsi que les commissions ; b) Le versement de provisions sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement ; c) Le versement de l'indemnité compensatrice et de l'indemnité spéciale de licenciement en cas d'inaptitude médicale consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle mentionnées à l'article L. 1226-14 ; e) Le versement de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 et de l'indemnité de fin de mission mentionnée à l'article L. 1251-32 ; 3° Toutes mesures d'instruction, même d'office ; 4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux* ».

⁸⁰⁶ Cass. soc. 12 avr. 2012, n°10-28636.

⁸⁰⁷ Cass. soc. 7 déc. 2005, n°04-42111.

⁸⁰⁸ Cass. soc. 23 fév. 2005, n°04-42503.

⁸⁰⁹ Cass. soc. 5 juin 1991, RJS 1991, 435, n°831.

⁸¹⁰ Cass. soc. 3 nov. 2005, n°05-40915.

⁸¹¹ Cass. civ. 3^e, 14 nov. 1990, n°89-12798;

accusé de réception par les services du greffe suffit à faire courir l'astreinte. La signification par voie d'huissier à l'initiative de la partie au profit de laquelle elle est prononcée n'est pas obligatoire⁸¹².

311.- La liquidation de l'astreinte. L'astreinte est prononcée à titre provisoire par le conseil de prud'hommes. Le paiement ne peut intervenir qu'après la demande de liquidation de l'astreinte. Le juge fixe alors le montant définitif de la sanction. Par exception au principe de l'article L. 131-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui désigne le juge de l'exécution compétent, le juge prud'homal qui a prononcé l'astreinte est fréquemment habilité à la liquider, lorsqu'il reste saisi de l'affaire ou qu'il s'est lui-même réservé le droit de la liquider⁸¹³. La décision de liquider l'astreinte est exécutoire de plein droit par provision, elle est pourvue de l'autorité de la chose jugée⁸¹⁴ et produit des effets juridiques. Aussi, l'astreinte devient « *une créance certaine, liquide et exigible* »⁸¹⁵ et son paiement peut être exigé par voie d'exécution forcée.

B. Les prérogatives des juges dans l'exercice du pouvoir d'injonction

312.- Si un élément de preuve nécessaire à la solution d'un différend se trouve entre les mains d'une partie, il appartient au juge prud'homal d'en ordonner la production et ce, que le litige soit porté devant le bureau conciliation⁸¹⁶ ou devant le bureau de jugement⁸¹⁷. L'affaire nécessite parfois la désignation de conseillers rapporteurs⁸¹⁸ ou la mise en œuvre d'une procédure d'urgence devant la formation de référé⁸¹⁹. Ainsi, la mobilisation des juges pour recevoir et apprécier, en tout temps du procès, une demande de production de la preuve électronique est optimale.

⁸¹² Cass. soc. 28 mai 2008, n°06-10839 ; 06-13013 ; 06-14556.

⁸¹³ Cass. soc. 12 av. 2005, n°02-46323.

⁸¹⁴ Cass. civ. 2^e, 22 mars 2006, n°04-13933.

⁸¹⁵ Lamy Prud'hommes, 2014, p. 4

⁸¹⁶ Cass. soc 7 juin 1995 *RJS* 7/95, n° 809. C. trav. art. R1454-28 : « *Sont de droit exécutoires à titre provisoire : 1° Le jugement qui n'est susceptible d'appel que par suite d'une demande reconventionnelle ; 2° Le jugement qui ordonne la remise d'un certificat de travail, de bulletins de paie ou de toute pièce que l'employeur est tenu de délivrer ; 3° Le jugement qui ordonne le paiement de sommes au titre des rémunérations et indemnités mentionnées au 2° de l'article R. 1454-14, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaire. Cette moyenne est mentionnée dans le jugement* ».

⁸¹⁷ CPC art. 10 et C. trav. art. R1454-28.

⁸¹⁸ C. trav. art. R 1454-3 : « *Le conseiller rapporteur peut entendre les parties. Il peut inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige. Il peut les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes* ».

⁸¹⁹ CA Dijon, 29 janv. 2004, *JCP II* 2005, 10138, note URION ; *Procédures* 2005, n° 249, obs. PERROT.

Par ailleurs, la nature électronique des pièces et documents dont la production est ordonnée aux fins de preuve, modifie sensiblement la logique de répartition des compétences entre les juges dans la phase d'administration.

1. La nouvelle logique de répartition des pouvoirs judiciaires

1.1. La procédure classique

313.- Le pouvoir d'injonction des pièces, le cas échéant sous astreinte, est une prérogative du juge du contrat de travail qui se distingue du jugement sur le fond. Il intervient lors de la mise en état de l'affaire prud'homale, notion désignée plus généralement par la phase de construction de la décision judiciaire, et non lors de la prise de décision. La contestation de l'injonction ou de l'astreinte ne peut en aucun cas viser à *« remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur et de la portée des éléments de faits et de preuve qui leur étaient soumis »*⁸²⁰.

314.- La mise en œuvre de ce pouvoir peut être demandée sans forme et requiert simplement la fixation d'un délai par le juge pour procéder à cette communication. Concrètement, cette mesure s'analyse comme le renvoi de l'affaire par le bureau de conciliation⁸²¹ au bureau de jugement avec injonction de fournir des pièces déterminées dans un délai précis⁸²². En l'absence d'incidence, les conseillers prud'hommes du bureau de jugement retiennent pour construire leur décision au fond *« les pièces régulièrement échangées entre les parties et déposées le X »*⁸²³.

La communication des pièces concerne également les tiers. L'article 243 du Code de procédure civile prévoit spécifiquement que le juge peut contraindre les parties à communiquer les pièces à l'expert.

⁸²⁰ Cass. soc. 12 avr. 2012, n° 10-28636.

⁸²¹ C. trav. art. R 1454-18 : *« Le bureau de conciliation peut fixer le délai de communication des pièces ou des notes que les parties comptent produire à l'appui de leurs prétentions »*.

⁸²² CPH Bordeaux, 13 janv. 2009, n° RG 04/00973.

⁸²³ CPH Saint-Omer, 29 déc. 2008, n° RG 08/00401.

315.- La demande d'injonction peut être effectuée de deux façons : soit par le dépôt d'une requête écrite, soit oralement à l'audience par une mention au dossier. Du choix de la première ou de la seconde procédure dépendra la désignation du juge compétent. Le juge prud'homal est compétent pour connaître des observations du salarié « *mentionnées au plume de l'audience tendant à ce que les pièces nouvelles soient écartées des débats* »⁸²⁴. La décision d'injonction doit énumérer précisément les documents dont la production est ordonnée. « *Elle ne saurait demeurer dans l'imprécision ni être conçue en termes généraux* ». Selon l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 mars 1979, le salarié est tenu de mentionner les actes et écrits de « *manière suffisamment déterminée* »⁸²⁵. En pratique, l'injonction fixe un délai, notifié aux parties par lettre recommandée avec avis de réception, au cours duquel les documents demandés doivent être déposés au secrétariat du conseil de prud'hommes.

316.- Ainsi, dans le déroulement d'une procédure classique devant le conseil de prud'hommes, la possibilité du salarié de demander l'injonction de la délivrance de documents sur support électronique peut être exercée dès la première phase du litige, devant le bureau de conciliation. Aux termes de l'article R. 1454-14 du Code du travail, le bureau de conciliation, s'il l'estime utile, peut ordonner, sous astreinte, la délivrance « *de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer* ». Le bureau de conciliation peut également liquider les astreintes qu'il a lui-même fixées⁸²⁶.

Lorsque la demande d'injonction n'a pas été faite devant le bureau de conciliation, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes détient le pouvoir d'ordonner la communication et la production des pièces, le cas échéant sous astreinte. Il peut réviser l'astreinte, la liquider ou la supprimer lorsqu'il s'est lui-même attribué cette compétence.

La demande de production des pièces peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel qui n'est pas tenue « *en présence d'une simple allégation contenue dans les conclusions, d'enjoindre à une partie de produire une pièce* »⁸²⁷.

317.- Au reste, le juge de l'exécution prend une place importante dans l'exécution de l'obligation de produire la preuve électronique. Ses fonctions sont traditionnellement

⁸²⁴ Cass. soc. 29 mars 2012, n°10-28202.

⁸²⁵ Cass. civ. 2^e, 15 mars 1979, *Bull. civ. II*, n°88 ; Cass. com. 12 mars 1979, *Bull. civ. IV*, n° 97.

⁸²⁶ C. trav. art. R 1454-15.

remplies par le président du tribunal de grande instance⁸²⁸. Selon l'article L. 131-1 du Code des procédures civiles de l'exécution, il est habilité à « assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ». Ainsi si le juge du contrat de travail a enjoint à l'employeur de fournir une pièce, il est possible pour une partie de demander l'exécution de la production forcée. Il a également compétence pour liquider les astreintes.

1.2. Les procédures avant dire droit

318.- *A priori*, la production de documents ne pourrait être admise au titre des mesures d'instruction, en raison de son absence dans le sous-titre du Code de procédure civile consacré aux mesures d'instruction. En réalité, la portée du pouvoir d'injonction est décuplée en droit du travail, grâce à l'extension du champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile qu'a entreprise la chambre sociale. Ce texte vise désormais non seulement la conservation des preuves mais encore l'établissement des preuves. Aussi représente-t-il un argument juridique non négligeable pour le salarié dans la production de la preuve électronique.

319.- L'arrêt du 27 mai 1997 rendu par la chambre sociale marque l'extension de l'application de l'article 145 CPC en matière prud'homale. En l'espèce, la formation de référé du conseil de prud'hommes avait rendu une ordonnance à la demande d'un salarié licencié. Au visa de l'article 145 CPC, l'employeur fut contraint de déposer au greffe du tribunal, les tableaux journaliers des horaires de travail des salariés de l'entreprise. Au soutien du pourvoi, l'employeur arguait que les dispositions de l'article 145 CPC autorisaient uniquement le juge des référés à « ordonner des mesures d'instruction ». La Cour de cassation de répondre : « il résulte des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du Code de procédure civile qu'il peut être ordonné à une partie, sur requête ou en référé, de produire tout document qu'elle détient, 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 »⁸²⁹.

⁸²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, n°02-13556.

⁸²⁸ C. org. jud. art. L 213-5.

⁸²⁹ Cass. soc. 27 mai 1997, n°95-41765.

La chambre sociale a plusieurs fois confirmé l'interprétation extensive de l'article 145 du Code de procédure civile en droit du travail. Parmi les nombreuses réaffirmations du principe, on compte un arrêt en date du 19 décembre 2012⁸³⁰, dans lequel une salariée a pu demander à la formation des référés du conseil de prud'hommes d'ordonner la production sous astreinte de ses bulletins de paie et contrats de travail.

320.- Cette solution se place dans la droite lignée de la jurisprudence antérieure des chambres civiles. L'arrêt en date du 31 mai 1988⁸³¹ de la première chambre civile augurait sinon une dénaturation, à tout le moins une modification unanime du champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile. La seconde chambre civile, plus réticente, s'est finalement rangée à l'avis de la première chambre civile. Ainsi, l'arrêt en date du 26 mai 2011⁸³² lève le doute semé par un arrêt du 8 février 2006⁸³³ quant à l'étendue de la catégorie des mesures d'instruction « *légalement admissibles* » au sens de l'article 145 CPC⁸³⁴. Dans cette espèce, les juges affirmaient que seules les mesures édictées par les articles 232 à 284-1 du code de procédure civile étaient recevables et interdisaient la production forcée de pièces. L'arrêt du 26 mai 2011 réaffirme que l'article 145 offre la possibilité de solliciter la production de tout document détenu par un tiers sur requête ou en référé, « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige et si aucun empêchement légitime ne s'oppose à cette production par le tiers détenteur* ».

321.- Plusieurs constats émanent de la construction jurisprudentielle de « *la mesure d'établissement d'une pièce avant tout procès* ». La Haute juridiction, quelle que soit sa formation, s'est interrogée sur l'importance et l'étendue du principe de l'article 145 CPC, ce qui témoigne du caractère novateur et fondateur de la question et de l'appétence des juges à donner une tout autre interprétation au texte rédigé par le législateur⁸³⁵. Ce

⁸³⁰ Cass. soc. 19 déc. 2012, n°10-20526.

⁸³¹ Cass. civ. 1^{ère} 31 mai 1988, n° 86-11596.

⁸³² Cass. civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 10-20048 ; sur la constance de cette décision : Cass. civ. 1^{re} 21 juil. 1987, n°85-13436.

⁸³³ Puis contredit par la suite par : Cass. civ. 2^e, 6 nov. 2008, n°07-17398 : « *la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement* ».

⁸³⁴ Cass. civ. 2^e 8 fév. 2006, n° 05-14198 : « *Mais attendu 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* ».

⁸³⁵ Sur le rôle « *créatif* » et « *émancipateur* » de la chambre sociale de la Cour de cassation, V. thèse GEA (F.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, V. I, T. II., LGDJ, Paris, 2009. n° 471- 473, p. 1185-1191.

phénomène s'intégrerait à la mise en chantier, par les juges du contrat de travail, du régime de la preuve électronique.

322.- La teneur des décisions rendues est édifiante. Elle démontre que le régime juridique de l'établissement des preuves s'est construit récemment, dans le sens d'une évolution pragmatique à « *petits pas* ». Les juges du fond et la Cour de cassation ont travaillé de concert pour poser les jalons de la délivrance des pièces et documents. En effet, à la lecture des arrêts, la Cour de cassation semble avoir adopté une position nuancée : d'un côté elle guide les juges dans la mise en place des conditions de saisine du juge et notamment de la présence d'un « *motif légitime* » (puisque l'urgence n'est définitivement plus une condition de saisine) ; d'un autre, elle n'opère pas de contrôle sur l'appréciation du motif légitime d'ordonner la mesure sollicitée, comme en témoigne le marqueur « *souverain* » dans le discours juridique⁸³⁶.

Dès lors, rien de surprenant à ce que l'appréhension judiciaire de ces mesures, coïncide avec l'apparition des TIC dans l'entreprise. Elles offrent en effet, un gain de temps considérable pour les justiciables et permettent, par l'effet de surprise⁸³⁷ qu'elles provoquent, d'éviter les manœuvres déloyales de la partie détentrice, telles que la manipulation technologique, la confection de preuves factices par un expert en informatique, ou la dissimulation d'éléments probatoires contenus sur un support électronique ou numérique. En outre, la double compétence des juges dans l'exercice de ces mesures d'« *urgence probatoire* » participe de l'efficacité du droit à la preuve des parties.

323.- Le référé probatoire. Le contentieux prud'homal ne connaît, en matière d'urgence, que la procédure de référé. L'article R. 1455-7 du Code du travail autorise la formation de référé du conseil de prud'hommes à ordonner l'exécution, d'une obligation, « *même s'il s'agit d'une obligation de faire* », telle que la remise d'un bulletin de paie⁸³⁸. La procédure de l'article 491 du Code de procédure civile, complète cette compétence puisqu'il dispose que « *le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des*

⁸³⁶ Cass. civ. 2^e, 15 janv. 2009, n° 08-10771 : « *Mais attendu que l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ; attendu ensuite que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a retenu, par une décision motivée, qu'il existait un motif légitime, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée* ».

⁸³⁷ VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1996, n° 170.

⁸³⁸ Cass. soc. 7 déc. 2005, n° 0442111.

astreintes. Il peut les liquider à titre provisoire ». Toutefois, l'ordonnance de référé est prise à titre provisoire et ne revêt pas l'autorité de la chose jugée⁸³⁹. La formation de référé du conseil peut liquider une astreinte uniquement si elle l'a elle-même ordonnée. En revanche, elle ne peut effectuer cette liquidation lorsque l'astreinte a été prononcée par la formation de jugement⁸⁴⁰.

324.- L'ordonnance sur requête. Si l'ordonnance sur requête n'est pas envisagée comme une compétence du juge prud'homal par le Code du travail, elle est pourtant un instrument probatoire notoire aux mains des parties au contrat de travail. Elle est définie par l'article 493 du Code de procédure civile comme « *une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ». Au visa de l'article 812 alinéa 2 du Code de procédure civile⁸⁴¹, la chambre sociale a reconnu dans un arrêt célèbre en date du 12 avril 1995 que « *le président du conseil de prud'hommes n'ayant pas compétence pour statuer par ordonnance sur requête et le conseiller rapporteur n'ayant pas reçu le pouvoir de se faire remettre des pièces contre le gré de leur détenteur, [...] le président du tribunal de grande instance était compétent pour ordonner [...] la production de pièces destinées à une instance prud'homale* »⁸⁴².

325.- La condition d'urgence ayant été abandonnée par la deuxième chambre civile dans un arrêt en date du 15 janvier 2009⁸⁴³, il suffit alors au requérant de prouver la nécessité de laisser l'adversaire dans l'incertitude quant au moment et aux conditions de réalisation de la mesure. Le principe du contradictoire est ainsi écarté, selon l'expression de la Cour, « *pour exécuter la mesure de manière inopinée* »⁸⁴⁴ et empêcher l'autre partie de supprimer les pièces et documents utiles au procès ou pour constater « *sur le vif* » le comportement fautif de l'employeur.

⁸³⁹ Le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge : CPC art. 484 : « *L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* ».

⁸⁴⁰ Cass. soc. 21 déc. 2006, n°04-46451.

⁸⁴¹ CPC art. 812 : « *Le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prise contradictoirement* ».

⁸⁴² Cass. soc. 12 avr. 1995, n° 93-10982 ; RTD civ. 1995, p. 953, note PERROT ; JEANTIN (M.), « Pouvoirs du juge des requêtes en matière prud'homale », Dr. soc. 1995, p. 586.

⁸⁴³ « *L'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile* » : Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, n°08-10771 ; RTD civ. 2009, p. 364, note PERROT ; Cass. com. 8 déc. 2009, n° 08-21253.

⁸⁴⁴ Cass. soc. 10 juil. 2013, n° 12-12181.

Même si la Cour de cassation prend la précaution de rappeler que ce type de « *mesures urgentes* » est une exception au principe du contradictoire et ne peut donc être ordonné « *que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne le soient pas contradictoirement* »⁸⁴⁵, il résulte des décisions du tribunal de grande instance, que ce dernier tend à caractériser quasi-systématiquement ces circonstances. L'injonction de produire est exercé avant tout procès, dès que le salarié n'a pas accès aux pièces litigieuses lui permettant de « *faire valoir ses droits dans le litige l'opposant à son employeur* »⁸⁴⁶.

326.- Au demeurant, les raisons qui justifient le refus du juge des requêtes d'ordonner la production des pièces, sous couvert de respecter le principe du contradictoire, manquent parfois de transparence. Tel est le cas de la décision critiquable du Tribunal de grande instance de Créteil du 22 octobre 1982, de commettre un huissier de justice pour procéder à l'inventaire du contenu d'un camion volé d'une entreprise⁸⁴⁷.

2. La complexité de la répartition des pouvoirs judiciaires

327.- La mise en œuvre du pouvoir d'injonction du juge du contrat de travail relève d'une certaine complexité dans une procédure sans représentation obligatoire. La difficulté pour le salarié réside notamment dans la détermination du juge compétent pour administrer tel ou tel acte relatif à la production de la preuve sur support électronique. Il est régulièrement confronté à l'existence de compétences judiciaires concurrentes. A titre d'exemple, la production forcée est susceptible de viser les pièces et documents de l'entreprise qui doivent faire l'objet d'un dépôt au registre du commerce et des sociétés en vertu de l'article L 232-23 du Code de commerce⁸⁴⁸. Dans le cas où ces documents se révèlent utiles pour le salarié à l'occasion de la contestation d'un licenciement pour motif économique, c'est alors au tribunal de commerce que revient la compétence d'en enjoindre le dépôt⁸⁴⁹.

328.- Ainsi, le régime de la production forcée des pièces est doté d'une organisation kafkaïenne, en raison du nombre important de juges habilités à intervenir dans la production de la preuve électronique et des obligations pour chaque juge de relever

⁸⁴⁵ Cass. civ. 2^e 8 sept. 2011, n° 10-25403.

⁸⁴⁶ Cass. soc. 12 avr. 1995, n° 93-10982.

⁸⁴⁷ TGI Créteil, 22 oct. 1982, *Gaz. Pal.*, p. 576, note GIVERDON.

⁸⁴⁸ C. com. art. L232-23.

⁸⁴⁹ Cass. com. 3 avr. 2012, n°11-17130.

d'office son incompétence lorsqu'un autre juge s'est réservé la compétence pour liquider une astreinte⁸⁵⁰. A titre d'exemple, dans un arrêt en date du 27 février 2006, un employeur avait saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes de Lyon d'une demande de liquidation de l'astreinte ordonnée par cette même formation qui s'en était réservée la liquidation. La chambre sociale a cassé et annulé l'ordonnance rendue par la formation de référé, en ce qu'elle renvoie les parties devant le bureau de jugement, alors même que « *le juge qui s'en est réservé le pouvoir, doit statuer sur la demande de liquidation en application des seules dispositions de l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991* »⁸⁵¹.

329.- Au regard de la disparité des délais aux termes desquels les juges rendent justice, il arrive que leurs décisions d'enjoindre ou non la pièce interfèrent entre elles, voire même se contredisent. L'autonomie de l'instance en référé par rapport à l'instance au fond⁸⁵² permet à une partie d'interjeter appel contre l'ordonnance de référé⁸⁵³ en même temps qu'elle forme une requête au fond, à condition toutefois que le conseil de prud'hommes n'ait pas encore rendu sa décision⁸⁵⁴. Ce fut notamment le cas, dans une affaire portée devant la chambre sociale le 27 mai 2009 où une cour d'appel saisie en référé contrevenait au jugement d'un conseil de prud'hommes. Un délégué syndical s'étant vu refuser l'accès à l'un des magasins de l'entreprise, avait saisi le juge des référés aux fins de réintégration. Le conseil de prud'hommes d'Orléans, statuant sur le fond a débouté le salarié de sa demande de réintégration. La Cour d'appel de Versailles saisie en référé a condamné plusieurs fois l'employeur sous astreinte à réintégrer le salarié. Au visa de l'article 488 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile selon lequel, « *l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée* », la Cour de cassation a affirmé que la décision du conseil de prud'hommes d'Orléans avait autorité de la chose jugée et a cassé la décision de la cour d'appel⁸⁵⁵.

En outre, le Code du travail n'interdit pas le salarié débouté de sa demande d'injonction devant la formation des référés, de présenter une nouvelle requête devant le bureau de conciliation au titre des mesures provisoires.

⁸⁵⁰ D. n° 92-755 du 31 juil. 1992, art. 52, *JO* 5 août 1992.

⁸⁵¹ Cass. soc. 21 fév. 2008, n° 06-43046.

⁸⁵² Le principe de l'unicité de l'instance ne s'applique pas en matière de référé : Cass. soc. 28 avr. 1988, n° 86-41597.

⁸⁵³ C. trav. art R1454-16.

⁸⁵⁴ Cass. soc. 14 juin 1989, n°87-43817.

⁸⁵⁵ Cass. soc. 27 mai 2009, n°07-45617.

330.- Dès lors, la possibilité pour les parties de faire valoir leur droit à la preuve est exponentielle en raison des multiples voies procédurales qui leur sont ouvertes pour demander la délivrance d'une pièce ou d'un document électronique. Elle offre au juge un important pouvoir de contrainte que parachève le pouvoir de sanction qu'on lui reconnaît dans l'administration de la preuve électronique

§ II. La sanction attribuée par le juge au défaut de délivrance de la preuve électronique

331.- Si la faculté offerte au juge d'ordonner la communication ou la production d'une pièce afin de faire reconnaître son existence à l'instance n'est pas discutée, la portée et les effets juridiques du pouvoir d'injonction sont régulièrement mis en question. Certains auteurs aspirent à ce que le juge du contrat de travail s'interdise tout « *comportement dirigiste* »⁸⁵⁶ lors de l'administration de la preuve et restent attachés au constat selon lequel, les parties sont détentrices du pouvoir d'orchestrer le procès. Toutefois, l'interprétation de ces *desiderata* à la lumière des spécificités du contentieux prud'homal révèle leur caractère fictif. Les prérogatives dont dispose le juge pour soulager le salarié de la charge de la preuve et faire respecter le principe du contradictoire, seraient même les signes avant-coureurs de l'installation pérenne de la liberté et de l'autonomie judiciaires dans l'administration de la preuve.

332.- L'existence d'une preuve électronique dans le contentieux prud'homal parachève la transformation de la « *figure indépendante* » du juge dans la phase d'administration de la preuve. Elle représente en effet, un facteur d'intensification de la sévérité du juge dans l'exercice de son pouvoir de sanction lorsqu'une partie ne délivre pas la pièce désignée. Parmi les acceptions terminologiques allouées au vocable « *pouvoir* », il convient alors d'en retenir le sens fort. Le juge du contrat de travail disposerait dans certains cas, d'une autorité exclusive, qui dépasserait la simple capacité d'agir pour autrui et s'interpréterait comme une faculté d'agir selon son appréciation personnelle. Cette puissance judiciaire dans la phase d'administration de la preuve, se manifesterait par les logiques singulières qu'il mettrait en application, d'une part, en appréciant l'atteinte portée au principe du

⁸⁵⁶ SUIRE (E.), « La preuve devant le juge prud'homal (2^e partie). Obligations des parties, rôle du juge, moyens de preuve », *RPDS* avr. 2014, n° 828, p. 121-133, spéc. p. 127.

contradictoire lors de la communication des pièces sur support électronique (A.) ; d'autre part, en interprétant de manière souveraine des justifications exonératoires à la production d'une preuve sur support électronique (B.).

A. La sévérité du juge dans l'appréciation de l'atteinte portée au principe du contradictoire lors de la communication des pièces sur support électronique

333.- La qualité d'« oral-écrit » des documents électroniques entraîne la transformation du principe du contradictoire dans le sens d'une application plus dynamique et plus effective. Au côté de la loyauté, il constitue la pierre angulaire de l'« arsenal processuel protecteur » que s'est confectionné le juge du contrat de travail pour pallier les risques qu'engendre l'apparition des TIC dans les relations de travail.

En définitive, le juge se révèle plus vigilant et plus sévère dans l'interprétation des justifications exonératoires produites par l'employeur.

1. Le support électronique des pièces, facteur supplémentaire d'atteinte au principe du contradictoire.

334.- Le pouvoir d'injonction du juge prud'homal, rempart aux atteintes portées au principe du contradictoire. En matière probatoire, l'article 135 du Code de procédure civile autorise le juge à écarter des débats, les pièces qui n'ont pas été communiquées « *en temps utile* ». La chambre sociale ne cesse de rappeler l'importance de ce principe⁸⁵⁷, faisant du juge du fond, la figure protectrice du principe du contradictoire. La jurisprudence fait également appel au sens des articles 1315 du Code civil et 15 du Code de procédure civile pour rappeler aux parties que les moyens de fait, les éléments de preuve et les moyens de droit sur lesquels elles fondent leurs prétentions « *doivent être déposés en temps utile* »⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Cass. soc. 7 juin 1995, *RJS* 1995, 528, n° 810.

⁸⁵⁸ Cass. soc. 28 mai 1986, *JCP* 1986, IV, 227 : « viole les articles 15 et 132, le juge du fond qui rejette une demande en annulation d'élections professionnelles en se fondant sur le procès-verbal des élections, alors que, malgré la demande faite par le demandeur à l'employeur, celui-ci avait refusé de lui communiquer cette pièce » ; Cass. civ. 3^e, 27 sept. 2006, n°05-15038.

Dans un arrêt en date du 18 décembre 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé au visa de l'article 1315⁸⁵⁹ du Code civil que « *lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire* »⁸⁶⁰. Cette décision est interprétée par la doctrine comme la reconnaissance implicite d'un droit à la preuve, accréditant l'idée que le juge doit venir en aide à une partie qui n'est pas en mesure de l'exercer. En l'espèce, un VRP licencié pour motif économique demandait le paiement de commissions, de congés payés sur commissions et d'indemnités de fin de contrat. Pour M. HENRY « *le principe posé par cet arrêt est l'expression du bon sens et aussi du droit. La pratique prud'homale faite de paresse dans l'instruction des affaires et de confusions sur la portée de l'article 1315, en est pourtant bien éloignée* ».

2. La caractérisation de l'atteinte au principe du contradictoire

335.- L'interprétation du concept de temps utile à la lumière des progrès technologiques. L'installation des TIC au procès participe au renforcement de l'effet coercitif du principe de coopération des parties à la preuve et de la sévérité du juge dans la réalisation de ce principe. L'accès facilité aux moyens de preuve, en raison de leur nature volatile et contingente, contraint les parties à effectuer les actes matériels nécessaires à l'administration de la preuve de manière preste et complète. La dématérialisation de la procédure favorise l'accessibilité aux éléments probatoires, attribuant aux parties une obligation de quasi-exhaustivité dans la recherche et la production de la preuve. De même, la rapidité de la transmission des dossiers assurée par les TIC, fait présumer de la mauvaise foi des parties en cas de transmission tardive des pièces ou de perte de l'élément probatoire utile. Ces actes déléatoires entraîneraient en toute logique une sévérité plus grande de la part du juge et une sanction automatique de l'atteinte qu'il porte au principe du contradictoire. Aussi, la marge d'erreur des parties dans la communication de la preuve serait réduite en présence d'une preuve électronique, donnant au pouvoir de sanction du juge une portée incontestable.

⁸⁵⁹ C. civ. art. 1315 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

⁸⁶⁰ Cass soc, 18 déc. 2001, *Bull. civ. V*, 2001, n°389 ; Droit ouvr. 2002, n°650, note HENRY.

Ainsi, si le juge a pu admettre la production des pièces la veille de l'audience⁸⁶¹ aux motifs que « *la salariée a été en mesure de s'expliquer utilement sur les trois pièces communiquées la veille de l'audience par l'employeur (ici des procès-verbaux du comité d'entreprise), n'encourt pas de sanction au regard de l'article 15, 16 et 135 du Code de procédure civile* »⁸⁶², lorsque la délivrance est réalisée par un moyen technologique, il devrait redoubler de vigilance.

336.- L'accentuation de l'effet de surprise produit par le support électronique de la pièce. Les juges du contrat de travail se voient attribuer la tâche de rechercher si la communication des pièces était de nature à mettre en échec le principe de la contradiction. Cette recherche doit être menée même si la procédure est orale et surtout si la pièce est de nature électronique. En effet, dans de nombreux cas, le caractère oral de la procédure prud'homale ne permet pas de pallier la remise tardive des pièces⁸⁶³. Les parties ne peuvent donc légitimement penser que les échanges de demandes, de moyens et de pièces se font régulièrement à l'audience⁸⁶⁴.

Dès lors, la réflexion relative à l'exclusion de la pièce de l'instance prud'homale ne porte pas véritablement sur l'instant de la communication mais, d'une part, sur les conséquences de cette communication tardive au regard des informations fournies à la partie adverse et de sa capacité à échanger sur les faits, et d'autre part, sur l'intention de la partie qui communique les pièces et les justifications qu'elle procure. En ce sens, la jurisprudence s'applique à reconnaître que ce n'est pas la tardiveté de sa production en tant que telle qui justifie l'exclusion d'une pièce mais « *les circonstances particulières qui auraient empêché la partie adverse de répondre à cette production* »⁸⁶⁵.

337.- Lorsque le document que délivre une partie au soutien de ses prétentions est contenu sur un support électronique ou numérique, l'effet de surprise est potentiellement accentué. En effet, sa communication électronique est instantanée et peut être réalisée au moment même où les conseillers franchissent la porte des prétoires par le biais d'un téléphone portable connecté à Internet. En outre, le temps de réaction pour répondre à une communication des pièces envoyées électroniquement se distingue du temps nécessaire à

⁸⁶¹ Cass. soc. 29 mars 2012, n°10-28202.

⁸⁶² Cass. 29 fév. 2012, n°09-72766.

⁸⁶³ Cass. soc. 12 av. 1995, *RJS* 1995, 367, n°551 ; Cass. soc. 27 mars 2013, n°12-12803.

⁸⁶⁴ Cass. soc. 13 mars 1996, n°94-42864.

⁸⁶⁵ Cass. civ. 3^e, 6 mai 1998, *JCP* 1998, IV, 2433; Cass. civ. 2^e, 24 janv. 2002, *Bull. civ. II*, n°5.

la communication papier. Ainsi, les Technologies de l'Information et de la Communication, par le bais de la preuve autant que par la dématérialisation de la procédure, modifient le temps du procès. Au juge d'en tirer les conséquences lors de la caractérisation de l'atteinte au principe du contradictoire.

338.- Le rôle de la Cour de cassation. La détermination du rôle joué par la Cour de cassation dans l'interprétation de la notion de « *temps utile* » est malaisée. La chambre sociale semble adopter une position nuancée : elle reconnaît aux juges du fond un pouvoir « *souverain* » pour constater l'atteinte portée au principe du contradictoire dans une procédure orale⁸⁶⁶ mais les guide dans la manière de caractériser cette atteinte.

Dans un arrêt en date du 13 juin 2012, la chambre sociale a confirmé le raisonnement des juges du fond qui avaient refusé d'écarter un courrier produit par le salarié au soutien d'un rappel d'heures supplémentaires, et ce malgré qu'il ait été communiqué à l'employeur le jour de l'audience. Pour accueillir la pièce aux débats, les juges retenaient qu'elle ne « *modifi[ait] pas le fond du litige* » et que dans le contentieux prud'homal « *la procédure est orale* »⁸⁶⁷. En revanche, les juges du contrat de travail ne peuvent fonder l'exclusion d'une pièce sur le seul motif qu'elle a été « *transmise tardivement par rapport au calendrier procédural fixé par le Greffe* »⁸⁶⁸ mais sont tenus d'écarter des débats, les documents communiqués la veille et le jour de l'ordonnance de clôture, lorsque la production était manifestement dilatoire et qu'elle avait été opérée « *après une longue instruction et des injonctions demeurées sans effet* »⁸⁶⁹.

La Cour a ensuite retenu l'application de l'article 15 du Code de procédure civile pour estimer que la signification des conclusions sept et cinq jours avant la clôture, alors qu'elles étaient accompagnées de quatorze pièces et d'une sommation de communiquer, caractérisait les circonstances particulières empêchant la partie adverse de répondre utilement avant la clôture⁸⁷⁰. Dans un arrêt en date du 2 décembre 2004, la deuxième chambre civile a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris qui, pour rejeter une pièce des débats, avait souligné que la partie en cause avait « *délibérément tenté de*

⁸⁶⁶ Cass. soc. 12 mars 2014, n°13-15612 ; Cass. soc. 27 mars 2013, n°12-12803 : « *il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile* ».

⁸⁶⁷ Cass. soc. 13 juin 2012, n°11-16145.

⁸⁶⁸ Cass. soc. 9 avr. 2014, n°12-24621.

⁸⁶⁹ Cass. civ. 2^e, 2 fév. 1977, n°75-13910 ; *RTD civ.* 1977, 820, obs. PERROT ; Cass. civ. 3^e, 21 fév. 2001, *Bull. civ. I*, n° 21 ; *Procédures* 2001, n°81, obs. PERROT ; Cass. civ. 2^e 2 fév. 1977, *Bull. civ. II*, n° 25 ; Cass. civ. 2^e, 9 juin 1977, *Bull. civ. II*, n°150 ; *RTD civ.* 1977, 820, obs. PERROT ; *D.* 2001, 3231, note BOLZE.

⁸⁷⁰ Cass. civ. 2^e, 11 mars 1998, n° 1998-001193 ; Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 97-12437.

surprendre son adversaire » en communiquant cette pièce quelques instants avant la clôture, ce qui caractérisait « *un comportement contraire à la loyauté des débats* »⁸⁷¹.

339.- La portée des justifications à la communication tardive. Les TIC en qualité de moyens de production et de communication des pièces interfèrent inévitablement dans l'interprétation judiciaire des justifications apportées à la communication tardive. En effet, les justifications portent régulièrement sur le moyen de communication employé : sa défaillance matérielle ou sa lenteur. Pour exemple, la jurisprudence retient que les difficultés d'acheminement provoquées par le caractère volumineux des pièces peuvent justifier une communication retardée et leur dépôt au greffe⁸⁷². Dans le même sens, la dématérialisation de l'envoi met à mal la justification selon laquelle le procès se déroulant un lundi, il n'a pas été possible pour les parties de communiquer les pièces durant le week-end.

B. La souveraineté du juge dans la caractérisation du défaut de production de la preuve électronique

La souveraineté du juge dans l'administration de la preuve électronique se mesure au regard de l'autonomie dont il dispose dans l'appréciation des cas d'exonération et dans l'octroi de sanctions au refus de produire la preuve électronique.

1. L'interprétation des justifications exonératoires à la production de la preuve électronique

340.- La notion d'empêchement légitime à la lumière des TIC. L'article 11 du CPC dispense une partie de la production d'une preuve en cas d'empêchement légitime. Le juge apprécie souverainement les cas d'exonération de la sanction. Très tôt, la jurisprudence a accueilli la justification lorsqu'elle était fondée sur le respect de la vie privée⁸⁷³, le secret des correspondances et des communications téléphoniques⁸⁷⁴ sur la protection des clients et l'intérêt d'autrui ou sur le respect du secret professionnel⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Cass. civ. 2^e, 2 déc. 2004, n°02-20194.

⁸⁷² CA Paris 5 et 29 déc. 1978, *Bull. avoués* 1979, 2, p. 27.

⁸⁷³ Cass. com. 30 avr. 1951, *Bull. civ. II*, n° 153; CA Lyon 9 janv. 1974, *RTD civ.* 1974, 858, obs. PERROT.

⁸⁷⁴ Cass. civ. 2^e, 18 mars 1955, *Bull. civ. II*, n°176 ; *D.* 1955, 573 note SAVATIER.

⁸⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, *Bull. civ.* n° 248, *Gaz. Pal.*, 1983, 1, 322, note RENARD.

La question des limites de l'ordonnance sur requête du président du TGI en matière prud'homale resurgit avec l'apparition des TIC dans l'entreprise. Les interprétations du vocable « *empêchement légitime* » diffèrent et les limites à la production forcée se distendent, à tel point qu'il serait légitime d'y voir les signes annonciateurs de sa disparition. En effet, les TIC mettent à mal les concepts de vie privée et de secret des correspondances. Dans un arrêt de principe en date du 23 mai 2007, la chambre sociale, au visa des articles 145 du CPC, 9 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail (anciennement L 120-2 du code du travail) a admis que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* »⁸⁷⁶. Avec fermeté et pédagogie, la Haute juridiction consacre définitivement cette solution le 10 juin 2008 en confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Rennes qui estimait qu'un employeur « *avait des raisons légitimes et sérieuses de craindre que l'ordinateur mis à la disposition de la salariée avait été utilisé pour favoriser des actes de concurrence déloyale* »⁸⁷⁷.

Ces décisions valident deux hypothèses rendant l'utilisation du matériel informatique périlleuse pour le salarié. En premier lieu, lors de la mise en balance du droit à la preuve et du droit à la vie privée, « *le secret des correspondances doit céder devant les nécessités de la loyauté du débat judiciaire* »⁸⁷⁸. Dans la droite lignée d'une conciliation entre le droit à la preuve d'une partie et les droits et libertés de l'autre partie, le Conseil Constitutionnel a admis en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité, que la saisie informatique réalisée par un expert autant que toute expertise, présente les garanties procédurales nécessaires à sa mise en œuvre⁸⁷⁹. En second lieu, la notion d'empêchement légitime a été vidée de son sens par la Cour de cassation ce qui assure une utilisation exponentielle de la mesure de production forcée par l'employeur.

2. Les sanctions du défaut de délivrance de la preuve électronique

⁸⁷⁶ Cass. soc. 23 mai 2007, n°05-17818.

⁸⁷⁷ Cass. soc. 10 juin 2008, n° 06-19229.

⁸⁷⁸ JEANTIN (M.), « Pouvoirs du juge des requête en matière prud'homale », *Dr. soc.* 1995, p. 586.

⁸⁷⁹ Selon la Cour : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les droits dont la méconnaissance est invoquée sont garantis tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* ».

341.- *Le refus de produire.* Dans la droite lignée de l'autonomisation du statut du juge dans l'administration de la preuve, l'alinéa premier de l'article 11 du Code de procédure civile dispose que « *le juge tire toutes conséquences d'un refus de produire* ». Ainsi le refus de produire de l'employeur n'entraîne pas nécessairement de sanction, le juge peut simplement décider de fonder sa décision sur des moyens de preuve indépendants de ceux dont la production a été ordonnée⁸⁸⁰.

342.- *La perte du procès.* Le pouvoir de sanction prévu par l'article 11 du Code de procédure civile est exacerbé dans le contentieux prud'homal, en raison de l'allègement ou de la suppression du fardeau de la preuve dont bénéficie le salarié. S'agissant de la preuve des heures supplémentaires, du harcèlement ou de la discrimination⁸⁸¹, le juge, dans l'exercice ou non de son pouvoir d'injonction a parfois la possibilité de faire immédiatement perdre le procès par l'employeur.

Dans une affaire portée devant la CJUE, une candidate russe à un poste d'ingénieur estimait avoir subi un traitement moins favorable qu'une autre personne dans un processus de recrutement en raison de son sexe, de son âge et de son origine ethnique. La société avait rejeté sa candidature sans la convoquer à un entretien et sans lui fournir d'explication. Elle a alors introduit une requête devant le tribunal allemand (Arbeitsgericht) pour obtenir des indemnités au titre de la discrimination dont elle était victime et la production du dossier du candidat recruté afin de comparer leurs qualifications. Les juges du fond ont rejeté sa demande, ce qui a suscité un nouveau recours devant le Bundesarbeitsgericht qui a décidé de surseoir à statuer et a interrogé la Cour sur le point de savoir si cette candidate pouvait faire valoir un droit à l'information « *précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat et, si tel est le cas, sur la base de quels critères* »⁸⁸². Parmi les questions préjudicielles posées, l'une d'entre elles portait sur les conséquences du refus de communiquer une preuve : « *La circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur ?* ». La réponse de la Cour est nuancée car elle offre au juge une marge d'intervention extrêmement large. Selon la CJUE « *il incombe à la juridiction de renvoi de veiller à ce*

⁸⁸⁰ « La preuve des heures supplémentaires », *CSBP*, n°105, déc. 1998, p. 309-310.

⁸⁸¹ *Cf. infra*, n° 352.

que le refus d'information de la part de [l'employeur], dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au détriment de [la candidate], ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54. Il lui appartient, notamment, de prendre en compte les circonstances du litige au principal, afin de déterminer s'il y a suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination soient considérés comme établis ». Cette décision n'exclut pas définitivement, qu'en vertu de l'article 11 du Code de procédure civile, un salarié puisse demander la production forcée des documents relatifs à la gestion de l'entreprise, y compris les contrats de travail des autres salariés pour démontrer l'existence d'une inégalité de traitement. Elle laisse le choix au juge et énonce que l'obligation qui incombe au salarié de présenter des faits laissant présumer la discrimination est présumée remplie dès lors que l'employeur refuse de communiquer les documents en question. Au regard de la particularité de l'ordre de la preuve en droit du travail, le refus de communiquer peut ainsi entraîner la perte immédiate du procès par l'employeur.

343.- L'attribution de dommages et intérêts. L'article 1142 du Code civil dispose de manière générale que l'inexécution d'une obligation de faire se résout par l'attribution de dommages et intérêts au débiteur défaillant. La condamnation à des dommages et intérêts s'applique, que l'obligation soit imposée par une décision judiciaire ou par un contrat⁸⁸³ et que l'inexécution soit fautive ou non⁸⁸⁴ et peut se cumuler avec l'astreinte. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 29 mai 1990⁸⁸⁵, a admis l'existence d'un préjudice pour une salariée dont l'employeur avait tardé à lui remettre les pièces destinées aux ASSEDIC et son certificat de travail. La Haute juridiction a confirmé la décision du conseil de prud'hommes qui l'avait condamné pour « *retard abusif de transmission des pièces* », tout en rappelant que « *l'astreinte civile [...], destinée à assurer l'exécution des décisions de justice est indépendante des dommages-intérêts, qu'elle peut en conséquence, être prononcée accessoirement à une condamnation à payer une somme d'argent et se cumuler avec les intérêts légaux dont cette condamnation est assortie* ».

⁸⁸² CJUE, 19 avr. 2012, n°C-415/10, Meister, notes LACOSTE-MARY (V.), *Dr. ouvr.* janv. 2013, n°774, p. 60-62 ; DRIGUEZ (L.), *Europe*, n°6, p. 24-25 ; LOKIEC (P.) et PORTA (J.), *D.* 25 av. 2013, n° 15, p. 1026-1040.

⁸⁸³ CA Paris, 12 juin 1913, *DP* 1915, 2, 65, note LELOIR (A.).

⁸⁸⁴ Cass. com. 30 juin 1992, *D.* 1994, p. 454, note BENABENT (A.).

⁸⁸⁵ Cass. soc. 29 mai 1990, n° 87-40182.

344.- En droit du travail, la mise en œuvre du pouvoir d’instruction était conditionnée à l’épuisement des voies d’injonction⁸⁸⁶. Elle est désormais en phase de devenir une de ses fonctions essentielles. D’un côté, les mesures d’instruction prennent une place considérable dans le Code de procédure civile qui les traite des articles 143 à 284⁸⁸⁷ ; d’un autre côté, le pouvoir d’instruction du juge du contrat de travail est intégrant⁸⁸⁸ de l’activité probatoire des parties.

345.- Ces deux actions complémentaires se distinguent alors par la nature de l’implication du juge dans leur mise en œuvre. La délivrance des pièces sur support électronique exige du juge du contrat de travail de revêtir un rôle d’autorité tandis que la recherche de ces pièces suppose un investissement personnel plus conséquent. En effet, contrairement à la phase de production des pièces, l’objet du pouvoir judiciaire ne préexiste pas lors de la phase de recherche des preuves, ce qui oblige le juge à faire œuvre d’imagination⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ VAN COMPERNOLLE (J.), TARZIA (G.) et alii, *L’impartialité du juge et de l’arbitre : Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁸⁸⁷ Quarante articles agencent les dispositions générales applicables « devant toutes les juridictions de l’ordre judiciaires du premier et du second degré, statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale et prud’homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction » : CPC art. 749.

⁸⁸⁸ Du latin « *integro, are* » : réparer, mettre en état.

⁸⁸⁹ Sur le concept d’imagination du juge V. thèse de GEA (F.), *Contribution à la théorie de l’interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, T. II, V. I, LGDJ, Paris, 2009, n° 471-473, p. 1185-1191.

Section II. La contribution du juge à l'instruction de la preuve électronique

346.- La progression historique du rôle du juge civil en matière d'instruction tend indéniablement à sa reconnaissance comme détenteur de « *l'impulsion* » du procès. Depuis les récentes modifications du Code de procédure civile, l'indépendance du juge ne connote plus le détachement total de celui-ci à l'égard des personnes et du contentieux dont il a à connaître. Ce parti pris semble partagé par le législateur puisque le Nouveau Code de procédure civile, issu de la codification des décrets des 9 septembre 1971, 20 juillet 1972, 28 août 1972, 17 décembre 1973 et 5 décembre 1975, a imposé aux parties un « *important contrepoids* »⁸⁹⁰ en offrant au juge le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.

347.- Ce constat est commun à la plupart des systèmes judiciaires européens⁸⁹¹, où « *le juge est investi du pouvoir d'ordonner d'office les mesures d'instructions qui lui paraissent opportunes (...), c'est là une conséquence de cette idée que le juge n'est pas un spectateur passif et qu'il est de son devoir de tout mettre en œuvre pour découvrir la vérité* »⁸⁹². Dans la doctrine internationale comme dans la doctrine nationale, le doute n'est plus permis quant à la disparition du concept de « *neutralité judiciaire* »⁸⁹³.

348.- A l'heure où la notion de déjudiciarisation fait l'objet de controverses⁸⁹⁴, le décret du 28 décembre 2005 est de bon ton. Sous son influence et celle des TIC, on assiste à une dépersonnalisation de l'exercice de la mesure d'instruction et à une répartition du pouvoir d'instruire dans les mains d'une myriade d'intervenants. Si le juge du contrat de travail arbore une position d'instructeur, il n'approche la réalité des faits que par la lecture

⁸⁹⁰ JEANTIN (M.), « Incidents de procédure – Mesures d'instruction – Dispositions générales », *JCl. Proc. civ.* Fasc. 634.

⁸⁹¹ Pour exemple art 871, 877 du Code judiciaire belge ou l'art 421 du Code de procédure civile italien qui dispose en matière sociale que « *le juge peut décider d'office à tout moment l'admission de tout moyen de preuve* »

⁸⁹² PERROT (R.), « Le droit à la preuve », in *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order, the general Reports*, 1983, spéc. p. 91 ; cité par TARZIA (G.), « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1995, p. 469-475.

⁸⁹³ Nous rejoignons la position de SOLUS, qui en dépit de la nature première de la procédure prud'homale qui s'avère être contradictoire, admet : « *il n'en reste pas moins que le juge a, dans l'administration de la preuve un rôle important à jouer et que ne caractérise pas cette formule de sa neutralité* » : SOLUS (H.), « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », in *Travaux de l'association Henry Capitant*, T. V 1949, Dalloz, 1950, p. 130.

⁸⁹⁴ *La société au risque de la judiciarisation, actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique*, nov. 2006-av. 2007, (dir.) F. ROUVILLOIS, Litec, Paris, 2008.

des rapports d'expertise. Ce constat ne présuppose en rien le désinvestissement de celui-ci dans la phase d'administration de la preuve électronique. Au contraire, le juge du contrat de travail ne dispose pas de la maîtrise concrète de l'exercice de la mesure mais adopte une position de recul. Si la doctrine se garde bien de dire s'il s'agit d'un progrès ou d'une régression⁸⁹⁵, il est permis de croire que cette évolution du rôle du juge pourrait être un argument au soutien de la considération que portent les justiciables envers la justice prud'homale.

349.- L'étude empirique démontre que le juge du contrat de travail joue, corrélativement à son rôle de « *juge-entraîneur* »⁸⁹⁶ dont la charge est d'inciter les acteurs juridiques à poursuivre leurs recherches probatoires, le rôle de « *juge-administrateur* » de la preuve électronique. Le renforcement des pouvoirs d'instruction du juge du contrat de travail s'effectuerait de manière quantitative et qualitative. Face au nombre exponentiel des preuves sur support électronique ou numérique⁸⁹⁷, l'exercice du pouvoir d'instruction du juge serait intensifié (§I.). Néanmoins, la nature de cette implication serait modifiée, elle se révélerait de plus en plus indirecte (§II.). En d'autres termes, l'évolution de l'implication du juge dans la recherche et la production de la preuve électronique tendrait vers la recherche de l'efficacité et de la rationalité.

⁸⁹⁵ AMRANI-MEKKI (S.), *loc. cit.*

⁸⁹⁶ OST (F.), « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-69.

⁸⁹⁷ Pour exemple, les experts estiment à 100 milliards le nombre de courriels échangés quotidiennement dans le monde. Laboratoire d'Expertise et de Recherche de Traces Numériques. En ligne : [http://lerti.fr/web/entreprise_qualification.php].

§I. L'exercice intensifié du pouvoir d'instruction

350.- Les TIC concourent à rationaliser l'exercice du pouvoir d'instruction dans son sens premier, à savoir, elles encouragent la réorganisation de l'activité inquisitoriale du juge du contrat de travail aux fins d'adapter efficacement les moyens dont il dispose à la preuve électronique. Ce phénomène de rationalisation s'explique par les nombreuses incitations légales à recourir aux mesures d'instruction **(A.)**⁸⁹⁸ et se traduit par l'extension des limites fixées par la jurisprudence au recours du juge à la mesure d'instruction *in futurum* **(B.)**. Ainsi, les TIC ébranlent les restrictions au pouvoir d'« assistance » du juge à tel point que l'interdiction légale de suppléer la carence des parties, énoncée à l'alinéa 2 de l'article 146 du Code de procédure civile⁸⁹⁹, apparaît superficielle, voire dépourvue d'effet dans le contentieux du contrat de travail. L'unique limite effective à l'intervention du juge, telle qu'elle était désignée par les auteurs, mérite d'être relativisée en présence d'une preuve électronique⁹⁰⁰.

A. Les incitations légales à l'utilisation judiciaire des mesures d'instruction

351.- L'exercice du pouvoir d'instruction par le juge est plébiscité dans les textes législatifs. Le décret du 28 décembre 2005⁹⁰¹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 a pour particularité d'ouvrir la possibilité au juge de la mise en état de « *transmettre toute information, tout document, tout acte juridictionnel et tout acte de procédure par voie électronique* »⁹⁰² et de créer le Titre XXI du Code de procédure civile relatif à « *la communication par voie électronique* ». A ce titre, le texte permet une utilisation effective des modes d'administration de la preuve électronique et fait du juge le détenteur d'un pouvoir d'instruction adaptable à sa conception de la recherche probatoire optimale.

⁸⁹⁸ Sur la nature des mesures d'instruction comme actes juridictionnels : il s'agirait d'« *une mesure matérielle ou un ordre de réaliser une mesure matérielle* » : JEULAND (E.), *Droit processuel : une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, Paris, 2007, n° 454.

⁸⁹⁹ CPC art. 146 : « *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ».

⁹⁰⁰ SUIRE (E.), *op. cit.*, spéc. p. 126.

⁹⁰¹ VILLACEQUE (J.), « A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », *D.* 2006, chron. 539.

⁹⁰² CPC art. 748-1.

352.- Comme dans les contentieux pénal et administratif, où les parties ont un accès inégal aux éléments de preuve, le législateur concède au juge une part active dans la recherche de la vérité judiciaire⁹⁰³. Il l'incite tout d'abord de manière répétitive à l'utilisation des mesures d'instruction du Code de procédure civile. En matière de licenciement⁹⁰⁴, de sanctions disciplinaires⁹⁰⁵, de litige relatif aux heures de travail accomplies⁹⁰⁶, de harcèlement⁹⁰⁷ ou de discriminations directe et indirecte⁹⁰⁸, le rédacteur du Code du travail rappelle, suivant toujours le même schéma, qu'« *au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». Si certains auteurs voient en l'emploi de ces termes une simple « *publicité* »⁹⁰⁹ des pouvoirs accordés au juge, on le qualifierait plus véritablement de rappel au juge du contrat de travail de ses responsabilités. Pour les remplir, ce dernier devrait effectivement assurer le rééquilibrage à l'instance de l'inégalité des parties à la preuve par son intervention personnelle dans la recherche et la production de la preuve.

Ensuite, le législateur propose au juge un choix de mesures important. Il a élaboré une véritable « *boîte à outils* » en matière de recherche probatoire qui permet au juge d'intervenir dans la recherche des preuves aussi bien avant le procès, que lors des débats⁹¹⁰. La mesure d'instruction représente alors un outil judiciaire souple au champ d'application temporelle extrêmement étendu. Les mesures d'instruction *stricto sensu*⁹¹¹ sont réglementées en cinq chapitres distincts traitant respectivement des dispositions

⁹⁰³ V. Chapitre I. ; CONDEMINE (D.), *Les interventions du juge dans le contrat de travail*, Thèse soutenue à l'Université Lyon Lumière, 2008.

⁹⁰⁴ C. trav. art. L1235-1.

⁹⁰⁵ C. trav. art. L1333-1.

⁹⁰⁶ C. trav. art. L3171-4 : « *au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

⁹⁰⁷ C. trav. art. L1154-1.

⁹⁰⁸ C. trav. art. L1134-1 et L1161-1 sur la définition générale de la discrimination et L. 1144-1 sur la discrimination à l'embauche.

⁹⁰⁹ SUPIOT (A.), *loc. cit.*

⁹¹⁰ Le droit opère une dichotomie temporelle entre les mesures d'instruction : il en compte deux formes se déroulant à deux temps différents du procès. Avant le procès, l'article 145 du Code de procédure civile dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instructions légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Lorsque le procès a débuté, l'article 146 permet qu'une mesure soit « *ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* ». L'objectif juridique de ces textes est distinct et ce, même s'ils concourent tous deux à la découverte de la vérité judiciaire en palliant une carence probatoire. L'arsenal probatoire constitué par l'association de la mesure d'instruction *in futurum* et de la mesure d'instruction ordinaire est d'une utilité précieuse pour le justiciable : l'une vise à préserver la preuve, l'autre à favoriser son obtention.

⁹¹¹ Par l'acception « *stricto sensu* », nous excluons les réflexions doctrinales portant sur le possible élargissement du champ d'application des mesures d'instruction à d'autres mesures ne relevant pas du domaine de la preuve comme l'institution de l'« *amicus curiae* ». Pour plus de précision sur ce débat Cf. TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009, n°621, p. 617.

générales, des vérifications personnelles du juge⁹¹², de la comparution personnelle des parties⁹¹³, des déclarations des tiers⁹¹⁴ et des mesures d'instruction confiées à un technicien. Le juge du contrat de travail dispose également d'une liberté « *quasi-totale* »⁹¹⁵ dans la mise en œuvre de la mesure d'instruction. Comme le rappelle, la jurisprudence, le législateur ne lui impose pas d'ordonner une mesure d'instruction dans le cas où une partie ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation : « *Les parties doivent faire une partie du chemin probatoire dans la limite des éléments qui leur sont accessibles pour prétendre au bénéfice d'une mesure*

⁹¹² Les vérifications personnelles du juge sont encadrées par les articles 179 à 184 du Code de procédure civile, et offrent au juge la faculté de se déplacer sur les lieux ou de procéder aux vérifications à l'audience. Il peut entendre les parties ou toute personne dont l'audition participerait à la manifestation de la vérité judiciaire mais également faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel de tout ou partie des opérations d'instruction (art. 174 CPC). La vérification personnelle semble alors présenter des avantages tant pratiques que techniques. D'une part grâce à son coût réduit et à sa simplicité de mise en œuvre ; d'autre part parce qu'elle permet au juge de prendre connaissance des faits litigieux sans intermédiaire et de procéder aux vérifications nécessaires quant à l'emploi en entreprise du matériel informatique et au respect des droits et libertés fondamentales du salarié. Pourtant, selon la doctrine spécialisée, cette mesure ne s'avère que peu efficace en pratique. M. JEANTIN regrette que la mise en place de cette institution n'ait manifestement pas atteint les objectifs juridiques prévus par les rédacteurs du Code de procédure civile, probablement en raison de « la surcharge de travail qui incombe aux magistrats [et] les empêche de trouver le temps nécessaire à de telles investigations » (Cf. l'étude statistique fournie par DESPRES (I.), *Les mesures d'instruction in futurum*, 2004, Dalloz, Paris, p. 14 ; JEANTIN (M.), « Les mesures d'instruction », JCL proc. civ, 1994, fasc 657, n°3, p. 2.). Par ailleurs, ce procédé ne semble pas applicable dans le cadre d'une mesure d'instruction in futurum. En effet, il est difficilement concevable de saisir un juge pour qu'il procède à des vérifications en amont du procès, lorsque celui-ci n'a pas encore débuté.

⁹¹³ Le juge peut, en toute matière faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'entre elles (art. 184 CPC). S'il s'agissait à l'origine d'un moyen destiné à susciter l'aveu, le juge peut interroger les parties à chaque fois qu'il l'estime utile sur les faits, afin d'éclairer un point du litige. L'étendue de la comparution personnelle est donc bien plus importante que la simple nécessité d'un aveu ; il s'agit d'entrer directement en contact avec les parties dès que la résolution du litige le requiert. Elle a également pour avantage de permettre au juge de faire comparaître les personnes frappées d'incapacité juridique ou leurs représentants légaux ainsi que les personnes morales, y compris les collectivités publiques et les établissements publics, en la personne de leurs représentants légaux, ainsi que tout agent ou membre de ces personnes ayant pu personnellement connaître en raison de sa qualité, des faits relatifs à l'affaire (art. 197 CPC). Ces déclarations ou abstentions signées par les parties peuvent être considérées comme équivalentes à un commencement de preuve par écrit (art. 198 CPC). Sous l'angle de la preuve électronique, cette mesure a des atouts notoires. Elle permet d'interroger l'employeur et les salariés de l'entreprise en présence d'un technicien spécialisé en informatique qui éclairera le juge sur les propos émis. Cette pratique semble donc renouveler l'utilisation de ce type de mesure dont la « pratique journalière (...) restait médiocre » Cf. les statistiques de DEPRES (I.), loc. cit. ; SOLUS (H.) et PEROT (R.), *Droit judiciaire privé*, tome II, Sirey, Paris, 1991, n° 805, p. 683.

⁹¹⁴ L'article 199 CPC prévoit que « *le juge peut recevoir des tiers des déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales* ». Cette mesure réalisée par le juge comprend ainsi deux actes procéduraux distincts : d'une part le recueillement de déclarations écrites : les attestations ; d'autre part le recueillement de déclarations orales : l'enquête. Les attestations sont soumises à des conditions formelles strictes, l'article 202 CPC énumère ces formalités. Elles ne peuvent être établies que par des personnes remplissant les conditions exigées pour être témoins car elles ont pour finalité de relater des faits auxquels leurs auteurs ont assisté ou qu'ils ont personnellement constatés. L'attestation contient la relation des faits, l'identité de son auteur ainsi que ses liens éventuels avec l'une des parties. Elle est écrite, datée et signée de son auteur et jointe à des documents justifiant l'identité de ce dernier. L'enquête est définie des articles 204 à 231 CPC comme « la procédure au moyen de laquelle s'administre oralement la preuve testimoniale ». Il existe deux types d'enquête : l'enquête ordinaire et l'enquête sur-le-champ.

⁹¹⁵ La mesure ordinaire peut être ordonnée à tout moment de la procédure selon article 146 mais ne peut en aucun cas suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve : Cass. ch. mixte 7 mai 1982, n° 79-11814 ; *D.* 1982, jur. p. 541, ccl. CABANNES (X.) ; BATUT (A.-M.), « IV Les mesures d'instruction in futurum » in France. Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, Documentation française, Paris, 2001.

d'instruction »⁹¹⁶. Il a également la possibilité, en cours d'exécution d'accroître ou de restreindre l'étendue des mesures ordonnées. Enfin, il peut ajouter une nouvelle mesure lorsqu'il ne se montre pas convaincu par celle qu'il a ordonnée initialement.

353.- La souplesse de mise en œuvre et l'étendue du champ d'application d'un tel procédé en fait l'outil *ad hoc* de l'appréhension de la preuve électronique par nature volatile. Le juge, prenant connaissance de son existence, peut rapidement et à tout moment de l'instance ordonner une mesure d'instruction pour assurer sa production.

B. L'extension du champ d'application des mesures d'instruction « in futurum »

354.- Lorsqu'il existe un intérêt légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre le litige, le juge peut ordonner par ordonnance de référé ou par ordonnance sur requête une mesure d'instruction *in futurum*⁹¹⁷. La loi⁹¹⁸ et la jurisprudence ont longtemps refusé d'autoriser ces mesures⁹¹⁹. Elles suscitaient en effet, nombre de controverses, notamment quant à l'atteinte au principe du contradictoire qu'elles portent. En outre, le caractère futur de la mesure constitue une dérogation à l'« exigence traditionnelle d'un intérêt né et actuel comme condition de l'action en justice »⁹²⁰. Les dissidents de la mesure considéraient également, qu'il ne s'agissait que d'un « moyen d'instruction dont le but [était] d'éclairer le tribunal sur une demande principale » ; conséquemment elle ne pouvait avoir qu'un strict caractère incident, ou secondaire. En face, on leur rétorquait son large intérêt pratique⁹²¹. Ainsi, ce n'est que progressivement que les tribunaux se sont appropriés cette mesure, d'abord en réduisant le champ de son interdiction puis en l'autorisant et en élargissant sa pratique⁹²² sous le texte de l'article 4 du décret du 27 décembre 1973⁹²³. Cette solution, selon MOTULSKY, méritait l'approbation

⁹¹⁶ Cass. soc 18 déc. 1978, *Bull. civ. V*, n°876.

⁹¹⁷ L'article 145 CPC, institué par le décret n°73-1122 du 17 décembre 1973, dispose « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

⁹¹⁸ L'ordonnance de 1667 a prononcé son interdiction.

⁹¹⁹ CA Orléans 29 juil. 1896, *D.* 1897, vol. II, p. 209, note JEANTIN (M.) ; CA Bordeaux, 26 mars 1912, *D.* 1914, vol. 2, p.140 ; CA Rennes 16 mars 1926, *D.H* 1926, p. 326 ; CA Douai, 25 sept 1959, *JCP G* 1960.II, p. 11429, note SAVATIER (J.).

⁹²⁰ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973, p.73-74.

⁹²¹ GARSONNET (V.) et CEZAR-BRU (C.), *Précis de procédure civile*, Sirey, Paris, 9^e éd., 1923, p. 357.

⁹²² PERROT (R.), *RTD civ* 1976, p. 628.

⁹²³ Pour un état des lieux de la question : BATUT (A.-M.), « IV Les mesures d'instruction *in futurum* » in France. Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, Documentation française, Paris, 2001.

générale car elle permettait de « *répondre à des impératifs pratiques tout à fait légitimes* »⁹²⁴.

355.- La reconnaissance de la preuve électronique par le droit laisse à penser que la pratique de ce type de mesure, définitivement ancrée dans le système juridique français, va continuer de croître significativement dans les prochaines années. Ses caractéristiques formelles et sa finalité probatoire font de la mesure d'instruction *in futurum* une arme redoutable aux mains des parties, lorsqu'il existe une preuve sur support électronique ou numérique pouvant soutenir leurs allégations.

356.- La mise en œuvre de la mesure d'instruction *in futurum* apparaît très flexible, en raison des larges conditions que requiert sa recevabilité. Il est communément admis que « *l'article 145 du CPC met en œuvre une action en justice particulière car réduite à une perspective probatoire. Le demandeur fera état d'un motif légitime, justifiant à la fois d'un intérêt éventuel et d'un intérêt probatoire* »⁹²⁵. Depuis 1973, l'existence d'un motif légitime s'est imposé comme la seule et unique condition de recevabilité du recours à la procédure de l'article 145 CPC⁹²⁶. Le motif légitime, relayant le caractère urgent au second plan, apparaît alors comme la justification du régime procédural particulier appliqué à la demande d'instruction⁹²⁷. La reconnaissance juridique de la preuve électronique se traduit par la dénaturation de cette condition. En parallèle, le juge du contrat de travail interprète de manière restrictive la carence du salarié à la preuve pour intervenir en sa faveur. La combinaison de ces deux exceptions, l'une issue de la spécificité de la preuve électronique, l'autre relevant du particularisme probatoire du droit du travail, provoque l'intensification du recours aux mesures d'instruction *in futurum* dans le contentieux prud'homal.

⁹²⁴ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, p. 72.

⁹²⁵ CHABOT (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, n°16, p. 256-260.

⁹²⁶ PERROT (R.), *RTD civ.* 1984, p. 561.

⁹²⁷ Ce type de mesures, que l'on nomme également « mesures avant tout procès » ou référé probatoire, s'est vu attribuer un régime spécial. Il est prévu à l'article 145 du Code de procédure civile et déroge d'une part aux règles applicables aux mesures d'instruction classiques, d'autre part aux règles applicables au référé et à la requête ordinaire. Par ce régime spécial et hybride, la mesure d'instruction *in futurum* constituerait pour une partie de la doctrine une institution sui generis, se nourrissant « d'emprunts (de la réglementation ordinaire) et d'adaptations (exigées par le caractère *in futurum*) ». JEANTIN (M.), « Les mesures d'instruction », *JCL proc. civ.* 1994, fasc 657, n°3, p. 2.

1. La dénaturation du motif légitime

357.- Les juges contemporains interprètent de manière très large le « motif légitime » en exigeant un « litige potentiel »⁹²⁸ ou « la gravité des faits »⁹²⁹. Le concept de légitimité à agir pour préserver l'intégrité de la preuve en matière de concurrence déloyale peut être aisément soulevé, rendant les dispositions de l'article 145 CPC systématiquement applicables. En témoigne l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 8 décembre 2009, dans lequel une société avait obtenu du président de la chambre commerciale du tribunal de grande instance par ordonnance sur requête, la désignation de plusieurs huissiers de justice autorisés à consulter et prendre copie de tout courriel ou fichier informatique relatif au litige. Elle avait fondé sa requête sur « un faisceau d'indices » laissant supposer un acte anticoncurrentiel. La légitimité du motif serait alors inhérente à la nature électronique de l'objet de la mesure, au regard de la volatilité des informations, de la facilité avec laquelle la partie peut s'en dessaisir, la modifier ou la transmettre à une autre personne et compte tenu des règles relatives au droit à l'oubli sur Internet.

358.- En outre, l'arrêt « *Datacep* » de la chambre sociale en date du 23 mai 2007⁹³⁰ est particulièrement représentatif de l'explosion du contentieux des relations de travail relatif à la phase d'instruction. Un employeur soupçonnait un salarié de manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente. Il obtint la désignation d'un huissier de justice pour accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à disposition de l'intéressé et prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques qu'il échangeait avec des personnes étrangères à l'entreprise. Ni le secret des affaires ni le secret bancaire ne constituaient des obstacles à l'application de l'article 145 CPC⁹³¹ et la Haute juridiction a veillé à ce que la mission de l'huissier soit remplie en présence du salarié. Le champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile

⁹²⁸ Cass civ 3^e, 16 av. 2008, n° 07-15486.

⁹²⁹ Cass. civ. 1^{re} 16 sept. 2010, n° 09-67456 : L'objet de la mesure était d'obtenir la preuve du trafic de cadavre de condamnés à mort chinois.

⁹³⁰ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17818, nommé arrêt « *société Datacep* ».

⁹³¹ Cass. com. 16 déc. 2008, n° 07-19777 : Au visa des articles 1315, 2294 du Code civil, L511-33 du Code monétaire et financier et 145 du Code de procédure civile, la chambre commerciale a jugé que « dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire ».

est étiré *a maxima* et les parties sont proches de détenir un véritable droit à la prévention des pièces, envisagé comme le corollaire du droit à la preuve des parties.

Cet arrêt a une portée double. D'une part, la mise en valeur de l'article 145 CPC démontre l'importance grandissante pour l'institution du référé probatoire ; d'autre part, il informe que l'enquête permettant à l'huissier de justice d'accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition du salarié pour prendre connaissance de ses messages électroniques, entre dans le champ d'application de l'article 145 CPC qui s'en voit étendu⁹³².

359.- Une partie de la doctrine s'est élevée contre le constat d'huissier car l'ordonnance de requête qui l'ordonne n'est pas soumise au principe du contradictoire. Pour d'autres auteurs, cette exception au principe du contradictoire se justifierait lorsque « *l'effet de surprise est indispensable* »⁹³³.

2. *L'interprétation restrictive de la carence des parties à la preuve.*

360.- *L'interdiction faite au juge du contrat de travail de suppléer les parties.* Résulte de l'interprétation *a contrario* de l'assertion double de l'article 146 du Code de procédure civile, que le juge du contrat de travail peut prescrire toutes mesures dont l'effet n'est pas de compléter l'action probatoire entreprise par les parties. Le premier alinéa porte sur la condition d'insuffisance d'une partie, tandis que le second limite l'emploi par le juge de la mesure d'instruction à l'effet de « *suppléer la carence de la partie* » (c'est-à-dire, au regard de l'origine latine du mot « *suppléer* » : « *compléter en ajoutant ce qui manque* »⁹³⁴). Subséquemment, toutes les mesures n'entraînant pas cet effet de suppléance sont en théorie acceptables, parmi lesquelles l'aide ou le soutien à la preuve⁹³⁵. La carence

⁹³² CHABOT (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 2000, n°16, chr. p. 256-260.

⁹³³ D'ORNANO (P.-H.), *op. cit.*, p. 19 ; Autre exemple en droit civil : arrêt de la première chambre civile du 5 juin 1985, *Bull. civ.* n°111 et du 18 novembre 1992, *Bull. civ.*, n°285 : la Cour de cassation admet que le constat, ordonné sur le fondement de l'article 145 CPC en vue de préconstituer la preuve d'une violation de l'obligation de fidélité par un époux au domicile de son conjoint ou d'un tiers, ne constitue pas une atteinte à l'intimité de la vie privée.

⁹³⁴ Du latin « *suppleo, ere* ». Le vocable carence, issu du latin « *carentia* » signifie ce qui manque ; cette redondance démontre l'insistance du législateur à interdire au juge d'intervenir pour combler le défaut probatoire d'une partie. GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Hachette, Paris, nouvelle éd., 2000.

⁹³⁵ Par « *aide* » le Dictionnaire de l'Académie française entend : « *porter assistance, prêter son concours à qui en a besoin* » ; BALLOUHEY (F.), « L'office du juge en matière de preuve », in *Procès du travail, Travail du procès*, ouvrage collectif dir. M. KELLER, LGDJ, Paris, 2008, p. 271-277.

du demandeur dans l'administration de la preuve est une notion de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁹³⁶ qui donne lieu à un important contentieux⁹³⁷.

Ainsi, par l'interprétation plus ou moins large de la notion de carence, les juges détiennent le pouvoir d'intervenir ou non en faveur des parties et de leur venir en aide en matière d'instruction. L'étude de la jurisprudence démontre que les juges du fond restent fermes quant à la nécessité de cette condition⁹³⁸. A titre d'exemple, en application de l'article 146 du code de procédure civile, ils ont refusé de faire droit à la demande d'une requérante d'instituer une mesure d'expertise aux fins de vérifier la totalité des pièces qu'elle disait avoir conservées⁹³⁹.

361.- La chambre sociale de la Cour de cassation paraît, au regard de sa jurisprudence récente, bien plus permissive. Afin d'éviter de faire peser sur le salarié la charge de la preuve des heures supplémentaires, elle opte pour une interprétation large de la carence, à la frontière de la dénaturation. Dans un arrêt en date du 5 octobre 2011⁹⁴⁰, elle sanctionne la Cour d'appel qui lors d'un litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, a rejeté la demande du salarié en paiement d'heures supplémentaires, au motif *« que celui-ci ne produirait aucun élément exploitable pour étayer sa demande et qu'ordonner une mesure d'expertise judiciaire reviendrait à suppléer la carence du salarié en la matière »*. Selon la motivation de la Haute juridiction : *« la cour d'appel qui fait reposer la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail »*. Ainsi, l'option offerte au juge du fond d'ordonner *« en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »*, se transforme en une obligation lorsque la charge de la preuve est partagée et que le salarié ne dispose pas d'éléments suffisants. Cette situation est fréquente, voir quasi consubstantielle à la qualité de salarié au contrat de travail ; elle intensifie inévitablement l'exercice du pouvoir d'instruction du juge.

362.- Le caractère général du pouvoir d'investigation du juge du contrat de travail.

Si de manière lancinante, les juges du fond, soutenus par la doctrine, s'attachent à rappeler

⁹³⁶ Cass. 2^e civ. 17 déc. 1979, *Bull. civ.* II, n° 296; Cass. 1^e civ. 26 juin 2001, *Bull. civ.* I, n°191 (refus de la mesure demandée).

⁹³⁷ Depuis 2000 : 138 affaires recensées sur le site « *Legifrance* ».

⁹³⁸ Cass civ., 1^{re}, 9 juill. 1985, *Bull civ.* I, n°216 ; Cass soc. 8 nov. 1989, *JCP G* 1990, II, 21445, note BLAISSE ; Cass civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *CA Agen* 21 juin 2000, *Juris Data* n° 2000-135816 ; *CA Toulouse*, 8 nov. 2000, *Juris Data* n° 2000-133638.

⁹³⁹ *CA Versailles*, 20 juin 2012, n° 10/02829.

que les mesures d’instruction *in futurum* ne peuvent avoir pour effet d’offrir au demandeur « un pouvoir d’investigation général susceptible de confiner à la perquisition »⁹⁴¹ -l’arrêt de la deuxième chambre civile en date du 23 juin 2011 indique en ce sens, que la mesure d’instruction ne doit pas s’analyser en « une mesure générale d’investigation portant sur l’ensemble de l’activité et de la clientèle de la société visée »⁹⁴² - il est permis de penser que cette interdiction n’a pas la portée pratique escomptée.

363.- Elle apparaît même inopérante, lorsque l’objet de la demande d’instruction est contenu sur support électronique. En effet, le pouvoir d’investigation conféré lorsque l’objet de la mesure est un document sous forme électronique est bien plus général que lorsque la mesure concerne la recherche d’un document écrit ou la fouille de vestiaires. Dans un arrêt du 19 janvier 2011⁹⁴³, la cour d’appel de Besançon a annulé une ordonnance sur requête autorisant un huissier de justice à ouvrir tout placard, tiroir, meuble aux fins de rechercher tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d’établir la preuve l’origine et l’étendue du détournement de clientèle. Les juges ont retenu qu’« *il appartient au requérant de préciser par rapport à son cas particulier, la nature des documents susceptibles d’étayer les faits rendus crédibles [...]. Il n’est pas davantage admissible de permettre à l’huissier de justice (encore moins au requérant lui-même [...]) de fouiller les locaux à son gré* ».

En comparaison, l’exercice d’une mesure d’instruction concernant un document déterminé dans l’ordinateur de l’employeur permet de fait, l’accès généralisé à l’ensemble des dossiers immatériels d’une entreprise. La recherche par mots-clés permet d’approcher un ensemble exhaustif de données en un temps record, tandis que leur capture et leur enregistrement sur une clé USB est instantanément réalisable par la partie concernée, laissant cours à des dérives largement décriées par la profession d’avocat.

Dès lors, se pose avec acuité la question de la suffisance et de l’efficacité des moyens procéduraux existants, ici la nomination d’huissier de justice, pour garantir l’encadrement juridique adéquat et la protection des droits fondamentaux des parties lors de l’instruction d’une preuve sur support électronique.

⁹⁴⁰ Cass. soc. 5 oct. 2011, n° 10-19908.

⁹⁴¹ DELEBECQUE (Ph.), BRETZNER (J.-D.), GELBARD-LE DAUPHIN (I.), « Droit de la preuve-juillet 2010-oct. 2011 », *D.* 2011, p. 2891 ; *D.* 2007, 1901, obs. BRETZNER (J.-D.).

⁹⁴² Cass. civ. 2^e 23 juin 2011, n°10-18540.

⁹⁴³ CA Besançon, 19 janv. 2011, n°10-01667.

364.- Au vu de l'intensification de l'utilisation des TIC en entreprise, il est clair que la mesure d'instruction *in futurum* a « *un bel avenir devant elle* »⁹⁴⁴. Si son utilisation ne fait que croître depuis le début du XXI^e siècle, l'irruption de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal démultiplie son utilisation. Cet engouement processuel s'explique par l'idée que la mesure d'instruction *in futurum* représenterait la meilleure solution juridique existante aux problèmes posés par l'évolution des sciences et techniques en matière probatoire. Sa finalité première est en effet, de permettre de conserver ou d'établir la preuve de faits dans un procès encore éventuel. Ses caractéristiques répondent aux risques de disparition de la preuve électronique.

⁹⁴⁴ JEANTIN (M.), « Les mesures d'instruction 'in futurum' », *D.* 1980, chr. p. 205-210

§III. L'exercice dépersonnalisé du pouvoir d'instruction

365.- Dans un souci d'efficacité de la phase d'instruction dans l'ensemble des contentieux, le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005⁹⁴⁵ met en place des mesures générales tenant à la place qu'occupent les différents acteurs juridiques⁹⁴⁶. Suite à cette réorganisation, l'appréhension de la preuve électronique au procès peut être effectuée par des acteurs interchangeables. Le pouvoir d'assistance du juge aux parties se traduit alors par la garantie d'un travail de groupe. De celui-ci, va dépendre la mise en œuvre et l'organisation de l'instruction puisque, hormis dans des cas marginaux⁹⁴⁷, il se trouve face à une double alternative : en premier lieu, il a le choix d'ordonner ou non la mesure ; en second lieu, il peut choisir de procéder lui-même à son exécution ou la faire exécuter par un tiers⁹⁴⁸. Les réformes récentes de la procédure civile l'inscrivent donc dans une dynamique de délégation et subséquemment d'économie de temps⁹⁴⁹.

366.- Au demeurant, cette nouvelle forme de « *planification* » de l'instruction ne peut être interprétée comme le désengagement du juge du contrat de travail dans la phase d'instruction. L'argument selon lequel l'instruction subirait une transformation au détriment de l'intervention personnelle du juge conduirait à la diminution de la fréquence d'exercice du pouvoir d'instruction, ce qui n'est pas le cas en pratique. Seule la nature de l'implication du juge est modifiée.

A. Les formes de la dépersonnalisation de l'exercice du pouvoir d'instruction

367.- L'étude de la jurisprudence met en lumière une ambivalence dans l'implication du juge lors de la phase de recherche et de production de la preuve électronique. Ce dernier fait montre d'une réelle volonté de suppléer les parties en multipliant les recours aux mesures d'instruction mais restreint le nombre de mesures choisies. Les vérifications

⁹⁴⁵ Le décret a des liens ténus avec les TIC puisqu'il institue dans le code de procédure civile la section XXI sur la « Communication électronique ».

⁹⁴⁶ VILLACEQUE (J.), « A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », *D.* 23 fév. 2006, n°8, p. 539-544.

⁹⁴⁷ CPC art. 154 : « *Les mesures d'instruction sont mises à exécution, à l'initiative du juge ou d'une des parties, selon les règles propres à chaque matière au vu d'un extrait ou d'une copie certifiée conforme du jugement* ».

⁹⁴⁸ CPC art. 155 al. 1^{er} : « *la mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonné lorsqu'il n'y procède pas lui-même* ».

⁹⁴⁹ V. sur ce point : AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin, n°157, p. 2.

personnelles⁹⁵⁰ du juge du contrat de travail lorsqu'elles nécessitent son déplacement sur les lieux ainsi que les preuves écrites sont largement délaissées au profit de la désignation d'un expert ou d'un huissier de justice qui constituent l'essentiel de l'activité probatoire. La comparution personnelle des parties et les déclarations des tiers sous forme d'enquête, déjà peu en usitées aux prétoires, sont relayées au second plan par le juge car elles ne sont pas adaptées à l'écrit électronique.

368.- Cette dépersonnalisation de l'intervention du juge du contrat de travail dans l'administration de la preuve électronique pourrait à première vue s'avérer contraire à l'« *objectif-idéal* » de vérité du procès puisque le juge n'emploierait pas toutes les possibilités qui lui sont offertes pour y accéder. Elle contreviendrait également à l'idée d'un « *juge-assistant* » dont la responsabilité est de mettre toute son énergie dans la réussite de l'« *épreuve processuelle* » que subissent les parties.

En réalité, le juge emploierait selon sa conception personnelle, les mesures les mieux adaptées au recueillement de la preuve électronique et veillerait à lever les obstacles l'empêchant d'effectuer cette action. En résulterait, l'« *humanisation* » de l'exercice de la mesure d'instruction aux yeux des parties qui prendrait plusieurs visages. En matière de preuve électronique, l'expert et l'huissier de justice remplaceraient le conseiller rapporteur, symbole du particularisme probatoire du droit du travail.

1. Le conseiller rapporteur symbole des limites au particularisme probatoire du droit du travail

369.- C'est dans la création de dispositifs probatoires atypiques que l'on mesure le « *degré d'autonomie* »⁹⁵¹ probatoire du droit du travail. Ces mécanismes ont pour finalité de faciliter l'accès du salarié aux éléments de preuve, évinçant ainsi l'application des règles civilistes au contrat de travail. Leur spécificité est telle qu'elle amène une partie de la doctrine à penser qu'ils « *ont pris une place d'importance dans la procédure prud'homale au point qu'ils relèguent à un rang quelque peu secondaire les mesures*

⁹⁵⁰ CPC art. 179 : « *le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires en se transportant si besoin est sur les lieux* ».

⁹⁵¹ DUPEYROUX (J.-J.), « Avant-propos – Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, n°5, p. 371-373.

d'instruction issues du droit commun »⁹⁵². Le conseiller rapporteur serait le fer de lance de l'émancipation procédurale du droit du travail, une institution « *créée de fait* » pour le droit des relations de travail.

370.- Envisagé comme une « *mesure d'instruction de substitution* », le conseiller rapporteur permet d'éviter la coûteuse et chronophage nomination d'expert. Ce juge de la mise en état a une « *mission directe et personnelle à accomplir dans l'instruction du conflit et la recherche des preuves* »⁹⁵³. Il doit en effet mettre l'affaire « *à même d'être jugée* », permettant ainsi aux juges du bureau de conciliation ou du bureau de jugement de détenir tous les éléments de nature à éclairer le litige. Pour ce faire, il incombe au conseiller rapporteur de procéder de manière impartiale⁹⁵⁴, aux vérifications techniques des faits.

371.- Le conseiller rapporteur, en comparaison à son homologue le juge de la mise en état du tribunal de grande instance, s'est vu attribué des prérogatives plus étendues et de plus faibles obligations formelles⁹⁵⁵. Désignés à l'article L. 1454-1 du Code du travail, les conseillers rapporteurs « *prescrivent toutes mesures nécessaires* » pour que l'affaire soit mise en l'état d'être jugée⁹⁵⁶. Quant aux divers pouvoirs qu'on lui attribue, « *le conseiller rapporteur peut entendre les parties. Il peut les inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige. Il peut les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes [...]. Le conseil de prud'hommes peut, pour la manifestation de la vérité, auditionner toute personne et procéder ou faire procéder à toute mesures d'instruction* »⁹⁵⁷. En outre, il a les pouvoirs d'ordonner toutes mesures nécessaires à la

⁹⁵² D'ORNANO (P.-H.), *op. cit.*, p. 18.

⁹⁵³ BUFFET (J.), « La nouvelle procédure prud'homale », *Dr. soc.* 1975, n°4, p.251.

⁹⁵⁴ Cass. soc. 3 mars 2009, n° 07-15581 ; BUGADA (A.), « Les conseillers rapporteurs soumis à l'impartialité fonctionnelle », *JCP S*, 22 sept. 2009, n° 39, p. 38-40.

⁹⁵⁵ CPC art. 770 : « *Le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces* ». Au regard des termes employés, le champ d'action du juge de la mise en état est donc moins large que celui du conseiller rapporteur. Par ailleurs, l'arrêt de la chambre sociale du 31 mars 1978 (Cass. soc. 31 mars 1978, *Bull. civ. V*, n° 267) affirme que « *la mission d'information confiée au conseiller prud'homal rapporteur n'étant pas une enquête au sens du nouveau code, ce juge peut recueillir des renseignements utiles à la manifestation de la vérité sans observer les prescriptions prévues dans ce cas* ».

⁹⁵⁶ C. trav. art. R1454-1 al. 1^{er} : « *Afin de mettre l'affaire en état d'être jugée, le bureau de conciliation ou le bureau de jugement peut, par une décision non susceptible de recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au conseil de prud'hommes pour statuer* ».

⁹⁵⁷ C. trav. art. R1454-3.

conservation des preuves⁹⁵⁸ et de procéder lui-même ou de faire procéder à toutes mesures d'instruction.

Le panel de mesures admises par la Cour de cassation est extrêmement large et son choix dépend de l'imagination du conseiller au moment de l'exercice de son pouvoir d'instruction. A titre d'exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 24 juin 2008, un salarié alléguait des faits de discrimination en raison de son état de santé. Deux conseillers rapporteurs avaient été désignés pour se rendre dans l'entreprise et auditionner trois membres de l'entreprise, dont un responsable du salarié, le chef du personnel et le délégué syndical. Dans son rapport, un conseiller avait établi « *des courbes de synthétisation des évolutions de salaires et des évolutions des coefficients des salariés, à partir des fiches individuelles de synthèse de la gestion de carrière du personnel* ». La cour d'appel a retenu que « *ces courbes ont contribué à mettre en évidence la discrimination* »⁹⁵⁹.

372.- L'originalité et l'efficacité de cette mesure tiennent dans la spécialisation professionnelle du conseiller rapporteur. Il dispose d'une connaissance approfondie des relations de travail et des usages, qui lui permet de maîtriser les aspects pratiques et techniques et d'accélérer la résolution du litige. Contrairement aux juges civilistes, qui pour ordonner la mesure d'instruction, pratiquent la théorie du « *tout ou rien* »⁹⁶⁰, la désignation d'un conseiller rapporteur a fait montre d'une plus importante malléabilité. Toutefois, il semble que le conseiller rapporteur ne soit pas l'institution la mieux à même à se confronter à la modernité. Son efficacité est relative. Il est saillant que, malgré des pouvoirs d'investigation étendus, ses prérogatives restent strictement limitées aux faits. Les conseillers rapporteurs n'ont en effet, pas d'appréciation à donner sur des questions de droit. Selon l'article R. 1454-6 du Code du travail, les décisions prises par les conseillers rapporteurs sont « *toujours provisoires et n'ont pas l'autorité de la chose jugée au principal. Elles sont immédiatement exécutoires et ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec le jugement sur le fond sous réserve des règles particulières à l'expertise* ». De surcroît, la mission des conseillers rapporteurs est une mission d'information mais en aucun cas une enquête au sens de l'article 204 du Code de procédure civile. Elle n'a donc

⁹⁵⁸ C. trav. art. R 1454-4.

⁹⁵⁹ CA Versailles 24 juin 2008, RG n°07/03619, com. STIVALA (A.) pour le compte de la mission Droit et Justice, dans le cadre du projet « Les discriminations dans les relations de travail devant les Cours d'appel : la réalisation contentieuse d'un droit fondamental ». En ligne : [crdp.univ-lille2.fr].

pas de finalité scientifique et a une valeur purement factuelle. C'est pourquoi, il paraît évident que cette mesure particulière ne permet pas d'appréhender de manière précise la preuve électronique.

Enfin, le champ de connaissance du conseiller rapporteur, très accommodé au milieu de l'entreprise, ne s'étendrait pas jusqu'à la preuve électronique. Ainsi constitue-t-il une mesure utile seulement dans les domaines ayant un lien étroit avec la relation de travail, comme la discrimination syndicale⁹⁶¹. Son domaine d'« expertise » occulterait la connaissance des TIC⁹⁶² et l'empêcherait d'être une aide à l'administration de la preuve électronique.

2. Les acteurs principaux de l'instruction de la preuve électronique : l'huissier et l'expert

373.- L'huissier de justice. La mesure de l'article 232 du Code de procédure civile selon laquelle « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* » connaît un essor sans pareil sous l'influence des TIC. L'huissier de justice joue un rôle primordial dans la préservation et la recherche de la preuve électronique.

374.- La Cour de cassation a étendu le champ d'application des constatations par l'huissier de justice aux mesures ordonnées avant tout procès et a décidé que le juge, saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, peut désigner un huissier de justice, en qualité de constatant au sens de l'article 249 du code de procédure civile⁹⁶³. Le professionnel peut procéder sur requête à des copies et séquestres de différents documents sur supports informatiques susceptibles de prouver des faits constitutifs de concurrence déloyale.

⁹⁶⁰Le juge hésiterait à ordonner une quelconque mesure pour les affaires les plus simples mais opérerait systématiquement pour l'expertise dans les cas plus complexes.

⁹⁶¹ En pratique, il est observé un recours beaucoup plus récurrent à la désignation de conseillers rapporteurs en ce qui concerne la preuve de la discrimination syndicale. Ces derniers se déplacent dans les locaux de l'entreprise pour obtenir les contrats de travail et les fiches de paie des autres salariés pour les comparer avec le salarié en cause : *Cahiers Prud'homaux*, n°3, 1988, p. 49 ; *Gaz.Pal.*, 18 sept. 2003, n° 261, p. 2.

⁹⁶²Les conseillers rapporteurs ne sont pas formés à la preuve technologique. Mais pour mener à bien notre étude il conviendrait de faire une distinction entre les représentants des salariés du secondaire et les représentants des salariés du tertiaire plus à l'aise avec les TIC ainsi que les cadres et non cadres pour la même raison.

375.- En droit du travail plus particulièrement, la violation de fichiers informatiques présents sur un ordinateur mis à la disposition du salarié pour son activité professionnelle donne lieu à un nouveau contentieux, dans lequel le constat d'huissier occupe une place notoire. L'employeur, dans la plupart des cas souhaitait établir la preuve de cette violation afin de justifier le licenciement du dit salarié. L'huissier procède alors à la constatation du contenu de la messagerie électronique ou consigne le contenu de fichiers se trouvant sur l'ordinateur professionnel⁹⁶⁴. Il est habilité à identifier, hors la présence du salarié, les « *connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail (...)* »⁹⁶⁵.

376.- L'expert. La prolifération des TIC engendre une « *floraison* »⁹⁶⁶ d'experts ultra spécialistes dans le domaine du droit. Le contentieux prud'homal n'échappe pas à ce phénomène.

377.- « *Il existe autant d'experts et d'expertises que de connaissances spécialisées* »⁹⁶⁷, c'est pourquoi l'étude de la preuve électronique, en ce qu'elle dispose de particularités éminemment techniques, nécessite la présence d'un expert. Néanmoins, la multiplication des TIC ne créerait pas de nouvelle forme juridique d'expertise judiciaire, mais entraînerait une mutation de la pratique de l'expertise judiciaire ainsi que le déploiement de toutes les mesures d'instruction effectuées par un technicien. La pratique démontre en effet, que les procédés intermédiaires de l'expertise judiciaire, placés sous le joug des TIC, se voient pourvus d'une utilité juridique renouvelée.

378.- L'expertise moderne donne lieu à de nouvelles appellations, toujours soumises au régime traditionnel de l'expertise, mais dont le vocable résonne indubitablement scientifique. Parmi eux, l'expertise informatique⁹⁶⁸, l'expertise numérique ou l'expertise

⁹⁶³ Cass. civ. 2^e, 23 juin 2011, n° 10-18.540, *JCP* 2011, n° 931, obs. FRICERO (N.).

⁹⁶⁴ CHOQUET (L.), « IV. L'intervention de l'huissier de justice dans les espaces professionnels », *Droit et procédures*, nov-déc, n° 6, p.32. ; MORVAN (P.), « Le respect du contradictoire au cours de l'expertise technique spécifique », *JCP S.*, 27 juin 2006, n° 26, p. 43.

⁹⁶⁵ Cass. soc., 9 juil. 2008, pourvoi n° 06-45.800 ; *Bull. civ.* V, n°150.

⁹⁶⁶ Expression empruntée à SUPLOT, au sujet de la prolifération des experts dans l'entreprise ; SUPLOT (A.), « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) » in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, Paris, 1989, p. 463.

⁹⁶⁷ ALLAND (D.) et RIALS (S.), *op. cit.*, p. 688.

⁹⁶⁸ Elle regroupe des informaticiens professionnels appelés par les juges pour donner un avis scientifique.

technologique. Cette évolution du nombre d'experts s'inscrit dans un mouvement général visant à protéger les institutions et les citoyens de la dépendance aux systèmes informatiques⁹⁶⁹.

379.- La mission de l'expert en TIC consiste en la production électronique de documents numériques (e-discovery en anglais) c'est-à-dire « à retrouver et à extraire rapidement des documents numériques stockés sur des systèmes informatiques en vue de les produire (discover) en justice ou dans un contexte dans lequel des preuves sont requises. Ces documents peuvent être des mails, des messages instantanés, des conversations chat, des documents bureautiques de tout format (traitements de textes, feuilles de calcul, documents de présentation) provenant de systèmes propriétaires (Microsoft en premier lieu) ou de systèmes ouverts (Open office, documents PDF). Les systèmes informatiques sont le plus souvent des ordinateurs portables, mais ils peuvent être des téléphones, des ordinateurs de bureaux, des serveurs (internes à l'entreprise ou distants) ainsi que des systèmes de sauvegarde associés aux dispositifs précédents »⁹⁷⁰.

380.- La jurisprudence rappelle constamment l'obligation qui incombe à l'expert judiciaire d'exécuter personnellement l'intégralité de la mission que lui a confiée le juge⁹⁷¹. Le caractère personnel de la mission s'applique aussi bien aux constatations, consultations ou expertises puisqu'il est contenu dans les dispositions communes. Néanmoins, l'article 278 du nouveau Code de procédure civile permet à l'expert de recueillir l'avis d'un autre technicien d'une « spécialité distincte de la sienne », nommé « *sapiteur* »⁹⁷² tandis qu'un nouvel article 278-1⁹⁷³ inséré par l'article 39 du décret du 28 décembre 2005, l'autorise à se faire assister « *par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité* ». Dès lors la chaîne entre l'élément probatoire sur support électronique ou numérique et le juge lui-même se voit allongée d'un maillon. Cette

⁹⁶⁹ Cf. la revue *Courrier International*, n°1034, 26 août 2010, « cyberguerre- La menace vient du Net » : La France pour parer les cyberconflits s'entoure d'experts en cyberattaques en créant l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) dont la mission est de rendre plus sûrs les systèmes d'information stratégiques des grandes entreprises et de l'Etat. En 2012 elle devrait compter dans ses rangs plus de 250 personnes.

⁹⁷⁰ Cf. « *Blog* » d'un informaticien expert judiciaire. En ligne : [<http://zythom.blogspot.com/>], consulté le 25 mai 2012.

⁹⁷¹ CPC art. 233; Cass. civ. 2^e 11 janv. 1995, Bull. civ., II, n°11, p. 6 ; Cass. 2^e civ. 27 av. 2000, *Gaz. Pal.*, note OLIVIER (M.).

⁹⁷² VILLACEQUE (J.), *loc. cit.*

⁹⁷³ Article 278-1 créé par D. n°2005-1678 du 28 décembre 2005, *JORF* 29 décembre 2005, art. 39 : en vigueur le 1^{er} mars 2006 : « *L'expert peut se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité* ».

distance, voire cette déconnexion du juge avec le travail de recherche concret, suscite la réflexion. L'absence de la maîtrise concrète des démarches induit de possibles contournements de la loi.

B. Les risques de la dépersonnalisation de l'exercice du pouvoir d'instruction.

381.- La reconnaissance juridique de la preuve électronique a fait de l'expertise un mode d'instruction de premier ordre. Mais « *si grisante qu'elle soit, cette évolution se heurte même au temps de l'accélération de l'histoire, aux impératifs permanents qui font la stabilité du droit* »⁹⁷⁴. La prédominance de l'expertise comprendrait en effet des risques pour la sécurité juridique et contreviendrait à l'objectif du procès, d'assurer une bonne justice en accédant à la vérité judiciaire.

382.- Les dérives de l'expertise se concentrent essentiellement autour de l'articulation des rapports entre le juge et l'expert. La difficulté d'interprétation des propos de l'expert que pourrait éprouver le juge, née du caractère scientifique de la preuve, aurait des effets directs sur la place et le rôle qu'il occupe au procès. Dans le pire des cas, il laisserait la décision aux mains de l'expert.

383.- Différentes solutions à cette délégation involontaire du pouvoir judiciaire se dessinent. La principale réside dans la capacité du juge prud'homal à « *tenir les rênes de l'instruction* ». Pour ce faire, il lui faut contrôler l'ensemble des éléments qui se rapportent à l'expertise : l'administration de la preuve, la nomination des différents experts, etc. A ces réflexions, s'ajoutent celles de la doctrine, quant à l'intérêt de rendre obligatoire et systématique le contradictoire.

1. Les risques inhérents à la présence de l'expert à l'instance prud'homale

384.- L'articulation des rapports entre le juge et l'expert a évolué sous l'influence des TIC. Auparavant, l'expertise était conditionnée par la décision du juge. Elle n'existait *stricto sensu* qu'à partir du moment où elle s'intégrait dans une procédure de décision. Ce

⁹⁷⁴ SAVATIER (R.), *op. cit.*, p. 610.

processus s'est inversé jusqu'à faire de l'expertise technologique, la condition *sine qua non* à la construction de la décision du juge. Ce bouleversement des « *rapports pouvoir/savoir* » trouve ses fondements d'une part, dans l'idée que les connaissances du juge ne s'étendent pas à l'appréhension des Technologies de l'Information et de la Communication ; d'autre part, dans la nouvelle fonction qu'occupe désormais l'expert au procès : celle d'une source de normativité externe.

385.- « *Le temps de Vinci est passé. Nul ne peut plus avoir une culture scientifique universelle. Et ce renoncement s'impose notamment au juge* »⁹⁷⁵. Les auteurs en appellent à l'humilité du droit face au savoir. Le juge n'est en effet, pas omniscient et n'a d'obligation, selon l'adage latin « *jura novit curia* », que de connaître le droit. La communication entre le représentant de la science et celui de la loi peut alors s'avérer ardue. Chacun connaît le couple célèbre de C. DOYLE, constitué du représentant de la loi : « *Sherlock Holmes* » et du scientifique : « *Doctor Watson* ». Ces personnages complémentaires illustrent la réalité du déséquilibre croissant des connaissances entre l'expert et le juriste⁹⁷⁶. Les craintes portant sur l'instrumentalisation de l'expert scientifique par le décideur disparaissent, laissant place à un expert dont les prérogatives sont élargies et renforcées. Ce dernier devient un réel acteur dans le processus de décision.

386.- Le nouveau statut décisionnel de l'expert a suscité nombre de réflexions doctrinales. Certains auteurs vont jusqu'à se demander si le juge ne va pas « *s'en remettre à l'expert pour juger le procès à sa place, au moins en fait ?* »⁹⁷⁷. Outre les difficultés de communication entre les deux protagonistes, la contradiction de l'expert par le juge semblerait improbable. Dans le processus décisionnel, ce « *dialogue de sourds* »⁹⁷⁸ aboutirait à une distinction entre la « *vraie expertise* » et la « *fausse expertise* »⁹⁷⁹. La première serait « *celle que le juge ordonne en vue de recueillir un simple avis sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* »⁹⁸⁰ alors que la seconde enlèverait au juge tout pouvoir de décision, elle serait ce « *que le législateur qualifie*

⁹⁷⁵ SAVATIER (R.), *op. cit.*

⁹⁷⁶ V. notamment CONAN DOYLE (A.), *L'interprète grec : Et autres aventures de Sherlock Holmes*, Gallimard 2010 ; métaphore également employée par RAIMBAUD (A.) dans son ouvrage *Le juge pénal et l'expertise numérique-Révolution au Palais*, Dalloz, Paris, 2007.

⁹⁷⁷ RAIMBAUD (A.), *loc. cit.*

⁹⁷⁸ Terme emprunté à SAVATIER (R.), *op. cit.*

⁹⁷⁹ DESPRES (I.), *Les mesures d'instruction « in futurum »*, thèse Strasbourg 2002, p.82

⁹⁸⁰ RAIMBAUD (A.), *loc. cit.*

comme telle alors que les résultats obtenus (par le biais d'investigations de nature technique) s'imposent au juge »⁹⁸¹.

Dans ce dernier cas de figure, l'expertise n'est plus un outil juridique permettant au juge d'appréhender la preuve sur support électronique, mais une source de normativité externe. Outre l'élargissement de son domaine d'action, la transformation du rôle de l'expert s'est donc concrétisée par le passage de la qualité de source de normativité interne à celle de source de normativité externe⁹⁸².

387.- La montée en puissance de l'expert dans le domaine juridique ne s'est donc pas arrêtée au simple rôle de guide ou de conseil à la décision. Désormais, l'expertise permet d'asseoir la décision du juge prud'homal. La dépendance de la pratique judiciaire à l'égard de la science a pourvu l'expert d'une place de choix au procès : celle de médiateur indispensable entre le juge et la science. Il n'est plus le simple technicien au service du décideur ou même, comme certains le pensent, un objet de manipulation. Loin sans faut, il représente l'émetteur d'un jugement qui lui est propre⁹⁸³. Car l'expertise est bien, au regard de ses caractéristiques, un jugement : *« elle consiste [...] à attribuer un prédicat à un sujet au moyen d'une série de raisonnements qui doivent être envisagés comme des argumentations »*.

Dès lors, quand bien même ce jugement serait ponctuel, il doit être capable d'appréciation issue d'examen, de consultations et de définir une causalité à partir de laquelle une décision sera prise. Si par postulat l'expert a la capacité *« de générer ou de reconnaître des propositions vraies »*⁹⁸⁴ dans le domaine scientifique, il ne dispose pas des capacités similaires en droit.

2. Les garanties de l'expertise au procès prud'homal

388.- La question des dérives de l'expertise a été saisie par la doctrine juridique autant que par les experts eux-mêmes. Plusieurs solutions ont été apportées, telles que la

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² LASCOURMES (P.), « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », *loc. cit.*

⁹⁸³ WEBER (M.), *Wissenschaft als Beruf*, *loc. cit.*

⁹⁸⁴ MEMMI (D.), « Savants et maîtres à penser, La fabrication d'une morale de la procréation artificielle », Actes de la Recherche en Sciences sociales, 1989, n° 76-77, p. 82-103, spéc. p. 89.

systematisation du contradictoire, l'élaboration d'un nouveau modèle procédural de l'expertise ou le regroupement d'experts au sein d'un laboratoire agréé.

389.- *La systématisation du contradictoire.* Parmi les propositions générales émises par la doctrine pour réhabiliter l'expertise, les sociologues évoquent la généralisation de la contre-expertise⁹⁸⁵. Selon eux, l'expertise idéale aurait nécessairement une structure dialectique. Le modèle collectif et contradictoire de l'expertise serait la clef des questionnements actuels : « *La véritable expertise suppose que cette confrontation soit systématiquement gérée de manière à faire apparaître, du sein même de cette confrontation, la part de controverse scientifique qu'elle contient et la part de conflit résultant des surdéterminations normatives qui adviennent à tout savoir du fait de sa transformation en expertise* »⁹⁸⁶.

390.- Les solutions apportées par la sociologie à la profonde remise en question de l'expertise trouvent logiquement leur place dans le droit du travail. Espace démocratique, ouvert au débat et à la négociation⁹⁸⁷, sa structure paritaire serait propice à l'intégration d'une expertise systématiquement contradictoire. D'autant que « *le droit du travail fait la part belle au collectif, allant jusqu'à construire ce que l'on nomme volontiers des droits collectifs* »⁹⁸⁸.

Ainsi, il n'y aurait *a priori* aucune contre-indication à ce que le procès du travail laisse place aux échanges de connaissances scientifiques devant une instance décisionnelle formée, entre deux sortes de « *défenseurs scientifiques* ». Au soutien de cette hypothèse, les sociologues rappellent que la confrontation entre plusieurs experts ne peut que contribuer à l'objectif probatoire du procès car ils partagent le même cadre scientifique, les mêmes techniques d'interprétation et utilisent les mêmes outils d'analyse.

391.- *Un nouveau modèle procédural de l'expertise.* D'autres recherches visent à définir un nouveau « *modèle procédural* » de l'expertise afin d'assurer la transparence et l'indépendance du jugement de l'expert mais aussi dans le souci d'une plus grande sécurité

⁹⁸⁵ ROQUEPLO (Ph.), « L'expertise scientifique, consensus ou conflit ? » in *La Terre outragée, Les experts sont formels*, dir. THEYS (J.) et KALAORA (B.), éd. Autrement, Paris, 1992, p. 157-169.

⁹⁸⁶ ROQUEPLO (Ph.), *op. cit.*, p. 164.

⁹⁸⁷ HABERMAS (J.), « La modernité, un projet inachevé », *Critique*, oct. 1981, n°413.

juridique. La légitimité de l'expert et par ricochet, de la décision du juge, ne peuvent qu'être renforcées. L'existence d'une preuve électronique susciterait ainsi la reconstruction du régime juridique de l'expertise dans le sens d'une simplification du Code de procédure civile et d'une adaptation des mesures d'instruction exécutées par un technicien au cas spécifique des TIC. L'insertion d'un article propre aux modalités d'exercice de l'expertise informatique ou numérique permettrait au cadre juridique des mesures d'instruction, de gagner en cohérence.

392.- *Le regroupement d'experts au sein d'un laboratoire agréé.* Le « *Blog* » d'un expert judiciaire en informatique, référence en la matière, renseigne sur les problèmes pratiques rencontrés par l'ensemble des membres de cette catégorie. Dans ses écrits, l'expert décrit « *le coût trop élevé d'une expertise, sa durée trop longue, la solitude de l'expert face aux parties, le coût trop élevé des logiciels et matériels d'investigation, les lois complexes en permanente évolution (alors que l'expert doit déjà maîtriser l'évolution des lois techniques)* »⁹⁸⁹.

La réponse trouvée à ces problèmes pratiques se concentre autour d'une idée unique et « *séduisante* » pour les professionnels : le regroupement des experts judiciaires au sein de laboratoires agréés et leur professionnalisation.

En matière de TIC, cette conception a déjà été expérimentée avec succès en France. Le LERTI⁹⁹⁰ est un laboratoire créé en 2004 par cinq experts judiciaires inscrits dans les cours d'appel de Chambéry, Lyon et Grenoble détenant chacun des compétences techniques et technologiques spécifiques. Ce laboratoire a prêté serment en tant que personne morale et a pour mission d'examiner tout support d'information numérique (disques durs, clefs USB, PDA, cartes à pistes ou à puce, cartes bancaires, téléphones portables...), tout système de fichiers (FAT divers, NTFS, EXT2 ou 3) et tout système d'exploitation (Windows, Apple, Linux et Unix). Il peut également exploiter tout fichier (journaux de log, bases de données, fichiers bureautiques).

⁹⁸⁸ JEAMMAUD (A.), « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *Le droit collectif du travail, Etudes offertes à H. SINAY*, Peter Lang, Francfort, 1993, p. 347-368.

⁹⁸⁹ Cf. « *Blog* » d'un informaticien expert judiciaire. En ligne : [<http://zythom.blogspot.com/>].

⁹⁹⁰ Laboratoire d'Expertise et de Recherche de Traces Numériques.
Site en ligne : [http://lerti.fr/web/entreprise_qualification.php].

La généralisation de ce type de laboratoire et la création de partenariat avec les conseils de prud'hommes, à titre d'exemple dans le cadre d'une formation des conseillers à la preuve électronique par les experts, pourrait remédier aux difficultés décisionnelles décrites précédemment.

Conclusion du Chapitre II

393.- L'irruption des Technologies de l'Information et de la Communication dans le contentieux du contrat de travail légitimerait définitivement la place du juge dans l'administration de la preuve. En théorie du droit, il est communément reconnu que le véritable pouvoir attaché à un décideur ne se réduit pas à la puissance qu'il détient⁹⁹¹, mais se rapporte à légitimité de celui-ci. L'utilisation exponentielle et déléguée des pouvoirs d'instruction par le juge du contrat de travail, s'apparenterait paradoxalement à une forme de « *personnalisation de l'intervention du juge* »⁹⁹² et participerait à la légitimation de l'acte de juger. La recherche, la conservation et l'interprétation des preuves électroniques par l'huissier et l'expert donnerait une image plus concrète et plus humaine à l'office du juge dans le monde du travail.

394.- La controverse doctrinale porte alors sur l'étendue effective de l'« *activisme judiciaire* » en matière d'instruction. Certains auteurs soulignent l'orientation inquisitoire que prend le contentieux prud'homal « *sans que pour autant [la] neutralité [du juge] soit prise en défaut* »⁹⁹³. Pour d'autres auteurs, il semble dangereux d'interpréter les principes du Code de procédure civile comme un bouleversement du rôle des parties et du juge dans la phase de rassemblement des preuves. La doctrine s'attache à prescrire une posture de méfiance quant aux raccourcis trop rapides qui induisent la création d'un statut général de magistrat instructeur⁹⁹⁴. Le rôle actif du juge lors de l'instruction ne pourrait selon elle, conduire à la conclusion qu'il puisse se substituer aux parties et apporter la preuve de leurs prétentions.

Toutefois, la prise en charge par le juge du contrat de travail, de l'intégralité du déroulement d'un litige, depuis l'introduction de la demande jusqu'à la prise de décision, sans omettre la recherche et la production de la preuve électronique, tend à contredire cette mise en garde. Le souhait doctrinal de voir la fonction de juger se cantonner en droit du travail à celle d'un « *juge-exécutant* » ou à un « *juge-conseil* », dont à « *éclairer[r] les*

⁹⁹¹ Cette remarque fait écho à l'adage « *force ne fait pas droit* ». La puissance serait un simple fait (« *potentia* ») assimilable « *au phénomène de la domination* » ALLAND (D.), RIALS (S.), *op. cit.*, p. 929.

⁹⁹² OST (F.), *loc. cit.*

⁹⁹³ BOULMIER (D.), *op. cit.*, p. 144, note n° 937.

parties »⁹⁹⁵, est dépassé. Son statut se construit progressivement, jusqu'à ce qu'il devienne tout comme chacune des parties, un acteur à l'administration de la preuve. F. OST décrit avec justesse ce phénomène comme la « *personnalisation de l'intervention du juge* »⁹⁹⁶, à la fois soutien des parties et « *protagoniste individué* » dans l'amélioration de l'administration de la preuve sur support électronique ou numérique.

395.- Au reste, ces constatations ont des conséquences sur la théorie générale du procès. Elles annoncent la convergence des procédures vers un modèle hybride et la disparition irréversible de la dichotomie classique encore usitée par certains auteurs, entre la procédure accusatoire et la procédure inquisitoire. En effet, dans une procédure strictement accusatoire, telle qu'a été désignée la procédure prud'homale, l'obligation de neutralité du juge impliquait selon MOTULSKY « *l'interdiction faite à ce dernier de rechercher lui-même les matériaux de la preuve, qu'il appartient à chacune des parties d'apporter dans la mesure où le fardeau de la preuve lui incombe* »⁹⁹⁷. La présence d'une preuve électronique au procès confirme la disparition de cette distinction.

⁹⁹⁴ Le juge disposerait d'un « *rôle intégrant et non substitutif* » : TARZIA (G.), « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1995, p. 469-475 ; CPC art. 146 al. 2.

⁹⁹⁵ JEULAND (E.) cite WAQUET (Ph.), « Le juge du travail et la demande », in *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ, Paris, 2008, p. 263-269, spéc. p. 269.

⁹⁹⁶ OST (F.), « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-69.

⁹⁹⁷ MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Librairie Dalloz-Sirey, Paris, T. II, 1961, n° 22.

CONCLUSION DU TITRE II

396.- Au regard des règles initiales gouvernant l'administration de la preuve, l'étendue et la répartition des pouvoirs respectifs des parties et du juge sont bouleversées par l'existence d'une preuve électronique au procès. Désormais, sous l'œil attentif du juge, les parties au contrat de travail orchestrent l'administration des preuves sur support électronique. Ainsi, le modèle de répartition des rôles dans le contentieux prud'homal, se rapprocherait sensiblement – si l'on se conforme à la dichotomie factice et traditionnelle – du modèle inquisitoire, donnant toute initiative d'enquête au juge⁹⁹⁸. Le juge du contrat de travail bénéficierait d'un authentique pouvoir d'instruction et d'un statut hors du commun, conçu en adéquation avec les qualités intrinsèques de la preuve électronique. Il disposerait de tous les éléments pour occuper pleinement les fonctions que lui confèrent les textes et s'appliquerait à employer de manière exponentielle les outils juridiques dont il dispose.

La distinction classique selon laquelle le procès civil serait « *la chose des parties* »⁹⁹⁹ alors que le procès pénal « *la chose du juge* »¹⁰⁰⁰, de même que la conception restrictive du rôle du juge civil en matière de preuve¹⁰⁰¹, très tôt mise à mal en droit du travail¹⁰⁰², seraient définitivement révolues sous l'influence de la preuve électronique. Rien de moins surprenant, et ce pour deux raisons : d'une part, le clivage procédure accusatoire/procédure inquisitoire est illusoire et théorique¹⁰⁰³ et n'a jamais été constaté dans la pratique prud'homale ; d'autre part, le Code de procédure civile, dans sa dernière version¹⁰⁰⁴ et dans les différentes réformes relatives

⁹⁹⁸ GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, n° 600, p. 564.

⁹⁹⁹ SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. III, Sirey, Paris, 1991 ; VERGES (E.), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, n° 21, p. 1441-1447, spéc. p. 1443.

¹⁰⁰⁰ SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Ibid.* ; AMBROISE-CASTEROT (C.), *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse soutenue à l'Université de Bordeaux IV, 2000.

¹⁰⁰¹ GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n°630, p. 604-605.

¹⁰⁰² Cette distinction est cantonnée en pratique à des cas extrêmement restreints en raison de l'amalgame fait couramment entre fait et droit devant les juges du fond, plus encore devant le Conseil des Prud'hommes, entre faits et droits : MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*. Sirey, Paris, 1929, spéc. n° 131, p. 257.

¹⁰⁰³ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 8^e éd., 2013, n° 524, p. 406.

¹⁰⁰⁴ Loi 5 juillet 1972 ainsi que les décrets du 9 sept. 1971, du 20 juil. 1972, du 28 août 1972, du 17 déc. 1973 et du 5 déc. 1975. Décret du 13 octobre 1965, n° 65-872 aménagé par le D. n° 67-1072 du 7 déc. 1967 permettent l'instauration du juge de la mise en état en matière civile (CPC art. 763 à 781). Pour un aperçu de la réforme du 20 août 2004 issue du décret n° 2004-836 : THOMINETTE (R.), « Procédure de mise en état : pour un respect efficace du principe de contradiction », *D.* 2006, 1764.

à la preuve électronique qu'il a amenées, offre aux juges d'importants pouvoirs de contrainte et de larges pouvoirs d'enquête, mettant fin à toute suspicion de « *passivité judiciaire* »¹⁰⁰⁵.

397.- Aussi, s'ouvre aux théoriciens du droit processuel la perspective de réinventer les catégories des systèmes procéduraux – qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement au nombre de deux, ni consubstantiellement opposés - en fonction de nouveaux critères, à savoir les outils procéduraux modernes offerts aux parties et aux juges, l'implication de chacun dans la production et la recherche des preuves, la récurrence et la force avec lesquelles sont utilisées ces prérogatives, etc. Dans cette œuvre de création, l'étude de l'incidence de la preuve sur support électronique ou numérique devrait prendre une place non négligeable.

¹⁰⁰⁵ La doctrine s'est attachée à définir les notions de neutralité et de passivité : ESMEIN (P.), « note sur La preuve », in AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Droit civil français*, 6e éd., T.XII, Librairies Techniques, Paris, 1958, p. 51-83.

Conclusion de la Partie I

398.- Face à l'irruption de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal, le juge du contrat de travail fait preuve d'audace. Il prend volontairement part à sa reconnaissance juridique. L'intervention du juge en faveur de la preuve électronique s'induit des nouvelles méthodes qu'il utilise, du renouvellement d'anciens outils juridiques auquel il participe et de la place singulière qu'il n'hésite pas à prendre au procès.

399.- Le renforcement de l'implication du juge du contrat de travail dans l'administration de la preuve électronique a une double incidence sur la théorie générale du procès. La contribution de l'ensemble des juges à l'activité de recherche probatoire offre d'abord, une plus grande légitimité à leur décision judiciaire¹⁰⁰⁶. Ensuite, elle participe à harmoniser le statut du magistrat instructeur. La reconnaissance de la preuve électronique se présente alors comme un remède aux disparités procédurales.

400.- Les TIC, remèdes aux disparités procédurales. A une question parlementaire posée au sujet de la mission des conseillers rapporteurs en 1987, le Ministre du travail répondait « *une telle mission ne saurait toutefois être comparable à celle d'un juge d'instruction, les domaines d'intervention étant différents et les règles de procédure pénale ne pouvant être transposées en matière civile* »¹⁰⁰⁷. Tout porte à croire que la réponse actuelle à une telle question serait différente. En effet, la nature électronique de la preuve aurait un impact indirect sur l'image du magistrat instructeur par l'obligation qu'elle impose aux juges du contrat de travail de recourir aux mesures d'instruction. Le pouvoir d'instruction serait alors envisagé plus largement comme une « *fonction inquisitoriale aux acteurs multiples* », que partagerait l'ensemble des procédures.

¹⁰⁰⁶ Pour WEBER, « *la forme aujourd'hui la plus suivie de légitimité, est la croyance en la légalité, c'est-à-dire la disposition à obéir à des prescriptions formellement correctes et établies de manière habituelle* ». Sur la régularité normative, en ce sens : le logicisme légaliste : WEBER (M.), *Wirtschaft und Gessellschaft*, Tübingen, 1922 et le normativisme systémique : KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962. OST F., « La légitimité dans le discours juridique ; cohérence, performance, consensus ou dissensus », ARSP, beiheft, n° 25, 1984, p. 191-204, spéc. p. 195 ; BOBBIO (N.), *Teoria della norma giuridica*, Turin, 1958, cité par ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 933.

¹⁰⁰⁷ Rép. min. n°13300, JOAN Q. 22 juin 1987, p. 3639.

Cette convergence s'explique par le constat selon lequel, la neutralité du juge dans l'administration de la preuve est désormais révolue dans l'ensemble des procédures, y compris en matière civile. Le décret du 28 décembre 2008 vient en effet, parachever l'évolution du statut du juge de la mise en état vers celui d'un véritable juge instructeur. La doctrine a su établir que « *le rôle de magistrat de la mise en état tend à ce que parviennent à l'audience sur le fond des dossiers épurés d'incidents et donc en état de recevoir un jugement définitif* »¹⁰⁰⁸. Ce texte, dont les ambitions affichées visent à adapter la procédure civile aux TIC aussi bien qu'à concourir à la célérité du procès, a notamment créé une procédure spécifique de mise en état devant le tribunal de grande instance.

En contrepoint, les particularismes relatifs à l'administration de la preuve propres aux autres systèmes procéduraux auraient tendance à s'atténuer. Les débats menés récemment au sujet de la procédure pénale, tendent à destituer purement et simplement le juge d'instruction de ses importantes prérogatives et de sa condition d'indépendant.

401.- Le désaveu du juge d'instruction. Si les objectifs de qualité et de célérité de la justice constituent des justifications partagées par l'ensemble des procédures, le juge d'instruction de droit pénal connaît un désaveu unique. La confusion de son pouvoir d'enquête avec sa faculté de recueillir l'aveu, dérange¹⁰⁰⁹. Souffrant d'un « *discrédit chronique* »¹⁰¹⁰, il ne cesse de faire la première page de l'actualité en qualité de « *magistrat le plus controversé du monde judiciaire* »¹⁰¹¹. Nombre de voix se sont élevées pour décrier les prérogatives que lui offrait le Code de procédure pénal et faisait de lui « *l'homme le plus puissant de France* »¹⁰¹². Cette remise en cause du système judiciaire français s'est intégrée dans une réflexion globale et internationale sur l'opportunité d'une telle fonction, l'Allemagne l'ayant abandonnée en 1974 et l'Italie en 1989. En France, le désaveu du juge d'instruction et la volonté unanime de refonte de son office qui émane du pouvoir légiférant et de la doctrine française ont donné lieu à une dynamique de redistribution des

¹⁰⁰⁸ VILLACEQUE (J.), « A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », *D.* 2006, chron. 539.

¹⁰⁰⁹ LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), *Le juge des libertés et de la détention*, thèse soutenue à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), 2011, spéc. p. 23.

¹⁰¹⁰ Cf. Proposition de Loi 9 nov. 2005 portant suppression du juge d'instruction et instituant le juge de l'enquête : « *L'analyse sereine des conditions de fonctionnement de l'instruction préparatoire montre en effet que celles-ci heurtent les principes fondamentaux du droit, qu'il s'agisse de l'impartialité du juge, du respect du délai raisonnable ou de la présomption d'innocence ; qu'en outre, ses modalités sont inadaptées aux besoins de notre temps aussi bien dans ses aspects techniques, pour la recherche et l'évaluation des preuves, qu'en termes de coopération judiciaire avec les autres Etats* ».

¹⁰¹¹ VAN RUYMBEKE (R.), *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 5^e éd., 2008.

¹⁰¹² *Ibid.*

pouvoirs du juge dans les mains d'acteurs juridiques spécifiques¹⁰¹³ et à la collégialité¹⁰¹⁴. En outre, les rapports MAGENDIE du 15 juin 2004¹⁰¹⁵ et LEGER du 1^{er} septembre 2009¹⁰¹⁶ ont soulevé la nécessité de lutter contre la tentation d'un juge d'instruction inquisiteur. Le premier rapport recommandait que le juge d'instruction puisse davantage contrôler les moyens mis en œuvre par la police judiciaire et d'autre part clôturer une instruction alors même qu'il ne disposerait pas du résultat d'une commission rogatoire internationale. En définitive, la dépersonnalisation de l'administration des preuves au détriment du juge d'instruction entraînerait le décroisement des univers procéduraux et l'émergence d'un modèle processuel mixte. Ce phénomène se concrétiserait en matière pénale, par la consolidation des droits et des libertés des parties, par la dilution des pouvoirs du juge au profit de différents acteurs juridiques et par un renforcement du contrôle qu'exerce le juge sur la mise en œuvre des mesures d'instruction. Cette convergence des procédures marquerait dans le même temps une évolution vers les modes amiables de règlement des litiges, figures de proue des pays de « *common Law* »¹⁰¹⁷.

402.- S'il est indéniable que les TIC participent directement ou indirectement à la convergence des procédures, l'étude de la réception judiciaire de la preuve électronique ne peut se faire l'unique écho des considérations pratiques et théoriques favorables à l'implantation des TIC. La teneur des décisions de justice démontre en effet que les conditions de recevabilité de la preuve électronique sont marquées d'une forte sévérité, tandis que la valeur probatoire qui lui est généralement attribuée s'avère relative et corroborative. Etonnamment, la preuve électronique acceptée favorablement dans les prétoires, est rendue inopérante par le juge du contrat de travail.

¹⁰¹³ L. n°200-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF, n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1. La loi du 15 juin 2000 dépossède le juge d'instruction d'un pouvoir important puisqu'il transfère l'ensemble du contentieux de la détention dans les mains d'un juge du siège, le juge des libertés et de la détention.

¹⁰¹⁴ La phase de généralisation de la collégialité des juges d'instruction à compter du 1^{er} janvier 2010 issue de la loi de mars 2007 et intervenue après le scandale d'Outreau, prévoit l'institution de pôles d'instruction regroupant les juges d'instruction d'un même tribunal. Il était prévu une application progressive du texte qui débute par la mise en place de ces pôles dans 91 TGI à compter de mars 2008. VAN RUYMBEKE (R.), *Le juge d'instruction*, PUF, coll Que sais-je ?, 5e éd., 2008

¹⁰¹⁵ MAGENDIE (J.-C.), Rapport au Garde des Sceaux, *Célérité et qualité de la justice- La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, Paris, 2004.

¹⁰¹⁶ LEGER (Ph.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Ministère de la justice, Paris, 2009.

¹⁰¹⁷ NADAUD-CASTANIE (M.-L), « Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français (France, Angleterre et Pays de Galles, Etats-Unis), *rapport du Ministère de la Justice*, 19 oct. 2005.

Partie II. La neutralisation de la preuve électronique

« La preuve est inséparable de la décision judiciaire : c'en est l'âme, et la sentence n'est qu'une ratification »¹⁰¹⁸.

H. LEVY-BRUHL

403.- La décision du juge du contrat de travail interroge le paradigme du temps. Il est vain de vouloir l'y inscrire de manière univoque. Pour certains auteurs, elle serait « l'instant T » au cours duquel le juge dit le droit ; pour d'autres, elle représenterait le processus décisionnel nécessaire à la formation de son intime conviction.

La théorie de la « *juridictio* »¹⁰¹⁹ a laissé place à une conception élargie de la décision. Selon la doctrine contemporaine, la prise de décision judiciaire s'incorporerait plus typiquement dans un raisonnement juridique¹⁰²⁰. Envisagée non pas comme un point de temps mais comme l'aboutissement d'une suite de décisions subsidiaires et incrémentales, elle désignerait le processus au cours duquel le juge rejette ou accepte les éléments entraînant son adhésion. Dès lors, le juge se verrait attribuer un rôle considérable dans la découverte du droit tandis que la preuve, sous quelque support qu'elle soit, serait un facteur juridique déterminant du comportement judiciaire.

404.- Au cours de ce processus décisionnel, la preuve électronique serait, aussi bien le moyen d'établir la vérité judiciaire dont le juge du contrat de travail contrôle la recevabilité, que l'argument juridique intégré dans le raisonnement destiné à convaincre le juge. En d'autres termes, la décision du juge du contrat de travail s'illustrerait par la

¹⁰¹⁸ LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière, Paris, 1964, p. 15.

¹⁰¹⁹ Lorsque le droit est « dit » à l'occasion d'un litige, celui-ci ne peut être traditionnellement tranché que par l'intervention d'un « tiers » impartial, indépendant des parties en présence, et désintéressé à l'égard de la cause. La nature essentiellement juridictionnelle du droit est défendue par la théorie aristotélicienne. Dans l'*Ethique* de Nicomaque, le rôle du juge est de « rétablir l'égalité en dédommageant les victimes de l'injustice mais aussi en enlevant aux coupables le gain qu'ils ont injustement obtenu ». RAYNAUD (PH.), *Le juge et le philosophe : essais sur le nouvel âge du droit*, Armand Colin, Paris, 2008, p. 98. Référence à la théorie aristotélicienne de la justice corrective : ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Livre V « La justice », Chap. IV, note 4, p. 144 : « Quand une personne reçoit des coups et une autre en donne, quand un individu cause la mort et qu'un autre succombe, le dommage et le délit n'ont entre eux aucun rapport d'égalité ; le juge tâche à remédier à cette inégalité par la peine qu'il inflige, en réduisant l'avantage obtenu ».

¹⁰²⁰ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, textes recueillis par M.-M. CAPEL, Montchrestien, Paris, 1973. D'autres auteurs distinguent dans le même sens la « décision-résultat » de la « décision processus » : BOURCIER (D.), *La décision artificielle – Le droit, la machine et l'humain*, PUF, Paris, 1995, spéc. p. 52.

différentiation manifeste entre deux phases qui se succèdent au procès : la première met en œuvre l'appréciation de la preuve électronique au regard de sa recevabilité, la preuve électronique prend alors indubitablement la qualité d'objet décisionnel ; la seconde est relative à l'appréciation des faits à la lumière de la preuve électronique, cette dernière occupant la place d'une source décisionnelle dont la force de conviction peut être discutée.

405.- Le degré d'intensité avec lequel la preuve électronique occuperait respectivement ces deux rôles reste à déterminer. S'il a été démontré que le juge du contrat de travail est favorable à l'insertion de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal, rien ne permet de conclure que la preuve électronique est gratifiée en retour d'une solide valeur juridique. La reconnaissance juridique de la preuve électronique ne présuppose pas sa force persuasive. Au contraire, à l'observation des phases de recevabilité probatoire et d'appréciation des faits, on remarque que le juge du contrat de travail neutralise les effets de la preuve moderne intégrée au procès prud'homal, suivant une stratégie décisionnelle double. Dans un premier temps, il limite la recevabilité de la preuve électronique en superposant un nouveau critère objectif de recevabilité au critère subjectif existant ; dans un second temps, il réduit la force persuasive de la preuve électronique jusqu'à la rendre inopérante.

TITRE I. LA RECEVABILITE DE LA PREUVE ELECTRONIQUE

TITRE II. LA FORCE PERSUASIVE DE LA PREUVE ELECTRONIQUE

TITRE I. LA RECEVABILITE DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

« Il est évident que le rôle du contestant se borne à démontrer que le fait en question est ou n'est pas de telle sorte, a été accompli ou non ; mais est-il important ou sans importance, juste ou injuste, toutes ces questions auxquelles le législateur n'a pu donner de réponse déterminée, c'est le juge seul qui doit en décider »¹⁰²¹.

ARISTOTE

406.- L'essor du droit du travail à l'époque du développement industriel et du machinisme, laissait craindre l'asservissement physique de l'être humain aux nouveaux outils mécaniques¹⁰²². Les Technologies de l'Information et de la Communication renouvellent cette réflexion sous le prisme de « *l'asservissement psychologique* » de l'homme aux procédés techniques et scientifiques¹⁰²³. Si G. ORWELL, en visionnaire dans *1984*, matérialisa cette e-surveillance par la création d'une « *Police de la Pensée* » et de « *télé-écrans* », il faut désormais admettre que la réalité a dépassé la fiction.

La vidéosurveillance, et plus indétectable encore, la géolocalisation, permettent de déterminer à un moment précis, la situation, les gestes et les propos de chacun. S'agissant des écrits, la captation des écrans d'ordinateur, l'enregistrement et la visualisation des pages web visitées, la lecture des courriers électroniques ou des SMS peuvent être effectués par quiconque maîtrise l'informatique. Et l'on sait qu'ils sont nombreux.

¹⁰²¹ ARISTOTE, *Rhétorique*, Flammarion, 2007, Livre I, 1354 a [25].

¹⁰²² SUPIOT (A.), *loc. cit.*

¹⁰²³ V. les innombrables réflexions sur le télétravail qui démontrent que le téléphone portable constitue la continuité de la main du salarié, ce dernier étant perpétuellement connecté avec son entreprise voit un accroissement de ses responsabilités « *constitutif d'une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser* » : Cass soc. 2 fév. 2000, n° 98-40176 ; RAY (J.-E.), *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, éd. Liaisons, Paris, 2001 ; PROBST (A.), *Le droit du travail à l'épreuve du télétravail au domicile*, thèse soutenue à l'Université de Paris I (Panthéon-Sobonne), 2005 ; V. également pour une appréhension globale des effets des TIC sur la personne et la société, les nombreuses études et essais sur le sujet : BACH (J.-F.), HOUDE (O.), LENA (P.), TISSERON (S.), *L'enfant et les écrans, Un avis de l'académie des sciences*, éd. Le Pommier, Paris, 2013 ; CARR (N.), *Internet rend-il bête ?*, éd. Robert Laffont, Paris, 2011. En sociologie v. les travaux de l'Université Diderot notamment BRONNER (G.), *La démocratie des crédules*, PUF, Paris, 2013. En philosophie v. SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, éd. Aubier, Paris, 2001 ; et ses contemporains : STIEGLER (B.), *Réenchanteur le monde- La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006 ; BARTHELEMY (J.-H.), *Simondon ou l'encyclopédisme génétique*, PUF, Paris, 2008.

Dès lors, les possibilités offertes par les TIC d'enfreindre les libertés et l'intimité de la vie privée des personnes sont innombrables, entraînant un enrichissement de l'objet des contentieux¹⁰²⁴, et subséquemment des éléments probatoires en qualité d'objets décisionnels. Ainsi le champ du contrôle de recevabilité du juge connaît-il inévitablement une extension et une complexification. Les critères de recevabilité de la preuve ainsi que la méthode que le juge emploie lors de son appréciation sont-ils pour autant modifiés ? L'automatisation opérée par les TIC dans tous les domaines de la société se répercute-t-elle *in extenso* sur la logique que suit le juge pour apprécier de la recevabilité d'une preuve électronique?

407.- L'appréciation de la preuve électronique laisserait nécessairement à celui qui apprécie une certaine latitude¹⁰²⁵. La question de la marge d'appréciation de la preuve électronique s'avère indissociable de celle des critères de son admissibilité et de la force probante allouée car c'est de leur articulation qu'est conditionnée la nature d'un système juridique. De ce fait, l'appréciation de la preuve électronique peut être définie comme l'ensemble des opérations intellectuelles qui consiste à peser l'admissibilité, la portée, la gravité et la valeur de la preuve. En d'autres termes, l'appréciation de la preuve porterait tant sur sa recevabilité que sur son opportunité. Dès lors, quelle est l'incidence des TIC sur l'articulation des notions de recevabilité et d'opportunité de la preuve en termes de durée et d'accointance ?

408.- Sous l'incidence des TIC, la phase d'appréciation de la preuve connaît une évolution manifeste en droit du travail. La nomenclature des critères d'appréciation de la preuve par le juge du contrat de travail est transformée. Elle est enrichie d'un critère technique, inhérent à la nature scientifique et volatile de la preuve électronique et entraîne un renforcement sans pareil du contrôle de recevabilité opéré par le juge. Aussi le critère de recevabilité de la preuve est-il en proie à un phénomène d'objectivation et de restriction. De ces exigences nouvelles, résulte la création d'un système de recevabilité autonome de la preuve électronique (**Chapitre I**). En contrepoint, la méthode judiciaire d'appréciation de la recevabilité probatoire connaît une évolution sous l'influence de la preuve électronique,

¹⁰²⁴ Cf. *Supra* n°142 s. Pour exemple, en droit du travail une salariée suisse avait été licenciée pour perte de confiance après avoir été espionnée sur Facebook en novembre 2008. Elle a commis l'erreur de mettre à jour son profil lors d'un arrêt maladie : journal *Libération*, 28 avril 2009, p. 4. Cet article démontre également que les médias se sont largement emparés de la question de l'e-surveillance et des problématiques qu'elle suscite.

¹⁰²⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 9^e éd., 2011, spéc. p. 67

peu éloignée du phénomène annoncé de « *scientifisation* » du raisonnement judiciaire. Le juge du contrat de travail s'inscrit dans une démarche pragmatique, inductive¹⁰²⁶ et binaire pour contrôler la recevabilité de la preuve électronique. Cette logique se démarque sensiblement de la logique d'appréciation des autres formes de preuve. **(Chapitre II.)**

Chapitre I. Les critères d'appréciation de la preuve électronique

Chapitre II. La méthode d'appréciation de la preuve électronique

¹⁰²⁶ OST (F.), « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, Bruxelles, p. 103-129, spéc. p. 104.

Chapitre I. Les critères d'appréciation de la preuve électronique

« Il s'agit de penser juridiquement dans un siècle destiné à assimiler pleinement les progrès ininterrompus des sciences et des techniques, disons : un siècle scientifique »¹⁰²⁷.

ALAIN

409.- Au regard des critères de recevabilité scientifiques et juridiques requis, le seuil d'admissibilité de la preuve électronique semble être élevé de manière significative. Le critère de recevabilité de la preuve fait l'objet d'un phénomène d'objectivation, qui doit dorénavant comporter les qualités techniques et scientifiques requises. Des prétendus risques entraînés par la preuve électronique, résulteraient une réponse jurisprudentielle qui va au-delà de la conception juridique initiale de loyauté.

410.- Ainsi, le critère de recevabilité de la preuve, s'il a longtemps été uniquement subjectif, c'est-à-dire en étroite relation avec le comportement du sujet qui procède à la production de la preuve, arbore désormais, un penchant plus objectif. En d'autres termes, pour pallier l'insuffisance du critère exogène de recevabilité en présence d'une preuve électronique, le juge des relations de travail semble avoir procédé à la mise en place d'un nouveau critère endogène qui s'illustre par la propension du juge à se rapporter à une réalité extérieure aux parties, à une réalité objective et scientifique.

411.- Comment interpréter cette transformation au regard de l'efficacité du principe processuel de loyauté de la preuve ? D'un certain point de vue, la loyauté se révélerait sous une forme nouvelle et plus riche et occuperait le rôle double de « *correctif social* » et de « *correctif technologique* ». Dès lors, cette transformation s'inscrirait dans la droite lignée de la jurisprudence de la chambre sociale qui développe actuellement une réelle appétence pour les critères rigoristes car elle y trouve le moyen de contenir les pouvoirs de l'employeur. D'un autre côté, la notion de loyauté subirait une forme de dénaturation, dont les conséquences irrigueraient l'ensemble des procédures. Le contrôle judiciaire de la loyauté de la preuve sur support électronique s'apparenterait ainsi à une procédure de

¹⁰²⁷ ALAIN, *Propos du 28 juil. 1914*, in KAPLAN (F.), Alain. *Propos sur les pouvoirs, éléments d'éthique politique*. Propos choisis et classés, Gallimard, Paris, 1985, p. 361.

simple calibrage technique, très éloignée de l'utilité première que l'on concédait à cette notion floue et extensive mais non moins juridique.

412.- En définitive, la notion de loyauté de la preuve n'est résolument plus une « *éthique du comportement* »¹⁰²⁸ (**Section I.**), elle désigne avant tout la connaissance technique, dont disposerait un certain standard juridique du « *bon utilisateur des technologies* » sur un moyen de communication, à un moment précis (**Section II.**).

413.- Au reste, l'élaboration d'un nouveau critère de recevabilité de la preuve s'apparenterait à une véritable source d'autonomie et de créativité des juges, dont les caractéristiques pourraient s'étendre aux autres systèmes judiciaires. Cette avancée irait dans le sens d'un accroissement du rôle du juge, soutenu par nombres d'auteurs et souvent justifié par l'incapacité congénitale du système juridique actuel d'appréhender une quelconque forme de singulier.

¹⁰²⁸ MAZEAUD (A.), « Proportionnalité en droit social », *LPA*, 30 septembre 1998 n° 117, p. 64.

Section I. Le critère exogène de recevabilité de la preuve électronique

414.- La recevabilité de la preuve est traditionnellement envisagée au regard d'un critère extérieur, celui du comportement de la personne qui l'a recueillie. En droit du travail, l'employeur doit avoir respecté plusieurs exigences légales et prétorienne, tel que peut l'être le droit au respect de sa vie privée du salarié, pour que le moyen électronique administré soit admis au titre de « *procédé loyal de preuve* ».

415.- A l'origine utilisée en matière pénale pour limiter les pouvoirs d'enquête de l'officier de police judiciaire ou du magistrat instructeur comme une « *obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves* »¹⁰²⁹ et intégrée au socle des droits de la défense, l'exigence de loyauté s'est émancipée de la procédure pénale, jusqu'à devenir le principe de droit processuel en vogue dans le contentieux prud'homal.

Dans le contentieux prud'homal, le champ d'application du principe de loyauté a connu une extension sans pareil, tant au niveau du nombre de décisions rendues que des domaines dans lesquelles elles ont été rendues. Alors que dans les années 80, 90 et au début des années 2000, le contentieux relatif au respect du principe de loyauté de la preuve se concentrait quasi-exclusivement autour de la matière pénale¹⁰³⁰, une hausse significative de ce type de contentieux en droit du travail se produit au milieu des années 2000¹⁰³¹ et élève au rang de facteur prédominant de la licéité de la preuve¹⁰³², le respect de la vie privée du salarié.

Dès lors, deux phénomènes semblent coïncider avec l'apparition aux prétoires de la preuve électronique : d'une part, la perception judiciaire de l'obligation de loyauté est améliorée ; d'autre part son utilisation judiciaire, en qualité de critère subjectif et extrinsèque de la recevabilité de la preuve est démultipliée. Ainsi les TIC

¹⁰²⁹ Cass. crim. 26 juil. 1993, n° 93-82272 ; Cass. crim. 16 sept. 2003, n° 03-82918. Selon la chambre criminelle, la sanction de la violation du principe de loyauté est la nullité de la procédure d'enquête « y compris en ce qu'elle vise les faits de détention d'images illicites, l'utilisation par la police, d'un stratagème (truchement d'un tiers non soumis à la même obligation de loyauté que les fonctionnaires de police pour déterminer un délinquant éventuel à commettre les délits de diffusion et de transmission d'images à caractère pornographique) »

¹⁰³⁰ Selon notre étude des arrêts de la Cour de cassation sur « Legifrance », la matière pénale occupe 70% du contentieux sur la loyauté de la preuve.

¹⁰³¹ 5 arrêts de la Chambre sociale sur « Legifrance » entre 2006-2011 contre 2 entre 1980 et 2006 et un été très prolifique pour cette exigence démontre que le principe de loyauté est bien ancré en droit processuel.

¹⁰³² RAYNAUD (J.), « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », *JCP S*, 29 janv. 2013, n° 5, p. 19-22, spéc. p.20

donnent-elles force et renouveau à la protection offerte par l'exigence de loyauté. Cet engouement judiciaire témoigne avec acuité de la volonté du droit du travail de se saisir de la question de la loyauté de la preuve et se justifie en partie par la nature juridique exceptionnelle dont est pourvue la notion juridique de loyauté.

Seulement, l'utilisation exponentielle de l'exigence extrinsèque de loyauté de la preuve en droit du travail suffit-elle à contrôler la recevabilité de la preuve sur support électronique? La présence d'une preuve électronique constitue-t-elle un obstacle à l'emploi traditionnel de la notion de loyauté ?

Au vu de ses différentes caractéristiques, la loyauté de la preuve semble *a priori* constituer le critère *ad hoc* du juge pour étudier la recevabilité de la preuve sur support électronique (**§I.**). Les nombreuses désinences que prend la notion de loyauté en droit du travail témoignent avec force de sa flexibilité et de son polymorphisme naturels. Reste à déterminer quelle forme doit prendre l'exigence de loyauté pour assurer un contrôle judiciaire efficace de la recevabilité de la preuve lorsqu'elle se présente sur support électronique (**§II.**).

§I. La nature juridique de la loyauté de la preuve

416.- La question de la protection de la vie privée du salarié au travail se pose plus intensément avec l'apparition des TIC dans l'entreprise. Leur ambivalence¹⁰³³ se mesure quant aux bouleversements qu'ils suscitent dans les relations professionnelles¹⁰³⁴. Elles créent autant de risques¹⁰³⁵ que de profits ; elles uniformisent autant qu'elles individualisent le monde du travail ; elles affectent aussi bien qu'elles renforcent le lien de subordination¹⁰³⁶.

Ce double paradoxe reposerait essentiellement sur leur nature hybride et inconstante¹⁰³⁷ et justifierait l'appréhension singulière des nouvelles technologies par les différents domaines de la connaissance¹⁰³⁸. Ces dernières seraient comparables pour les philosophes, au concept de « *φάρμακον* » (*pharmakon*) construit par PLATON, ce terme grec désignant tant ce qui soigne, le remède, que ce qui empoisonne¹⁰³⁹.

417.- De nouveaux comportements dans l'entreprise se développent¹⁰⁴⁰ et occasionnent une recrudescence des sanctions disciplinaires. En outre, la possibilité qu'offrent les

¹⁰³³ DELMAS-MARTY (M.), « L'ambivalence des nouvelles technologies », *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 3-15.

¹⁰³⁴ DE LAMBERTERIE (I.), « Préconstitution des preuves, présomptions et fictions », *Lex electronica*, mai 2004, n° 9, p. 1-7.

¹⁰³⁵ MEL (J.), « TIC et droit du travail », in *Droit et Technique*, op. cit., 2006, p. 345-353.

¹⁰³⁶ Les TIC permettent tout à la fois l'externalisation du travail et le contrôle accru de l'activité du salarié, entraînant « un recul de sa liberté individuelle au travail ». V. sur le sujet : SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* févr. 2000, n° 2, p. 131-145, spéc. p. 131 ; RADE (CH.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* janv. 2002, n° 1, p. 26.

¹⁰³⁷ AMRANI-MEKKI (S.), op. cit., spéc. p. 158-159. Les objets communicants « *participent certes de l'écrit en ce qu'ils sont fixés, figés mais peuvent être assimilés par leur rédaction spontanée et informelle à l'oral* ».

¹⁰³⁸ Il s'agit là du paradoxe inhérent aux TIC que met en relief le programme de recherche entrepris par l'Université d'Harvard, à savoir que « *la technologie a des effets positifs et négatifs ; elle crée d'une part, de nouvelles potentialités en même temps qu'elle engendre, d'autre part, de nouveaux problèmes pour les personnes et les sociétés ; elle fait les deux en même temps parce que les effets négatifs résultent des effets positifs, les potentialités nouvelles créant de nouveaux problèmes ; mais il se produit aussi que les effets négatifs obligent à trouver des solutions et entraînent ainsi des effets positifs* ». MESTHENE (E. G.), « Some General Implications of the Research of the Harvard University Program on Technology and Society », *Technology and Culture*, oct. 1969, cité par HUDON (R.) et PELLETIER (R.), « L'engagement intellectuel », *Mélanges en l'honneur de Léon DION*, PUL, Québec, 1991, p. 173.

¹⁰³⁹ Par cette prise de position, nous nous plaçons dans la droite lignée de la pensée philosophique de l'association *Ars Industrialis*, inspirée des travaux de DERRIDA (J.) et de SIMONDON (G.). V. notamment : STIEGLER (B.), *Réenchâter le monde – La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006.

¹⁰⁴⁰ WALLE (E.), « A nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement », *Gaz. Pal.*, 23 av. 2011, n° 113, p. 20-23.

nouvelles technologies de travailler en réseau et d'accéder ou de diffuser des données personnelles, crée une convergence entre le milieu professionnel et le milieu privé, à tel point que les frontières entre ces deux sphères deviennent ténues, voire inexistantes. Dès lors il revenait au législateur et à la jurisprudence d'étendre la protection de la vie privée du salarié aux temps et lieu de travail et d'édicter avec transparence les conditions permettant à l'employeur de porter atteinte aux droits et libertés fondamentales du salarié à des fins de preuves¹⁰⁴¹.

En réponse aux craintes suscitées par la perpétuelle mutation des procédés de preuve moderne, s'est développé un droit spécifique reposant sur des notions justificatives détenant une « *part de flou avec laquelle le juge peut jouer* »¹⁰⁴² telles que l'éthique ou la loyauté. Dotée d'une nature complexe et adaptable, la loyauté de la preuve s'est vue rapidement élevée au rang de principe processuel moderne. La complémentarité de ses fonctions en a fait un outil judiciaire incontournable : elle serait à la fois un instrument processuel capable d'inclure tous les comportements déviants dus à l'utilisation des TIC (A.) et un concept juridique flou dont les contours peuvent être dessinés par le juge selon l'importance de l'affaire et les caractéristiques de l'élément probatoire produit devant lui (B.).

A. La loyauté : un instrument processuel porteur de morale

418.- Traditionnellement, la loyauté est envisagée comme une exigence exogène portant sur l'éthique d'un comportement et dont l'objectif principal serait de protéger la personne à l'insu de laquelle la preuve a été produite.

Elle est subjective par nature, non pas parce qu'elle se fonde sur une position et une intuition personnelles, mais bien dans le sens premier de la subjectivité : elle est relative au sujet, à l'être, et non à l'objet. Cette conception renforce l'idée selon laquelle la loyauté est une notion juridique teintée de morale, un « *correctif éthique et social* » mis au service du procès prud'homal.

¹⁰⁴¹ D'ORNANO (P.-H), « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP S*, n° 38, 16 sept. 2008, p. 18-21, spéc. p. 21.

¹⁰⁴² France, Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2004, spéc. p. 54.

Au regard de l'évolution de la notion de loyauté de la preuve, le paradoxe des TIC fait sens. Leur prolifération en tant que techniques entraîne une amélioration de la réponse judiciaire illustrée par une forme d' « *humanisation de la procédure* » ainsi que le retour au concept de morale.

1. *Un instrument juridique au service du procès*

419.- La définition générale de la loyauté. Si son élévation au rang de principe est discutée¹⁰⁴³, les effets au procès de la loyauté le sont beaucoup moins. De concert, la doctrine la reconnaît comme « *indispensable au déroulement de la procédure* »¹⁰⁴⁴, notamment en ce qu'elle « *assure le passage de la sphère privée, morale, à la sphère sociale pour l'équilibre des intérêts antagonistes en présence* »¹⁰⁴⁵.

La loyauté existe surtout négativement. Son irrespect engendre des conséquences juridiques importantes, et ce, quel que soit le domaine juridique en cause. L'absence de loyauté dans l'obtention de la preuve provoque le rejet du procédé déloyal de preuve.

Reste à savoir ce qu'est la loyauté en tant que telle. La force de son application est-elle identique quelle que soit la branche du droit dans laquelle elle s'applique ?

Par définition, la loyauté est « *une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »¹⁰⁴⁶. Ainsi occuperait-elle le rôle de garante des droits et libertés fondamentaux des individus et toucherait-elle de près à la subjectivité.

Le vocable « *loyauté* » est emprunté du latin « *legalis* » signifiant « *conforme à la loi* ». Plusieurs auteurs ont puisé dans cette définition pour construire une définition juridique et exogène de la loyauté : ce serait une « *exigence comportementale de probité et d'honneur imposée aux justiciables* »¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ MOLINA (E.), GUINCHARD (S.), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2002, spéc. n° 1287, p. 1184.

¹⁰⁴⁴ RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, 1971, trad. AUDARD (C.), éd. du Seuil, Paris, 1997 ; HABERMAS (J.), *De l'éthique de la discussion*, trad. HUNYADI (M.), Cerf, Paris, 1992 ; *Morale et communication : Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1986, p. 110.

¹⁰⁴⁵ BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, n° 15, p. 16.

¹⁰⁴⁶ BOUZAT (P.), « La loyauté dans la recherche des preuves », Mélanges HUGUENAY, in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, Paris, 1964, p. 155 et s.

¹⁰⁴⁷ RAISON- REBUFAT (L.), « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 26 juil. 2002, n°207, p. 3-9.

La loyauté est une notion dont les effets se mesurent principalement lors de deux phases du procès. En premier lieu, la loyauté est exigée dans la communication des éléments de preuve à l'adversaire. Elle est intrinsèquement liée aux principes directeurs du procès et plus particulièrement au principe du contradictoire. En second lieu, la loyauté concerne la recherche et l'obtention des éléments de preuve. Ce domaine admet une application beaucoup plus complexe de la loyauté¹⁰⁴⁸ et nous intéresse tout particulièrement en matière de TIC car la loyauté, en interdisant de recueillir et de produire certains types de preuves, y revêt le rôle d'entrave à la « *toute utilisation judiciaire* » de la technologie. Le législateur et la jurisprudence n'admettent pas n'importe quels moyens de preuve à l'instance. Ils exigent que la recherche des preuves soit « *conduite selon des procédés corrects, en harmonie avec les valeurs morales actuellement admises par notre civilisation* »¹⁰⁴⁹.

420.- Il est couramment admis que les enjeux propres à chaque matière entraînent une application et une approche différentes de la loyauté. Le « *degré d'exigence de son intensité* »¹⁰⁵⁰ varie selon l'importance que le droit donne à l'objectif de vérité¹⁰⁵¹. Les auteurs considèrent que « *la matière pénale exige et consacre un degré de loyauté plus élevé que la matière civile* »¹⁰⁵². Seuls les modes de preuve dégradants, humiliants ou irrespectueux de la dignité d'autrui, (techniques habituellement pratiquées par des professionnels), sont prohibés par les juridictions pénales tels que le polygraphe, le témoignage sous hypnose¹⁰⁵³ ou l'interrogatoire par un psychologue conseil, plus connu sous le nom de « *profilage psychologique* »¹⁰⁵⁴. Ainsi la notion de loyauté n'aurait-elle selon certains auteurs aucune influence sur le comportement adoptée par les parties privées

¹⁰⁴⁸ LEBORGNE (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1^{er} juil. 1996, n° 3, p. 535-550.

¹⁰⁴⁹ BOUZAT (P.), « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, 1964, Sirey, Paris, p. 155 et s.

¹⁰⁵⁰ BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003, n° 15, p. 82

¹⁰⁵¹ Cass. crim. 3 mars 1982 (*D.* 1982, 579, note Lindon) : caractère illicite des enregistrements de communications téléphoniques ; Cass. crim. 16 janv. 1990, *Bull crim.* n° 25 ; admission de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée en tant que preuve dès lors que l'enregistrement est justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et pour les besoins de sa défense ; Cass. crim. 24 janv 2007, *Bull crim.* n° 108 ; Cass. crim. 13 juin 2001, n° 00-85580 : procédé de preuve admis même quand il a été obtenu à l'appui d'un stratagème privé (comme l'enregistrement d'une conversation) dans le but de prouver une fausse accusation ; Cass crim 27 janv. 2010, n° 09-83395.

¹⁰⁵² BOURSIER (M.-E.), *loc. cit.*

¹⁰⁵³ Cass. crim. 12 déc. 2000, n°00-83852.

¹⁰⁵⁴ Cass. crim. 28 nov. 2001, n°01-86467.

dans la recherche de la preuve¹⁰⁵⁵. Elle se réduirait à la stricte exigence du respect des principes directeurs du procès¹⁰⁵⁶.

421.- La loyauté en droit du travail. Bien qu'il puisse être désigné comme un système de preuve mixte, le droit probatoire du travail est essentiellement gouverné par le régime de la preuve morale et par le principe de liberté de la preuve. L'application de ces principes est justifiée par l'objet de la preuve prud'homale : elle porte quasi systématiquement sur des faits et non sur des actes juridiques. Seule la loi ou l'obligation morale peut exclure un moyen de preuve¹⁰⁵⁷. D'où l'importance de la loyauté : l'interdiction de recueillir et de produire des preuves au moyen de procédés illégaux place sous silence la liberté probatoire à des fins de respect des objectifs du procès prud'homal.

Le champ d'application de l'exigence de loyauté connaît actuellement une forte expansion en droit du travail. Elle apparaît aussi bien dans le procès concernant la loyauté des débats¹⁰⁵⁸, dans la recherche des preuves ou dans l'exécution de l'obligation contractuelle¹⁰⁵⁹. Le droit du travail se caractérise par « *une application scrupuleuse* »¹⁰⁶⁰ de l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves. L'une des raisons de ce traitement de faveur de la loyauté par le droit du travail a trait à son rôle de « *correctif social* »¹⁰⁶¹. En effet, la loyauté se révèle être « *un instrument jurisprudentiel de protection des salariés* », lorsqu'ils sont placés sous le pouvoir de direction de l'employeur.

¹⁰⁵⁵ Cass. crim. 3 mars 1982 (*D.* 1982, 579, note LINDON) : caractère illicite des enregistrements de communications téléphoniques, Cass. crim 11 mai 2004 : admission de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée en tant que preuve dès lors que l'enregistrement est justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et pour les besoins de sa défense ; Cass. crim. 31 janv 2007 et Cass. crim. 13 juin 2001 : procédé de preuve admis même quand il a été obtenu à l'appui d'un stratagème privé (comme l'enregistrement d'une conversation) dans le but de prouver une fausse accusation.

¹⁰⁵⁶ CONTE (PH.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, 5^e éd., Armand Colin, 2000, n°125, p.74

¹⁰⁵⁷ Cass. crim. 13 janv. 1970, *Bull. crim* n° 21.

¹⁰⁵⁸ Sur « *le principe de la loyauté des débats et les exigences du procès équitable* » en droit du travail : Cass. soc. 29 juin 2010, n° 09-42240.

¹⁰⁵⁹ Sur l'obligation de loyauté du salarié dans l'exécution du contrat de travail : soc. 6 juil. 2011, n° 09-72912 ; la faute qui résulte du manquement à cette obligation peut entraîner rupture du contrat de travail au regard de la personnalité du salarié et du contexte dans lequel elle survient : Cass. soc. 5 juil. 2011 ; Cass. soc. 22 juin 2011, n° 10-10856 ; Cass. soc. 21 juin 2011, n° 09-43356. Sur l'obligation de loyauté de l'employeur : Cass. soc. 24 av. 2003, n° 02-60023.

¹⁰⁶⁰ BOURSIER (M.-E.), *op. cit.*, spéc. p. 210.

¹⁰⁶¹ BOURSIER (M.-E.), *id.*, spéc. p. 212.

2. Un instrument juridique au service du sujet

422.- *La loyauté favorise l'installation d'« une morale de la preuve »*¹⁰⁶². La réinscription de la morale en droit a nécessité l'utilisation d' « *outils conceptuels de nature juridique* »¹⁰⁶³ tels que la loyauté. Dès lors, c'est par le biais de la notion-cadre de loyauté que la morale¹⁰⁶⁴ prend pied dans le système juridique de la preuve moderne et s'y développe de manière exponentielle¹⁰⁶⁵ afin de mettre au service du sujet, une forme de « *bulle protectrice* » de ses droits.

Parce qu'elle est par nature marquée de la morale¹⁰⁶⁶, la loyauté semble pouvoir regrouper tous les nouveaux comportements non éthiques rendus possibles par l'emploi des nouveaux objets communicants. L'on reconnaît communément à la morale une fonction créatrice - « *Elle n'est pas figée ou écrite, mais jaillissante et vivante* »¹⁰⁶⁷) - elle est également caractérisée par sa continuité et le maintien intemporel et universel de ses valeurs. Celles-ci imprègnent le droit - « *le droit s'enveloppe de morale* »¹⁰⁶⁸ - et cette convergence aboutit à une coopération entre le droit et la morale qui nécessite un intermédiaire : la loyauté.

423.- L'exigence de loyauté s'inscrit dans la montée des standards communs du procès équitable qui se caractérise par « *une constitutionnalisation et une conventionnalisation de plus en plus forte du droit de la preuve, par un développement des droits de la défense, du principe du contradictoire et de l'oralité, de l'égalité des armes et de la place des parties privées dans la recherche de la vérité, par des exigences de proportionnalité, d'adéquation et de loyauté des modes de recueil et d'administration des preuves* »¹⁰⁶⁹. La loyauté est alors l'instrument du subjectif.

¹⁰⁶² Expression de DENIS citée par MAISON- RELUFAT (L.), *loc. cit.*

¹⁰⁶³ LE TROUNEAU (Ph.), « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur LINANT DE BELLEFONDS (X.)*, Litec, p. 291-312, spéc. p. 292.

¹⁰⁶⁴ Sur l'historique de la loyauté et ses liens tenus avec la morale : BOSSU (B.), « Chapitre IV. La loyauté », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail, (dir.) TEYSSIE (B.)*, Paris, Economica, 2010, p. 185-207.

¹⁰⁶⁵ Les standards juridiques ou notions-cadres irriguent l'ensemble des domaines de la communication. On y voit s'y mouvoir, les concepts de fidélité, de bonne foi, de caractère individuel, ou même de « comportement trompeur », employé en matière de concurrence déloyale...

¹⁰⁶⁶ Selon RIPERT : « *la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit* » : RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994, p. 157.

¹⁰⁶⁷ LE TOURNEAU (Ph.), « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur LINANT DE BELLEFONDS (X.)*, Litec, Paris, 2007, p. 291-312, spéc. p. 292.

¹⁰⁶⁸ LE TOURNEAU (Ph.), *id.*, p. 307.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

Par ce biais, la notion de loyauté participe à l'« *humanisation de la procédure* »¹⁰⁷⁰, entendue comme l'influence générale des principes exigeant le respect des droits et libertés de l'être humain soit, non seulement les principes conventionnels et constitutionnels, mais aussi les principes processuels de droit interne garants des libertés individuelles. En effet, elle n'entre pas en concurrence avec les principes fondamentaux du procès, elle coopère avec eux et plus particulièrement avec le principe de respect de la vie privée du salarié pour permettre au juge de fonder sa décision de rejet du moyen de preuve.

En droit du travail, la loyauté dans la recherche des preuves est intimement liée au respect des libertés fondamentales et des principes de la CEDH. En témoigne l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 janvier 2011 au visa duquel se rejoignent : « *l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve* »¹⁰⁷¹. La doctrine y voit la procéduralisation et l'uniformisation de la justice, par un recours à des principes transcendant toutes les procédures et par la systématisation des outils offerts aux juges.

En définitive, l'emploi orienté de ces outils s'inscrit dans le contexte d'« *accroissement de la considération accordée à la personne* »¹⁰⁷², de l'évolution philanthrope, (allons jusqu'à dire humaniste), du droit du travail qui appréhende désormais le salarié comme « *une personne à part entière, à laquelle on reconnaît un âge, une religion, une apparence physique, un sexe, un handicap, ou encore un état de santé* »¹⁰⁷³.

B. La loyauté : un concept juridique indéterminé

424.- Les notions cadres et les standards juridiques connaissent un regain d'intérêt. Leurs attributs protéiformes¹⁰⁷⁴ et polymorphes permettent aux juges de les employer pour combler les lacunes de la loi. Reste encore à savoir si cette nouvelle appréhension des

¹⁰⁷⁰ CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Paris, 1998.

¹⁰⁷¹ Cass. soc. 7 janv. 2011, n° 09-14316, 09-14667.

¹⁰⁷² LE TOURNEAU (Ph.), *loc. cit.*

¹⁰⁷³ LOKIEC (P.), « La mesure du travail-Du quantitatif au qualitatif », *Dr. soc.* n°7/8, juil.-août 2011, p. 771-775, spéc. p. 771.

¹⁰⁷⁴ PERROCHEAU (V.), « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA* 17 mai 2002, n° 99, p. 6-17.

standards juridiques, et plus particulièrement de la loyauté qui s'étend à tous les contentieux, sera suffisante pour appréhender la preuve sur support électronique.

425.- Un « impératif vague aux contours incertains ». La loyauté est fréquemment qualifiée d'instrument du « droit post moderne », en raison de ses contours flous et adaptables à l'évolution de la technique. Entendue comme l'une des composantes du droit flou (lui-même composante du droit souple, « *paradigme inclusif et englobant du droit dur* »¹⁰⁷⁵), elle a pour caractéristiques d'être dénuée de précision et d'être communément désignée comme l'« *archétype du flou, présentant tous ses défauts et qualités* »¹⁰⁷⁶. En d'autres termes la loyauté s'avère être « *à la fois reflet et outils de compréhension de la complexité juridique et des évolutions actuelles vers un droit dit 'postmoderne'* »¹⁰⁷⁷.

La loyauté est décrite comme un « *impératif vague aux contours imprécis* », une « *éthique de l'action* »¹⁰⁷⁸, voire une simple « *manière d'être* »¹⁰⁷⁹. La « *fluidité conceptuelle* »¹⁰⁸⁰ de la loyauté, entendue comme la « *dispersion de ses sources* »¹⁰⁸¹ et l'« *indétermination de sa valeur* »¹⁰⁸², est justifiée par le fait qu'une élaboration hâtive de nouveaux textes juridiques pour appréhender les conséquences économiques ou sociales de l'essor des nouvelles techniques serait imprudente. En effet, « *les dispositions prises pour une situation donnée risqueraient de figer des situations par nature évolutives et pourraient se révéler rapidement inadaptées ou obsolètes* »¹⁰⁸³.

426.- La marge d'interprétation laissée aux juges. L'adaptabilité et la contingence de la loyauté nécessitent l'intervention du juge à des fins d'interprétation, ce dernier représentant « *'la parole vivante' et vivifiante du droit* »¹⁰⁸⁴. Dépourvu devant une preuve technologique, le juge peut *in extremis* arguer de l'absence de loyauté de la preuve. La loyauté apparaît alors comme un outil incontournable du juge, d'autant que cette notion

¹⁰⁷⁵ THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 611 : Le droit souple regroupe le droit mou (sans sanction, pas ou peu de force contraignante), droit doux (sans obligation, pas ou peu de force obligatoire, les recommandations), le droit flou (sans précision, pas ou peu précis : les notions cadres).

¹⁰⁷⁶ THIBIERGUE (C.), *id.*, p. 612. Au détriment de la sécurité juridique, ce « droit recommandatoire » a pour spécificité d'être imprécis, sans rigueur, sans force obligatoire et imprévisible. Son contenu est évolutif en ce sens qu'il peut varier dans l'espèce, dans le temps et dans l'espace ».

¹⁰⁷⁷ THIBIERGE (C.), *Ibid.*, p. 599.

¹⁰⁷⁸ LE TOURNEAU (PH.), *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁷⁹ BOUZAT (P.), *loc. cit.*

¹⁰⁸⁰ MOLINA (E.), *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, p. 415.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ SIRINELLI (P.), « Introduction », in France, Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 46.

serait pour certains auteurs « *technologiquement neutre* »¹⁰⁸⁵, sans référence à des supports technologiques, donc indépendante de toute référence scientifique.

Le refus de la jurisprudence de donner précisément un contenu au principe de loyauté n'est pas anodin, il semblerait avoir pour finalité de conserver son caractère flexible permettant par ailleurs d'englober toutes les nouveautés apportées par les TIC. Sous l'angle du juge, elle lui permettrait de « *pondérer les intérêts* »¹⁰⁸⁶ en présence, tout en lui attribuant la lourde tâche de préciser la notion, de délimiter son contenu.

Dès lors, le flottement créé par la prédominance de l'exigence de loyauté de la preuve au procès est facteur d'insécurité juridique. Elle laisse cours à la casuistique des juges. Cette dernière en même temps qu'elle répond à une nécessité procédurale, crée un nouveau risque pour les justiciables.

Parmi les perspectives envisageables, un travail de définition des notions et principes fondamentaux applicables à la preuve et *a fortiori* à la preuve électronique pourrait être entrepris. L'insertion dans le Code civil d'un article qui offrirait une définition de la preuve et de la loyauté de la preuve¹⁰⁸⁷ est de mise.

Au regard des arrêts rendus par la jurisprudence, il semble que le droit du travail ait une approche spécifique de la notion de loyauté. C'est semble-t-il, dans l'incompatibilité des TIC avec l'utilisation par le droit du travail des principes processuels de droit commun, que le particularisme du contentieux prud'homal rejaillit.

¹⁰⁸⁴ HEBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociale de Toulouse, 1974, p. 333.

¹⁰⁸⁵ COTTIER (B.), « Les concepts juridiques indéterminés : un oreiller de paresse pour le législateur ? », in *Notions-cadres, concepts et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Schulthess, Genève, 2008, p. 611-628.

¹⁰⁸⁶ VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. RIGAUX*, Bibliothèque de l'Université catholique de droit de Louvain, XXII, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.

¹⁰⁸⁷ Pourraient ainsi participer à l'élaboration de ces définitions, les travaux des spécialistes actuels de la question : BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, loc. cit ; HOUBRON (H.), *Loyauté et vérité*, thèse soutenue à l'Université de Reims, 2004 ; ALI (S.), *La loyauté de la preuve dans la recherche de la preuve pénale*, thèse soutenue à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille, 2010

§II. Les désinences juridiques de la loyauté de la preuve

427.- Si « *la fée informatique* » transforme incontestablement le procès prud'homal en offrant aux justiciables de nouveaux moyens d'approcher au plus près la vérité judiciaire¹⁰⁸⁸. Elle met rigoureusement à l'épreuve les notions et principes que le droit du travail a élaborés au fil des jurisprudences. Le critère exogène de loyauté probatoire appliqué en droit du travail n'échappe pas à cette remise en question.

L'exigence de loyauté de la preuve prend une tournure particulière en droit du travail. En effet, le juge du contrat de travail s'est approprié les principes de droit processuel relatifs à l'atteinte au droit des personnes et rejette toute preuve dont le recueil aurait porté une atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentales du salarié. Cette exigence de proportionnalité dispose en droit du travail d'un contenu spécifique en raison du microcosme dans lequel il s'insère et du pouvoir de contrôle que détient l'employeur sur l'activité du salarié. L'employeur doit justifier devant le juge l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentales des salariés au regard des éléments extérieurs qui l'ont déterminée.

Ainsi la notion de loyauté de la preuve était-elle traditionnellement liée à l'exigence de proportionnalité, elle-même issue d'une perception contractuelle de la relation de travail, envisagée au regard des droits et obligations des parties.

428.- Progressivement, l'exigence de proportionnalité a montré ses limites, en termes d'efficacité et d'effectivité, auxquelles sont venus remédier les juges par la création d'un socle processuel de protection dont la figure de proue serait le principe de loyauté. Celle-ci a alors connu son apogée sous l'influence des TIC au procès jusqu'à devenir le standard juridique *ad hoc*¹⁰⁸⁹, l'arme adéquate contre les atteintes au respect de la vie privée du salarié. A partir du vingt et unième millénaire, la chambre sociale ne fonde plus le rejet d'un procédé probatoire que sur l'atteinte au principe de loyauté au regard de l'exigence de proportionnalité de l'article L 1121-1 du Code du travail.

¹⁰⁸⁸ Et non la vérité en tant que telle car celle-ci ne peut être tenue pour réelle (V. développements infra n° 625 s.).

¹⁰⁸⁹ On compte rien que 245 arrêts au visa de L. 120-2 et au visa de L. 1121-1 du Code du travail.

GENIAUT (B.), *La proportionnalité dans les relations de travail : de l'exigence du principe*, Dalloz, Paris, 2009, p. 91.

Au reste, si le critère exogène de loyauté dans le recueil de la preuve a connu des mutations et des associations sous l'influence des TIC, l'amenant à des formes nouvelles **(A)**, il s'est révélé insuffisant et désuet eu égard au processus d'extériorisation technique que suscite l'apparition des objets communicants au procès. Cette carence de la notion de loyauté est apparue tant au regard de ses caractéristiques que de sa nature subjective, et ce malgré le polymorphisme qu'on lui reconnaît et un emploi plébiscité par les juges du contrat de travail **(B)**.

A. L'exigence de proportionnalité

429.- Le respect des libertés des salariés est assuré par un arsenal de textes du Code du travail, au premier rang desquels se trouve l'article L 1121-1 du Code du travail (anciennement L 120-2) selon lequel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». La proportionnalité de l'atteinte produite sur la vie privée du salarié par le système de contrôle mis en place est donc une condition *sine qua non* à la loyauté de la preuve en droit du travail¹⁰⁹⁰.

Transposer en droit probatoire la nécessité de cette exigence de proportionnalité a des conséquences notoires sur les droits et obligations des parties au contrat de travail. Si par principe l'employeur a toute légitimité à contrôler l'activité du salarié, il ne peut porter une atteinte excessive à ses droits et libertés, dans l'objectif de se constituer des arguments de défense. Lorsque la mesure est contestée devant le juge, celui-ci apprécie *in fine*, si le décideur justifie à juste titre de l'atteinte portée à telle ou telle prérogative fondamentale¹⁰⁹¹. Dès lors, il s'agit de la mise en balance juridique de deux droits, au terme de laquelle est requise en théorie, l'adéquation parfaite entre l'atteinte produite à un quelconque droit du salarié et le pouvoir de direction de l'employeur.

¹⁰⁹⁰ MAZEAUD (A.), « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64.

¹⁰⁹¹ COEURET (A.), JONIN (D.), « De l'exigence d'objectivité dans les relations de travail », note sous Cass. com., 28 mars 2012, *JCP E*, 18 oct. 2012, n°42, p. 46-48.

1. Le contenu de l'exigence de proportionnalité

430.- L'exigence de proportionnalité a été insérée par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, à l'article L 120-2 du Code du travail (nouvellement L.1121-1). Il énonce le principe général¹⁰⁹² du respect par l'employeur des libertés individuelles et collectives¹⁰⁹³.

Alors que tout laissait à penser que cette arme juridique contre une atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale connaîtrait une utilisation exponentielle dès son intégration dans le Code du travail, son application fût au départ pour le moins parcimonieuse¹⁰⁹⁴.

D'abord, outil de mesure servant à évaluer la portée d'une clause de non-concurrence¹⁰⁹⁵ ; l'application classique de l'exigence de proportionnalité était très marquée du déséquilibre contractuel entre l'employeur et le salarié. Elle consiste en effet en une confrontation entre un droit et le pouvoir de direction de l'employeur sous ses diverses formes : pouvoir de contrôle ou pouvoir disciplinaire. Nombreuses sont les expressions de l'exigence de proportionnalité dans lesquelles transparaît le lien de subordination¹⁰⁹⁶.

431.- La dignité du salarié. Un employeur avait diffusé, lors de réunions de service, les motifs pour lesquels il engageait une procédure disciplinaire à l'encontre de sa salariée. En application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, la Cour décide que « *le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommé désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci* »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Il nous paraît vain de se positionner sur la controverse actuelle relative à la qualité de principe ou de simple exigence de la proportionnalité, la question ayant été précisément soulevée dans d'autres ouvrages: MAZEAUD (A.), *loc. cit.*

¹⁰⁹³ « *Attendu que, selon ce texte, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » : Cass. soc. 9 janv. 2002, 99-45875.

¹⁰⁹⁴ De 1992 à 1998 très peu d'arrêts ont été rendus au visa de L 120-2 du Code du travail (nouvellement L. 1221-1). Les arrêts « *Fraternité Saint-Pie X* » : Cass. soc. 17 av. 1991, n° 90-42636 et « *Rossart* » Cass. soc. 22 janv. 1992, n° 90-42517 qui instaurent le droit au respect de la vie privée du salarié ne se fondent pas sur cette article.

¹⁰⁹⁵ Cass. soc. 14 oct. 1998, n° 96-43261 ; Cass. soc. 5 mai 1999, n° 96-44244 ; Cass. soc. 27 mars 2001, n° 99-40057 : « *Attendu que pour être valable, la clause de non-concurrence doit permettre au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle* ».

¹⁰⁹⁶ Il ne s'agit ici que d'une liste non exhaustive des droits et libertés du salarié pouvant être encadrés par l'article L. 1121-1 du Code du travail.

¹⁰⁹⁷ Cass. soc. 25 fév. 2003, 00-42031.

432.- La liberté religieuse. La liberté religieuse du salarié dépasse les frontières de l'entreprise. Aussi, la place de la religion au sein de l'entreprise est un sujet régulièrement débattu¹⁰⁹⁸. Si les célèbres arrêts « *Baby-Loup* »¹⁰⁹⁹ ont récemment cristallisé le débat autour du port du voile islamique, c'est plus généralement le droit du salarié de porter des signes à caractère religieux sur le lieu de travail qui interroge les juristes, et notamment le droit de l'employeur de prévoir dans le règlement intérieur des restrictions à cette liberté, lorsqu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹¹⁰⁰. La Cour de cassation fait montre de sévérité dans ses récentes décisions, en ce qu'elle associe aux conditions d'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, celles de l'article L. 1133-1 du Code du travail qui admet les différences de traitement uniquement lorsqu'elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Les « *entreprises identitaires* » au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme, autrement nommées « *entreprises de conviction* » ou « *entreprises de tendance* »¹¹⁰¹ dont l'éthique est fondée sur des croyances religieuses ou philosophiques, comme peut l'être selon la Cour d'appel de Paris une crèche œuvrant dans un esprit de laïcité et de neutralité¹¹⁰², sont susceptibles de répondre à ces critères.

433.- La liberté d'expression. L'explosion du contentieux prud'homal dans lequel entre en application l'article L. 1121-1 du Code du travail, résulte de l'utilisation des TIC au travail et de leur qualité d' « *oral-écrit* ». La jurisprudence s'est régulièrement attachée à mesurer l'atteinte portée à la liberté d'expression du salarié à la lumière des justifications patronales¹¹⁰³. Cette tendance ne fait que s'accroître compte tenu des nombreux arrêts rendus par la chambre sociale entre mai et juillet 2012, qui expriment la même ritournelle au sujet de l'atteinte portée à la liberté d'expression du salarié : « *Si le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression, à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, il ne peut en abuser en tenant des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs*

¹⁰⁹⁸ WAQUET (Ph.), *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons, 2003, p. 175.

¹⁰⁹⁹ Cass. soc. 19 mars 2013, n° 11-28845 ; CA Paris, 27 nov. 2013, n° RG 13/02981.

¹¹⁰⁰ CEDH 15 janv. 2013, *RJPF* mars 2013, p. 14, note PUTMAN (E.).

¹¹⁰¹ CEDH 23 sept. 2010, n° 1620/03, Schüth c/ Allemagne.

¹¹⁰² CA Paris 27 nov. 2013, n° RG 13/02981, *JCP E.* 2013, n°51, p. 1710, note BOSSU (B.).

¹¹⁰³ Nombres d'arrêts suivent de loin l'arrêt « *Clavaud* » : Cass. soc. 28 av. 1988, n°87-41804 instaurant le droit d'expression dans l'entreprise où il s'exerce « *dans toute sa plénitude* », *Dr. soc.* 1988, p. 428, note COUTURIER (G.) ; Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41995 ; Cass. soc. 2 mai 2001, n° 98-45532 ; Cass. soc. 20 juin 2005, 00-41886 ; Cass. soc. 13 juil. 2010, n° 09-41528.

»¹¹⁰⁴. Dans un arrêt du 11 juillet 2012, un salarié avait adressé à son supérieur hiérarchique des courriels au ton « *agressif* » et « *méprisant* », avec copie aux treize membres de l'équipe. Ces messages « *lui enjoignait sans ambages et publiquement d'être précis et réaliste et de prendre en compte un certain nombre de points afin de comprendre la situation* ». Au visa des articles L. 1121-1 et L. 1232-1 du Code du travail, la chambre sociale a estimé que les écrits du salarié constituaient un abus de sa liberté d'expression et de son droit de critique.

434.- La liberté de « se vêtir à sa guise au temps et lieu de travail ». Dans le célèbre arrêt « *Bermuda* »¹¹⁰⁵, si la chambre sociale a refusé d'élever au rang des libertés fondamentales, la « liberté de se vêtir à sa guise au temps et lieu de travail », elle a néanmoins confirmé l'existence d'une telle liberté et la possibilité pour l'employeur d'y apporter des restrictions. Dans l'affaire en date du 12 novembre 2008, la Cour de cassation, au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail énonce expressément qu'« un employeur peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires si elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché »¹¹⁰⁶. Ces contraintes vestimentaires sont communément admises par les juges du contrat de travail lorsque le salarié est en contact avec la clientèle. Dans ce cas, toute négligence dans la tenue vestimentaire du salarié, tel que le port du survêtement peut être constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement¹¹⁰⁷. En revanche, les juges du contrat de travail ont estimé que l'employeur ne peut licencier des salariés refusant de porter l'uniforme de la société alors que ceux-ci n'étaient pas en contact avec la clientèle¹¹⁰⁸.

435.- Le droit d'exercer une activité professionnelle. La Cour s'est fondée sur la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail, pour déterminer illicite une clause de non-

¹¹⁰⁴ Cass. soc. 11 juil. 2012, n° 11-22225 et n° 11-23486 ; Cass. soc. 3 juil. 2012, n°11-10793 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'affichage de ce tract syndical, qui ne contenait aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérisait pas un abus de la liberté d'expression du salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ; RAY (J.-E), *op. cit.*

¹¹⁰⁵ Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40273 ; WAQUET (Ph.), « Le bermuda ou l'emploi », *Dr. soc.* 2003, p. 812.

¹¹⁰⁶ Cass. soc. 12 nov. 2008, n° 07-42220, note BOSSU (B.), *JCP S* 2009, n° 19, p. 26-28.

¹¹⁰⁷ Cass. soc. 12 juil. 1989, n° 86-40987 ; Cass. soc. 6 nov. 2001, n° 99-43988.

¹¹⁰⁸ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40346.

concurrence qui ne comporte pas l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière¹¹⁰⁹.

2. L'ambivalence de l'exigence de proportionnalité

436.- L'exigence de proportionnalité, instaurée par la loi du 31 décembre 1992 en droit du travail est foncièrement ambivalente¹¹¹⁰. Elle étend la protection des droits et libertés des travailleurs, mais reconnaît dans le même temps, la portée limitée des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives dans les relations du travail¹¹¹¹. La doctrine de l'époque argue d'un simple entérinement du législateur dans l'ancien article L.120-2 du Code du travail des solutions jurisprudentielles antérieures¹¹¹². Le Professeur LYON-CAEN affirme que se dégageait déjà de la jurisprudence, avant même l'intégration de l'article L 120-2 dans le code du travail, un mouvement d'« *expansion progressive comme références, pour évaluer un acte ou une initiative unilatérale, une stipulation contractuelle, et, sans doute, une disposition conventionnelle, des libertés et droits fondamentaux des salariés* »¹¹¹³.

Ce moyen d'arbitrage au service du juge pour jauger de l'atteinte à un droit et en déduire la recevabilité de la preuve est légitimement controversé. La reconnaissance normative des limites aux droits des salariés signifie dans le même temps la légitimation des pratiques de contrôle et d'encadrement des libertés par l'employeur, comme la vidéosurveillance, le badgeage ou la géolocalisation¹¹¹⁴. Elle a également pour effet de restreindre le champ d'action judiciaire du salarié, car

¹¹⁰⁹ Cass. soc. 10 juil. 2002, 99-43334 et 99-43336 et 00-45387 et 00-45135 ; Cass. soc. 29 janv. 2003, 00-44882.

¹¹¹⁰ RAY (J.-E.) : « une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. soc.* 1993, 103, spéc. p. 105.

¹¹¹¹ MAZEAUD (A.), *loc. cit.* : « On peut reconnaître à la proportionnalité deux fonctions principales qui résultent du droit positif : elle réalise l'égalité de droits, et surtout elle est seule en mesure de justifier une restriction apportée aux libertés ».

¹¹¹² SAVATIER (J.), « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.* 1991, 485, SAVATIER (J.), « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p. 49.

¹¹¹³ LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi : rapport pour le Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, Paris, 1992 ; LYON-CAEN (A.) « Politiques) jurisprudentielle(s) et droit du travail : quelques réflexions à partir de l'expérience française », in AUVERGNON (PH.), *Les juges et le droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Comptrasec, 2002, p. 2, spéc. p. 26 ; LAULOM (S.), « Les droits sociaux fondamentaux rempart des déconstructions des droits du travail », *Rev. dr. trav.* n°6, juin 2013, p. 410-412.

¹¹¹⁴ GENIAUT (B.), *La proportionnalité dans les relations de travail : de l'exigence du principe*, Dalloz, Paris, 2009, p. 91.

l'atteinte à un droit ou une liberté ne permet l'immixtion du juge que dans la mesure où l'exigence de proportionnalité est méconnue.

Suivant la « *logique du tout ou rien* », l'implication du juge est soit totale soit inexistante, laissant libre cours aux « *légères vexations* » propres au microcosme de l'entreprise, dont le degré attentatoire suffisant n'est pas atteint. A l'épreuve des faits, l'objectif de proportionnalité se révélerait insuffisant et ne pourrait bénéficier d'une effectivité juridique autonome.

Au reste, l'application du principe de proportionnalité est source d'insécurité juridique en ce sens qu'il peut donner lieu à une importante casuistique. L'incertitude juridique que suscite ce mécanisme se mesure tant au niveau de sa mise en application que de l'intelligibilité de son fonctionnement. L'appréciation aléatoire par les juges d'une quelconque limite déclenchant la nécessité de produire un élément de preuve serait selon les auteurs contemporains « *un échec du droit et de la sécurité que l'on peut en attendre* »¹¹¹⁵.

L'imprécision des termes de l'article L 1121-1 du Code du travail est manifeste. La tournure impersonnelle évoque un principe général applicable à tous, sans qu'incombe à l'employeur une quelconque obligation, tandis que sa forme négative « *qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » pose les deux conditions à la validité d'une telle atteinte et subséquemment à la recevabilité de la preuve qui en résulte. Les acceptions « *tâche à accomplir* » et « *but recherché* » se définissent toutes deux de manière extrêmement large à tel point que la première semblerait par définition entrer dans le champ de la seconde. Par ailleurs, le vocable « *proportionnées* », essence même de l'article, n'est pas défini ; toute la difficulté porte sur la détermination du degré attentatoire suffisant. Dès lors, la volonté du législateur de laisser toute marge d'intervention au juge transparait avec force en même temps que le risque de casuistique juridique.

B. La création d' « un socle processuel de bonne conduite probatoire »

437.- Pour remédier au flou juridique qui entoure la notion de proportionnalité, les juges ont su faire œuvre de créativité et de précision en donnant un nouveau souffle à la

¹¹¹⁵ PERROT (R.), in *RTD civ.* 2009, p. 167, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2008, n° 07-15778.

loyauté de la preuve, orienté vers la protection des libertés individuelles, et plus particulièrement vers le respect de l'intimité de la vie privée du salarié.

Cette tendance a connu un renforcement conséquent depuis la prolifération des TIC au procès et s'illustre par la construction d'un « *socle processuel de bonne conduite probatoire* », intégrant l'exigence de proportionnalité.

Il est édifiant que la Cour de cassation s'efforce de viser, depuis l'arrêt « *Nikon* » du 2 octobre 2001¹¹¹⁶ relatif à l'ouverture de la messagerie électronique du salarié, tant l'article L. 1121-1 du Code du travail (anciennement l'article 120-2) que les dispositions consacrant le droit des personnes ou la liberté individuelle ou collective mis à mal¹¹¹⁷. Aux côtés de l'article L. 1121-1 du Code du travail, s'ajoutent de manière constante les différents articles de la CESDH, parmi eux les articles 8 et 6-1, ainsi que l'article 9 du Code civil.

Cette adjonction est le reflet d'un désir de transparence et de renforcement du critère exogène de recevabilité de la preuve. Le juge du contrat de travail cherche de manière significative, à démontrer que l'exigence de proportionnalité et la notion de loyauté ne sont pas pourvues d'une effectivité juridique autonome mais peuvent être employées de concert pour réduire les atteintes portées par les TIC au respect de la vie privée du salarié. Ce constat s'avère vérifiable quelle que soit la technologie utilisée pour y porter atteinte.

438.- Autour du « *principe de loyauté de la preuve* », la pratique judiciaire crée de toutes pièces un arsenal juridique composé d'un ensemble indissociable de textes à forte normativité. En témoignent les arrêts rendus récemment dans lesquels la Cour de cassation désigne expressément par le vocable « *ensemble* » la dépendance du principe de loyauté des articles 9 du code de procédure civile, 6-1 CESDH.

La nécessité d'une référence légale est poussée à son paroxysme dans l'arrêt du 19 novembre 2009 de la première chambre civile, laquelle affirme que : « *la cour*

¹¹¹⁶ Cass. soc., 2 oct. 2001, *Nikon France c/ X*, n° 99-42942 ; *Bull. civ.* V, n° 291 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1039, note RAY (J.-E.) : « *Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail* », « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ».

d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de la loyauté de la preuve, des articles 9 du code civil, 3, 9 et 10 du code de procédure civile ».

Aussi, peut-on lisiblement voir la construction jurisprudentielle d'un socle de bonne conduite probatoire au service du principe de loyauté dans l'administration de la preuve électronique.

Au reste, l'harmonisation du système probatoire en matière civile, commerciale et sociale qui résulte de cette évolution est inéluctable. La spécificité de la matière pénale, eu égard à la définition permissive qu'elle admet du critère de loyauté, est en revanche volontairement préservée, suivant l'idée que la déloyauté dans l'obtention de la preuve ne peut conduire à l'impunité du fautif¹¹¹⁸.

Dès lors, par une sorte d'« effet-retour », l'intégration des TIC au procès entraîne une amélioration de la réponse judiciaire au regard de la précision des visas et de la pédagogie employée dans la motivation des juges du contrat de travail.

1. Le respect de la vie privée, facteur principal de loyauté probatoire

439.- Si l'employeur s'est d'abord vu interdire l'accès disproportionné de l'intimité du salarié à des fins de preuve, cette interdiction est devenue le facteur *sine qua non* de la loyauté de la preuve.

Le respect de la vie privée du salarié est au centre des préoccupations judiciaires¹¹¹⁹ et connaît une protection renforcée tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'entreprise. Le délit d'atteinte au secret des correspondances est sévèrement puni et s'applique depuis le 19 mai 2011 aussi bien aux correspondances postales qu'émises par la voie électronique¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ GENIAUT (B.), *op. cit.*, p. 91 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004.

¹¹¹⁸ RAY (J.-E.), *Dr. soc.*, sept.-oct. 2011, n° 9-10, p. 938.

¹¹¹⁹ La chambre criminelle estime depuis plus de 20 ans que l'ouverture du courrier personnel adressé à un salarié constitue un délit : Cass. crim. 16 janv. 1992, n° 88-85609.

¹¹²⁰ L'article 226-15 du code pénal en vigueur depuis le 19 mai 2011 dispose : « le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner.

En droit du travail, il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 1121-1 du Code du travail qu'une « *filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* »¹¹²¹. Il ne peut également produire en qualité de preuves, des informations confidentielles sur le niveau d'endettement du salarié fournies par une banque¹¹²². Cette protection est progressivement consacrée à l'intérieur de l'entreprise, l'atteinte à la vie privée par ouverture des armoires et vestiaires individuels étant strictement encadrée quant aux motifs invocables par l'employeur. Selon le Conseil d'État : « *elle n'est possible que si le contrôle est justifié par la nécessité de l'hygiène ou de la sécurité* »¹¹²³. La justification doit donc être énoncée et correspondre à une raison valable intimement liée au pouvoir de direction de l'employeur.

440.- La sphère privée du salarié. La sphère privée du salarié a connu une extension progressive jusqu'à faire partie intégrante de la sphère professionnelle. Sur le lieu de travail, elle regroupe aussi bien les courriels non professionnels¹¹²⁴ que les lettres ou les revues reçues par le salarié¹¹²⁵, le sac du salarié¹¹²⁶, l'armoire individuelle du salarié¹¹²⁷ et les dossiers et fichiers informatiques qu'il a lui-même identifiés comme personnels¹¹²⁸.

S'agissant tout d'abord des messages personnels émis par le salarié et reçus grâce à l'outil informatique mis à sa disposition sur son lieu de travail, plus

d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions ». La version en vigueur en 1994 visait de manière plus restrictive « *les correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications* ».

¹¹²¹ Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-42401

¹¹²² CA Toulouse, ch. soc. 29 août 2002, n° 01-2840.

¹¹²³ CE, 9 oct. 1987, *Bull. soc. Fr. Lefebvre* 1987, n° 17, p. 460

¹¹²⁴ *A contrario*, les juges du contrat de travail s'attachent régulièrement à rappeler que les courriels des salariés, liés à leur activité professionnelle, sont des modes de preuve licites permettant de fonder un licenciement pour faute grave du salarié : Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72449.

¹¹²⁵ Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007, *D.* 2007, AJ 1503.

¹¹²⁶ Cass. soc. 11 fév. 2009, *JCP S.* 2009, 1212, obs. BAREGE (A.)

¹¹²⁷ Cass. soc. 11 déc. 2001, *Bull. civ. V*, n°377.

communément nommés « *e-mails* », le célèbre arrêt « *Nikon* »¹¹²⁹, au visa ensemble des articles 8 de la CESDH, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 1121-1 (anciennement L. 120-2) du Code du travail, pose en principe que l'employeur ne peut prendre connaissance de ces messages en consultant le fichier intitulé « *personnel* » de l'ordinateur sans violer le secret des correspondances électroniques, lui-même corollaire du droit du salarié au respect de l'intimité de sa vie privée. Cette interdiction s'applique même si l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur était interdite. La Cour de cassation de rappeler en se fondant de manière constante sur la même combinaison de textes que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »¹¹³⁰. Dans cette dernière affaire, la salariée avait entretenu une correspondance avec une ex-salariée de l'entreprise au moyen de sa messagerie électronique.

Reste à savoir quels sont les éléments employés par les juges du contrat de travail pour déterminer si un document électronique relève de la vie personnelle ou de la vie professionnelle d'un salarié.

441.- La présomption de professionnalité attribuée aux documents électroniques.

Lorsqu'aucune décision de justice ne l'y autorise, à quel moment l'employeur est-il autorisé à ouvrir la correspondance électronique de son salarié sans risquer d'être condamné pour atteinte au respect de la vie privée ? Selon la position de la Cour de cassation, la réponse semble pouvoir être formulée de la sorte : dès lors qu'il ne s'agit pas d'un courriel ou d'un fichier identifiable comme « *personnel* ». En ce sens, la qualité « *professionnelle* » serait résiduelle. Les juges du contrat de travail admettent en effet, qu'une adresse électronique utilisée par le salarié aussi bien dans le cadre personnel que

¹¹²⁸ Notons que les dossiers et fichiers créés grâce à l'outil informatique de l'entreprise sont « *présumés avoir un caractère professionnel, sauf lorsqu'ils sont identifiés comme personnels, en sorte que l'employeur est en droit d les ouvrir hors de la présence de l'intéressé* » : Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877.

¹¹²⁹ Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942, *RJS* 2001, n° 1394, chron. p. 940, note FAVENNEC-HERY (F.).

¹¹³⁰ Cass. soc. 12 oct. 2004, n° 02-40392.

professionnel, et ne comportant pas le nom de l'entreprise, est présumée avoir un caractère professionnel¹¹³¹.

442.- L'équivocité de la notion de « personnel ». Le doute persiste cependant quant à l'étendue de la notion de « personnel » à la lumière des nombreuses décisions prises par la chambre sociale entre 2011 et 2013. Dans un arrêt en date du 2 février 2011, la chambre sociale casse et annule l'argumentaire de la cour d'appel de Paris condamnant l'employeur pour atteinte à la vie privée car le courriel qui justifiait un licenciement pour faute grave était « *en relation avec l'entourage du salarié, ces échanges ne revêtaient pas un caractère professionnel, s'agissant d'une conversation totalement privée dont la liberté de ton et les outrances éventuelles relevaient uniquement de la vie personnelle et intime à laquelle le salarié a droit même sur son lieu de travail, les propos tenus, destinés à rester entre les deux interlocuteurs et non pas à être diffusés, ne pouvant avoir pour effet de nuire à l'entreprise et ne pouvant être admis comme preuve* »¹¹³². Les courriels litigieux étaient échangés avec une autre salariée de l'entreprise et comportaient un ton provocateur, représentatif du comportement agressif et irrespectueux que le salarié démontrait à l'égard de son supérieur hiérarchique. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de préciser que lorsque le courriel litigieux est « *en rapport avec l'activité professionnelle du salarié* », il peut être retenu en qualité de preuve.

Plus édifiante encore, une décision de la Cour de cassation à la même date du 2 février 2011, dans laquelle cette dernière affirme que « le message, envoyé par le salarié aux temps et lieu du travail, qui était en rapport avec son activité professionnelle, ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire à son encontre ». Si l'objet du courriel visait à insulter la hiérarchie et à annoncer une absence non autorisée, c'est avant tout le destinataire du courriel qui porte à réflexion : il s'agissait de la compagne du salarié¹¹³³. A tout le moins peut-on y voir l'instabilité judiciaire quant à la définition de la vie privée au travail et le tâtonnement de la Cour de cassation pour offrir à la loyauté de la preuve sur support électronique une contenance et une efficacité.

¹¹³¹ Cass. soc. 16 mai 2013, n° 12-11866.

¹¹³² Cass. soc. 2 fév. 2011, n°09-72.449. Pour la même décision au sujet d'un courriel adressé cette-fois ci à un ami salarié dans l'entreprise : Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72450.

¹¹³³ Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72.313

Pour remédier à cette situation d'incertitude, la Haute juridiction est récemment intervenue, interdisant à l'employeur de produire en justice les correspondances amoureuses de ses salariés, mêmes non identifiées comme personnelles et contenues dans un dossier de l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur. Dans une décision inédite en date du 18 octobre 2011, la Chambre sociale affirme sans détour que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser à son encontre dans une procédure judiciaire s'ils s'avèrent relever de sa vie privée »*¹¹³⁴.

Un premier constat rassurant peut dès lors être fait à la lecture de la motivation de la Cour: lorsque *« le seul libellé de la rubrique, l'objet ou le destinataire »* du courriel démontrent strictement le caractère personnel de la correspondance, la mise en œuvre du système de protection est effective. La Haute juridiction condamne sévèrement l'argumentaire de l'employeur et fait taire toute application du principe de proportionnalité. Ce dernier estimait que la production des courriels constituait une limite au droit du salarié à sa vie personnelle justifiée par les droits de la défense et présentant un caractère licite. Selon les juges, la *« production intégrale en justice [de la correspondance amoureuse du salarié] ne pouvait être justifiée par la nécessité pour l'employeur de démontrer la volonté de l'intéressé de démissionner ou la réalité de ses horaires de travail »*. En d'autres termes, si l'employeur dispose en vertu de son pouvoir de contrôle, d'un droit d'ouvrir les courriels de ses salariés, ce droit n'est pas opérant lorsque le destinataire, le libellé et l'objet du courriel peuvent être définis comme personnels.

Un second constat peut être émis au regard des décisions précitées : ce n'est pas aux parties de déterminer le caractère *« personnel »* du document électronique en cause, mais aux juges du fond de le qualifier objectivement. De ce fait, les juges disposent d'une marge d'interprétation non négligeable dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve électronique.

443.- La question de l'interprétation plus ou moins large de la qualité privée des catégories de destinataire, du libellé ou de l'objet du courrier électronique n'en demeure

¹¹³⁴ Cass. soc. 18 oct. 2011, n° 10-25706.

pas moins obscure. Dans un second arrêt en date du 18 octobre 2011, la Haute juridiction rappelait que « les courriels adressés ou reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ». Le salarié utilisait l'ordinateur et les sites d'accueil de l'entreprise pour exercer un commerce illicite. Aussi, les courriels en question ne relevaient-ils pas du domaine personnel et ce, ni au regard de leur destinataire que de leur objet. Les juges pour décider que la preuve rapportée par l'employeur était licite se sont fondés sur le fait que « les courriels litigieux n'étaient pas identifiés par le salarié comme étant personnels et qu'ils étaient, sans signe distinctif, dans sa messagerie professionnelle »¹¹³⁵.

A la lecture de ces arrêts, l'on comprend que le libellé ou l'objet ne doit plus contenir expressément le vocable « *personnel* » mais signifier le caractère privé. Ces éléments peuvent être interprétés au regard de la teneur du courriel, laissant au juge le soin de vérifier le contenu du message.

444.- En revanche, la seule référence au droit de propriété que détiendrait le salarié sur un fichier, par la dénomination « *mes documents* », (dénomination préexistante à la création d'un fichier car préenregistré dans tout ordinateur), ne suffit pas à conférer à ce fichier un caractère personnel¹¹³⁶. De même, la chambre sociale dans un arrêt en date du 19 juin 2013 a affirmé que « *les courriers et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié* »¹¹³⁷. Ainsi, contrairement au caractère professionnel, le caractère personnel du document électronique ne se présume pas et doit être démontré par le salarié.

¹¹³⁵ Cass. soc. 18 octobre 2011, n°10-26782 et Cass. soc. 15 déc. 2010, n° 08-42486 : La Cour de cassation rappelle que « *le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique le secret des correspondances ; que si l'employeur est en droit d'ouvrir les courriels contenus dans l'ordinateur professionnel d'un salarié s'ils ne sont pas identifiés comme 'personnels', ce droit qui constitue une exception au principe du secret des correspondances ne peut être interprété que restrictivement ; que l'identification d'un courriel comme personnel peut résulter du seul intitulé ou du destinataire desdits courriels électroniques ; qu'en refusant de faire droit à la demande du salarié aux motifs que 'les courriels litigieux n'étaient pas identifiés par le salarié comme étant personnels et qu'ils étaient, sans signe distinctif, parmi sa messagerie professionnelle', sans rechercher si, comme il était soutenu, le seul libellé de la rubrique objet ou destinataire, en démontrait le caractère personnel, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L 1121-1 du Code du travail ainsi que de l'article 9 du Code civil.* » ; JCP S 2012, p. 1041, note BOSSU (B.).

¹¹³⁶ Cass. soc. 10 mai 2005, n° 11-13884.

¹¹³⁷ Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-12138, JCP S 2013, n° 38, p. 1360 note BOSSU (B.).

Au demeurant, la Cour de cassation hésite quant à l'étendue à donner à l'interprétation des atteintes portées au secret des correspondances. Parmi les destinataires dits « *personnels* », la Cour vise-t-elle uniquement la famille du salarié ou également les amis, les bonnes connaissances professionnelles ? Le contenu « *personnel* » d'un courrier électronique doit-il obligatoirement relever de l'intime ou peut-il être assimilé à un échange amical ou familial ?

445.- Les atteintes tolérées à la vie privée du salarié. L'arrêt « *Cathnet-Science* » du 17 mai 2005¹¹³⁸ relatif à la surveillance des fichiers électroniques du salarié, nuance la protection accordée au salarié par les juges du contrat de travail et annonce l'essor sans pareil des mesures d'instruction. Un salarié avait été licencié à la suite de la découverte de photos érotiques dans un tiroir de son bureau. Il avait été procédé à une recherche sur le disque dur de son ordinateur et à l'ouverture à son insu d'un fichier intitulé « *perso* ». Se fondant toujours sur les articles 9 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail, mais y ajoutant de manière inédite le visa de l'article 145 du NCPC la Cour de cassation a admis la possibilité pour l'employeur d'ouvrir les fichiers identifiés comme personnels par le salarié et ce, même lorsque celui-ci n'est pas présent ou n'a pas été dûment appelé, mais dans des conditions strictement admises par les juges, à savoir lors d'un « *risque ou événement particulier* ». En l'espèce, l'atteinte portée à la vie privée du salarié était reconnue comme justifiée.

De manière plus explicite, les juges ont ensuite affirmé que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du NCPC, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* »¹¹³⁹. Dès lors, l'ouverture des fichiers suivie de leur mise en copie par un huissier de justice sont des actes licites lorsqu'ils résultent d'une décision de justice se fondant sur les soupçons de l'employeur, les juges énonçant avec conviction que « *l'ordinateur mis à la disposition de la salariée ait servi à des actes de concurrence déloyale est une raison légitime et sérieuse* »¹¹⁴⁰. Cette position est régulièrement reprise par les juges du fond. La saisie des messageries

¹¹³⁸ Cass. soc. 17 mai 2005, n° 03-40017.

¹¹³⁹ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17818.

¹¹⁴⁰ Cass. soc. 10 juin 2008, n° 06-19229.

électroniques des salariés d'une entreprise concernant un nombre important de courriels personnels a été jugée « *non disproportionnée dans le cadre d'une enquête de concurrence dûment autorisée dans l'intérêt économique* », par la Cour d'appel de Paris, le 31 août 2012¹¹⁴¹.

Pour une partie de la doctrine¹¹⁴², la jurisprudence en matière de correspondances électroniques semblerait converger vers les positions plus permissives sur le contrôle des fichiers et des connexions Internet du salarié. Les juges considèrent que « *les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* »¹¹⁴³.

2. L'insuffisance du critère subjectif de la loyauté de la preuve

446.- Lorsque la preuve se présente sur support électronique, le respect de la vie privée du salarié ne peut raisonnablement être envisagé comme le seul rempart à la déloyauté de l'employeur dans la recherche des éléments probatoires¹¹⁴⁴.

Les raisons qui expliquent l'insuffisance du caractère subjectif de la loyauté pour appréhender les nouveaux procédés probatoires dans le contentieux prud'homal sont complexes et spécifiques. Nier l'incidence des particularismes de la procédure prud'homale, et notamment du déséquilibre contractuel propre au droit du travail, sur l'efficacité du critère de loyauté de la preuve manquerait de lucidité scientifique.

Aussi peut-on supposer que c'est, non seulement le caractère anthropologique du contrat de travail, mais encore l'influence des TIC sur l'instance prud'homale qui rendent le caractère subjectif ou exogène de la loyauté de la preuve, résolument obsolète. Leurs effets sont cumulatifs et définitifs.

¹¹⁴¹ CA Paris, 31 août 2012, n° RG 11/12056.

¹¹⁴² RAY (J.-E.), « Actualité des TIC », *Dr. soc.* mars 2010, n°3, p. 267-279, spéc. p. 270 : « Nikon est mort ? ».

¹¹⁴³ Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877 : un fichier non identifié comme personnel est présumé être professionnel. Cass. soc. 9 juil. 2008, n° 06-45800 : « Les connexions établis par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence ».

¹¹⁴⁴ Pour comprendre la position doctrinale adverse : RAYNAUD (J.), *loc. cit.*

447.- La disparition de la frontière théorique entre vie privée et vie professionnelle.

Le facteur du respect de la vie privée pour déterminer la loyauté de la preuve serait tout d'abord inopérant car l'objet même de ce droit a vocation à disparaître sous l'influence des TIC. Le mécanisme protecteur du salarié, élaboré de concert par la jurisprudence et la doctrine, s'est concentré autour d'une séparation théorique entre la sphère privée et la sphère publique au travail. Au vrai, sous l'influence des Technologies de l'Information et de la Communication, la distinction entre sphère privée et sphère publique ne fait plus sens.

448.- Sous le prisme philosophique d'abord, la prolifération des TIC opère une redéfinition de ce qu'est le « *privé* ». Selon le Professeur B. STIEGLER dans ses cours de philosophie¹¹⁴⁵, la différence entre le public et le privé tend à disparaître de manière irrésistible. « *La traçabilité numérique 'dé-privatise', en ce sens qu'il détruit l'intimité et la sphère privée pour 're-privatiser' selon une nouvelle conception du privé : les échanges de chacun appartiennent désormais aux entités qui détiennent une licence, des droits, la propriété industrielle des écrits ou messages transmis et non plus à leurs émetteurs* ». Si cette nouvelle définition du « *privé* » peut être saisie par le droit en matière de propriété intellectuelle, elle ne peut constituer une protection suffisante aux droits et libertés du salarié dans l'entreprise. « *Ainsi, une redéfinition de ce qu'est le privé est en cours, elle est étonnamment contraire à l'intime, au soi, ce qui nécessite que les pouvoirs politiques se saisissent de l'affaire* »¹¹⁴⁶.

Pour corroborer cette fusion juridique des sphères publique et privée, s'ajoute un phénomène de « *dé-situation* » touchant de près les relations de travail et le microcosme de l'entreprise. L'installation des TIC engendre la mise en commun de tous les savoirs sur une « *agora électronique* » où « *chacun peut être l'autre* ». L'ubiquité, la mobilité des données personnelles ainsi que la volatilité des utilisateurs font obstacles à la définition précise et concrète de la sphère privée du salarié. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité à la lumière des affaires brûlantes d'actualité dans lesquelles sont apportées des preuves issues des réseaux sociaux (preuves essentiellement tirées de la capture d'écran d'une page « *Facebook* »). Les

¹¹⁴⁵ STIEGLER (B.), *Cours de philosophie*, 10 nov. 2012, Ecole de philosophie d'Epineuil-le-Fleuriel. En ligne : [pharmakon.fr].

¹¹⁴⁶ STIEGLER (B.), *Ibid.*

conseillers prud'hommes, semblent bien dépourvus face à cette nouvelle forme d'atteinte à la vie privée du salarié. Si le jugement du tribunal de Boulogne Billancourt¹¹⁴⁷ a volontairement éludé la question de la loyauté de la page « *Facebook* » en tant que preuve, l'affaire SOS femmes a subi une série de reports pour le moins symptomatiques. Où se place la frontière entre la vie privée et la vie publique sur Internet ? N'est-il pas paradoxal d'admettre l'existence d'une sphère privée dans un lieu public et illimité de communication ?

449.- *L'impossible appréhension juridique de la frontière public/privée.* L'*imbroglio* juridique que doivent démêler les juges tient essentiellement à la nature des TIC et plus particulièrement à celle du réseau social « *Facebook* ». Arborant un caractère hybride, tantôt public, tantôt privé, la volatilité et la mutabilité des données brassées dans cette « *agora numérique* » ne permettent pas de fixer des règles juridiques propres à garantir le respect de la vie privée de ses utilisateurs. Au vrai, les TIC sont insusceptibles d'être appréhendées par le droit au travers de la distinction public/privée.

L'utilisation de ce type d'outils informatiques interroge les catégories juridiques. Les messages publiés par un salarié sur l'interface « *personnelle* » (dite « *mur Facebook* ») d'un autre salarié relèvent-ils de la correspondance privée comme c'est le cas du courriel¹¹⁴⁸ ? Dans ce cas l'employeur pouvait-il la produire en tant que preuve sans porter atteinte à l'intimité de la vie privée du salarié ? Où le Conseil de Prud'hommes de Boulogne Billancourt place-t-il le curseur en qualifiant la page « *Facebook* » du salarié en question de lieu public car « *ouvert aux amis des amis* » donc à un nombre important de personnes ?

Bien qu'animés par la volonté louable de tracer la limite de la vie privée du salarié sur les réseaux sociaux, les juges du contrat de travail n'ont fait que lui redessiner des contours incertains. Dans un arrêt en date du 16 janvier 2013, la cour d'appel de Poitiers a apporté des précisions supplémentaires quant à l'utilisation des messages postés sur l'interface « *Facebook* ». Pour prouver l'existence d'un contrat de travail, une salariée produisait les messages que l'employeur avait lui-même publiés sur le mur « *Facebook* » d'un autre employé. Les juges ont admis la loyauté

¹¹⁴⁷ CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-00853, *D.* 2010, p. 2846, note ASTAIX (A.) ; VERKINDT (P.-Y.), « Les 'amis' de nos 'amis'... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 48, 2 déc. 2010, act. 641.

des messages car ils avaient été « *émis par [l'employeur] sans restriction de destinataire sur le réseau social et qu'ils pouvaient ainsi être consultés de manière libre par toute personne* »¹¹⁴⁹.

Les juges semblent une nouvelle fois fonder la recevabilité de la preuve issue des réseaux sociaux sur la notion de publicité et sur l'utilisation des paramètres de restriction des destinataires. Cette hypothèse semble corroborée dans l'affaire portée devant la première chambre civile le 10 avril 2013. Une entreprise assignait une ancienne salariée en paiement de dommages et intérêts pour avoir publié des injures à l'encontre de son ancien employeur sur les réseaux sociaux « *Facebook* » et « *MSN* ». La Cour a décidé que ces propos ne constituaient pas des injures publiques car les comptes ouverts par l'ancienne salariée n'étaient « *accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint* » et que l'ensemble de ces personnes formaient en réalité « *une communauté d'intérêts* »¹¹⁵⁰. Si cette décision a le mérite d'attester d'une certaine cohérence de chambres en matière d'utilisation des réseaux sociaux, elle sème néanmoins le doute quant à l'interprétation à donner à la notion de « *communauté d'intérêts* ». Appliquée au droit du travail, faut-il comprendre que seuls les messages publiés sur les murs des personnes ayant le même travail ou les mêmes occupations tombent sous la protection de la vie privée ?

450.- Le caractère insaisissable de la nature des TIC, ni privée ni publique, ressort avec force dans l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 12 février 2013 relative à l'utilisation en qualité de preuve, de la clé USB personnelle du salarié. Dans l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute grave pour avoir enregistré sur une clé USB des informations confidentielles relatives à l'entreprise et des documents personnels appartenant aux autres salariés.

Selon les termes de la décision, l'objet technologique, s'il est habituellement la propriété du salarié, devient accessible à l'employeur dès lors qu'il est connecté à l'ordinateur de l'entreprise¹¹⁵¹. La chambre sociale a en effet jugé qu' « *une clé USB,*

¹¹⁴⁸ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803 ; *JCP S.* 2007, 1538, note BAREGE (A.), BOSSU (B.).

¹¹⁴⁹ CA Poitiers 16 janv. 2013, n° RG 10/03521.

¹¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 11-19530, note BOSSU (B.), *JCP S* 2013, n° 23, p. 1237.

¹¹⁵¹ Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28649 : « *Attendu cependant qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail,*

dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles » et qu' « en conséquence, les dossiers et fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié ». Aussi, la clé USB d'un salarié se voit attribuer une nature hybride dont le caractère privé ou public, dépend de l'outil auquel elle est connectée. Elle s'avère être tantôt privée, lorsqu'elle est reliée à l'ordinateur personnel, tantôt « présumée être utilisée à des fins professionnelles », lorsqu'elle est reliée à un ordinateur de l'entreprise¹¹⁵². Cette dernière fonction autorise l'employeur à sanctionner le salarié en raison du contenu de la clé USB « si celui-ci caractérise un manquement à ses obligations professionnelles »¹¹⁵³, telle que peut l'être la copie d'informations confidentielles de l'entreprise.

451.- *A contrario*, le dictaphone d'un salarié est considéré comme personnel, ce qui interdit à l'employeur de procéder à l'écoute des enregistrements réalisés en l'absence du salarié ou sans qu'il ait été dûment appelé et ce, même si les enregistrements avaient été effectués dans les locaux de l'entreprise et visaient à recueillir des conversations de bureau à l'insu de ses collègues¹¹⁵⁴.

452.- Enfin, les courriels envoyés de l'ordinateur de l'entreprise à un autre salarié et dont le contenu a un caractère privé, portent également à confusion. Dans un arrêt en date du 2 février 2011, la chambre sociale a décidé que lorsque le courriel litigieux est en rapport avec l'activité professionnelle du salarié et échangé entre deux salariés d'une même entreprise, celui-ci revêt un caractère professionnel et ce, même si le contenu dudit courriel est en relation avec l'entourage du salarié émetteur et semble avoir un caractère

étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié » ; Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 783 du 1er juin 2013.

¹¹⁵² FROUIN (Ch.), *Gaz. Pal.*, n° 81-82, p. 29-30.

¹¹⁵³ BUGADA (A.), « clé USB connectée à l'ordinateur : présomption d'utilisation à des fins professionnelles », *Procédures*, n°5, mai 2013, comm. p. 152.

¹¹⁵⁴ Cass. soc. 23 mai 2012, n° 10-23521.

privé compte tenu de la liberté de ton employé et des relations entre les deux interlocuteurs¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁵ Cass. soc. 2 fév. 2011, n° 09-72449.

453.- Au regard de l'insuffisance du critère exogène de recevabilité de la preuve et de l'incohérence juridique que suscite l'apparition des TIC dans le contentieux du contrat de travail, les juges n'avaient d'autre choix que de procéder à la mutation de l'exigence de loyauté, suivant un processus d'objectivation. Ainsi, l'apparition des TIC au procès prud'homal modifierait la teneur et la portée de l'impératif de loyauté probatoire.

Face à l'inefficience des catégories et des principes juridiques existants, ils ont façonné les contours d'une nouvelle conception de la loyauté dans l'obtention de la preuve qui se concentrerait désormais autour des caractéristiques matérielles du support de la preuve. Influencé par le principe de transparence applicable dans les relations de travail, le critère endogène de recevabilité probatoire se traduirait au fond par « *la connaissance de la capacité d'enregistrement par l'auteur du message* »¹¹⁵⁶. A la différence de la connaissance personnellement requise du salarié lors de l'installation d'un dispositif de surveillance, cette connaissance aurait des caractéristiques propres et générales, transposables à l'ensemble des procédures.

¹¹⁵⁶ WEILL (L.), *JCP G*, n°30, 25 juil 2007, p. 43.

Section II. Le critère endogène de la recevabilité de la preuve électronique

454.- Sous l'influence des TIC, le critère de loyauté de la preuve se détacherait progressivement de toutes considérations morales. Rompant avec la conception subjective de la loyauté, il cesserait tout rapport avec l'attitude de l'une ou l'autre des parties dans le recueil de la preuve mais s'attacherait plus spécifiquement au constat d'une donnée précise et scientifique : « *la connaissance de la fonction mémorielle de l'objet électronique utilisé aux fins de preuve* ».

En d'autres termes, la recevabilité de la preuve sur support électronique se fonderait désormais sur un critère endogène, en ce sens qu'il aurait une cause interne et qu'il trouverait sa source dans la nature « *mnémonique* » des TIC. Eu égard aux divers sens concédés à la loyauté et aux multiples tournures qu'on lui attribue, il est légitime de se demander si cette notion n'en est pas dénaturée.

455.- A travers le prisme de la sociologie juridique, cette mutation des critères de recevabilité aurait une double explication. D'abord, la détermination des juges à encadrer les pouvoirs de l'employeur de critères stricts et intelligibles, confortée par d'autres aspirations visant à instaurer définitivement une logique de transparence dans l'entreprise, amèneraient à la transformation de l'exigence processuelle de loyauté de la preuve. Ensuite, elle se justifierait par la « *neutralité* »¹¹⁵⁷ conférée aux Technologies de l'Information et de la Communication, entendue comme leur autonomie vis-à-vis du conflit opposant les parties au procès¹¹⁵⁸ et déteindrait de manière irréversible sur le critère de recevabilité de la preuve sur support électronique, en proie à un processus d'objectivation¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ Par l'emploi du vocable « *neutralité* » nous adoptons une posture civiliste et rompons avec la conception européenne qui revient à « *proscrire toute discrimination ou contrainte au bénéfice d'un type particulier de technologies au motif que cette dernière évolue très rapidement et que le droit s'inscrit dans une perspective à plus long terme* » : BLANDIN-OBERNESSER (A.), « Le principe de neutralité technologique », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 243-259, spéc. p. 244.

¹¹⁵⁸ CURIEN (N.), WINSTON (M.), *La neutralité d'Internet*, éd. La Découverte, Paris, 2011.

¹¹⁵⁹ Dans le domaine des TIC, le principe de neutralité est en vogue depuis 10 ans et promu par la CNIL : il n'y a pas de bonnes et de mauvaises technologies mais simplement de bons et de mauvais usages selon les règles imposées par la loi. Le juge ne doit pas avoir d'a priori négatif ou positif mais juger de l'utilisation des TIC. Le rôle du juge en partenariat avec la CNIL va s'intensifier quant au contrôle de l'usage des TIC : TURK (A.), *La vie privée en péril, Des citoyens sous contrôle*, Odile Jacob, Paris, 2011.

456.- L'opportunité d'un tel critère apparaît à plusieurs égards¹¹⁶⁰. D'abord, il est suffisamment objectif pour être étendu à l'ensemble des technologies actuelles et à venir, notamment au courriel, à l'enregistrement d'un message sur une boîte vocale, aux fichiers ou aux SMS. Ensuite, la formulation employée par la chambre sociale semble suffisamment générale pour pouvoir être transposée au-delà des relations de travail, et ce quel que soit le type de contentieux. Enfin, ce critère n'est pas exclusif, il peut compléter le critère subjectif de loyauté jugé insuffisant, pour ainsi former le régime complémentaire et protecteur de la recevabilité de la preuve électronique.

Ainsi, d'une manière surprenante, l'ordinateur tendrait à l'humanisation et à l'amélioration de la procédure prud'homale. Le juge conjuguerait le critère exogène avec le critère endogène de la recevabilité de la preuve pour assurer une protection optimale des droits et libertés fondamentales du salarié. L'« effet-retour » des TIC précédemment évoqué, prendrait dans ce cas tout son sens.

Au demeurant, les signes de l'existence d'une conception objective de la recevabilité de la preuve étaient déjà présents dans le discours des juges du contrat de travail lors de l'installation des TIC au procès prud'homal (§I.) La preuve électronique n'a fait qu'accélérer la consécration de ce nouveau critère objectif de la loyauté et a participé à l'extension de son champ d'application. Il irrigue désormais l'ensemble de la procédure civile en même temps qu'il provoque l'atténuation du critère subjectif et moral de la loyauté, source d'équivocité des solutions judiciaires. De ces deux façons, les TIC participent à la convergence des procédures et s'inscrivent dans un processus global d'objectivation de la procédure (§II.).

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

§I. L'apparition du critère objectif de loyauté

457.- Issu d'une lente évolution, le critère objectif de loyauté trouverait sa source dans le principe plus large de transparence. Cette notion polysémique désigne aussi bien la qualité d'une institution, telle que peut l'être une entreprise, « *qui informe sur son fonctionnement et ses pratiques* »¹¹⁶¹, que la qualité de ce qui s'avère être « *facilement compréhensible et intelligible* »¹¹⁶².

458.- En droit du travail, ce principe est l'œuvre d'une construction jurisprudentielle progressiste et s'illustre par l'obligation de l'employeur d'informer de manière claire et précise, les salariés et leurs représentants de la mise en place d'un dispositif de contrôle de leur activité¹¹⁶³. La transparence suppose l'accessibilité et la lisibilité de l'information par l'ensemble des acteurs juridiques de l'entreprise autant que la proscription formelle des actes manipulatoires. En effet, l'exigence d'information ou de « *la mise à la connaissance de l'autre partie au contrat de travail* », ne s'applique pas *ab initio* au seul salarié. S'agissant du régime de protection contre le licenciement dont bénéficie un salarié protégé, la Cour de cassation, répondant aux caractères sérieux et nouveau d'une question prioritaire de constitutionnalité, a estimé que le fait de ne pas informer l'employeur de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise au plus tard lors de l'entretien préalable, constitue pour le conseiller du salarié, une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle de l'employeur¹¹⁶⁴. Dans une deuxième espèce la chambre sociale a jugé que le fait pour un conseiller prud'homal de ne pas avoir porté l'existence de son mandat à la connaissance de l'employeur empêchait le salarié de se prévaloir de son statut protecteur et « *constituait un manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur* »¹¹⁶⁵.

Dès lors, la promotion en droit du travail d'une forme de loyauté objective dans la relation contractuelle s'insère dans un mouvement général d'encouragement du droit processuel de tous les mécanismes participant à une meilleure « *transparence* »

¹¹⁶¹ Dictionnaire en ligne CNRTL : [www.cnrtl.fr].

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ Cass. soc. 27 février 2013, n°11-26029.

¹¹⁶⁴ Cass. soc. 14 sept. 2012, n° 11-28269.

¹¹⁶⁵ Cass. soc. 14 sept. 2012, n° 11-21307.

juridique », dont l'information du salarié est la pierre angulaire¹¹⁶⁶ (A.) et s'accompagne en toute logique d'un rejet des procédés manipulatoires et vexatoires (B.).

A. *L'exigence de transparence du dispositif de contrôle en droit du travail*

459.- A l'origine, l'exigence de transparence trouve résonance dans les relations collectives du travail¹¹⁶⁷. Entendue dans ce sens, la loyauté dans la négociation exige que « tous les acteurs de la négociation reçoivent les mêmes informations, les mêmes propositions, les mêmes contre-propositions, entendent les mêmes argumentations émanant d'une même personne »¹¹⁶⁸. Cette exigence d'information est strictement appliquée lorsqu'il est question d'utiliser les TIC dans l'entreprise. Par souci d'égalité envers l'ensemble des salariés, le législateur a mis en place un critère objectif relatif à la prise de connaissance des salariés du dispositif de contrôle mis en place par l'employeur.

1. *La double information*

460.- S'il est par principe interdit à l'employeur d'apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions¹¹⁶⁹, entraînant le rejet des fouilles, de la pose des glaces sans tain ou de caméras cachées, cette interdiction peut être levée lorsque la situation se révèle exceptionnelle, telle que peut l'être une période d'attentats. A titre d'exemple, la Cour de cassation a décidé qu'une entreprise concernée par des alertes à la bombe, peut, après consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, exiger l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁶ DABOSVILLE (B.), *L'information du salarié, contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse soutenue à l'Université de Paris X Ouest Nanterre, 2011 ; BIZEUR (F.), *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Thèse soutenue à l'Université de Lille 2, 2013.

¹¹⁶⁷ La négociation collective « appelle un minimum de confiance dans la rectitude du partenaire. Celle-ci ne se décrète pas, elle se conquiert. Elle implique bonne foi et loyauté dans la conduite de la négociation » : TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 577.

¹¹⁶⁸ PELISSIER (J.), « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.* 1997, p. 502.

¹¹⁶⁹ C. trav. art. L. 1121-1.

¹¹⁷⁰ Cass. soc. 3 avril 2001, n° 98-45818 CA Dijon, 14 sept. 2010, *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 27, obs. LEPAGE (A.) - V. égal., à propos de la non-déclaration d'un système de badgeage : Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-45.227 : *JurisData* n° 2004-023267 ; *D.* 2004, p. 2736, obs. DE QUENAUDON (R.) ; *JCP E* 2004, 1022, note BEAL (S.) et ROUSPIDE (M.-N.) ; Cass. soc. 3 novembre 2011, n° 10-18036.

Outre la déclaration obligatoire faite à la Commission nationale de l'informatique et des libertés sous peine de sanction¹¹⁷¹, l'employeur doit satisfaire à une double exigence d'information. La première illustre l'obligation de transparence de l'employeur vis-à-vis de la collectivité de travail. De manière générale, l'article L. 2323-13 du Code du travail pose en principe que « *le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail* ». L'alinéa 3 de l'article L.2323-32 du code du travail réitère l'obligation de consulter et d'informer le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel « *préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* »¹¹⁷². De même, le projet peut donner lieu à une consultation du CHSCT au regard de l'impact potentiel du dispositif sur le comportement et les conditions de travail des salariés.

Dans un second temps, l'employeur en vertu de l'article L. 1222-4 du Code du travail doit informer les salariés concernés individuellement et préalablement de la mise en place sur les lieux de travail d'un dispositif de surveillance permettant de collecter certaines informations¹¹⁷³. Ainsi, tout procédé clandestin ou dissimulé, tel que l'enregistrement d'images ou de voix et la filature, est en principe prohibé et tombe sous le coup de la déloyauté de la preuve. De l'application étendue de ce principe résulte l'interdiction de poser des dispositifs de géolocalisation dans les voitures de fonction ou de mettre en place des dispositifs biométriques sans en informer les intéressés.

2. La précision des informations

461.- L'article 6 de la norme simplifiée n°51 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés précise que l'employeur a l'obligation d'informer individuellement chaque salarié concerné dès qu'il envisage d'installer un dispositif de géolocalisation, tandis que la délibération de la CNIL du 7 mai 2009 impose ce mécanisme

¹¹⁷¹ Article 22 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978.

¹¹⁷² C. trav., art. L. 2323-32, al. 3. ; Cass. soc. 22 mai 1995, *Bull civ. V*, n°164.

pour la mise en œuvre de dispositifs biométriques¹¹⁷⁴. Le salarié doit avoir eu connaissance « *de la finalité ou des finalités poursuivie(s) par le traitement, des catégories de données de localisation traitées, de la durée de conservation des données de géolocalisation les concernant, des destinataires ou catégories de destinataires des données, de l'existence d'un droit d'accès et de rectification et d'un droit d'opposition et de leurs modalités d'exercice* »¹¹⁷⁵.

Cette information du salarié doit être précise et complète, les destinataires connus, le contenu explicite et le moyen technologique employé clairement déterminé, rappelle l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon en date du 14 septembre 2010¹¹⁷⁶ qui condamne un employeur à 1000 euros de dommages et intérêts pour « *exécution déloyale du contrat de travail* ». Pour justifier d'une utilisation personnelle du véhicule de la société par le salarié et du non-respect du Code de la route, l'employeur versait aux débats des éléments provenant du système de géolocalisation qu'il avait mis en place à bord du véhicule du salarié en se contentant pour le prévenir d'émettre une simple note de service, dont les destinataires sont « *inconnus et le contenu sibyllin ; qu'elle indique en effet 'Le service d'exploitation dispose de moyens informatiques destinés à gérer plus facilement les déplacements et suivi de clientèle' ; que le mot de géolocalisation n'y figure pas et ladite note ne peut en conséquence que laisser dans l'expectative ses destinataires quant à la nature des moyens informatiques mis à la disposition du service* ».

L'obligation de transparence est également reconnue par le Conseil d'Etat pour les agents fonctionnaires. Au visa des articles 39 et 45 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, il décide le 20 octobre 2010 que « *toute personne physique a le droit de demander à l'entreprise qui a recueilli des données à caractère personnel, l'identité du responsable, la finalité*

¹¹⁷³ Art. L.1222-4 C. trav. : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* » ; RADE (CH.), « La recherche de la vérité plus forte que le respect de la vie privée », *Lexbase Hebdo*, éd. Soc. n° 262, 31 mai 2007.

¹¹⁷⁴ Délib. CNIL n° 2009-316 du 7 mai 2009 « *portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail* ».

¹¹⁷⁵ Délib. CNIL n° 2006-067 du 16 mars 2006 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés ; Délib. CNIL n° 2005-019 du 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel.

¹¹⁷⁶ CA Dijon, chambre sociale, 14 sept. 2010, Mille Services/Rémi X.

poursuivie par le traitement et les conséquences qu'engendreraient un refus de sa part »¹¹⁷⁷.

L'objectif de transparence des décisions et agissements de l'employeur relatifs à l'utilisation des TIC dans l'entreprise, serait le corollaire de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. Cette conception connaîtrait un essor considérable en droit du travail, où s'installe progressivement le culte de la connaissance pleine et entière du salarié.

Les différents marqueurs de l'information, présents dans le discours des juges du contrat de travail, ne sont en réalité que les prémisses de l'émergence d'un critère endogène de la recevabilité de la preuve sur support électronique qui a vocation à se généraliser à l'ensemble des procédures.

B. Le rejet généralisé des techniques manipulatoires et vexatoires

Le refus d'accepter les éléments de preuve issus de procédés manipulatoires ou vexatoires s'observe aussi bien en droit du travail qu'en matière de divorce. Son extension progressive aux autres domaines du droit processuel démontre toute l'importance que prend désormais le principe de transparence.

1. Le rejet du stratagème en droit du travail

462.- *L'origine contractuelle de la loyauté objective.* « Une preuve ne peut être le fruit d'un piège, d'une ruse, d'un stratagème, auquel cas elle est nulle comme frauduleuse. »¹¹⁷⁸. Sa portée est telle qu'il n'est pas anodin que cette phrase fut écrite avec conviction par l'ancien Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'auteur rappelle légitimement que la preuve d'un fait, quel qu'en soit l'importance, ne peut être rapportée par des « *procédés frauduleux* » ou par des « *méthodes indignes* ». Cette position confirme que les preuves dans le contentieux prud'homal doivent être loyalement obtenues et ce, dans le respect des droits de la personne concernée.

¹¹⁷⁷ CE 9/10 SSR, 20 oct. 2010, n°327916, Société CENTRAPEL.

¹¹⁷⁸ WAQUET (PH), « Halte aux stratagèmes », *Sem. soc. Lamy*, 7 av. 2008, n° 1348, p. 5-9, spec. p. 5.

D'aucuns fondent cette évolution sur le principe de dignité du salarié¹¹⁷⁹ ; à tout le moins peut-on y voir l'affirmation d'un principe d'information dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, lui-même corollaire de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail¹¹⁸⁰. Plus qu'une origine morale, ce principe aurait alors une origine contractuelle.

463.- La sévérité des juges du contrat de travail. Sont exigés de l'employeur un comportement loyal et une transparence totale de ses décisions et agissements, le plus souvent réduits en pratique à la transmission de toutes les informations au salarié. La prise de connaissance du salarié ne peut être fictive, sous entendue ou partielle, la Haute juridiction exigeant la communication des informations entre l'employeur et le salarié « *même s'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le salarié ignorait l'existence de caméras vidéo* ». Est ainsi rejetée par le juge de manière constante et au visa de l'article 9 du CPC, toute preuve obtenue grâce à un dispositif inconnu des salariés tel que la filature¹¹⁸¹, le constat d'huissier usant d'une fausse identité¹¹⁸², l'utilisation de lettres piégées¹¹⁸³ ou tout autre stratagème employé par l'employeur lui-même ou par un huissier de justice¹¹⁸⁴.

Dans deux arrêts similaires en date du 18 mars 2008, la chambre sociale a cassé la décision des juges du fond accueillant les éléments probatoires obtenus par des actes de manipulation du salarié. Dans la première espèce, un agent EDF avait été mis à la retraite d'office après que des cadres de l'entreprise aient fait la constatation que ce salarié assurait le service dans le restaurant de son épouse. Pour obtenir cette preuve, l'employeur avait montré des photos du salarié intéressé et demandé aux

¹¹⁷⁹ WAQUET (PH), *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Cass. soc. 25 janv. 2012, n° 11-11374 : « *l'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation* » ; Sur l'absence d'information par un salarié de la situation de son épouse ne caractérisant pas un « *manquement à son obligation contractuelle de bonne foi* » : Cass. soc. 21 sept. 2006, n° 05-41155, *JCP S* 2007, 1038, com. BOSSU (B.) ; *RDT* 2006, p. 314, obs. DOCKES (E.).

¹¹⁸¹ Cass. soc. 22 mai 1995, n° 93-44078 : « *l'employeur avait fait suivre par un détective privé le salarié, donc à l'insu de celui-ci, [...] les comptes rendus de filature constituaient un moyen de preuve illicite* » ; soc. 26 nov. 2002, n° 00-42401 ; soc. 23 nov. 2005 : « *« si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés »*.

¹¹⁸² Cass. soc. 5 juill. 1995, RJS 1995, n°1110.

¹¹⁸³ « *L'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu* » : Cass. soc. 4 juill 2012, n° 11-30266, *Procédures* n° 10, oct. 2012, comm. 286, note BUGADA (A.). En l'espèce La Poste avait intégré dans la tournée d'une factrice des lettres « *ayant la particularité de diffuser une encre bleue si elles sont ouvertes* » pour la désigner coupables de l'ouverture des lettres et du vol de leur contenu.

¹¹⁸⁴ Cass. soc. 10 oct. 2007, n° 05-45898

cadres mandatés de se conduire comme de simples clients¹¹⁸⁵. La Cour de rappeler par l'emploi d'un leitmotiv juridique désormais fort employé : « *si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal* ».

Dans la seconde affaire, une vendeuse dans un magasin avait été licenciée pour faute grave pour détournements d'espèces, suite à la constatation par un huissier de la disparition à deux reprises du montant de certains achats qu'elle aurait perçu en espèces. Il ressort des faits que, pour obtenir la preuve de la faute du salarié, l'huissier « *avait organisé un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques, et par des tiers, qu'il avait dépêchés, des achats en espèces, puis en procédant après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée, à un contrôle des caisses et des registres des ventes* ». La Haute juridiction a rigoureusement écarté le constat d'huissier en estimant que « *si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve* »¹¹⁸⁶.

464.- La sanction des jugements au fond par la Cour de cassation est fondée sur le visa unique de l'article 9 du Code de procédure civile¹¹⁸⁷, rompant avec la tradition des juges du fond de fonder leur décision sur le principe de proportionnalité de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Cette « *non référence* » au principe de proportionnalité met en exergue la pleine volonté de la chambre sociale de se désengager des décisions précédentes et signifie avec force qu'il n'y a point de degré dans la loyauté de la preuve. Celle-ci est appréciée, à terme, et dans sa globalité.

465.- Si certains y reconnaissent, sans doute un peu tardivement, la consécration d'un principe de loyauté dans la production de la preuve¹¹⁸⁸, d'autres y voient l'interdiction

¹¹⁸⁵ Cass. soc. 18 mars 2008, n° 06-4503, *Procédures*, 2008, comm. 137, obs. PERROT (R.) ; WAQUET (PH), « Halte aux stratagèmes », *SSL*, 7 av. 2008, n° 1348, p. 5-9.

¹¹⁸⁶ Cass. soc. 18 mars 2008, n° 06-40852 ; *JCP S* 2008, 1396, note BOSSU (B.).

¹¹⁸⁷ CPC. art. 9 : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

¹¹⁸⁸ INES (B.), obs *D.* 2008, AJ 992.

intangibile du stratagème¹¹⁸⁹, peu importe la personne en cause (même l’huissier de justice ou le salarié¹¹⁹⁰) et l’objectif à atteindre – quand bien même il s’agirait de la vérité judiciaire.

Reste à savoir quel degré de fraude doit atteindre l’acte de l’huissier ou de la partie au litige pour être qualifié de stratagème et entraîner l’irrecevabilité de l’élément probatoire. Il nous est permis de croire que les juges retiendront une interprétation large de cette barrière à la manipulation des salariés, car si tout est « *techniquement possible* », tout ne peut être « *juridiquement permis* »¹¹⁹¹.

2. *Le rejet du stratagème en droit processuel*

466.- Le rejet du stratagème dans le recueil de la preuve et la consécration du principe de transparence ne sont pas les seuls apanages du droit du travail. Loin s’en faut, leurs effets s’observent également en matière de divorce.

Le recul du respect de l’intimité de la vie privée au profit d’un argumentaire fondé sur l’intention frauduleuse s’est construit en droit civil au milieu des années 90. Dans un arrêt en date du 29 janvier 1997, la deuxième chambre civile décide que pour écarter des débats des lettres de l’épouse à des tiers ainsi que son journal intime, le juge ne peut énoncer que leur production porte atteinte à la vie privée de celle-ci sans constater que le mari s’est procuré ces documents par fraude ou violence¹¹⁹². Le critère subjectif d’atteinte à la vie privée n’est plus opérant et le mécanisme de recevabilité de la preuve se teinte progressivement d’une logique cognitive : le consentement n’est pas requis mais s’il est obtenu, il ne peut l’être par un moyen manipulateur ou frauduleux. Le vice de connaissance d’une partie, autant que la violence, rendent le procédé de preuve déloyal et irrecevable à l’instance.

467.- *La procédure civile.* Malgré une forte résistance de la doctrine, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a étendu son raisonnement à la production du

¹¹⁸⁹ Une seule nuance peut être apportée au rejet généralisé du stratagème dans l’appréciation de la loyauté de la preuve : la reconnaissance de la validité du « *testing* » par la chambre criminelle : Cass. crim. 11 juin 2002, *RJPF* 2002, 10/13, note PUTMAN (E.) ; BOSSU (B.), « Chapitre IV. La loyauté », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, (dir.) TEYSSIE (B.), Economica, Paris, 2010, p. 185-207.

¹¹⁹⁰ Cass. soc. 29 janv. 2008, *RJS* 2008, n° 379.

¹¹⁹¹ RAY (J.-E.), *Dr. soc.* n°9/10, sept.-oct. 2011, p. 938.

¹¹⁹² Cass. civ. 2^e, 29 janv. 1997, *D.* 1997, p. 296, note BENABENT (A.).

journal intime d'un époux en qualité de preuve¹¹⁹³. Par une application *in extenso* de l'article 259 du Code civil¹¹⁹⁴, elle a ensuite décidé, que l'autorisation de produire, par dérogation au droit commun, les lettres missives et le journal intime d'une personne est applicable au courriel lorsqu'il permet d'établir les relations adultères d'une épouse¹¹⁹⁵.

Cette solution est loin de faire l'unanimité dans les juridictions du fond. Dans une affaire de divorce traduite devant la cour d'appel de Versailles en date du 29 janvier 2004¹¹⁹⁶, l'époux produisait des courriels obtenus avec le code d'accès de l'adresse familiale. Au soutien de la recevabilité de ces preuves, il indiquait que les courriers électroniques produits avaient été obtenus sans aucune fraude dans la mesure où le code d'accès à la messagerie n'était pas secret, s'agissant d'un forfait et de l'adresse Internet familiale. La cour a décidé que les messages électroniques en cause avaient été « *appréhendés sur des messageries personnelles qui supposent pour y accéder la double connaissance d'un pseudonyme et surtout d'un mot de passe ou d'un code secret qui n'apparaît que sous la forme d'un astérisque sur l'écran ; qu'ils ne pourraient donc, en application des articles 9 et 259-2 du code civil, qu'être écartés des débats comme constitutifs d'une violation de l'intimité de la vie privée et attentatoires au principe d'inviolabilité des correspondances, faute d'avoir obtenu l'accord de leur auteur* ».

Employant le champ lexical de la connaissance, la juridiction se montre réfractaire à l'accueil d'un courriel sans l'accord de son auteur et adopte une position protectrice de la partie au détriment de laquelle la preuve a été recueillie. D'autant que l'autre partie qui produit la preuve bénéficie d'une présomption d'obtention légale de celle-ci. En effet, lorsqu'un courriel est employé comme l'élément de preuve d'un adultère, il appartient à l'époux qui invoque les violences ou les fraudes visées à l'article 259-1 du code civil d'en rapporter la preuve¹¹⁹⁷.

Toutefois, certains juges du fonds s'appliquent scrupuleusement à suivre la logique de la chambre civile, en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse en date du 7

¹¹⁹³ Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, *Bull civ II*, n°85

¹¹⁹⁴ C. civ. art. 259 : « *Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux* ».

¹¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 04-13745 : « *les relations injurieuses pour le mari entretenues par la femme avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privée* » ; « *la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a justement déduit, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que des violations graves et renouvelées des obligations du mariage étaient démontrées* ».

¹¹⁹⁶ CA Versailles 29 janv. 2004, 2^e ch., 2003-01521

¹¹⁹⁷ Cass. civ., 16 fév. 1983, n°81-12732.

novembre 2006 admettant qu'un époux peut verser aux débats les lettres échangées avec son conjoint ou entre son conjoint et un tiers, à condition de ne pas les avoir obtenues par violence ou par fraude.

468.- La procédure pénale. Au regard de la montée en puissance du principe de transparence en droit processuel, la procédure pénale tient lieu d'exception. Cette altérité s'explique essentiellement par le fait que l'objectif de vérité judiciaire y prime sur la loyauté de la preuve. Compte tenu de la gravité des faits exposés au procès pénal, la mise en balance des intérêts pèse quasi-systématiquement en faveur des droits de la défense et plus particulièrement du droit à la preuve. Dans son célèbre arrêt du 11 mai 2004, la chambre criminelle a admis l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée en tant que preuve, dès lors que l'enregistrement est justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime – en l'espèce le salarié - et pour les besoins de sa défense¹¹⁹⁸. Ainsi, la chambre criminelle admet-elle de manière constante que les procédés de preuve sont recevables même quand ils ont été obtenus à l'appui d'un stratagème privé, c'est-à-dire profitant de la méconnaissance d'une partie, dans le but de prouver une fausse accusation¹¹⁹⁹.

Une nuance doit cependant être apportée quant aux preuves recueillies par les représentants de l'autorité. Avec constance, la chambre criminelle prohibe sévèrement l'utilisation d'artifices et de stratagèmes par les officiers de police judiciaire ou par les juges au cours de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire¹²⁰⁰.

Au vu de cette divergence de chambres, le rejet de principe de tous les procédés manipulatoires et vexatoires se fonderait sur l'inégalité des parties préalablement au procès. En droit du travail le déséquilibre contractuel existant justifierait l'interdiction faite à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour se constituer des preuves¹²⁰¹. L'employeur pourrait abuser de son autorité et de

¹¹⁹⁸ Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85521

¹¹⁹⁹ Cass. crim. 30 mars 1999, n° 97-83464 : les documents ou enregistrements remis par une partie ou un témoin et obtenus par des procédés déloyaux peuvent être joints à la procédure par le juge d'instruction ; Cass. crim. 13 juin 2001 ; Cass. crim 31 janv 2007.

¹²⁰⁰ Cass. crim., 9 oct. 1980, n° 80-93140 ; 4 juin 1991, n° 91-81809 ; 23 juill. 1992, n° 92-82619 ; 26 sept. 1995, n° 95-83071 ; 27 févr. 1996, n° 95-81366.

¹²⁰¹ Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 89-41.052 : « Attendu que la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute ».

son pouvoir de direction ; il occuperait une place de stratège dans l'entreprise aussi bien au regard de la stratégie de ressources humaines à adopter que du mécanisme de contrôle de l'activité des salariés mis en place dans l'entreprise.

La myriade de possibilités ainsi offerte à l'employeur de piéger la compréhension du salarié et d'obtenir des preuves ne permettrait pas au salarié de riposter à armes probatoires égales ; d'autant plus si c'est à celui qui invoque la fraude de la prouver.

Aussi était-il plus pertinent de mettre en place un critère neutre et cognitif fondé sur la nature des TIC, favorisant tout autant la prise de connaissance du salarié.

§II. L'affirmation du critère objectif de loyauté

469.- La réalisation de l'objectivation de l'exigence de loyauté s'est effectuée, telle une rupture dans le discours juridique¹²⁰², rapidement et de manière irréversible sous l'incidence de la preuve électronique. Elle a ensuite pénétré l'ensemble des procédures suivant un processus lent et sinueux.

470.- Pour la première fois dans l'arrêt « *Néocel* »¹²⁰³ en date du 20 novembre 1991, la chambre sociale affirme au visa de l'article 9 du Code de procédure civile¹²⁰⁴ que l'enregistrement du comportement et des paroles d'une salariée au moyen d'une caméra dissimulée dans une caisse est une preuve illicite : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ». L'enregistrement d'une conversation téléphonique que le salarié a tenue avec son employeur est un procédé déloyal qui rend la preuve obtenue irrecevable en justice que l'auteur de l'enregistrement soit un employeur ou un salarié¹²⁰⁵. Cette décision, par l'emploi de l'acception « *à son insu* », signe le début de l'objectivation du principe de loyauté probatoire dans le contentieux prud'homal.

¹²⁰² Cf. *infra*. n° 488 s.

¹²⁰³ Cass soc 20 nov. 1991, n°88-43120.

¹²⁰⁴ CPC art. 9 : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

¹²⁰⁵ Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-45814 : une cadre responsable transport, licenciée pour faute grave, fait grief aux juges du fond d'avoir écarté des débats l'enregistrement de conversations téléphoniques entre un représentant de l'entreprise et elle-même ainsi que le procès-verbal de retranscription par un huissier. (on en conclut que les enregistrements ne sont pas près d'être reçus).

A partir de cette date, les juges n'ont cessé de condamner les procédés de contrôle non contradictoires utilisés aux fins de preuve, à l'appui d'acceptations issues du champ lexical de l'information. En tête de cette liste, la formule prononcée de façon lancinante par la Cour : « *l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* »¹²⁰⁶. Sont également dénombrées parmi les acceptations appartenant à ce même champ lexical : les salariés doivent être « *dûment avertis* »¹²⁰⁷ de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, l'employeur ne peut procéder à la fouille de l'armoire qu' « *en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu* »¹²⁰⁸.

Ainsi, de l'étude du discours juridique et de la comparaison des différents systèmes procéduraux, peut-on faire émerger les nouvelles qualités que revêt le critère objectif de la loyauté de la preuve électronique. Il est possible de l'identifier selon deux éléments distincts. Le premier se caractérise par la présence d'un élément technique et matériel, propre à la nature technologique de l'objet communicant employé en qualité de preuve : la fonction mémoire ; le second par l'exigence d'un élément cognitif, désigné par la connaissance des parties de la fonction d'enregistrement de l'appareil (**A.**). En proie aux mêmes transformations issues des TIC, les autres procédures se sont réappropriées peu à peu les nouveaux contours de la loyauté de la preuve, consacrant définitivement la prédominance du critère endogène de recevabilité lorsque la preuve est produite sur support électronique (**B.**).

A. La composition du critère objectif de recevabilité de la preuve électronique

471.- A la lecture des décisions ayant pour objet la recevabilité de la preuve électronique, on constate que les juges du contrat de travail exigent de celle-ci deux éléments cumulatifs. Pour être admise au titre de preuve dans le contentieux prud'homal, le document électronique produit doit revêtir un élément technique et un élément cognitif. Le défaut d'un seul de ces éléments entraîne le rejet de la preuve électronique des débats.

¹²⁰⁶ Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44078 ; Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219.

¹²⁰⁷ Cass. soc. 14 mars 2000, n° 98-42090.

¹²⁰⁸ Cass. soc. 11 déc. 2001, n° 99-43.030.

1. L'élément technique du critère

472.- La définition de l'élément technique. L'élément technique du critère se résume en la capacité de l'objet communiquant à enregistrer des propos ou des textes. Il exige donc d'une part, que la preuve soit contenue sur un support électronique et d'autre part, que ce support ait une fonction mémoire. La première condition est consubstantielle à la preuve électronique qui par définition contient une information sur support numérique. En revanche, toutes les technologies ne sont pas dotées d'une fonction mémoire et ne vont donc pas déclencher le contrôle jurisprudentiel de la loyauté de la preuve.

En d'autres termes, les juges du contrat de travail, lorsqu'ils opèrent un contrôle de la recevabilité objective du critère de loyauté, semblent vérifier que la preuve fournie a été recueillie sur un support électronique capable d'enregistrer des informations.

473.- La fonction mémorielle du support de la preuve. A travers le prisme technique, l'application du critère objectif de la loyauté de la preuve requiert que soit produit devant les juges un support électronique, disposant d'une fonction mémoire.

Il s'agit de la « *fonction mnésique* », étudiée par nombre de chercheurs qui reconnaissent aux Technologies de l'Information et de la Communication comme à l'écrit, des qualités d'« *hupomnêmata* »¹²⁰⁹. Leur finalité première est de conserver et de transmettre la mémoire. « *Ils constituent un matériel et un cadre pour des exercices à effectuer fréquemment : lire, relire, méditer, etc.* »¹²¹⁰ et permettent la constitution de soi.

Au vrai, cette « *fonction mnésique* », par un moyen externe à l'homme¹²¹¹ permet « *de se souvenir* » des actes et agissements d'une partie au contrat de travail. La technique, en tant que résultat de ce que LEROI-GOURHAN a nommé « *le processus d'extériorisation* », est en effet intrinsèquement liée à une structure de mémoire.

¹²⁰⁹ « *Les hupomnêmata, au sens technique, pouvaient être des livres de compte, des registres publics, des carnets individuels servant d'aide-mémoire [...] L'écriture des hupomnêmata s'oppose à cet éparpillement en fixant des éléments acquis et en constituant en quelque sorte 'du passé', vers lequel il est toujours possible de faire retour et retraite* ». FOUCAULT (M.), « L'écriture de soi », « Corps écrits », n°5, *L'Autoportrait*, fév. 1983, p. 3-23 in *Dits et écrits*, 1976-1988, T.II, Gallimard, Paris, 2001, p. 1234-1249, spéc. p. 1239.

¹²¹⁰ FOUCAULT (M.), *id.*, p. 1238. V. sur la comparaison entre les qualités de l'écrit et de la lecture : SENEQUE, *Lettre à Lucilius*, Les Belles Lettres, Paris, 1957.

Toutes les Technologies de l'Information et de la Communication ne remplissent pas le critère technique. Pour exemple, en l'état actuel de la science, les différents dispositifs de surveillance ne peuvent être envisagés comme entrant dans la catégorie des systèmes enregistreurs. Les écoutes à distance ou les caméras de vidéosurveillance n'ont pas automatiquement un dispositif d'enregistrement et peuvent être suivies en temps réel par un vigile. La Cour de cassation est donc bien fondée à déclarer dans son communiqué de presse : *« de façon constante, les chambres civiles de la Cour de cassation, se fondant sur l'article 9 du Code de procédure civile et les articles 6 ou 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, prohibent l'utilisation, à titre de preuve, d'enregistrements de conversations téléphoniques ou vidéo faits à l'insu de leurs auteurs, en raison de leur caractère déloyal »*¹²¹².

474.- L'appréhension jurisprudentielle de l'élément technique. Le célèbre arrêt du 23 mai 2007¹²¹³ illustre parfaitement ce raisonnement judiciaire en présence d'une preuve électronique ; il entérine le critère endogène et technique de l'admissibilité de la preuve et en dessine les contours.

La Cour de cassation y rappelle en premier lieu que l'enregistrement d'une conversation contrevient à l'exigence de loyauté de la preuve. En second lieu, elle admet de manière inédite que le procédé de preuve par SMS remplit l'exigence de loyauté en raison de sa capacité à enregistrer l'information d'un côté, et de la connaissance par l'émetteur de cette capacité d'un autre côté : *« si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »*. Dans sa motivation, la chambre sociale

¹²¹¹ SIMONDON (G.), *loc. cit.* : « Les objets fabriqués par l'homme, ou « artefacts », sont ainsi les « béquilles de l'esprit », des « prothèses » en un sens particulier de ce terme – puisqu'ici la « prothèse » ne vient pas remplacer un organe manquant mais rendre possible l'esprit ».

¹²¹² En ligne : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arrêt_n_18657.htm].

¹²¹³ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209, *Gaz. Pal.* 1er juin 2007, n° 152, p. 18-19 ; parmi les nombreux commentaires : CASTETS-RENARD (C.), « Gare aux SMS ! » *D.* 20 sept. 2007, n° 32, p. 2284-2287, WEILLIER (L.), « Les SMS adressés à une salariée sont recevables comme moyen de preuve d'un harcèlement », *JCP G.* 25 juil. 2007, n° 30, p. 41-44 ; BOSSU (B.), « Licenciement : le SMS n'est pas un mode de preuve déloyal », *JCP S.*, 31 juin 2007, n° 31, p. 15-17.

emploie un vocabulaire technique inhabituel et rappelle la capacité de l'objet communicant à enregistrer les informations.

L'arrêt du 6 février 2013¹²¹⁴ marque un véritable tournant jurisprudentiel, en ce qu'il pose définitivement les critères propres à la catégorie des modes de preuve électronique. La chambre sociale de la Cour de cassation franchit un pas supplémentaire en reconnaissant la loyauté probatoire d'un message vocal laissé sur un répondeur. Un salarié avait utilisé un message vocal enregistré par son employeur, sur lequel il lui demandait de ne pas se rendre au travail, pour prouver qu'il avait été licencié verbalement. La Cour de décider : *« si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».*

Si l'arrêt de 2007 pouvait encore laisser penser à un mouvement jurisprudentiel ponctuel, les décisions qui le suivent¹²¹⁵ ne font que confirmer l'idée d'un revirement de jurisprudence, par lequel la chambre social s'attache à redessiner avec précision les contours de la notion objective de la loyauté de la preuve. Cette évolution entraîne une convergence des conceptions de la loyauté défendues par chacun des systèmes judiciaires et témoigne avec force de l'impact des TIC sur le droit processuel général.

2. L'élément cognitif du critère

475.- L'élément cognitif est l'élément principal de la recevabilité de la preuve électronique. Il se définit comme la connaissance de la fonction d'enregistrement par la personne réceptrice du message oral ou écrit. Selon la formule élaborée par la Cour, l'auteur *« ne peut ignorer que [les messages] sont enregistrés par l'appareil récepteur »*. L'ignorance de la capacité mnémonique entraîne le rejet de l'élément probatoire.

¹²¹⁴ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹²¹⁵ V. pour exemple l'arrêt de la chambre sociale en date du 14 janv. 2014, n° 12-16218 qui admet la recevabilité des éléments de preuve issus d'un chronotachygraphe et ce, même en l'absence de déclaration du procédé à la CNIL : *« l'absence de déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés de l'emploi de cet appareil ne saurait le priver de la possibilité de se prévaloir, à l'égard du salarié, des*

Dans l'arrêt du 23 mai 2007¹²¹⁶, l'absence de visa est significative, la Cour se fonde uniquement sur le nouveau concept de transparence (et de son contraire le concept d'ignorance) qu'elle a pris soin d'ériger, par la formule désormais communément employée en droit du travail : « *dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »¹²¹⁷.

L'utilisation de la tournure négative, du verbe « *pouvoir* », ainsi que du présent de l'indicatif souligne le caractère incontournable de cette exigence : la personne en question n'avait pas les moyens matériels ou sociaux-culturels de détenir cette information.

Certaines incertitudes subsistent ; il s'avère difficile de savoir qui est désigné par cette tournure : est-ce le salarié de l'espèce ou toute personne utilisatrice des nouvelles technologies ? Quelle est la nature de la connaissance requise de l'auteur du message ?

476.- Au vrai, la connaissance de l'auteur est fictive et non effective. Les juges n'ont pas à interroger l'employeur visé pour savoir s'il a réellement conscience de la fonction d'enregistrement de l'appareil, ils se fondent sur la connaissance générale de toute personne qui emploie de manière habituelle les technologies de l'information et de la communication. Aussi, cette conception théorique de la connaissance résulte-t-elle de la création d'une nouvelle fiction juridique : celle du bon utilisateur des technologies. Cette figure moderne ne représente pas chaque protagoniste au procès mais bien un archétype nécessaire à l'application du droit.

Reste à savoir comment les juges définissent les contours juridiques de cet archétype. Prennent-ils pour exemple l'utilisateur de la « *génération Z* » ou la personne de la génération précédente ?

Ainsi, la présence d'une preuve sur support électronique contribue à l'élaboration prétorienne de nouvelles catégories juridiques, dont le modèle et le contenu évoluent en fonction des données actuelles de notre temps.

informations fournies par ce matériel de contrôle dont le salarié ne pouvait ignorer l'existence » ; *Procédures* n°3, mars 2014, comm. 75, note BUGADA (A.) ; *JCP S*, n° 21, 27 mai 2014, p. 24-28, note BOSSU (B.).

¹²¹⁶ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209, *op. cit.*

B. Le déploiement du critère objectif de recevabilité de la preuve électronique

477.- La conception objective de la loyauté, fondée sur l'information de l'enregistrement des propos de l'autre partie au contrat, est désormais bien ancrée dans la jurisprudence de l'ensemble des chambres de la Cour de cassation. L'utilisation des TIC aux fins de preuve provoque une explosion du contentieux relatif au contrôle de la loyauté de la preuve dans l'ensemble des domaines¹²¹⁸.

En droit du travail, la chambre sociale ne cesse de réemployer la formule élaborée dans l'arrêt « *Néocel* » pour, soit admettre un moyen de communication en qualité de preuve électronique¹²¹⁹, soit le rejeter de la catégorie des modes de preuve électronique. Tel est le cas dans l'arrêt précité du 6 février 2013¹²²⁰ recevant les messages téléphoniques vocaux comme procédés recevables en justice. Elle a également admis la production par l'employeur des bandes d'enregistrements d'émissions diffusées sur les ondes radio pour justifier le licenciement d'une animatrice, aux motifs que les émissions étaient publiques donc « *non enregistrées à l'insu de la salarié, de sorte que le mode de preuve était licite* »¹²²¹.

La deuxième chambre civile partage la conception de la chambre sociale. Dans un arrêt en date du 7 octobre 2004 portant sur la preuve du prêt d'une somme d'argent, elle a jugé : « *que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* »¹²²². Au visa des articles 9 CPC et 6 de la CESDH, la Cour énonce que l'enregistrement à l'insu de l'auteur des propos est contraire au principe de loyauté mais ne constitue pas une atteinte à la vie privée : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée et*

¹²¹⁷ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹²¹⁸ Depuis les années 90, 68 décisions de la Cour de cassation ont fait évoluer la question.

¹²¹⁹ Cass. soc. 16 mars 2011, n° 09-43204 : la Cour rappelle : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu de l'auteur des propos est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ».

¹²²⁰ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹²²¹ Cass. soc. 23 juin 2010, n° 09-41906.

¹²²² Cass. civ., 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, D. 2005, p. 122, note BONFILS (Ph.).

conservée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ».

Dans le même sens, la deuxième chambre civile a confirmé la décision de la cour d'appel « *ayant relevé que l'intéressé n'avait pas été informé, de ce que les conversations en cause, qui n'entraient pas dans le champ des stipulations contractuelles, avaient été enregistrées, la cour d'appel a exactement retenu que les enregistrements litigieux, réalisés par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus, constituait un procédé déloyal rendant irrecevable leur production à titre de preuve* »¹²²³.

La chambre commerciale s'est également prononcée sur la recevabilité d'un procédé issu des TIC dont la capacité d'enregistrement n'était pas connue de la personne intéressée dans un arrêt en date du 25 février 2003¹²²⁴. Pour démontrer la rupture abusive du contrat de concession conclu entre deux sociétés, la société requérante produisait aux débats l'enregistrement de l'entretien téléphonique et sa retranscription dactylographique entre son président du conseil d'administration et le directeur commercial de la société défenderesse. La Cour de constater : « *qu'il n'est pas contesté que l'enregistrement téléphonique litigieux a été effectué dans les locaux de la société DROA et par son gérant, à l'insu de son correspondant, le directeur commercial de la société Toyota, ce dont il ressort que ce moyen de preuve, sous sa forme sonore ou écrite, avait été déloyalement obtenu* »¹²²⁵.

Entérinant cette jurisprudence construite « *à petits pas* », la chambre commerciale a, dans un arrêt de principe du 3 juin 2008 et au visa de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, explicitement énoncé que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* »¹²²⁶.

478.- L'Assemblée plénière de la Cour de cassation est intervenue le 7 janvier 2011 dans le sens d'une harmonisation processuelle de la notion de loyauté de la preuve

¹²²³ Cass. civ. 2^e, 9 janv. 2014, n° 12-17875.

¹²²⁴ V. également : Cass. com. 27 mars 2001, n° 99-10045 ; Cass. com. 29 mars 2011, n° 10-16100 ; CA Riom, ch. com., 25 juin 2008, n° RG 07/02227.

¹²²⁵ Cass. com 25 fév. 2003, n° 01-02913.

¹²²⁶ Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-17147 et 07-17196.

électronique. Elle vient consacrer la conception objective de la loyauté de la preuve en fondant sa décision sur un principe autonome de loyauté dans l'administration de la preuve sur support électronique : « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* »¹²²⁷.

Cette appréhension audacieuse de la loyauté illustre la volonté de la jurisprudence de donner à la preuve électronique, un cadre commun et des outils adaptés à son appréhension.

¹²²⁷ Cass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14316, 09-14667.

Conclusion du Chapitre I.

479.- S'il a longtemps été uniquement subjectif, c'est-à-dire en étroite relation avec le comportement du sujet qui procède à la production de la preuve, le critère de recevabilité de la preuve arbore désormais, un penchant plus objectif. Pour pallier l'insuffisance du critère exogène de recevabilité en présence d'une preuve électronique, le juge des relations de travail se réfère à une réalité extérieure aux parties, plus objective et plus scientifique.

480.- En définitive, pour que la preuve issue des TIC soit jugée recevable plusieurs conditions entrent en jeu, selon que le moyen de preuve constitué soit issu d'un dispositif de surveillance collectif ou d'un « *échange électronique individualisé* » entre le salarié et une ou plusieurs personnes. Dans le premier cas, l'employeur doit remplir des obligations préliminaires, à savoir : organiser préalablement à l'introduction d'un système de vidéo-surveillance, une information collective et individuelle effective¹²²⁸. A défaut, l'enregistrement, quels qu'en soient les motifs d'images ou de paroles, constitue « *un mode de preuve illicite* »¹²²⁹. Certains moyens de contrôle des salariés échappent toutefois à cette obligation, tel est le cas de la « *simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édité au moyen de l'autocommutateur téléphonique* »¹²³⁰. Pour justifier cette tolérance jurisprudentielle, une partie de la doctrine souligne que la fonction première de l'autocommutateur, « *qui est un dispositif dont l'objectif est de permettre d'orienter les appels téléphoniques des salariés* »¹²³¹, n'est pas de contrôler les appels. Dans le second cas, la preuve est recevable lorsqu'il est communément reconnu que le moyen de communication utilisé permet l'enregistrement des informations transmises. Le juge du contrat de travail contrôle alors la connaissance de la fonction mémorielle de l'objet utilisé aux fins de preuve.

¹²²⁸ Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-43866 ; Cass. soc. 10 janv. 2012, n° 10-23482. Sur les conséquences : Cass. soc. 6 av. 2004, n° 01-45227. La chambre sociale s'est fondée sur l'article L2323-32 (anciennement L432-2-1) du code du travail pour affirmer que l'utilisation du système de vidéosurveillance de la clientèle pour contrôler les salariés sans en avertir le CE ni les salariés est un moyen de preuve illicite : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise* ».

¹²²⁹ Cass. soc. 28 sept. 2011, n°10-18720.

¹²³⁰ Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-45279 ; Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42937.

¹²³¹ REROLLE (N.), « Contrôle de l'activité des salariés et respect de la vie privée », *Les Cahiers Lamy du C.E.*, 2008.

481.- De ces constats résulte une plus grande sévérité de la part des juges dans le contrôle de recevabilité de la preuve lorsque celle-ci se présente sur support électronique ou numérique. Cette sévérité se vérifie d'autant plus quant à la méthode employée pour contrôler la recevabilité de ce type de preuve.

Chapitre II. La méthode d'appréciation de la recevabilité de la preuve

482.- Sous l'influence des TIC, la méthode juridique, entendue comme l'opération intellectuelle du juge s'incluant dans un cheminement global de pensée et dont la finalité est d' « *d'établir ou de démontrer la vérité [judiciaire] suivant certains principes et un certain ordre* »¹²³², se teinterait progressivement des particularismes propres à la méthode scientifique.

483.- Les méthodes classiquement adoptées par les juges disposent de caractéristiques spécifiques liées au fonctionnement du système judiciaire dans lequel elles s'insèrent. Néanmoins, le domaine juridique n'échappe pas au hiatus épistémologique constaté dans les autres domaines de la connaissance. A l'instar des philosophes et des sociologues qui distinguent « *la méthode d'exposition des résultats obtenus de celle qui a été suivie pour y parvenir* »¹²³³, les juges empruntent une logique décisionnelle double. Elle résulte de deux méthodes différentes, suivies consciemment ou non par les juges.

La première méthode juridique se présente sous la forme d'une méthode de recherche¹²³⁴. Sa fonction est essentiellement investigatrice. Elle constitue un effort de l'esprit et nécessite la réunion de toutes les forces matérielles et humaines de travail pour parvenir à la vérité judiciaire. Le juge va peser chaque élément et s'appuyer sur divers arguments pour produire une « *décision-résultat* »¹²³⁵. Cette

¹²³² Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005.

¹²³³ ARNAULD (A.), *La logique de Port-Royal*, éd. Nouvelle par Alfred FOUILLEE, Paris, 1878.

¹²³⁴ Elle se différencie en partie de la méthode telle que la conçoit DESCARTES. Il la définit comme « *un ensemble de règles que l'on peut formuler grâce à un retour réflexif de la pensée sur elle-même, afin de limiter le plus possible les risques d'errance dans la recherche* » : DESCARTES (R.), *Règles pour la direction de l'esprit, Œuvres philosophiques*, I, IV, p. 90-91 ; DESCARTES (R.), *Discours de la méthode*, Vrin, Paris, 2^e éd., 1939.

¹²³⁵ Le raisonnement juridique est une « *dérivation de chaînes d'inférences et les manipulations de classes : juger pour le juriste, c'est rejeter ou accepter, l'appartenance d'un objet à une classe, rejeter ou accepter les propriétés d'un objet ou d'une classe au cours d'un cheminement intellectuel dont chaque nœud correspond à un élément de décision, ou à un micro-jugement. Cette démarche se distingue de l'analyse syllogistique classique du jugement, puisqu'elle remet en cause les notions de majeure et de mineure, souvent assimilées à l'opposition tranchée entre faits et droit* ». BOURCIER (D.), *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, PUF, Paris, 1995, p. 108.

méthode ne compte pas dans ses objectifs les exigences de certitude, de facilité ou d'efficacité du raisonnement¹²³⁶ et peut parfois relever simplement de l'intuition.

La seconde méthode juridique est la méthode syllogistique. Elle a une fonction heuristique et se présente comme un ordre pour exposer une pensée ou des connaissances de manière intelligible. L'application du syllogisme à la réponse judiciaire, que l'on retrouve en droit du travail¹²³⁷, a une fonction purement pédagogique et ne rend pas compte de la structure et du mode de raisonnement réels du processus décisionnel. Au vrai, cette logique de standardisation des décisions sous la forme déductive¹²³⁸, n'est utile pour le juge que dans l'objectif d'expliquer son jugement¹²³⁹. Ce dernier se présente alors comme une « *reconstruction-décision* ».

484.- Aussi, la mission de la doctrine consisterait à reconstituer le raisonnement du juge avant sa « *sylogisation* » pour déterminer quelles sont ses caractéristiques et sa structure première en présence d'une preuve sur support électronique. La vérification selon laquelle l'introduction des TIC, comme objets décisionnels, entraînerait une modification du mode et de la structure du raisonnement judiciaire s'avère nécessaire ; de même que de déduire les conséquences qu'elle amènerait sous l'angle de la théorie générale du procès, en termes de temps ou de qualité de la justice.

485.- Les deux méthodes évoquées ne subissent pas les mêmes transformations sous l'influence des TIC. L'étude des jurisprudences révèle que la méthode syllogistique n'est en rien heurtée par l'apparition des TIC aux prétoires¹²⁴⁰. *A contrario*, la méthode de recherche semble connaître une évolution due à la présence d'un objet communicant.

¹²³⁶ DESCARTES énumère les critères d'une bonne méthode : « *Par méthode, j'entends des règles certaines et faciles, grâce auxquelles tous ceux qui les observent exactement ne supposeront jamais vrai ce qui est faux, et parviendront, sans se fatiguer en efforts inutiles mais en accroissant progressivement leur science, à la connaissance vraie de tout ce qu'ils peuvent atteindre* » DESCARTES (R.), *Règles pour la direction de l'esprit, Œuvres philosophiques*, I, IV, p. 90-91. De cette assertion, les auteurs dégagent les exigences de certitude, de facilité et d'efficacité ; la méthode servirait « *à diriger les idées chez ceux qui en ont et à les développer afin, d'en retirer les meilleurs résultats possibles* » : BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865. En ligne : [www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/bernard_medecine_exp.pdf].

¹²³⁷ L'emploi de la méthode syllogistique paraît plus surprenant encore en droit du travail. Ses caractéristiques humanistes entreraient directement en confrontation avec les prérequis de la science, il serait le domaine par excellence où le droit paraît nécessairement « *sans rigueur...trop humain...sinueux...imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité* » : CARBONNIER (J.), *Fléxible droit*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1979, p. 2.

¹²³⁸ VATINET (R.), « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, (dir.) TEYSSIE (B.), Economica, Paris, 2011, p. 207-229, spéc. p. 209.

¹²³⁹ « *Le juge ne dit pas toujours ce qu'il fait* » : GEA (F.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, 2009, T. II, V. I., n° 475, p. 1192.

¹²⁴⁰ L'opposition tranchée entre le fait et le droit n'est pas remise en cause par l'utilisation des TIC : v. HEBRAUD (P.), « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, PUF, Paris, 1969, spéc. p. 31. Pour exemple,

Le juge, calquant son raisonnement sur le système informatique, adopte une logique binaire et automatique pour apprécier la recevabilité de la preuve. Il accepte ou rejette l'élément produit sans réflexion juridique préalable. Cette pratique rompt de manière significative avec la démarche cognitive suivie traditionnellement par les juges pour contrôler la recevabilité d'un élément probatoire. Le vocabulaire et la technique juridique employés par la Cour de cassation, la teneur ainsi que le rythme de la réponse judiciaire sont en tous points originaux et indiquent la présence d'un nouveau modèle dans son raisonnement. Cet instrument issu de la « *soft law* »¹²⁴¹ apparaît alors comme une simplification schématisée de l'objet décisionnel – ici la preuve sur support électronique ou numérique – permettant la systématisation du raisonnement.

486.- Interroger les logiques de décision¹²⁴² imposait d'entreprendre *a priori* une réflexion sur la démarche scientifique à adopter dans cette étude. L'étude empirique¹²⁴³ semble être la plus à même de rendre compte de la dimension « *constative* » du modèle comportemental élaboré par la jurisprudence. La démarche de ROSS n'a d'autre égal pour observer l'architecture du raisonnement du juge ou pour juger de ses priorités dans le choix des facteurs intervenant dans sa décision¹²⁴⁴. Ancrée dans la réalité des faits, elle permet la saisie des régularités, des répétitions, des convergences et des divergences des jugements,

dans l'arrêt du 12 février 2013, n°11-28649 sur l'utilisation d'une clé USB, la solution est exposée sous une forme purement syllogistique. Cet arrêt publié au bulletin a d'ailleurs une structure particulièrement épurée et pédagogique : exposé des faits (conf. arrêt), règle de droit : « *Attendu cependant qu'une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié* », solution : « *la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹²⁴¹ THIBIERGE (C.), « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, oct-déc. 2003, p. 599-627.

¹²⁴² Sur la distinction entre les « méthodes logiques » et les « méthodes historiques » empruntées par le juge, v. CARDOZO (B. N.), *La nature de la décision judiciaire*, trad. CALVES (G.), Dalloz, Paris, 2011, spéc. p. 47.

¹²⁴³ C'est une conception objectiviste et scientifique du droit qui peut également être appelée « réalisme anti-idéaliste » par opposition au réalisme platonicien. SERVERIN (E.), « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société*, n°50, 2002, p. 59-68.

¹²⁴⁴ ROSS (A.), *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. MILLARD (E.), MATZNER (E.), Paris, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; GUASTINI (R.), « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in *Théorie du droit et science*, dir. AMSELEK (P.), Paris, PUF, 1994, p. 262. « *la question de savoir dans quels rapports se trouvent, en réalité le texte figé et les motifs libres dans l'interprétation [...] ne peut naturellement être résolue d'une manière générale, mais seulement par l'analyse des méthodes qui actuellement gouvernent la juridiction dans un temps et un moment donnés* ». V. également les théories réalistes qui dans le même ordre d'idée prennent en compte les facteurs juridiques et extra juridiques (psychologiques, sociologiques, religieux, etc.) pour expliquer les décisions des juges : TROPER (M.), CHAMPEILS-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (C.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 2005 et notamment : MILLARD (E.), « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in *Théorie des contraintes juridiques*, dir M. TROPER, V. CHAMPEIL-DEPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 143-154.

lorsqu'ils ont pour objet la preuve sur support électronique. Aussi met-elle en lumière tous les marqueurs de l'identification prétorienne d'un modèle. **(Section I).**

Le prisme empirique se révèle également opportun pour évaluer la portée du modèle, c'est-à-dire sa capacité prédictive. Il dépasse l'idée d'une force obligatoire de la norme et mesure l'influence effective que toute forme d'« *idéal-type* »¹²⁴⁵ pourrait exercer *a posteriori* sur le comportement des acteurs juridiques¹²⁴⁶. *A maxima*, le modèle serait doté d'effets normatifs en ce qu'il inspirerait l'interprétation des juges et induirait la modélisation¹²⁴⁷ de leur raisonnement **(Section II).**

¹²⁴⁵ WEBER (M.), *Essais sur la Théorie de la Science*, Pocket, Paris, 1992, p. 172-173.

¹²⁴⁶ THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 2009.

¹²⁴⁷ Sur la question de la modélisation des décisions au fond : BERGEL (J.-L.) (dir.), « La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice », *Cahiers de méthodologie juridique*, n°15, RRJ n° spéc., 2000 ; ARNAUD (A.-J.), *La modélisation de la décision complexe en droit, quelques pistes de recherches*, Les Cahiers du CIRESS, Toulouse, n°2, déc. 1996, p. 7.

Section I. L'identification du modèle du « bon utilisateur des technologies »

487.- L'absence de statut juridique de la preuve électronique ainsi que l'imprévisibilité des juridictions du travail à rejeter ou à admettre un objet technique ou scientifique comme élément probatoire, pourraient donner gage aux défenseurs d'un « *no-bridge entre le droit et la science* »¹²⁴⁸. La vérité juridique et la vérité scientifique appartiendraient à des mondes différents et étanches. Pourtant, la construction par la chambre sociale de la Cour de cassation d'un modèle, à l'origine apanage du domaine scientifique¹²⁴⁹, démontre que les liens entre la science et le droit du travail sont étroits, quasi-consubstantiels depuis l'apparition des TIC aux prétoires.

Concrètement, l'insécurité juridique en présence de ce type de preuve a entraîné une réaction de la Haute Juridiction, jouant pleinement sa fonction d'harmonisation et de mise en cohérence des décisions judiciaires. Le « *carcan probatoire* », sur une dynamique essentiellement prétorienne, n'est pas sujet à un éclatement mais à un enrichissement méthodique et rationnel. Cet enrichissement s'illustre par l'apparition d'un modèle dans le discours juridique. Reste à déterminer quelles en sont les manifestations dans le contentieux du contrat de travail.

Il n'est pas aisé de repérer un modèle dans le discours juridique. Caché derrière le syllogisme juridique, il s'identifie habituellement par la présence d'un invariant dans une succession de décisions judiciaires, et d'une technique décisionnelle constante. L'étude comparative des jurisprudences permet alors de déterminer « *le mode et le sens de la variation, le type de changement qui se donne entre antécédents et conséquents* »¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ Cette absence de « pont » entre le droit et la science s'explique par l'idée défendue par certains auteurs, selon laquelle, le droit n'aurait pas à influencer les domaines scientifiques, au nom de la liberté de la science ; réciproquement, les paradigmes scientifiques ne devraient pas avoir de répercussion dans le domaine juridique : VIDONNE (P.), « Preuve juridique, preuve scientifique : un cas de no bridge ? », communication in *Preuve juridique, preuve scientifique*, colloque. Paris, 8 décembre 2011. V. comme pionnier de cette réflexion : CAVERS (D.F.), « Law and science, some points of confrontation », in *Law and the social role of science*, Rocketfeller University Press, New York, 1966, spéc. p. 5.

¹²⁴⁹ Le modèle est une représentation simplifiée issue des sciences, et ce bien que le droit civil des contrats soit reconnu pour être un lieu propice au développement des modèles, tel que le modèle de la vente, car il laisse une place sans doute plus importante que le droit du travail (même si la distinction rationalité formelle/rationalité matérielle est obsolète) à ce que WEBER nomme la rationalité formelle qui repose sur des « *interprétations logiques conformes à des concepts juridiques abstraits* ».

¹²⁵⁰ LITRE (E.), BAUDENEAU (J.), BEGUE (Cl.), Dictionnaire de la langue française, Encyclopedia Britannica, Paris, 1987, V. « Méthode ».

Le modèle juridique se définit également par sa fonction. Il a une utilité non négligeable car il est par essence ce qui accomplit une description et peut servir d'objet d'imitation jurisprudentiel. Lorsqu'un objet décisionnel est difficile à comprendre et à appréhender (ici il s'agirait d'un document électronique dont il faut évaluer la recevabilité en tant que preuve), les juges construisent un modèle juridique qui puisse s'appliquer de manière systématique aux comportements ou objets dits similaires¹²⁵¹.

Le modèle s'inscrit donc dans le temps du procès. Il est « *à construire de toutes pièces et se construit en même temps qu'il est sollicité comme point d'ancrage de la comparaison* »¹²⁵². Le juge va cheminer vers la décision de justice et « *dans un même mouvement souverain décrire le comportement en cause et l'évaluer par rapport à un modèle qu'il construit ou que la jurisprudence a construit avant lui* »¹²⁵³.

En définitive, la création par les juges d'un modèle sous l'influence des TIC peut se déduire de deux constatations. En premier lieu, elle se reconnaît sous la forme d'une rupture dans le raisonnement judiciaire, facteur déclencheur de la création du modèle. En matière de preuve électronique, cette rupture se matérialise par la prise de position de la chambre sociale dans un arrêt en date du 23 mai 2007¹²⁵⁴, confortée par les chambres civile et commerciale (**§I**).

La seconde déduction émane de la présence d'un raisonnement nouveau et original, construit sur un modèle dont les caractéristiques propres et authentiques lui permettent d'être imité. Cet invariant apparaît à plusieurs reprises dans la jurisprudence des relations de travail et notamment dans l'arrêt remarqué de la chambre sociale en date du 6 février 2013¹²⁵⁵ (**§II**).

¹²⁵¹ Elle postule que « *la connaissance de ce modèle et de la façon dont il a été construit apporte une connaissance du phénomène qu'il simule* » : MOLES (A.), NOIRAY (A.) cités par BARAQUIN (N.), BAUDART (A.), DUGUE (J.), LAFFITTE (J.), RIBES (F.), WILFERT (J.), *Dictionnaire de philosophie*, 4e éd. Armand Colin, Paris, 2011, spéc. p. 340.

¹²⁵² VERKINDT (P.-Y.), « Le raisonnable en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. TEYSSIE (B.), Economica, Paris, p. 43- 55, spéc. p.52.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.

¹²⁵⁵ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

§ I. Le facteur d'identification du modèle : la rupture dans le discours juridique

488.- A l'origine d'un nouveau modèle juridique, les TIC joueraient indirectement un rôle dans la création du droit. Elles participeraient tant à l'objectivation des critères de recevabilité¹²⁵⁶, qu'à la mise en adéquation des méthodes de raisonnement et d'appréciation de ces critères.

489.- L'« *antinomie du droit de la preuve électronique* » s'est illustrée dans le contentieux prud'homal par l'absence de cohérence et de « *systématisation* »¹²⁵⁷ dans la prise de décision judiciaire. La divergence de position des juges du contrat de travail à propos de la recevabilité des TIC en qualité de preuve a semé le doute dans la doctrine et l'insécurité juridique des justiciables.

Si en principe toutes les preuves sur support numérique ou électronique sont recevables devant les juges prud'homaux¹²⁵⁸, (parmi lesquelles on dénombre les fichiers numériques, les enregistrements d'images, les mails, les SMS, les extraits de conversation sur téléphone fixe ou portable, les fichiers d'ordinateur ou de tablette numérique et la capture d'écran d'une « *page Facebook* »), certains objets communicants sont systématiquement rejetés par les juges, tels que les courriels ou les enregistrements vocaux. Cela revient à leur nier toute capacité probatoire.

Dès lors, ni la nature de l'objet communicant (quelle que soit la famille technique à laquelle il appartient), ni la qualité de la personne qui le produit (qu'il s'agisse d'une partie ou d'un tiers au procès) ne permet de présupposer de la recevabilité ou non de celui-ci. En d'autres termes, il n'existe pas d'adéquation entre la catégorie technique des TIC et la catégorie juridique des preuves électroniques recevables.

Cette situation rendait indispensable l'intervention de la Cour de cassation.

Rompant avec ses raisonnements précédents, la chambre sociale a réagi à cet « *état de droit incertain* » par l'adoption d'une position nette et tranchée. En

¹²⁵⁶ Cf. *Supra*. n° 409 s.

¹²⁵⁷ VATINET (R.), *op. cit.*, p. 211.

témoigne l'existence d'une rupture dans le discours juridique qui présage l'apparition d'un modèle. Elle se matérialise dans le raisonnement du juge par un point de scission qui marque la discontinuité entre la situation juridique antérieure et la nouvelle position du juge. Ces signes de rupture relèvent d'une part, de la technique juridique adoptée par la Cour de cassation (**A.**) ; d'autre part de l'architecture binaire de la solution rendue par la Cour de cassation (**B.**).

A. La technique juridique adoptée par la Cour de cassation

490.- En droit du travail comme en droit civil, la façon de juger la recevabilité d'une preuve électronique s'est révélée paradoxale et s'est illustrée par un manque de linéarité et de cohérence. Pour remédier à cette situation, la Cour de cassation adopte une position claire et univoque, dont le recours à l'arrêt de principe semble être le signe déclencheur.

Au vrai, les auteurs conseillent de tenir compte non pas du dispositif de l'arrêt mais de la qualité de la question posée ainsi que de la nature du contrôle opéré pour déterminer la portée d'un arrêt. Aussi, si « *la question était de principe, l'arrêt aura la valeur d'un arrêt de principe, peu important que pour le rendre la Cour de cassation ait dû casser la décision qui lui était déférée ou ait rejeté le pourvoi* »¹²⁵⁹. Fort de ce constat, les arrêts rendus au sujet de l'enregistrement de propos à l'insu de leur auteur, du SMS, du message vocal laissé sur un répondeur et des propos émis lors d'une conversation téléphonique rapportée par un tiers, semblent prendre la forme d'arrêts de principe, symboles de la présence d'une rupture dans le raisonnement judiciaire et annonceurs de l'apparition d'un modèle.

491.- *L'enregistrement téléphonique à l'insu de l'auteur des propos.* La question de l'utilisation d'un enregistrement téléphonique en qualité de preuve a suscité l'incertitude judiciaire, en témoigne l'instabilité des juridictions civile, commerciale et sociale à

¹²⁵⁸ « *En matière prud'homale, la preuve est libre* ». Ce principe a été posé par un arrêt de la chambre sociale en date du 27 mars 2001, n°98-44666.

¹²⁵⁹ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2013, spéc. p. 37.

déclarer ce type de technique recevable ou non¹²⁶⁰. La Cour de cassation a dû à de nombreuses reprises sanctionner les raisonnements des cours d'appel acceptant cette forme de preuve.

Dans le contentieux prud'homal, pour juger de la validité du licenciement d'un salarié ayant refusé d'effectuer un acte après la modification de son contrat de travail, la chambre sociale en 1999 comme la cour d'appel de Paris le 20 septembre 1996, se sont fondées sur le compte-rendu d'audition des enregistrements téléphoniques entre le salarié et son supérieur hiérarchique. La Cour de cassation de décider en se fondant sur les enregistrements litigieux: *« en relevant que le salarié n'aurait pas connu les données essentielles de la situation et qu'ainsi, il ne pourrait lui être reproché de ne pas être ponctuellement intervenu sur le marché à moyen terme, la cour d'appel a dénaturé le compte-rendu d'audition des enregistrements téléphoniques et a ainsi violé l'article 1134 du Code civil »*¹²⁶¹. Dans cette affaire, la recevabilité intrinsèque des enregistrements ne prêtait pas à débat et était donc implicitement reconnue par les juges du fond.

En droit civil, la cour d'appel de Versailles le 16 janvier 2003 a également accepté ce moyen produit par des héritiers pour prouver que la somme en cause avait été prêtée et non donnée. Elle a, pour ordonner le paiement de la dette à l'emprunteur, admis les enregistrements des conversations se fondant sur l'absence d'atteinte à la vie privée car *« aucun fait relevant de la vie privée n'était révélé »*.

L'arrêt de la deuxième chambre civile en date du 7 octobre 2004 met un terme au tâtonnement judiciaire et statue en faveur de l'irrecevabilité de l'enregistrement téléphonique à l'insu de la personne. La Cour de cassation casse et annule la décision de la cour d'appel de Versailles de 2003 et se dégage de toute considération subjective. A l'appui d'un arrêt de principe, elle affirme : l'*« enregistrement d'une conversation*

¹²⁶⁰ Le droit pénal n'est pas inquiété par cette incertitude, il est totalement autonome s'agissant des modes de preuve recevables : Cass. Crim., 31 janvier 2007, n° 06-82.383 *« Ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel qui, après en avoir contradictoirement débattu, admet comme mode de preuve, la production de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'elle est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et par les besoins de sa défense »* et en ce qui concerne l'interdiction de principe de l'enregistrement par les autorités de contrôle sauf lorsque le procédé répond aux exigences strictes de la loi : Cass. plén. 24 novembre 1989, n° 89-84439 *« Selon l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans les conversations téléphoniques que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi. Ainsi, les articles 81 et 151 du Code de procédure pénale ne permettent qu'au juge d'instruction d'ordonner, dans certaines conditions, des écoutes et des enregistrements téléphoniques »*.

¹²⁶¹ Cass. soc. 7 février 1999, n° 96-45319.

téléphonique privée, effectuée et conservée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »¹²⁶².

492.- Le SMS (message écrit téléphoniquement adressé). Avant le 23 mai 2007, la question de l'intégration des SMS dans la catégorie des objets communicants éligibles au rang de preuve restait en suspens, et ce bien que l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse en date du 14 février 2003 ait annulé le licenciement pour faute grave d'une négociatrice immobilière sur le fondement de plusieurs SMS. Elle retenait que *« la teneur des messages de l'employeur ne laisse aucun doute quant à la nature des relations qu'il aurait souhaité engager avec la salariée »*.

La Cour de cassation en 2005¹²⁶³ avait cassé et renvoyé la décision de la cour d'appel de Toulouse devant la cour d'Agen aux motifs qu'il n'était pas établi que celle-ci avait été licenciée pour avoir subi ou refusé de subir ces agissements. Elle ne se positionnait pas sur la recevabilité de la preuve mais uniquement sur le fond du litige, laissant une part de doute subsister.

Ces procédés de preuve ne portent plus à controverse depuis l'affirmation explicite par la chambre sociale de leur capacité probatoire le 23 mai 2007¹²⁶⁴. Contrairement à l'idée reçue en droit, cet arrêt de rejet est un arrêt de principe en ce qu'il règle une question de principe et exprime une réelle prise de position des juges¹²⁶⁵.

493.- Le message vocal laissé sur un répondeur téléphonique. La recevabilité d'un message vocal laissé sur un répondeur est désormais ancrée dans la pratique judiciaire. S'agissant de la preuve d'agissements de harcèlement moral effectués à l'encontre d'un délégué syndical, la chambre sociale de la cour d'appel d'Angers le 5 juillet 2011 a relevé *« que les termes des deux messages, l'un vocal, l'autre écrit, sont identiques quant à l'expression de la menace qu'ils véhiculent ; cette identité de termes, leur rapprochement dans le temps, et l'unité de circonstances dans lesquelles ils se situent autorisent à considérer qu'il s'agit d'un acte isolé, dont il n'est pas établi qu'il s'est répété dans une*

¹²⁶² Cass. 2^e civ. 7 oct. 2004, n°03-12653.

¹²⁶³ Cass. soc. 20 avril 2005, n°03-41916.

¹²⁶⁴ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.

¹²⁶⁵ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2013, spéc. p. 37.

*autre unité de temps et particulièrement, postérieurement à la sanction dont [le salarié] a fait l'objet de la part de l'employeur »*¹²⁶⁶.

Le célèbre arrêt de principe de la chambre sociale en date du 6 février 2013¹²⁶⁷ consacre définitivement la recevabilité de ce type de preuve électronique : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ». La Haute juridiction fait application d'une opposition purement technique, qui de prime abord peut paraître absconse pour qui n'utilise pas couramment les nouvelles technologies, puisqu'elle distingue l'enregistrement d'une conversation téléphonique du message vocal laissé sur un répondeur téléphonique.

Au vrai cette solution relève du bon sens, en ce qu'elle distingue la manœuvre frauduleuse de l'utilisation courante d'un objet technologique.

494.- Les propos émis lors d'une conversation téléphonique puis rapportés par un tiers. Une divergence d'interprétation entre les juges du fond apparaissait à l'étude des jurisprudences quant à la recevabilité à titre de preuve d'une conversation téléphonique rapportée.

Pour accueillir ce type de preuve, la chambre commerciale de la cour d'appel de Riom le 25 juin 2008 a procédé à la distinction entre l'enregistrement en temps réel d'une conversation téléphonique et le fait pour un témoin de rapporter des propos tenus lors d'une conversation téléphonique. Elle admet de manière explicite : « *le droit d'un témoin de rapporter les propos qu'il a entendus dans un échange téléphonique, n'est pas assimilable à un enregistrement de la conversation téléphonique à l'insu de l'interlocuteur* »¹²⁶⁸. Une salariée licenciée avait introduit une demande de dommages et intérêts pour défaut de conseil et d'information au soutien de laquelle, elle produisait une attestation d'un tiers ayant entendu sa conversation téléphonique avec un juriste conseil. A rebours des décisions d'autres cours

¹²⁶⁶ CA Angers 5 juillet 2011, n° de RG: 10/00910.

¹²⁶⁷ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹²⁶⁸ Cour d'appel de Riom le 25 juin 2008, n° de RG: 07/02227.

d'appels¹²⁶⁹, la cour d'appel de Riom a accepté ce moyen de preuve sous couvert que *« l'attestation en question qui reproduit le dialogue entendu, a été intégralement rapportée dans le jugement déféré ; que cette attestation est circonstanciée et ne peut être déclarée mensongère [...] que toute personne qui téléphone peut savoir qu'un tiers peut entendre ce que dit son interlocuteur voire entendre, si un micro est branché, ce qu'elle dit elle-même ; que dès lors l'attestation est recevable »*.

La chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 octobre 2009 casse et annule cette décision, elle décide que la procédure de retranscription des propos téléphoniques émis, tout comme la preuve par enregistrement à l'insu de l'auteur des propos sont irrecevables : *« La captation, l'enregistrement ou la transmission d'une conversation téléphonique privée, au moyen d'un procédé quelconque effectué et conservé à l'insu de la personne à qui on l'oppose, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »*¹²⁷⁰.

Mettant un terme aux différentes interprétations judiciaires, la chambre sociale de la Cour de cassation le 16 mars 2011¹²⁷¹ pose en principe qu'un tiers ne peut pas rapporter le contenu des conversations téléphoniques qu'il a entendu : *« Mais attendu que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ; que c'est, par suite, à bon droit que la cour d'appel, qui a retenu que la pièce produite par la caisse devant elle et contenant le témoignage d'un tiers à l'entreprise ayant entendu à l'insu du salarié une conversation téléphonique entre ce salarié et son interlocuteur avait été obtenue de manière déloyale, a décidé qu'elle devait être écartée des débats ; que le moyen pris en sa deuxième branche n'est pas fondé »*. Elle tranche ainsi la question de la recevabilité d'une preuve électronique indirecte.

Cette décision a également pour intérêt de nourrir le débat quant à la présence d'un double niveau de preuve. Il semble que lorsqu'une preuve traditionnelle (le témoignage) s'ajoute à la preuve électronique jugée irrecevable (l'enregistrement téléphonique), le second détermine l'irrecevabilité du mécanisme probatoire global.

¹²⁶⁹ Trois mois après l'arrêt de la cour d'appel de Riom, la cour d'appel de Rouen a rendu un arrêt contraire le 8 septembre 2009, le pourvoi se fondait sur l'arrêt de la Cass. soc. 16 déc. 2008, n°07-43993 déclarant recevable ce mode de preuve.

¹²⁷⁰ Cass. com. 13 octobre 2009, n° 08-19525.

¹²⁷¹ Cass. soc. 16 mars 2011, n° 09-43204.

Par l'utilisation de la technique de cassation la plus répandue, l'arrêt de principe, la Cour de cassation semble avoir méthodiquement « fixé »¹²⁷² la recevabilité des quatre moyens probatoires sur support électronique les plus utilisés par les justiciables.

B. L'architecture du nouveau mécanisme décisionnel

495.- La comparaison des arrêts que la Cour de cassation a émis au sujet de la preuve sur support électronique au milieu des années 2000 par rapport à ceux rendus quelques années auparavant, dénote une rupture dans l'architecture du raisonnement judiciaire. La Haute juridiction rompt avec la logique proportionnelle, entendue comme la mise en balance de plusieurs objets ou valeurs. La recevabilité probatoire a en effet longtemps été appréciée au regard de plusieurs éléments variables et selon un degré d'importance.

Pour juger de la recevabilité de quatre moyens de communication différents, les juges adoptent un schéma identique. Le raisonnement qu'ils suivent s'illustre par l'association d'une caractéristique technique à une catégorie juridique. Les juges n'emploient pas la méthode de la pondération caractérisée par la recherche d'un équilibre¹²⁷³, mais adoptent un mécanisme décisionnel qui se démarque par son caractère binaire et rationnel. Ces qualités augurent l'apparition d'un modèle dans le discours judiciaire car elles ne laissent place ni à l'interprétation ni à la réflexion juridique mais font la part belle à l'automatisme décisionnel.

1. La structure binaire de la logique judiciaire

496.- La structure des arrêts rendus au sujet de la recevabilité de la preuve électronique a pour spécificité d'être binaire, elle ne comporte en effet que deux états. Cette structure particulière rappelle celle de « l'enthymème »¹²⁷⁴ décrit par ARISTOTE, comme un

¹²⁷² Même si l'on sait que les juges lui succédant ne sont en principe pas tenus par ces décisions.

¹²⁷³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, op. cit : dans le Livre V le philosophe ambitionne de « Définir quelle sorte de moyenne constitue la justice, et trouver par rapport à quels extrêmes la justice est bien le milieu », spéc. p. 143.

¹²⁷⁴ ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. CHIRON (P.), Paris, Flammarion, 2007, [1357a 15], p. 132.

syllogisme abrégé, réduit à deux propositions qui convient à un raisonnement rapide et logique.

Plusieurs marqueurs du discours judiciaire témoignent de cette binarité. D'abord, il est constaté la présence d'une opposition grammaticale composée des termes « *il est...* » et « *il n'en est pas...* ». Cette locution corrélatrice qui sert à exprimer une seule alternative (« *soit il est /soit il n'est pas* ») rappelle la structure du système informatique, dans lequel le langage se résumerait à un zéro ou à un complément (0 ou 1).

Suivant cette logique, la catégorie de la preuve électronique serait résiduelle et le juge du contrat de travail suivrait ce type de raisonnement : « *si le moyen technologique produit n'est pas un procédé déloyal alors il entre dans la catégorie des preuves recevables* ».

A maxima, le juge en présence d'un élément technique ou scientifique procéderait de façon manichéenne : l'instrument serait soit teinté de déloyauté et rejeté, soit il représenterait un outil de vérité recevable.

497.- La structure binaire de la décision de recevabilité de la preuve électronique se démarque sensiblement des décisions portant sur les autres modes de preuve produits dans le contentieux prud'homal. Le juge du contrat de travail y applique régulièrement le principe de proportionnalité, entendu comme un rapport relatif de grandeur entre deux quantités. A titre d'exemple, la chambre sociale a rejeté la filature d'un salarié au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « *une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* »¹²⁷⁵.

Aussi la technique juridique employée par la Cour de cassation permet-elle d'identifier une rupture dans le raisonnement judiciaire en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique. Elle se matérialise par l'existence d'une seule

¹²⁷⁵ Cass. soc. 26 nov. 2002, 00-42401

alternative : le juge a le choix entre l'assimilation ou la non assimilation à la catégorie de la preuve sur support électronique.

2. La rationalisation de la logique judiciaire

498.- Toute méthode adoptée lors de la prise d'une « *micro décision juridique* »¹²⁷⁶ a un impact sur l'organisation, la structure et le temps du procès. La phase d'appréciation de la recevabilité de la preuve électronique n'échappe pas à cette règle.

499.- Une nouvelle organisation des connaissances juridiques résulte de l'intégration des TIC et du caractère binaire de logique de recevabilité de la preuve. Le raisonnement judiciaire est alors divisé en deux étapes distinctes – l'admissibilité d'une part, et l'appréciation d'autre part - au bénéfice d'un meilleur fonctionnement de la justice. En effet, les arrêts de la Cour de cassation démontrent qu'en présence d'une preuve électronique, l'étude du litige au fond par les juges du contrat de travail, est bien distincte du contrôle de la recevabilité de la preuve. La recevabilité est l'unique objet de la décision comme le prouve la motivation de la chambre sociale dans son arrêt en date du 6 février 2013¹²⁷⁷ : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ».

500.- Ce constat contraste avec l'appréciation par les juges du fond des autres formes de preuve, dont la recevabilité est parfois conditionnée au fond du litige. Cette liberté leur est permise par la chambre sociale de la Cour de cassation qui rappelle fréquemment, au visa de l'article 1315 du Code civil, le caractère souverain de l'appréciation de la recevabilité de la preuve par les juges du contrat de travail¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ Juger c'est « *rejeter ou accepter l'appartenance d'un objet à une classe [...] au cours d'un cheminement intellectuel dont chaque nœud correspond à un ensemble de décisions ou à un micro-jugement* » : BOURSIER (D.), *op. cit.*, p. 108.

¹²⁷⁷ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹²⁷⁸ Cass. soc. 7 déc. 2011, n° 07-45689 ; Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-12930 ; Cass. soc. 7 mars 2012, n° 10-16611 ; Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-27694.

Ainsi, la présence d'une preuve sur support électronique mettrait un terme à la mauvaise pratique des juges consistant à fusionner les étapes d'appréciation de l'admissibilité et de la pertinence de la preuve, au profit d'une décision opportuniste¹²⁷⁹. La doctrine a clairement mis en évidence la tendance des juridictions travaillistes à admettre la recevabilité d'un élément probatoire uniquement en fonction de sa capacité à résoudre le litige¹²⁸⁰. Cette forme de « *légitimité remontante* »¹²⁸¹ concédée à la preuve, irait à l'encontre de la sécurité juridique et de la théorie de la force probante¹²⁸². La preuve électronique entraînerait l'évolution de la recevabilité de la preuve vers une phase procédurale à part entière, dont l'autonomie et le sens technique confinaient aux caractéristiques de la procédure de « *fin de non-recevoir* »¹²⁸³ de l'article 122 du Code de procédure civile.

En outre, le concours de la Cour de cassation aurait un impact sur la structure et le temps du procès prud'homal puisqu'il exclurait l'adéquation des phases de recevabilité et d'appréciation de la valeur probante de la preuve. A la distinction entre le temps de la réunion des preuves et le temps de l'appréciation des preuves¹²⁸⁴, s'ajoutent de nouvelles sous-distinctions, entraînant la rationalisation du processus décisionnel lorsque son objet est une preuve électronique.

501.- L'idée philosophique selon laquelle les TIC auraient une influence favorable sur le droit comme science juridique¹²⁸⁵ prend toute sa force. Elles favorisent la mise en cohérence des réponses judiciaires dans la droite lignée d'une amélioration de la qualité de la justice. C'est dire si le modèle comme le standard assurent « *le transport des messages qui relie entre eux des systèmes apparemment autonomes* »¹²⁸⁶.

¹²⁷⁹ ATIAS (Ch.), « Admissibilité et pertinence ou force des preuves (pour un retour à la moralité des débats) », *D.* 2009, p. 2056.

¹²⁸⁰ OUDIN (M.), « Preuve. Règles générales », *J. Cl. Civil*, art. 1315 et 1315-1, fasc. 10, n° 59 et s. ; v. notamment la notion de « *procès civil d'importance* ».

¹²⁸¹ ATIAS (Ch.), *loc. cit.*

¹²⁸² Elle se résumerait au proverbe communément véhiculé selon lequel « *la fin justifie les moyens* ».

¹²⁸³ CPC art. 122 : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

¹²⁸⁴ LECLERC (O.), « La distinction entre la 'preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente? », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 55-77, spéc. p. 72 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique' », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 79-95.

¹²⁸⁵ Par cette prise de position, nous nous plaçons dans la droite lignée de la pensée philosophique de l'association *Ars Industrialis*, inspiré des travaux de Jacques DERRIDA. V. notamment : STIEGLER (B.), *Réenchâtrer le monde – La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006.

¹²⁸⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, spéc. p. 103.

Le temps du procès se trouve singulièrement étendu et scindé en deux périodes bien définies. Ainsi, lors de la phase de recevabilité, les TIC suscitent un véritable « *retour à la moralité des débats* »¹²⁸⁷ et servent la finalité première du procès : la recherche de la vérité judiciaire.

Au demeurant, les TIC participent à la mise en adéquation des méthodes de raisonnement et d'appréciation des critères de la recevabilité de la preuve. Elles jouent sans conteste un rôle dans la création du droit. La présence d'un objet d'imitation dans la logique judiciaire permet notamment d'observer les signes de cette évolution et d'en mesurer la portée.

§II. Les marqueurs d'identification du modèle : la présence d'un objet d'imitation dans la technique judiciaire

502.- Le modèle est une construction juridique inspirée des paradigmes de la science.

Dérivé du latin « *modus* », le modèle signifie « *mesure* » et se rapporte à l'origine à une notion d'architecture. Les physiciens sont les premiers à s'être emparés de ce concept, pour élaborer la théorie de l'analogie physique, entendue comme « *cette ressemblance partielle entre les lois d'une science et les lois d'une autre science, qui fait que l'une des deux sciences peut servir à illustrer l'autre* »¹²⁸⁸.

Après la seconde guerre mondiale, l'emploi du modèle comme méthode de rationalisation a irrigué l'ensemble des domaines du savoir, laissant place à l'élaboration du concept général de modèle. Il est alors défini à travers le prisme épistémologique comme la « *construction théorique d'une structure susceptible de fournir une certaine intelligibilité d'un domaine particulier et déterminé de la réalité* »¹²⁸⁹. D'un point de vue pragmatique, il serait la « *représentation schématique* »

¹²⁸⁷ ATIAS (C.), « Admissibilité et pertinence ou force des preuves (pour un retour à la moralité des débats) », *D.* 2009, p. 2056.

¹²⁸⁸ MAXWELL (J.-C.), *Scientific papers*, I, Cambridge, 1890, p. 156.

¹²⁸⁹ BARAQUIN (N.), BAUDART (A.), DUGUE (J.), LAFFITTE (J.), RIBES (F.), WILFERT (J.), *Dictionnaire de philosophie*, 4^e éd., Armand Colin, Paris, p. 348.

d'un fonctionnement réel qui s'efforce de simuler des situations concrètes, quitte à les simplifier »¹²⁹⁰.

En d'autres termes, le modèle serait un outil précis et technique au service de la science, tandis que la modélisation désignerait la possibilité d'une théorie (ou d'une décision) de se reposer sur le même modèle qu'une autre¹²⁹¹.

503.- En droit, le modèle serait défini plus précisément comme un instrument juridique issu de la « *soft Law* », auquel les auteurs attribuent la particularité d' « *être directement opérationnel et d'évoluer en fonction de la vie sociale* »¹²⁹². La singularité de ces outils juridiques repose sur leur origine, leur nature et leur fonction ; ils sont issus de l'intuition du juge et supplantent la logique du syllogisme juridique. D'une texture relativement souple, on leur confère parfois une nature et une provenance sociologiques car ils paraissent *a priori* inspirés de la norme comportementale de WEBER¹²⁹³.

Il ferait donc partie intégrante des nombreux « *instruments de mesure des comportements* »¹²⁹⁴ mis au service du juge. Parmi eux, les standards juridiques du « *bon père de famille* » ou du « *trouble du voisinage* » sont fréquemment employés en droit privé, tandis que l'exigence de proportionnalité est l'apanage du droit du travail autant que l'exigence de précaution¹²⁹⁵.

Le modèle appréhende également la recevabilité des modes de preuve. Il permettrait en effet la résolution immédiate du problème posé au juge par la présence d'une nouvelle forme de preuve et réduirait la marge d'incertitude du décideur¹²⁹⁶.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ PARROCHIA (D.), *Les notions de système et de modèle (aspects épistémologiques et philosophiques)*, Cours de philosophie Université Lyon III. En ligne : [<http://parrochia.wifeo.com/documents/systeme-et-modle.pdf>].

¹²⁹² BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2009, spec. p. 33.

¹²⁹³ WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. FREUD, Paris, 1965, p. 179-186. Pour explication de l'idéal-type wébérien : BOURDIEU (P.), CHAMBOREDON (J.-C.), PASSERON (J.-C.) ; *Le métier de sociologue*, Ecole des hautes études en sciences sociales, Paris, 1968, p. 79 et suiv.

¹²⁹⁴ RIALS (S.), *op. cit.*, p. 61.

¹²⁹⁵ La notion de précaution a une résonance particulière en droit du travail « renvoie à l'interprétation par les acteurs sociaux ». Elle n'a pas de signification univoque et représente un « un standard de jugement » c'est-à-dire « une règle souple laissée à la disposition du juge qui en définirait progressivement la portée » LASCOUMES (P.), « La précaution un nouveau standard de jugement », *Esprit*, nov. 1997, p. 129, spéc. p. 132 ; BOY (L.), « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *LPA* 8 janv. 1997, p.4 ; MARTIN (G.), « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 300.

¹²⁹⁶ BOURCIER (D.), *op. cit.*, p. 83.

504.- L'apparition de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal conduit les juges du contrat de travail à créer (de manière conscientisée ou non) un modèle applicable aux nouveaux modes de preuve produits devant eux sur support électronique ou numérique.

Deux phénomènes induisent l'apparition d'un modèle de recevabilité probatoire dans le discours juridique. La création d'une unité de grandeur ainsi que l'adoption d'une méthode comparative entre cette échelle de référence et les faits présentés par les parties, sont les marqueurs de l'acte judiciaire de construction du modèle du « *bon utilisateur des technologies* ».

Au procès prud'homal, deux marqueurs permettent ainsi d'identifier ce modèle dans le discours judiciaire. L'objet juridique sélectionné doit tout d'abord revêtir un caractère « *constatif* » et opérationnel, c'est-à-dire désigner une réalité de manière simplifiée. La représentation de la « *normalité* »¹²⁹⁷ que le modèle propose, le place *a priori* dans la catégorie des instruments juridiques de mesure et le rapproche de celle des standards¹²⁹⁸ **(A.)**.

Ensuite, l'objet juridique sélectionné (ici le « *bon utilisateur des technologies* »), pour être qualifié de modèle, doit être reproductible, c'est-à-dire pouvoir être reproduit à l'identique dans le raisonnement du juge et lui servir de référence. Le modèle tient directement à la qualité de reproductibilité de son origine scientifique et de la règle commune selon laquelle, « *ce qui n'est pas reproductible, n'est pas scientifique* »¹²⁹⁹ **(B.)**.

Au demeurant, réduire l'identification d'un modèle à deux critères strictement définis, la normalité et la reproductibilité, permet d'éviter les risques que représente

¹²⁹⁷ L'idée de normalité serait *a priori* l'apanage de la philosophie. A travers ce prisme, le normatif serait « *tout jugement qui apprécie ou qualifie un fait relativement à une norme, mais ce mode de jugement est au fond subordonné à celui qui institue des normes. Au sens plein du mot, normatif est ce qui institue des normes* » : CANGUILHEM (G.), *Le normal et le pathologique*, Paris, Quadrige, PUF, 9^e éd., 2003, spéc. p.77. En droit, il s'agit du premier critère de qualification du standard juridique élaboré par RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980. Elle fait désormais l'objet de nombreuses recherches en droit. v. notamment : CHASSAGNARD-PINET (S.), « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux », in *Vidéo-surveillance et détection des comportements anormaux*, Presses Universitaires du Septentrion, 2011, p. 119 -131.

¹²⁹⁸ La notion de standard est utilisée dans la matière juridique avec une sémantique différente : le standard normatif se distingue du standard circonstanciel et du standard purement technique. Le modèle se rapproche des trois définitions : lorsqu'il revêt une nature descriptive il est assimilable au standard circonstanciel tandis que lorsqu'il sert de norme il est assimilable au standard normatif.

¹²⁹⁹ POPPER (K.), *La logique de la Découverte scientifique*, trad. N. THYSSEN- RUTTEN (N.), DEVAUX (PH.), Paris, Payot, 1988. Par la condition de reproductibilité, le philosophe distingue la règle scientifique d'une simple étude. Il s'agit d'une condition *sine qua non* à l'apparition d'un modèle mathématique, qui nécessite qu'un phénomène ou une expérience scientifique soient observables et répétés.

le modèle. Ils s'entendent par l'extension abusive d'images familières qui ne sont pas des modèles et qui pourrait donner lieu à des modèles « *iconiques et mal adaptés* »¹³⁰⁰. Une autre erreur souvent attribuée aux chercheurs consiste à détacher le modèle du système dans lequel il s'insère, alors même que le modèle entretient des liens consubstantiels avec ce système en ce qu'il est défini comme un « *système homomorphe à un système donné* »¹³⁰¹.

A. La normalité du modèle

505.- Au regard de la polysémie du terme, la normalité est aussi bien « *ce qui sert de règle et de modèle que ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent* »¹³⁰². Entendu dans un sens large, le modèle, comme le vocable « standard » en anglais, retranscrit parfaitement ce paradoxe puisqu'il désigne tant « *la norme de référence qui sert à juger les comportements que la norme simplement induite des comportements les plus nombreux* »¹³⁰³.

Ces observations permettent donc de résoudre la question du traitement juridique de la normalité en présence d'une preuve électronique. Il s'agit de déterminer quelle définition de la normalité est retenue dans l'identification du modèle juridique du « *bon utilisateur des technologies* ».

En matière juridique, les auteurs opposent la « *normalité descriptive* » à la « *normalité dogmatique* »¹³⁰⁴. La première désigne la normalité statistique et mathématique qui représente le « *consensus social* », c'est-à-dire ce qui est considéré comme normal par la société de référence et idéalement par la majorité des individus. La seconde se définit comme « *un ensemble de valeurs et de principes qui définissent ce qui devrait être (et non ce qui est) considéré comme un comportement normal* »¹³⁰⁵.

¹³⁰⁰ PARROCHIA (D.), *Les notions de système et de modèle (aspects épistémologiques et philosophiques)*, Cours de philosophie Université Lyon III. En ligne : [<http://parrochia.wifeo.com/documents/systeme-et-modle.pdf>].

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² RIALS (S.), *op. cit.*, p. 61.

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ RIALS (S.), *op. cit.*, p. 76.

¹³⁰⁵ BERNARD (É.), *op. cit.*, p. 37.

La normalité exigée en matière de modèle, se veut *a priori* « descriptive » puisque l'apparition d'un modèle juridique ne commande pas obligatoirement de poser un principe ou une prescription mais de décrire simplement la réalité d'un comportement ordinaire et imitable. Pour identifier un modèle, il suffit qu'un objet ou un comportement (ici celui de l'utilisateur moyen des technologies) fasse montre de normalité, entendue dans son sens premier, c'est-à-dire qu'il représente ce qui est habituel, ce qui ne correspond pas à des circonstances exceptionnelles¹³⁰⁶.

Aussi la normalité du modèle se conjugue-t-elle avec deux notions scientifiques intimement liées : la mesure et la moyenne¹³⁰⁷.

1. La notion de mesure

506.- Au procès, si « tout jugement [...] implique, de la part du sujet, la mise en œuvre d'un instrument de mesure »¹³⁰⁸, en ce qu'il nécessite la pesée des intérêts en présence, l'identification d'un modèle dans le discours judiciaire résulte d'un investissement bien plus important du juge du contrat de travail. Prendre la mesure des faits rapportés au regard de la loi en vigueur ne suffit pas à remplir la condition de normalité.

L'analogie correspond à la méthode de recherche *ad hoc* de la création d'un modèle et constitue l'un des signes les plus prégnants de l'exigence de la normalité du modèle. Elle consiste en « un rapport de ressemblance ou de correspondance que l'esprit perçoit »¹³⁰⁹ entre deux comportements ou objets juridiques et a pour objectif de vérifier que l'objet nouvellement produit ne manifeste aucune anomalie au regard de l'échelle de référence. L'idée de mesure est consubstantielle à celle de normalité. Aussi, pour identifier un modèle, faut-il vérifier que le discours des juges est imprégné de la notion de mesure lorsqu'une preuve sur support électronique est produite devant eux.

¹³⁰⁶ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005, V^o « Modèle ».

¹³⁰⁷ AL SANHOURY (A.A.), *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Giard, Paris, 1925.

¹³⁰⁸ AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, spéc. p. 66.

¹³⁰⁹ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005.

Dans les deux arrêts servant de référents à notre étude en date du 23 mai 2007¹³¹⁰ et du 6 février 2013¹³¹¹, la chambre sociale fait une application implicite de la méthode analogique.

L'attendu de principe : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* », démontre qu'il est opéré dans l'esprit des juges une mesure de la connaissance que l'auteur présumé du message devrait avoir sur les TIC.

Cette mesure est réalisée, consciemment ou non, en fonction des évolutions technologiques et scientifiques en vigueur au moment de la prise de décision du juge. L'opposition entre ce que l'auteur est susceptible d'ignorer et ce que l'auteur devrait connaître au sujet de la capacité d'enregistrement de l'appareil est doublement marquée par l'emploi des expressions antinomiques « *à l'insu de l'auteur* » et « *ne peut ignorer* », et par la construction en forme de chiasme de la phrase.

Ainsi, comme les standards, le modèle se définit comme une « *mesure moyenne de conduite sociale correcte* »¹³¹² et se distingue par son caractère concret. La conduite sociale visée par la Cour de cassation pour déclarer une technique communicationnelle produite par son auteur recevable, a pour originalité d'être directement liée à l'utilisation pratique des Technologies de l'Information et de la Communication et de devoir être mesurée au regard des avancées scientifiques et techniques de l'époque dans laquelle elle s'insère.

2. La notion de moyenne

507.- La normalité du modèle renvoie également à l'idée de moyenne. Entendue comme une forme extensive de la « *normalité descriptive* », elle admet que la conception du juge sur une donnée ou un comportement puisse « *être tenue pour le produit des*

¹³¹⁰ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.

¹³¹¹ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹³¹² S'agissant des débats que son apparition n'a pas manqué de susciter déjà en 1926 : HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, pp. 265 et s. ; RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980 ; TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1972, Vol. XXII, n°2, p. 247-269.

mentalités de l'époque et non pour un choix solitaire du juge »¹³¹³. La distinction entre le critère de mesure et celui de moyenne, *a priori* tenue, résulte du rapport spécifique à la science qu'entretient la moyenne. Selon son étymologie, elle est en effet issue des mathématiques et désigne une « *grandeur tenant le milieu entre deux extrêmes* »¹³¹⁴.

Par sa qualité d'instrument juridique de mesure, le modèle peut intégrer des quantifications ou des seuils. Ainsi le standard technique du « *bruit gênant* » est fondé sur une mesure acoustique et des degrés de tolérance physiologique. Dans ce cas, la moyenne est différente de la mesure qui s'avère être une perception plus subjective de la normalité.

Dans le discours judiciaire adopté en présence d'une preuve électronique, le comportement exigé de l'utilisateur des technologies, ne correspond ni à celui d'un expert en informatique ni à celui d'une personne dépourvue de téléphone mobile ou de connexion Internet. Il représente la conduite d'une personne abstraite, résultant de ces deux situations extrêmes et située entre elles.

Cette forme d'« *idéal-type* » ne détient ni les connaissances scientifiques optimales, ni une ignorance totale des évolutions technologiques actuelles. Pour exemple, une personne vivant en autarcie, ne pourrait arguer de son incompetence dans l'utilisation des TIC pour faire déclarer l'objet communicant irrecevable en qualité de preuve. *A contrario*, un informaticien ne pourrait produire devant le juge des prud'hommes un moyen inédit de captation des données qu'il a lui-même inventé.

Les connaissances techniques et scientifiques attribuées aux utilisateurs et aux justiciables sont donc situées entre ces deux extrêmes, au juge de déplacer le curseur en fonction des connaissances et des évolutions sociales en matière de TIC.

Par sa vocation à prendre en compte le plus grand nombre de comportements, le modèle partage avec le standard juridique l'exigence de normalité. L'identification dans le discours juridique du contenu descriptif du modèle de l'utilisateur moyen des technologies, s'avère pourtant insuffisant. C'est notamment par sa reproductibilité que le modèle se détache du standard juridique. Ainsi s'apparente-t-il à un outil rigoureux dont les contours peuvent être tracés et le mécanisme reproduit.

¹³¹³ RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980.

B. La reproductibilité du modèle

508.- La reproductibilité, également appelée répétabilité dans les domaines techniques, est une notion qui sert à quantifier « *la capacité à reproduire une action ou une série d'actions* ». Il s'agit de vérifier par des expériences la « *qualité d'une mesure qui donne les mêmes résultats si on la répète dans des conditions différentes et à des époques différentes* ». En d'autres termes, pour inférer la présence d'un modèle, un objet de référence représentant la normalité doit être présent dans le discours judiciaire.

La présence de deux indices dans le raisonnement du juge du contrat de travail démontre qu'un objet juridique fait figure d'objet d'imitation. Le juge fait appel à un moyen de référence et la logique juridique qu'il suit lorsqu'il applique cet objet juridique de référence est automatique.

Aussi, l'étude du discours juridique dans lequel entre en jeu la preuve sur support électronique démontre sans conteste la présence d'un modèle. La Cour de cassation se repose, pour juger de la recevabilité d'une telle preuve, sur un référentiel de normalité : ce que connaît une personne abstraite au comportement moyen sur l'utilisation et le fonctionnement des TIC. Ce référentiel est ensuite reproduit par les juges du fond par souci de cohérence juridique.

1. La présence d'un référent

509.- Pour décider du rejet ou de la recevabilité de la preuve, la Cour de cassation se fonde sur une opposition « *fonctionnaliste* »¹³¹⁵. Elle choisit un moyen technologique de référence : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de l'auteur des propos* », et procède à une comparaison entre ce dernier moyen de communication et le nouvel objet communicant produit en qualité de preuve. Si ce dernier dispose des mêmes qualités techniques que l'objet communicationnel de référence alors, il est jugé irrecevable.

¹³¹⁴ Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005, V^o « *Moyenne* ».

¹³¹⁵ Des nombreuses théories fonctionnalistes, nous retiendrons la doctrine suivant laquelle un objet ou un comportement sont déterminés par la fonction qu'ils occupent.

La qualification de preuve de l'objet communicationnel produit dépend de sa correspondance avec l'objet juridique fonctionnel choisi.

En matière de preuve électronique, l'objectivation du critère de recevabilité qui se traduit par la « *connaissance de la capacité d'enregistrement par l'auteur du message* » coïncide avec l'appréhension d'un nouveau comportement par la Cour de cassation. Désormais, pour déclarer une preuve sur support électronique ou numérique recevable, les juges requièrent la présence d'un élément technique (la capacité de l'objet communiquant à enregistrer des propos et des textes) et d'un élément cognitif (la connaissance de l'utilisateur de cette capacité d'enregistrement)¹³¹⁶. Si la première exigence est par essence validée par la nature des TIC, la seconde doit être remplie, non pas par le justiciable en présence, mais par l'« *utilisateur moyen des technologies* ». Il correspond à un « *idéal-type* » implicitement créé par les juges.

La chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 7 octobre 2004¹³¹⁷ érige au rang de moyen technologique de référence, l'« *enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de l'auteur des propos* ». Dans les arrêts suivants en date du 23 mai 2007¹³¹⁸ et du 6 février 2013¹³¹⁹, la chambre sociale suit une logique binaire qui traduit typiquement la mise en œuvre d'un raisonnement *a pari* : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ». Pour admettre le message vocal laissé sur un répondeur en qualité de preuve, elle le place en concurrence avec l'enregistrement d'une discussion et la connaissance que peuvent en avoir les utilisateurs. L'expression « *il n'en est pas de même* » témoigne sans ambiguïté de l'emploi d'une méthode analogique ainsi que de l'application du critère de normalité. Elle rompt avec la tradition de la chambre sociale d'opérer un contrôle de proportionnalité sans modèle précis de comparaison.

¹³¹⁶ Cf. *Supra* n° 471.

¹³¹⁷ Cass. 2^e civ. 7 oct. 2004, n°03-12653

¹³¹⁸ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.

510.- Reste à déterminer l'élément de référence, c'est-à-dire sur quoi se fonde cette comparaison.

Au vrai, cette comparaison repose essentiellement sur la possibilité d'un « *utilisateur-type* » de connaître ou non les qualités techniques de l'objet communicant produit. La Haute juridiction a en effet placé la connaissance de ces qualités techniques dans les mains du « *bon utilisateur des technologies* ». Les termes « *utilisation* » – « *destinataire* » – « *ignorer* » et « *auteur* », humanisent la conception de la technologie et recentrent le débat sur la personne utilisatrice.

Les juges du contrat de travail auraient très bien pu concentrer leur analyse sur le moyen technique et décider, eu égard aux découvertes scientifiques actuelles : « *les messages téléphoniques vocaux dont la capacité mnémonique est inhérente à leur caractère de nouvelles technologies* ». Ils se sont pourtant exprimés ainsi : « *dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ». Par l'assertion l'« *auteur du message* » utilisée dans son arrêt de 2007, la chambre sociale vise non pas la personne au procès qui a envoyé le SMS mais une entité abstraite, un « *auteur-type* » de message téléphoniquement adressé qui détiendrait une connaissance moyenne de la technologie.

2. L'« *automatie* »¹³²⁰ du raisonnement

511.- Techniquement, l'automate désigne un mécanisme ou une machine capable « *d'exécuter un programme déterminé d'opérations* »¹³²¹ sans aide extérieure. Le robot est la figure de proue de l'automatie, il représente l'idée d'une capacité à « *se mouvoir spontanément, sans réfléchir* »¹³²².

Par déduction, pour qualifier un raisonnement d'automatique, il faut vérifier que les trois conditions suivantes soient remplies : d'abord, la décision peut s'exécuter sans la participation de la volonté du juge ; ensuite, elle pourrait de ce fait,

¹³¹⁹ Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹³²⁰ De manière générale, l'automatie d'un phénomène se traduit par sa répétition à l'identique, sans réflexion préalable, et de manière très simple. Elle désigne *in extenso*, le caractère de ce qui se réalise sans la participation de la volonté.

¹³²¹ BOURCIER (D.), *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, 1995.

¹³²² Académie française, DRUON (M.), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. Fayard, Paris, 2005, V^o « Automate ».

être effectuée par un « *système expert* »¹³²³ (sous un angle prospectif, une forme d'intelligence artificielle pourrait organiser les données nécessaires à la décision, mais aussi fournir une réponse scientifique au problème posé au juge) ; enfin, la décision a vocation à s'appliquer de manière constante et simplifiée et permet aux justiciables d'être certains du résultat obtenu à l'avenir.

Au regard du caractère binaire du raisonnement judiciaire démontré précédemment, la présence des deux premières conditions semblent ne pas prêter à discussion. En revanche, la troisième se confirme uniquement à l'instant T de la décision.

L'échantillonnage jurisprudentiel de l'étude permet de procéder à la vérification de ce troisième postulat. La phrase : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »¹³²⁴, établit que pour juger de la recevabilité d'un objet communicant en qualité de preuve, la participation de la volonté judiciaire est réduite à l'évaluation des connaissances scientifiques et non à une pondération des intérêts en présence. Il revient au juge de s'appuyer sur les concepts techniques et scientifiques en vigueur au moment précis de la décision et de les appliquer sans réflexion juridique préalable.

L'automatisme de la décision judiciaire peut alors être qualifiée de relative car au regard de l'évolution fulgurante de la science et de la technique, la réponse judiciaire émise à un moment T pourrait s'avérer fautive quelques semaines plus tard.

¹³²³ Par définition, « *Un système expert est un système d'aide à la décision qui a pour objectif de fournir une réponse directe sur un point donné, considéré du point de vue de sa solution ou de son encadrement* » : BOURCIER (D.), *id.* p. 100. V. les précurseurs de l'école d'Harvard en matière de raisonnement automatique : GARDNER, VON DER LIETH (A.), *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*, MIT Press, Cambridge, 1987.

¹³²⁴ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209.

512.- L'appréhension par la justice de l'outil informatique a des conséquences incontestables sur la méthode décisionnelle empruntée par les juges du contrat de travail lors de l'appréciation de la recevabilité de la preuve.

Elle provoque la rationalisation des décisions sur la preuve et la mathématisation du raisonnement judiciaire. Contrairement à l'appréhension de la preuve par le droit économique qui implique une logique discursive et « *dialogale* » du procès¹³²⁵, en droit du travail, lorsque le juge évalue la recevabilité de la preuve électronique, il ferait application d'une méthode logique et automatique et se fonderait sur un modèle juridique. La méthode adoptée se détacherait donc de tout degré de proportionnalité et se révélerait profondément marquée par le caractère informatique et « *mnésique* » de l'objet communicant soumis au contrôle judiciaire.

Aussi, à côté du processus de rationalisation dont la méthode judiciaire a fait l'objet au XIII^e siècle lors de la suppression des ordalies¹³²⁶, la logique judiciaire connaîtrait un processus de « *scientifisation* » et de formalisation sous l'influence des TIC.

Reste à savoir, quel « *potentiel normatif* »¹³²⁷ détient le modèle décelé, et à déterminer si cette transformation aboutit à une véritable « modélisation » du raisonnement judiciaire.

¹³²⁵ RASSAFI-GUIBAL (I.), « Les paradoxes de la vérité judiciaire en droit économique », Université de Lille II, séminaire doctoral de l'ARJC, 17 oct. 2012.

¹³²⁶ La procédure de l'ordalie est interdite par l'Edit de Saint Louis en 1258 ; elle est définitivement remplacée par le serment purgatoire et le témoignage oral.

¹³²⁷ GIUDICELLI (A.), « Approche disciplinaire : les objectifs en droit privé » in *Les objectifs dans le droit*, (dir.) FAURE (B.), p. 137-138, spec. p. 138.

Section II. La portée du modèle du « bon utilisateur des nouvelles technologies »

513.- Le modèle a pour caractéristique d'être « *isomorphiste* », en ce sens qu'il peut être tour à tour « *paradigme ou simple exemplaire* »¹³²⁸. D'un côté, il représente une pâle copie de la réalité dont il s'avère être la représentation ou l'interprétation¹³²⁹ ; il est qualifié de « *constatif* » et ne fait que décrire l'architecture cognitive du juge et la variabilité des solutions. D'un autre côté, le modèle se caractérise par un original ou un idéal à atteindre, il prend la forme d'une règle à laquelle il convient de se référer. En droit, ce second type de modèle se révèle être « *une norme en l'absence de norme* »¹³³⁰ et possède un caractère prédictif¹³³¹, c'est-à-dire que l'architecture intellectuelle décelée, peut permettre de prédire les décisions à venir¹³³².

Ainsi, si toute norme juridique est un modèle¹³³³, tout modèle n'a pas de signification normative. C'est sa fonction prédictive qui conditionne l'entrée d'un énoncé dans le système juridique et qui qualifie une démarche cognitive simplement répétitive de véritable méthode décisionnelle.

Dès lors, comment déterminer le passage d'un modèle descriptif à un modèle normatif ?

¹³²⁸ PARROCHIA (D.), *loc. cit.*

¹³²⁹ PARROCHIA (D.), *ibid.*

¹³³⁰ BOURCIER (D.), *op. cit.*, spéc. p. 65

¹³³¹ En mathématiques, le modèle « prédictif » est utilisé pour décrire une évolution. Outre ses liens ténus avec le domaine scientifique, nous préférons cet adjectif à celui de « prescriptif » qui est parfois attribué à la norme (il signifie que le non-respect de la prescription entraîne des conséquences juridiques) pour la simple raison qu'un énoncé peut avoir des effets normatifs sans être prescriptif. Au regard des différentes études menées par les chercheurs actuels, cette image du droit est aujourd'hui dépassée. V. JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *Dalloz* 1990, chron. p. 199-210, spéc. p. 203 : « [...] *c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite* ». CHASSAGNARD-PINET (S.), « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative : naissance d'un concept*, THIBIERGE (C.) et alii, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153-163.

¹³³² En théorie, le modèle descriptif serait ancré dans la réalité, il répondrait au « comment ? », « qui ? » et « quand ? » tandis que le modèle abstrait répondrait à la question « pourquoi ? ». MOLES (A.), NOIRAY (A.) cités par BARAQUIN (N.), BAUDART (A.), DUGUE (J.), LAFFITTE (J.), RIBES (F.), WILFERT (J.), *Dictionnaire de philosophie*, 4e éd., Armand Colin, Paris, 2011, spéc. p. 340.

¹³³³ JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *Dalloz* 1990, chron. p. 199-210, spéc. p. 203 : la règle de droit est « *une espèce de modèle : c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative* ».

514.- La définition de la normativité s'entend d'une règle qui a des effets normatifs¹³³⁴. Néanmoins, il existe plusieurs degrés de normativité et différents types de modèles juridiques, que l'on pourrait classer en fonction de leur portée et de leur capacité à encadrer les pouvoirs des juges. Le modèle juridique le plus influent provoquerait la modélisation du raisonnement des juges, entendue *lato sensu* comme la construction d'un modèle formel de décision dont les différentes prescriptions juridiques ne varieraient pas¹³³⁵. Compte tenu de ces qualités, il disposerait d'une fonction « *autofondatrice* » et d'une fonction « *autojustificative* » dans le discours juridique¹³³⁶.

Au regard de ces définitions, le modèle identifié en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique a-t-il un caractère normatif ?

515.- La portée du modèle du « *bon utilisateur des technologies* » détecté en présence d'une preuve sur support électronique, s'évaluerait selon deux critères. D'abord, la portée du modèle serait proportionnelle à l'ampleur de son application ; ensuite, elle serait inversement proportionnelle à l'étendue de l'interprétation des juges lorsqu'ils appliquent le modèle.

En d'autres termes, plus les juges du contrat de travail sont sévères et sont guidés par la Cour de cassation dans l'interprétation de la recevabilité de la preuve électronique, plus les chances de voir apparaître un modèle normatif sont fortes. L'intervention de la Haute juridiction pour imposer, de manière ferme et constante, la méthode de recevabilité opportune est significative.

Dès lors, pour déterminer si le modèle du bon utilisateur des technologies a un caractère normatif, deux réflexions successives doivent être menées.

Un « jugement de validité » mérite tout d'abord d'être opéré. Il convient de vérifier que le modèle a été élaboré par une cour souveraine et qu'il résulte d'un consensus général, voire d'une « *quasi-unanimité* » des décisions. Si deux juridictions du premier degré s'opposent sur le sujet sans que leur différend soit tranché, le modèle ne peut être considéré comme prédictif. De même, le modèle

¹³³⁴ « La valeur normative d'un objet dépend, dans une large mesure, du travail du juge. On retrouve l'idée selon laquelle l'éventus judicii constitue le critère réel d'identification de la norme juridique : est règle de droit toute règle dont le juge peut tirer une solution dans l'éventualité d'un procès ». GIUDICELLI (A.), « Approche disciplinaire : les objectifs en droit privé » in *Les objectifs dans le droit*, dir FAURE (B.), p. 137-138, spec. p. 138.

¹³³⁵ WEBER (M.), *Sociologie du droit*, Quadrige, Paris, 2007, spéc. p. 41.

¹³³⁶ BOURCIER (D.), *op. cit.*, spéc. p. 65.

identifié ne peut tenir lieu d'exception et doit être reproduit à l'identique à de nombreuses reprises. Lorsque le modèle est systématiquement appliqué par l'ensemble des juridictions, quel que soit leur rang dans l'ordre juridictionnel, l'ampleur de son application entraîne la modélisation du raisonnement judiciaire **(§I.)**.

Lors d'une seconde étape d'observation, le modèle juridique du bon utilisateur des technologies est soumis à une « *épreuve de légitimation* » dont la finalité est de mesurer la marge d'interprétation qu'il offre aux juges. De la précision du modèle, dépend l'arbitraire laissé aux juges, et plus généralement le pouvoir judiciaire qui leur est attribué dans un système juridique déterminé **(§II.)**.

§I. L'ampleur de l'application du modèle du bon utilisateur des technologies

516.- Le modèle du bon utilisateur des technologies, comme le standard, peuvent constituer de véritables « *procédés d'autodélimitation du pouvoir judiciaire* »¹³³⁷. Lorsque le modèle prend le sens d'un idéal à atteindre ou de la référence juridique à imiter, il autodétermine une norme et crée une directive à suivre par les jurisprudences. Par ce biais, il définit la portée des décisions à venir et revêt un caractère prédictif.

Ainsi, la question de l'appréhension par le juge d'un élément abstrait se pose-telle avec plus d'acuité en présence d'une preuve électronique. Au regard des différents arrêts rendus relatifs à la recevabilité d'une preuve sur support électronique, quelles incidences a la présence du modèle du « *bon utilisateur des technologies* » sur le pouvoir judiciaire ? Plus précisément, le système mis en place sous l'influence des TIC, permettant « *de tracer la limite entre les comportements et les situations qui sont acceptables et ceux qui ne le sont pas* »¹³³⁸, s'apparente-t-il à un véritable système normatif ?

La question ici est de savoir si la normalité du modèle correspond à sa normativité. Si le modèle identifié induit également, au-delà de la normalisation des comportements observée, la « *modélisation* » des décisions judiciaires.

517.- La portée d'un modèle se mesure au regard de la fréquence, de la constance et de la qualité de son application par les juges. Dès lors, deux indicateurs permettent d'envisager la normativité du modèle du bon utilisateur des technologies. En premier lieu, la qualité de son utilisation est significative d'une application judiciaire précise et contrôlée. La force du modèle dépend de la qualité de l'instance qui le construit autant que de l'insistance avec laquelle cette juridiction fondatrice tend à imposer le modèle (**A.**).

En second lieu, l'utilisation quantitative du modèle indique la possible « *prédictivité* » de celui-ci. La volonté d'appliquer le modèle du « *bon utilisateur des technologies* » partagée par l'ensemble des degrés de juridiction, ainsi que la précaution que les juridictions prennent à l'appliquer à l'ensemble des objets

¹³³⁷ BOURCIER (D.), *op. cit.*, p. 67

¹³³⁸ BERNARD (E.), *op. cit.*, p. 34.

communicants issus des TIC, sont symptomatiques d'une application judiciaire linéaire et légitimée (B.).

A. L'application qualitative du modèle

518.- Les questions « *qui contrôle ?* » et « *comment contrôle-t-on les décisions des juridictions inférieures ?* » ne sont pas dénuées d'importance dans le contentieux prud'homal. Elles sont de véritables sources d'indices quant à la portée conférée au modèle du « *bon utilisateur des technologies* ».

Pour être normative, il est nécessaire que « *toute décision déviant sans justification d'un état du droit consacré [soit] immédiatement sanctionnée* »¹³³⁹, et ce par la plus haute instance de l'ordre juridictionnel. La normativité d'un modèle ou de tout autre objet juridique ne peut résulter que de la volonté de la plus haute instance de graver dans le marbre la capacité prédictive de celui-ci. Si les décisions prud'homales peuvent influencer son jugement, seule la chambre sociale de la Cour de cassation détient la capacité d'anticiper la manière dont les juges du fond vont s'en accaparer.

Ces constats s'intègrent à la réflexion globale menée par M. TROPER démontrant qu'au nombre des causes qui conduisent la Cour de cassation à adopter un modèle, y figurent la probabilité que d'autres juridictions l'emploient, et d'une certaine manière¹³⁴⁰.

1. L'instance de contrôle

519.- Les nombreux acteurs juridiques émettent des « *discours normatifs* » en produisant une norme ou en influençant son contenu¹³⁴¹. La décision de recevabilité de la preuve s'intègre à un système juridique hiérarchisé, dans lequel plusieurs acteurs doivent composer les uns avec les autres. Chaque juridiction souhaite, voire même suppute, que sa décision soit respectée par celle qui lui succède.

¹³³⁹ TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS, « introduction », *In Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 2.

¹³⁴⁰ *Id.*, p. 6.

520.- Le rôle que joue la Cour de cassation lorsqu'un modèle lui est soumis éclaire sur la force conférée à ce modèle. La teneur de son avis ainsi que la position qu'elle adopte en sa qualité d'autorité, éclairer ou simple conseil, peuvent être évaluée en fonction de la technique juridique qu'elle emploie et de l'insistance avec laquelle elle encourage à l'utilisation du modèle. Si notre droit n'est pas soumis à la règle du précédent¹³⁴², nombre d'auteurs ont pu constater que peu de revirements ont eu lieu, ce qui témoigne du rôle de guide qu'elle endosse fréquemment.

Lors de la décision de recevabilité, la Cour de cassation a elle-même utilisé le modèle de l'utilisateur des technologies, et ce de manière récurrente et sans discontinuité. Les chambres civile, commerciale et sociale ont adopté le même mode de raisonnement. Dans l'objectif d'entériner le mécanisme binaire élaboré en 2004 par la chambre civile à propos de l'irrecevabilité de l'enregistrement d'une discussion¹³⁴³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt de principe en date du 7 janvier 2011¹³⁴⁴, décide : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ». *A contrario*, lorsque la discussion est réputée enregistrée, le moyen de preuve est recevable. Cela présuppose notamment la recevabilité de l'enregistrement d'un appel téléphonique visant à passer un ordre de vente en bourse qui relève d'une pratique courante du domaine financier¹³⁴⁵.

Par la réunion de toutes les chambres sur la question de la recevabilité d'un type de preuve sur support électronique, la Cour de cassation ouvre la porte à la normativité du modèle identifié.

¹³⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 11-23.

¹³⁴² Le système de la *common Law* permet *a maxima* la mise en place de ce que les auteurs nomment « *le positivisme judiciaire* » : WIJFFELS (A.), « La motivation des décisions judiciaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, (dir.) HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 141-166, spéc. p. 164.

¹³⁴³ Cass. civ. 7 oct. 2004, n° 03-12653.

¹³⁴⁴ Cass. plén. 7 janvier 2011, n°09-14316 09-14667.

¹³⁴⁵ Cass. Com. 22 février 2005, n° 03-13156

2. La nature du contrôle

521.- Les quatre arrêts précités¹³⁴⁶ se démarquent par la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'application du modèle du « *bon utilisateur des technologies* ». Il s'agit d'un contrôle disciplinaire, en ce sens que la Haute juridiction ne contrôle pas l'interprétation ou l'application du droit mais uniquement la présence suffisante ou surabondante des motifs. L'assertion plusieurs fois employée d'« *appréciation souveraine* » prouve que la Cour procède à un contrôle léger qui ne peut s'apparenter au contrôle normatif¹³⁴⁷.

Dès lors, il est évident que le contrôle des juges porte uniquement sur la motivation des décisions ; il permet à la Cour de cassation de choisir les motifs qu'elle estime appropriés à l'appréciation de la recevabilité de la preuve électronique. Cette intervention aurait pour objectif de sanctionner les décisions des juges du fond qui ont « *fait dire à un écrit clair autre chose que ce qu'il dit* »¹³⁴⁸ et de guider l'interprétation des juges. Elle a une vocation pédagogique et harmonisatrice.

Dans l'arrêt de 2007, la Cour de cassation fait application de la procédure de substitution de motifs décrite à l'article 620 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹³⁴⁹. Elle rejette en effet le pourvoi sans se fonder sur le motif de droit erroné : « *abstraction faite du motif surabondant*¹³⁵⁰ *tiré de l'enregistrement d'une conversation téléphonique ultérieure, la cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine, que les messages écrits adressés téléphoniquement à la salariée le 24 août 1998 et les autres éléments de preuve soumis à son examen établissaient l'existence d'un harcèlement* ».

Selon la doctrine, l'utilisation de l'assertion « *a constaté* » indique que la Cour de cassation ne procède pas à un contrôle des faits ni à un contrôle de la valeur juridique

¹³⁴⁶ Cass. 2^e civ. 7 oct. 2004, n°03-12653 ; Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209 ; Cass. soc. 16 mars 2011, n° 09-43204 ; Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹³⁴⁷ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2013, spéc. p.49.

¹³⁴⁸ WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 15 mai 2009, n° 702, p. 1-34, spéc. p. 8-9.

¹³⁴⁹ C.P.C art. 620 al. 1^{er} : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

¹³⁵⁰ Le contrôle du motif surabondant est « *un motif énoncé par les juges du fond mais qui ne constitue pas le soutien nécessaire de cette décision, laquelle est suffisamment justifiée par d'autres motifs* ». JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2013, spéc. p. 40.

des motifs¹³⁵¹. Elle se contente de relever la surabondance du motif et de décider qu'il convient de ne pas tenir compte de sa portée.

A l'identique, dans l'arrêt du 6 février 2013 la Cour procède à un contrôle des motifs : « *Attendu, ensuite, que c'est par une interprétation exclusive de dénaturation des retranscriptions des messages vocaux laissés par l'employeur sur le téléphone mobile du salarié que la cour d'appel a retenu, appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis, qu'il était établi que le salarié avait été licencié verbalement* ». Le vocable « *a retenu* » correspondrait, selon les écrits des conseillers de la Cour, à « *une appréciation de fait ayant une incidence juridique* »¹³⁵².

Aussi le rôle éclairer de la Cour de cassation sur des sujets complexes prend-il toute son ampleur. La suppléance de motifs ou la qualification de motifs surabondants par la Cour de cassation sont autant de signes de son insistance à imposer sans brusquerie une nouvelle motivation constante et cohérente aux juges du fond, relative à la recevabilité des modes de preuve sur support électronique ou numérique.

Cette nouveauté juridique qu'est le modèle, serait vouée à disparaître si elle n'était reprise de manière massive par les juges du fond.

B. L'application quantitative du modèle

522.- La réappropriation du modèle du « *bon l'utilisateur des technologies* » par l'ensemble des juges du contrat de travail, y compris les conseillers prud'homaux, est une *condition sine qua non* à sa force normative. A défaut il ne s'agirait que d'un changement temporaire dans l'interprétation judiciaire de la chambre sociale. En théorie, toute nouveauté normative requiert en effet, la reconnaissance de sa légitimité par l'ensemble de l'ordre juridictionnel.

Dès lors, quelle est la portée des arrêts de principe émis par la Cour de cassation à propos des TIC ? L'appréhension du modèle par les juridictions inférieures permet-elle de présumer de la normativité du modèle ?

¹³⁵¹ C.P.C art. 620 al. 1^{er} : « *La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant* ».

¹³⁵² WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 15 mai 2009, n° 702, p. 1-34, spéc. p. 8-9.

La rupture du raisonnement opéré par la Cour de cassation semble se répandre de manière exponentielle dans l'ensemble des systèmes judiciaires et ce, autant en présence d'une preuve issue de la téléphonie qu'en présence d'une preuve issue d'Internet ou des télécommunications. Ainsi, le nouveau modèle du « *bon utilisateur des technologies* » s'établit dans l'ensemble des contentieux dès lors qu'est produit une preuve électronique.

1. La recevabilité des éléments probatoires issus de la téléphonie

523.- L'intégration de la nouvelle logique prétorienne dans les différentes juridictions a permis la simplification du droit. Elle reflète la volonté des juges du fond d'appréhender, selon le schéma tracé par la Cour de cassation, le modèle comme nouvel objet décisionnel. Tous les supports issus de la téléphonie produits en qualité de preuve semblent assurer l'application du nouveau modèle.

524.- *L'enregistrement d'une conversation téléphonique* : Quelle que soit la juridiction civile saisie¹³⁵³, l'enregistrement d'une conversation est déclarée irrecevable. En matière commerciale, la portée de ce type de preuve a également pris un tournant plus cohérent. La cour d'appel retenait qu'en fonction de la juridiction saisie, un enregistrement téléphonique pouvait être recevable, tel était le cas devant le conseil de la concurrence : « *les enregistrements de communications téléphoniques, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante* », la chambre commerciale le 3 juin 2008¹³⁵⁴ pose en principe et ce, quelle que soit l'entité devant laquelle la preuve est produite « *que l'enregistrement d'une*

¹³⁵³ En droit pénal, les juridictions persistent à accepter tous enregistrements dès lors qu'ils proviennent d'une personne privée: Cass crim 7 mars 2012, n° 11-88118 : « *attendu que, pour rejeter cette demande, les juges énoncent qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écartier les moyens de preuve produits par les parties, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale et que la jurisprudence européenne ne régleme pas l'admissibilité des preuves qui relève du droit interne ; qu'en en tout état de cause, l'élément de preuve procuré par un particulier ne peut faire l'objet d'une annulation dès lors que n'émanant pas d'un magistrat ou d'un service d'enquête, il ne constitue pas un acte de procédure* ».

¹³⁵⁴ Cass. Com 3 juin 2008, n° 07-17147 ; n° 07-17196.

communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

A la lecture des arrêts des juridictions civiles, un leitmotiv est apparu dans leurs motivations¹³⁵⁵. Il est frappant que les juges du fond se réapproprient strictement la méthode élaborée par la Cour de cassation et se saisissent du nouveau modèle pour juger de la recevabilité d'une preuve sur support électronique.

525.- La retranscription du contenu d'une conversation téléphonique par un huissier de justice dans un procès-verbal. La preuve électronique indirecte est également jugée irrecevable car le modèle « du bon utilisateur des technologies » n'a pas automatiquement conscience d'être enregistré.

S'agissant de la preuve de l'existence d'un prêt, la cour d'appel de Limoges le 23 septembre 2003¹³⁵⁶ a déclaré irrecevable la retranscription d'une conversation par un huissier de justice : *« L'article 9 du Code civil disposant qu'une preuve ne peut être admise que si la partie qui s'en prévaut l'a obtenue dans des conditions exemptes de fraude, ce qui exclut tout procédé de nature à surprendre la volonté de son adversaire, et à l'empêcher de mesurer la portée de ses paroles, doit être écarté des débats, l'enregistrement d'une communication téléphonique effectuée à l'insu d'une personne qui n'avait donc pas la possibilité de mesurer l'incidence des propos qu'elle tenait et ignorait que son interlocuteur entendait en retirer la preuve de l'existence d'une obligation à son encontre »* .

En droit du travail, les juges font montre d'une réelle volonté de se saisir du nouveau modèle proposé par la chambre sociale. Dans une affaire, une salariée avait été licenciée pour faute grave pour s'être adonnée à des actes anticoncurrentiels en donnant des informations propres à l'entreprise à son concubin travaillant pour une société concurrente. La Cour d'appel de Pau le 3 novembre 2008¹³⁵⁷, comme le Conseil de prud'hommes de Bayonne le 7 décembre 2006, de décider : *« préliminairement le procès-verbal de constat du 11 avril 2005 au terme duquel l'huissier de justice retranscrivait un enregistrement par cassette d'une conversation*

¹³⁵⁵ CA Lyon 5 déc. 2011, n° R. G : 10/ 04752 ; CA Lyon 25 janvier 2011, n° RG: 09/02337 : *« L'enregistrement réalisé par l'appelante à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve. Cette pièce sera donc écartée des débats. »*.

¹³⁵⁶ CA Limoges 23 septembre 2003, n° RG: C02 1382.

¹³⁵⁷ CA Pau, 3 nov. 2008, n°RG: 06/4364.

téléphonique [...] constitue un moyen de preuve prohibé qui doit être rejeté. En effet tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs de paroles à l'insu d'un salarié doit être assimilé à un moyen de preuve illicite ».

La retranscription par un huissier de l'enregistrement d'une conversation téléphonique est définitivement assimilable à l'enregistrement en temps réel de la conversation téléphonique depuis l'arrêt de la chambre sociale en date du 29 janvier 2008¹³⁵⁸. Une salariée avait produit un enregistrement entre un représentant de l'entreprise et elle-même ainsi que le procès-verbal de transcription par un huissier au soutien de sa demande de requalification de son licenciement. La cour d'appel a pris soin de réunir un maximum d'arguments pour rejeter le procès-verbal. Elle a fondé son irrecevabilité sur l'atteinte à la vie privée en décidant que « *la nature de la conversation retranscrite démontre qu'elle devait rester confidentielle* » ainsi que sur l'exécution de bonne foi du contrat de travail. La chambre sociale confirme la décision de la cour d'appel d'Orléans en date du 28 septembre 2006 mais revient sur les motifs de sa décision, elle affirme « *qu'il n'est pas contesté que l'enregistrement d'une conversation téléphonique a été effectué par [la salariée] à l'insu de son correspondant, la cour d'appel, abstraction faite d'un motif surabondant tiré de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, en a déduit à bon droit que ce procédé était déloyal et qu'il rendait la preuve ainsi obtenue irrecevable en justice* ».

Dès lors, le seul constat qu'il s'agit d'un enregistrement effectué « *à l'insu de son correspondant* » suffit à exclure le procédé de communication, nul besoin pour les juges de fournir une autre justification ou de définir qui a rapporté les propos.

526.- Le SMS. Depuis l'arrêt du 23 mai 2007, les affaires sont nombreuses dans lesquelles un(e) salarié(e) produit des SMS pour prouver un harcèlement sexuel ou moral¹³⁵⁹, sa qualité d'« *oral-écrit* »¹³⁶⁰ lui faisant parfois véhiculer des idées que l'écrit ne permettrait pas. Les juridictions du fond admettent avec constance la recevabilité de ce

¹³⁵⁸ Cass. Soc. 29 janvier 2008, n° 06-45814. Dans le même sens v. CA Poitiers 18 déc. 2007, n° 07/00891, Affaire Vincent X... C/ Elisabeth Y : « *il est de règle que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, l'emploi de procédés clandestins de surveillance est illicite, et notamment l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués. Par ailleurs, manque à ses obligations professionnelles, l'huissier de justice commis en sa qualité d'officier ministériel pour effectuer des constatations purement matérielles, qui prend une fausse qualité ou qui dissimule sa qualité pour obtenir des renseignements d'un interlocuteur à son insu. Il en résulte que le procès-verbal de constat qu'il a établi dans ces conditions ne peut être retenu comme preuve* ».

¹³⁵⁹ Cass. soc. 3 mars 2009, n° 07-44082, Cass. soc. 7 décembre 2011, n°09-67367 et Cass. soc. 21 novembre 2012, n° 11-23699

procédé probatoire, dont « *l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »¹³⁶¹.

527.- La retranscription du contenu d'un SMS par constat d'huissier. Dans un litige entre associés la chambre commerciale a admis la recevabilité de la fourniture d'un constat d'huissier sur les SMS que le demandeur a reçu de son associé¹³⁶². Récemment, elle a déclaré recevable la retranscription du contenu d'un SMS pour démontrer l'existence d'une relation contractuelle entre deux sociétés et pour déterminer la teneur de l'accord : « *la société demanderesse au soutien du paiement de la facture et des frais de transport a produit aux débats deux SMS, proposant du travail, en provenance d'une salariée de la première société. Ces derniers ont été transcrits sur procès-verbal du 26 octobre 2007 par un huissier de justice* »¹³⁶³.

En droit du travail, le procès-verbal d'un huissier de justice dénombrant les appels passés et SMS écrits ainsi que les personnes à qui ils sont écrits a également été déclaré recevable en qualité de preuve électronique indirecte dans un arrêt en date du 17 mars 2010 : « *la salariée a passé 99 appels et 129 SMS soit à Madame B..., [...] que certains de ces appels, bien que de courte durée, ont été passés pendant le temps de travail et qu'en outre, la salariée a utilisé son téléphone pour adresser des e-mails ou appeler des numéros spéciaux* »¹³⁶⁴.

528.- La liste des communications téléphoniques et des SMS réalisés avec le téléphone professionnel. La Cour de cassation s'est prononcée sur la recevabilité de ces listes. Dans un arrêt en date du 17 mars 2010¹³⁶⁵, un salarié a été licencié pour faute grave pour avoir utilisé abusivement le téléphone portable professionnel pour des communications privées en période d'arrêt maladie et fait des chèques en imitant la signature de l'employeur, la chambre sociale a déclaré recevable la liste des communications (numéros et durée de l'appel) effectuées avec le téléphone portable professionnel. La Haute juridiction accepte également que l'employeur communique les

¹³⁶⁰ AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », *loc. cit.*

¹³⁶¹ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17818.

¹³⁶² Cass. com. 3 avril 2012, n°11-16154.

¹³⁶³ Cass. com. 22 janvier 2013, n° 10-21456.

¹³⁶⁴ Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45089.

¹³⁶⁵ Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45089.

factures détaillées des consommations téléphoniques du portable mis à la disposition du salarié¹³⁶⁶.

529.- L'attestation d'un tiers portant sur le contenu d'un message vocal laissé sur un répondeur. Pour admettre la démission d'un chargé de mission, la chambre sociale s'est fondée sur l'attestation du directeur des ressources humaines, selon laquelle il trouvait sur la boîte vocale de son téléphone portable professionnel un message du salarié « *lui disant explicitement qu'après réflexion il demandait à l'entreprise de revenir en France* »¹³⁶⁷. Cette forme de preuve est recevable puisqu'elle porte sur un message dont l'enregistrement est prévisible et connu de tous. Tel n'est pas de cas en revanche du témoignage d'un tiers à l'entreprise ayant entendu à l'insu du salarié une conversation téléphonique entre ce salarié et son interlocuteur.

2. La recevabilité des éléments probatoires issus de l'informatique et de l'Internet

530.- Le courriel. Le pouvoir probant des courriels électroniques est distinct de l'appréciation de leur recevabilité. Les juges apprécient à ce stade la pertinence probatoire (la faculté à être admise comme preuve) et non la pertinence argumentative (la faculté à convaincre le juge).

A l'origine, leur assimilation à des correspondances entraînait automatiquement leur irrecevabilité, ils ne pouvaient du fait de leur nature obtenir le statut de preuve¹³⁶⁸. La jurisprudence a ensuite assoupli sa conception du courriel, laissant percevoir leur validité sous certaines formes et à certaines conditions : « *la cour d'appel a notamment retenu que la salariée a entretenu une correspondance avec une ex-salariée de l'entreprise, au moyen de la messagerie électronique, pendant son temps de travail avec le matériel de l'entreprise, qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages émis par la salariée que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de celle-ci par la*

¹³⁶⁶ Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 09-41522.

¹³⁶⁷ Cass. soc 18 mai 2011, n° 09-66787.

¹³⁶⁸ Le célèbre arrêt « *Nikon* » (Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942) ouvre la porte à une jurisprudence extrêmement importante sur le courrier électronique : « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour*

société »¹³⁶⁹. Depuis l'arrêt du 25 septembre 2013¹³⁷⁰, les courriels ont vocation à envahir les prétoires et leur recevabilité n'est plus mise en doute.

531.- L'écrit électronique issu des réseaux sociaux. La capture d'écran d'un échange écrit sur le mur « Facebook » par l'utilisateur de l'interface est admise pour prouver des faits juridiques aussi bien en droit de la famille¹³⁷¹ qu'en droit du travail. Si dans ce domaine le respect de la vie privée et du secret des correspondances du salarié ont un rayonnement plus efficace qu'en droit du divorce¹³⁷², la recevabilité d'une capture d'écran issue de l'interface « Facebook » n'y est plus discutée. En témoigne l'affaire « Alten », dans laquelle le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt le 19 novembre 2010¹³⁷³ avait jugé, sur le fondement d'une capture d'écran du mur « Facebook » des salariés, le caractère licite de leur licenciement pour faute car ils avaient dénigré leur employeur sur le réseau social. La cour d'appel de Reims le 9 juin 2010 n'a pas remis en cause la recevabilité de la capture d'écran de toutes les informations contenues sur le mur « Facebook », parmi lesquelles des messages, photos, discussions, coordonnées, dessins, etc.

La chambre sociale ne s'est pas encore positionnée de manière significative en faveur de la recevabilité de ce moyen de preuve. Sans doute le fera-t-elle dans l'arrêt portant sur l'affaire « Alten » dont le dénouement est imminent¹³⁷⁴.

son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

¹³⁶⁹ Cass. soc. 12 oct. 2004, n° 02-40392.

¹³⁷⁰ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884 : « les dispositions invoquées par le moyen ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond ».

¹³⁷¹ L'enjeu du litige portait sur l'attribution de l'autorité parentale et la détermination du lieu de résidence d'un enfant, la cour d'appel de Lyon décide le 28 novembre 2011 que les pièces « *communiquées témoignent toujours de la haine que peut manifester madame à l'encontre du père, ou en l'occurrence de sa nouvelle compagne, à laquelle elle n'hésite pas à adresser sur 'facebook' un message d'une vulgarité édifiante* » : CA Lyon, 2^e ch., 28 novembre 2011, n° RG: 10/06406. Dans une seconde affaire, la Cour d'appel de Lyon le 21 novembre 2011, appliquant la jurisprudence des correspondances aux discussions sur les réseaux sociaux, a déclaré que la saisie informatique d'une page Facebook est recevable dès lorsqu'elle n'a pas été recueillie de manière frauduleuse. L'ex-épouse versait aux débats « *la copie d'une discussion instantanée entretenue le 4 juillet 2010 par l'intimé avec une femme sur le réseau social internet Facebook et dont il ressort clairement que celui-ci vit désormais à ALGER (Algérie) où il travaille ; que l'intimé ne soutient ni que cette pièce serait un faux ni qu'elle aurait été obtenue frauduleusement par l'appelante* ».

¹³⁷² Seule demeure la question de la délimitation de la sphère privée du salarié : RAY (J.-E.), *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, éd. Liaisons, Paris, 2001, p. 9.

¹³⁷³ CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n°10/00853 et 09/00316.

¹³⁷⁴ RAY (J.-E.), *Ibid.*

532.- La capture de textes, messages et données des interfaces « Facebook » et « Twitter » par un huissier de justice. L'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux en date du 20 décembre 2012¹³⁷⁵ a ouvert le chemin de la recevabilité de ces nouvelles formes de preuves. Des associés fondateurs d'une société d'enseignement de l'informatique ont cédé un bail commercial et ont pris connaissance de propos calomnieux, injurieux et diffamants relatifs à cette cession sur le réseau social « Facebook » par des auteurs non identifiés. Afin de se préconstituer des preuves, ils ont présenté une requête fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile¹³⁷⁶, tendant à faire ordonner la communication, par la société Facebook, de l'adresse IP et des données d'identification des profils de deux salariés et, par la société Twitter, de l'adresse IP et des données d'identification du compte. La cour d'appel de Bordeaux a ordonné au visa de l'article 145 CPC, la communication des données d'identifications des personnes en question en arguant que : « *les textes, messages et mises à dispositions de données qui précèdent sont publics, ce qui résulte du fait que l'huissier de justice a pu y avoir accès par le profil Facebook de l'une de ses collaboratrices [...]. Il en est de même du compte Twitter...* ».

Cette décision entre en parfaite cohérence avec la très récente jurisprudence de la première chambre civile qui, dans un arrêt publié au bulletin, en date du 10 avril 2013¹³⁷⁷, a clairement affirmé que les propos tenus sur « Facebook » ou « MSN », retranscrits par un huissier de justice, sont recevables pour condamner une ancienne salariée à verser des dommages et intérêts à son ancien employeur pour injures publiques.

La systématisation du raisonnement judiciaire en présence d'une preuve électronique témoigne de la volonté des juges du fond de se réapproprier la nouvelle méthode construite par la Cour de cassation et de l'utilité juridique du modèle du « *bon utilisateur des technologies* » face à l'intégration croissante dans le contentieux prud'homal de nouveaux modes de preuve issus des TIC.

¹³⁷⁵ CA Bordeaux, 1^{ère} chambre civile-section b, 20 décembre 2012, N° de RG: 12/06236.

¹³⁷⁶ « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ».

¹³⁷⁷ Cass. soc. 10 avril 2013, n°11-19530.

§ II. La marge d'interprétation du modèle

533.- La marge d'interprétation¹³⁷⁸ d'un énoncé juridique n'est pas fixée au préalable, elle dépend de plusieurs facteurs juridiques et extra-juridiques. Ainsi, un énoncé aurait une portée juridique différente et n'aurait par essence, aucun sens normatif déterminé¹³⁷⁹. Une règle juridique se distingue du standard par les résultats auxquels elle aboutit : elle mène à des solutions invariables, tandis que le standard juridique conduit « à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptées aux particularités des faits en présence »¹³⁸⁰. Il s'agirait alors pour la doctrine ou pour les juges de la chambre sociale de lui proposer diverses interprétations.

534.- La marge interprétative choisie a une influence incontournable sur le pouvoir laissé aux juges du fond et a des incidences sur l'organisation du système judiciaire autant que sur la qualité de la justice. Le risque à l'imprécision d'un énoncé serait de laisser cours à l'arbitraire des juges. D'aucuns ont fortement décrié l'indétermination du standard juridique, ce dernier rendant « inutiles les raisonnements et les constructions donc ne permet[tant] pas un développement scientifique du droit »¹³⁸¹. D'autres ont dénoncé l'incertitude qu'il fait régner, affirmant que « dans le domaine du droit privé, le standard ne serait qu'un pis-aller »¹³⁸².

Aussi, les incidences qu'entraîne la présence au procès prud'homal d'une preuve électronique, répond aux attentes de la doctrine contemporaine de voir les décisions de la Cour de cassation évoluer vers un caractère plus « normatif, plus explicite et plus régulateur »¹³⁸³. Ce constat démontre avec force que la coopération science/droit

¹³⁷⁸ En théorie, l'interprétation serait l' « acte de reconnaissance par une entité décisionnelle d'une interprétation scientifique déjà existante » : MAINGUY (D.), « La jurisprudence avant la doctrine : la place des données et la place des constructions théoriques dans la recherche juridique », Université de Lille II, 18 juin 2013. Séminaire doctoral du CRDP 2013/n°5.

¹³⁷⁹ TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, spéc. p. 69-84.

¹³⁸⁰ RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, spéc. p. 28.

¹³⁸¹ TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1972, Vol. XXII, n°2, p. 247-269.

¹³⁸² WROBLEWSKY (J.), « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ – Droit prospectif*, 1988-4, p. 848-870.

¹³⁸³ GILLET (J.-L.), MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), « L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style et structure », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, dir. HOURQUEBIE (F.), PONTHEOREAU (M.-C.), Bruylant, Bruxelles, p.167-182, spéc. p. 177.

peut permettre une amélioration de la réponse judiciaire et être un frein à la « *crise du judiciaire* »¹³⁸⁴.

Au reste, la précision du modèle identifié ainsi que sa scientificité **(A.)** sont autant de barrières à la liberté d'interprétation des juges. Ces caractéristiques permettent d'élaborer un schéma du modèle du « *bon utilisateur des technologies* » **(B.)**.

A. La précision du modèle du bon utilisateur des technologies

Le modèle identifié se démarque par le degré de précision avec lequel il est détaillé. La rigueur et la finesse qui caractérisent sa construction ne laissent qu'une marge d'interprétation restreinte aux juges du fond.

1. Le degré de précision du modèle du « bon utilisateur des technologies »

535.- Selon le Professeur RIVERO, le degré de précision de la règle choisie a un impact sur l'étendue de l'interprétation du juge : « *savoir s'il faut donner des règles précises ou formuler le droit en termes plus vagues est un problème politique, dont la solution dépend de ce qu'on cherche à renforcer l'autorité du législateur ou celle du juge* »¹³⁸⁵.

A la différence du standard juridique, une ancienne notion élaborée en 1919 par le Doyen de la faculté de droit d'Harvard, R. POUND¹³⁸⁶, qui « *n'exige pas un véritable savoir juridique, mais plutôt du bon sens pour ce qui est des choses de la vie courante et une intuition bien entraînée pour ce qui est extérieur à l'expérience du commun des mortels ; il n'est pas formulé avec précision, ni par le législateur, ni par le juge, mais varie avec le temps, le lieu et les circonstances* »¹³⁸⁷, le modèle pourrait se fonder sur une règle technique et immuable, dont l'élaboration relève d'un constat objectif.

¹³⁸⁴ ATIAS (M), « Crise de la motivation judiciaire ? », colloque de la Cour de cassation 2005. En ligne : [www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005/intervention_m_atias_1_8108.html].

¹³⁸⁵ RIVERO (J.), « Etat fédéral et confédération », *Revue Fédération*, 1956, p. 586.

¹³⁸⁶ TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1972, Vol. XXII, n°2, p. 247-269 ; O. STATI (M.), *Le standard juridique*, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, Paris, 1927.

¹³⁸⁷ POUND (R.), *An introduction to the philosophy of law*, Transaction Publishers, 1999, spéc. p. 118.

Ainsi, la présence d'un modèle dans le discours juridique de la Cour de cassation signifie sa volonté de cantonner le rôle des juges du fond et de supprimer le recours à l'arbitraire.

536.- La part interprétative conférée aux juges du contrat de travail par le modèle du « *bon utilisateur des technologies* » s'avère, à l'épreuve des faits, bien plus restreinte que celle allouée par le standard. Au vrai, la portée du modèle identifié, par son degré de précision et sa part de variabilité, se situerait entre la règle et le standard. En effet, comparé à certaines notions précises, telle que le calcul du taux d'alcoolémie, le type de modèle qu'est l'utilisateur des TIC, contient une part de flou¹³⁸⁸ ; le juge n'est pas dépossédé de tout pouvoir d'appréciation. Toutefois, il s'avère plus précis que d'autres modèles consubstantiellement liés à la morale, parmi lesquels la notion de « *raisonnable* »¹³⁸⁹.

2. *La scientificité du modèle du « bon utilisateur des technologies »*

537.- Comme en droit économique, la façon de juger la recevabilité de la preuve sur support électronique s'illustrerait par une incertitude mathématisée et par un processus décisionnel dont le mécanisme peut être schématisé.

Dès lors, le modèle identifié en présence d'une preuve électronique semble revêtir les qualités de logique et de précision inhérentes à la science. Une loi scientifique est en effet, « *une proposition confirmée par l'expérience qui établit des relations constantes et nécessaires entre les phénomènes observés, permettant ainsi de prévoir des phénomènes futurs* »¹³⁹⁰. Qualifiée par les chercheurs de « *modèle explicatif qui s'installe dans la conscience collective des scientifiques d'une époque et devient une référence commune* »¹³⁹¹, elle peut être stabilisée à un instant précis et se fonde sur les paradigmes scientifiques applicables à cet instant.

¹³⁸⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

¹³⁸⁹ La notion de raisonnable a d'ailleurs récemment remplacé le modèle du « *bon père de famille* » en droit civil, offrant aux juges un champ d'interprétation plus large. VERKINDT (P.-Y.), *Ibid.*

¹³⁹⁰ NICOLLE (J.-M.), *Histoire des méthodes scientifiques : Du théorème de Thalès au clonage*, Bréal, 2006, p. 50.

¹³⁹¹ T. KUHN, *La Structure des Révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 2008.

538.- A l'inverse de la notion de « *raisonnable* » qui dépend du bon sens de chacun¹³⁹², les modèles du « *bon utilisateur des technologies* » ou du « *bruit gênant* », s'inspireraient d'une notion technique et de données scientifiques et seraient dénués de jugement moral sur les comportements humains. Ces modèles ont donc pour particularité de pouvoir être précisément évalués à l'aide d'instruments techniques de mesure. Ils s'appuient sur des connaissances scientifiques précises et disposent d'une utilité technique. Pour exemple, le « *bruit gênant* » s'évalue par des mesures acoustiques tandis que la connaissance des TIC peut se mesurer par des critères extérieurs au droit : le temps et la fréquence de l'emploi de chaque citoyen des systèmes informatiques. La statistique pourrait donc avoir un rôle important à jouer.

En outre, ce type de modèle renvoie à un savoir positif, à savoir, celui de la connaissance que détient un utilisateur moyen sur la fonction d'enregistrement d'un objet communicant.

En définitive, les points de convergence entre le modèle juridique identifié et le modèle scientifique sont nombreux et démontrent la scientificité du modèle du « *bon utilisateur des technologies* ».

B. La schématisation du modèle du « bon utilisateur des technologies »

539.- Pour encadrer l'interprétation du juge, certains modèles juridiques provoquent une forme de « *normalisation* »¹³⁹³. Cette normalisation se concrétise pour le modèle du « *bon utilisateur des technologies* », par la possibilité d'être traduit par un schéma. La possibilité de schématiser ce modèle s'explique par sa nature scientifique et sa précision et démontre à quel point il constitue une « *ligne décisionnelle* » facile à suivre pour les juges du contrat de travail.

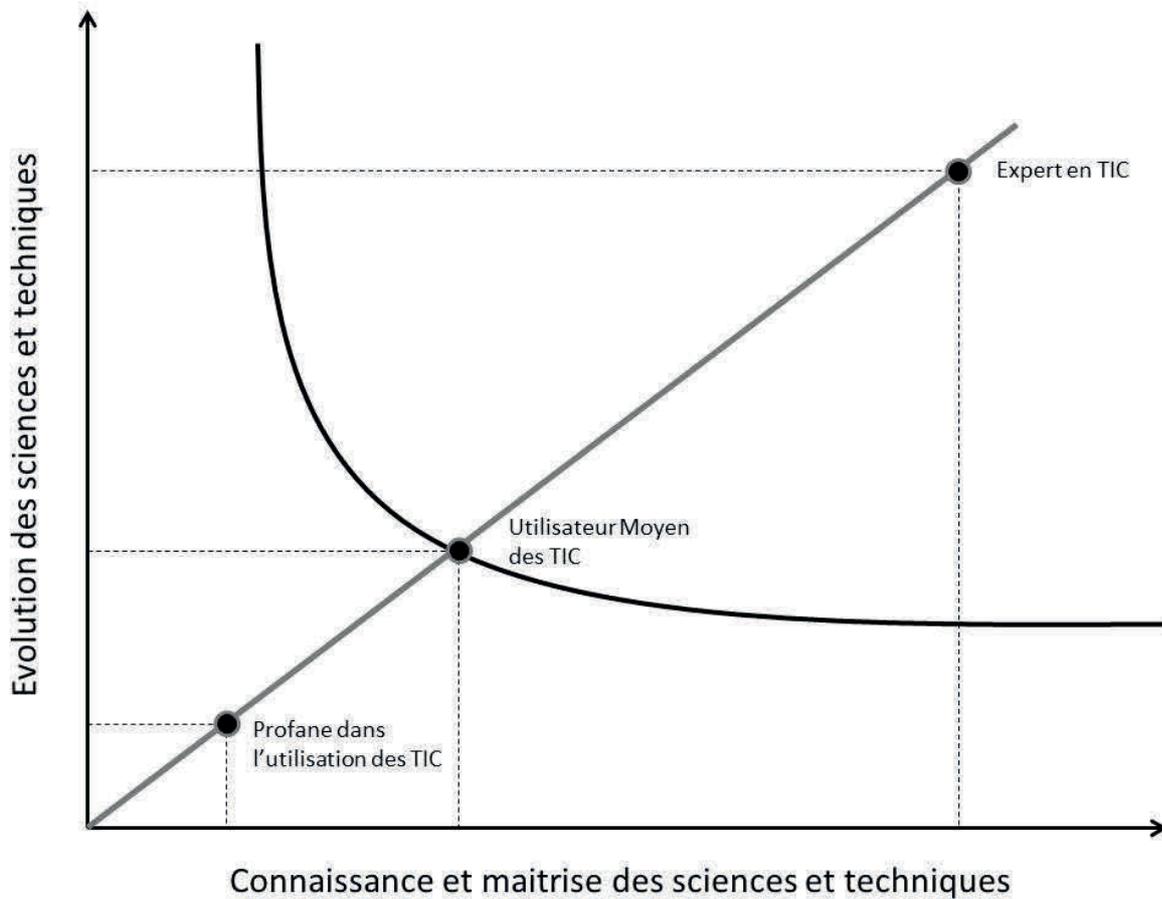
Le modèle du « *bon utilisateur des technologies* » remplirait en effet, les conditions nécessaires à sa présentation sous la forme mathématique puisqu'il est issu d'un raisonnement logique dont l'inconnue est une fonction. Le « *schème logique normatif* » qui en résulte, permet ainsi de tracer toutes les possibilités que le modèle inclut et d'envisager la marge de manœuvre dont disposent les juges.

¹³⁹² VERKINDT (P.-Y.), *Ibid.*

¹³⁹³ BOURCIER (D.) et TAUZIAC (V.), « Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux », *Rapport final Ministère de la justice*, Mission de recherche droit et justice, 1995.

1. La représentation schématisée du modèle

540.- En abscisses de ce schéma, sont placées les connaissances et la maîtrise des TIC de l'ensemble des justiciables français. En ordonnées sont recensés les évolutions techniques et la fréquence d'utilisation des TIC par l'ensemble des justiciables français.



2. L'interprétation des données

541.- A la lecture du schéma, plusieurs constats s'imposent.

D'abord, de la schématisation du modèle du « *bon utilisateur des technologies* », émergent d'autres « *sous-modèles* » qui ne pourraient s'apparenter à des catégories juridiques précises. Certaines « *catégories de pensées* »¹³⁹⁴ ne sont en effet, pas systématiquement saisies par le droit, en raison du faible intérêt que représente leur appréhension dans l'organisation des rapports sociaux, de leur incohérence, voire de leur complexité.

Tel est le cas actuellement du modèle du profane en matière informatique et scientifique qui prend place en bas des deux échelles. L'absence de ce modèle des prétoires, aussi bien que de la loi, apparaît regrettable au regard des réflexions contemporaines que suscite l'intégration des TIC en matière de consentement. En droit commercial, les risques encourus par des personnes ne maîtrisant pas l'informatique, ont été soulevés dans nombre de pays comme le Canada, et des solutions visant à éclairer leur consentement face aux sciences tendent à être codifiées¹³⁹⁵.

Le modèle de l'expert en informatique est situé aux extrémités hautes de chaque échelle puisqu'il dispose d'une importante connaissance dans la technique et qu'il utilise fréquemment de multiples moyens communicationnels. Cette figure de l'expert est appréhendée par le droit et s'est vu octroyer une place du plus en plus importante au procès, devenant ainsi une véritable catégorie juridique dont les contours sont encadrés par le Code civil.

Ensuite, la construction du modèle du « *bon utilisateur des technologies* » semble résulter d'une interprétation purement pragmatique du modèle¹³⁹⁶. Elle entre en résonance avec une certaine conception utilitariste du droit. En effet, les acteurs

¹³⁹⁴ DERRIDA (J.), « Le supplément de copule. La philosophie devant la linguistique », *Langages*, 1971, vol. 6, n°24, p. 14-39, spéc. p. 16.

¹³⁹⁵ Sur le projet de loi porté par une députée canadienne et visant la reconnaissance des pratiques abusives en matière commerciale dues à un consentement non éclairé : V. GAUTRAIS (L.), « Changer la loi canadienne en matière de vie privée », 17 av. 2013. En ligne : [<http://www.gautrais.com/Changer-la-loi-canadienne-en/>].

¹³⁹⁶ DUGUIT (L.), *Le pragmatisme juridique*, présentation S. Gilbert, éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2008, p. 51.

juridiques s'approprient uniquement les instruments de mesure que les autres domaines de la connaissance leur offrent et qui leur permettent de résoudre le problème qui leur est posé.

542.- Enfin, la question de l'intérêt que présente la schématisation du modèle de l'utilisateur des TIC en droit du travail pourrait être soulevée.

Certaines phases du processus décisionnel, parmi lesquelles celle du contrôle de la recevabilité probatoire, exigent une plus grande rationalité que d'autres en droit du travail. Cette particularité s'explique en partie par le caractère subjectif du droit du travail, par la complexité de la relation de travail compte tenu de « *sa durée, son objet complexe, son caractère nécessairement très évolutif, la superposition des relations individuelles et collectives [...]* »¹³⁹⁷, et par la composition du premier degré de juridiction.

A défaut de « *normalisation* », le danger serait que les conseillers prud'homaux n'expriment qu'un sentiment face à la complexité de la preuve sur support électronique. Se contentant d'une simple apparence de vérité judiciaire, ils pourraient éviter la mise en place d'un schéma conceptuel logique et fonder le rejet d'un élément probatoire sur une « *dogmatique* ».

De même, les présupposés techniques et scientifiques qu'ils emploient pourraient être choisis en fonction de leur opportunité au regard de l'importance du litige. La recevabilité de la preuve scientifique dépendrait ainsi dangereusement de sa pertinence pour la résolution du litige.

Le modèle de l'utilisateur des technologies sert donc de garde-fou scientifique à l'arbitraire des juges tout en leur laissant une part d'appréciation, nécessaire à l'appréhension des évolutions techniques et sociales. Au vu de l'enthousiasme judiciaire à en faire une application rigoureuse, il semble permis de lui accorder un caractère prédictif, voire normatif.

¹³⁹⁷ VITANET (R.), *op. cit.*, spéc. p. 212. En matière de preuve, la réalité dans l'entreprise rend les écrits insuffisants pour permettre au juge de prendre sa décision.

Conclusion du Chapitre II

543.- La systématisation du raisonnement judiciaire en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique témoigne de la réappropriation judiciaire de la nouvelle méthode construite par la Cour de cassation. Cette méthode se fonde sur le modèle de l'utilisateur des nouvelles technologies et se construit autour d'une architecture logique simplifiée.

Elle paraît avoir vocation à compenser la structure complexe que les experts confèrent à la preuve sur support numérique. Cette dernière se définirait en effet, comme une « *démonstration qui associe un ou plusieurs éléments de nature numérique et un raisonnement* »¹³⁹⁸. L'essence de ce type de preuve, nommée information numérique ou *Electronically Stored Information* (ESI), se révélerait « *abstraite et complexe, puisqu'elle est portée par des architectures logiques complexes (réseau Internet), fragile car facilement modifiable accidentellement ou intentionnellement, riche et paradoxale* »¹³⁹⁹.

La mise en application d'un modèle juridique permettrait de faire écho à cette insécurité technique par la promotion d'une certaine automaticité juridique. Elle s'inscrirait dans la droite lignée des travaux menés par le Conseil de l'Europe qui rappelle, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « *la crédibilité de l'action des juges et la confiance du public dans le fonctionnement des systèmes judiciaires impliquent la mise en place de mécanismes simples et accessibles de règlement des litiges* »¹⁴⁰⁰.

544.- Mais le choix d'un raisonnement aussi simple pour répondre à l'architecture logique complexe de la preuve électronique peut également apparaître comme une solution « *factice* » trouvée par des juges non expérimentés et non formés en la matière. N'est-ce

¹³⁹⁸ MIGAYRON (S.), Président de la Compagnie Nationale des Experts de Justice en Informatique et Techniques Associées, « "La preuve numérique : quel coût pour quel enjeu ?", in *La preuve informatique – Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques ?*, Lexbase Hebdo éd affaires, n°280, 18 janv. 2012.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

pas omettre la nature électronique du procédé probatoire et les risques de dérives qui en résultent, dans un souci de « *facilité processuelle* » ?

¹⁴⁰⁰ LACABARATS (A.), « La jurisprudence en droit social », *Bulletin d'information*, n°787, 15 sept. 2013, Les éditions des Journaux Officiels, p. 5.

CONCLUSION DU TITRE I

545.- L'incohérence des décisions judiciaires quant à l'admissibilité de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal exigeait une réaction harmonisatrice de la part de la chambre sociale. Certains juges du fond déclaraient automatiquement irrecevables une catégorie de preuves électroniques, tels que le courriel ; d'autres se fondaient par erreur sur les critères de recevabilité des actes juridiques posés par l'article 1316-1 du Code civil. La mobilisation erronée de ces instruments juridiques s'explique par l'inadéquation des moyens offerts par le droit du travail pour contrôler la recevabilité des procédés modernes de preuve.

546.- En réponse à cette instabilité jurisprudentielle, la Cour de cassation a élaboré le régime de la recevabilité de la preuve électronique, dont la pierre angulaire est le modèle du « *bon utilisateur des technologies* ». Ce nouveau régime repose sur des critères stricts et objectifs de recevabilité et une méthode de contrôle binaire, influencée par les paradigmes de la science. Le nouveau modèle a pour particularisme d'être simplifié et applicable à l'ensemble des procédures où règne la preuve des faits.

547.- Ce constat démontre que la preuve électronique en qualité d'objet décisionnel influe sur la méthode empruntée par le juge et confirme plus largement l'hypothèse selon laquelle, les connaissances scientifiques et techniques constituent « *un élément déterminant dans la construction de la norme* »¹⁴⁰¹. En effet, si les méthodes décisionnelles sont multiples et varient en fonction du système dans lequel elles s'insèrent (à titre d'exemple, le processus décisionnel en droit économique présente des caractéristiques différentes de la décision judiciaire classique), elles paraissent toutes se teinter des caractéristiques et de la nature de l'objet décisionnel.

548.- L'intervention de la chambre sociale dans un domaine peu investi par le législateur reflète également avec force le pouvoir normatif de la jurisprudence. Plus qu'une simple interprétation élargie des conditions de recevabilité de l'article 1316-1 du

¹⁴⁰¹ VERGES (E.), « L'évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d'une relation à plusieurs facettes », in *Variations, évolutions, métamorphoses*, PU Saint Etienne – Institut universitaire de France, 2012, p. 312.

Code civile, la Cour de cassation définit les composantes concrètes d'une nouvelle règle jurisprudentielle applicable dans le contentieux prud'homal. Son intervention est créatrice de droit et trouve son inspiration dans la volonté de mettre en cohérence les décisions judiciaires face à la preuve électronique. Le pouvoir normatif de la jurisprudence dans ce cas, n'entre pas en interaction avec le législateur mais pallie sa carence. Aussi, la construction jurisprudentielle du régime de recevabilité de la preuve électronique illustre avec force l'idée que « *le droit du travail constitue l'un des domaines privilégiés de l'initiative jurisprudentielle, qui a permis, sur de nombreuses questions affectant les relations des employeurs et des salariés, la solution de litiges ne relevant d'aucune disposition légale particulière* »¹⁴⁰².

549.- Dans le même temps, les juges du fond se réapproprient volontairement le modèle et se cantonnent au respect de la méthode et des critères afférents.

550.- Au reste, la recevabilité strictement conditionnée de la preuve électronique n'influe pas sur sa valeur probante. L'élaboration jurisprudentielle du régime de recevabilité de la preuve électronique ne présume en rien l'utilisation ou le rejet par les juges du contrat de travail de la preuve électronique comme élément argumentatif au soutien de leur décision¹⁴⁰³.

551.- A la lecture des décisions, on remarque que la sévérité du juge du contrat de travail vis-à-vis de la recevabilité de la preuve électronique s'intensifie lorsqu'il apprécie les faits à la lumière de celle-ci.

¹⁴⁰² LACABARATS (A.), « La jurisprudence en droit social », *Bulletin d'information*, n°787, 15 sept. 2013, Les éditions des Journaux Officiels, p. 5.

¹⁴⁰³ BORGES (F. A.), *Théorie et modélisation de la décision de justice : l'exemple du juge judiciaire*, thèse, soutenue à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), [microforme], 2004, spéc. p. 12.

TITRE II. LA FORCE PERSUASIVE DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

« Le sens de la justice qui garde son enracinement dans le souhait de la vie bonne et qui trouve sa formulation rationnelle la plus ascétique dans le formalisme procédural, n'accède à la plénitude concrète qu'au stade de l'application de la norme dans l'exercice du jugement en situation »¹⁴⁰⁴.

Paul RICOEUR

552.- Au procès, la preuve est la clé de voûte de la stratégie argumentative. Elle fait partie intégrante de la catégorie aristotélicienne des moyens de persuasion¹⁴⁰⁵.

553.- Envisagé comme un système d'interactions et de démonstrations, le procès civil laisserait cohabiter des procédés argumentatifs visant à emporter l'intime conviction du juge, et des procédés « *neutralisant* » la subjectivité du juge, telle que l'obligation de motivation judiciaire¹⁴⁰⁶. Ainsi, la procédure civile se caractériserait, tant par sa vocation à faire reconnaître la vérité matérielle lors de la confrontation contradictoire d'arguments juridiques et extra-juridiques, que par sa volonté de combattre tout facteur d'arbitraire lors de la prise de décision judiciaire.

Dès lors, la preuve électronique s'insère dans un processus judiciaire d'argumentation¹⁴⁰⁷. Elle n'est autre qu'un élément légal d'argumentation¹⁴⁰⁸, alors

¹⁴⁰⁴ RICOEUR (P.), *Le juste*, éd. Esprit, Paris, 1995, p. 25-26, n° 14.

¹⁴⁰⁵ ARISTOTE, *Rhétorique*, Flammarion, Paris, 2007, trad. et notes CHIRON (P.), [1375 a 22], p. 243 : ARISTOTE désigne plus précisément la preuve judiciaire comme un « *moyen de persuasion non technique* », qu'il définit comme « *ceux qui préexistent à l'intervention de l'orateur, et dont seule la mise en œuvre et (non l'invention) dépend de lui* ».

¹⁴⁰⁶ Les historiens attribuent à la procédure romano-canonique la qualité de « *véritable algorithme visant à assurer l'objectivité du processus décisionnel* » : WIJFFELS (A.), « La procédure romano-canonique : un algorithme médiéval ? », in B.-M. TOCK (dir.), *in principio erat verbum*. Mélanges offerts en hommage à Paul TOMBEUR, Turnhout, Brepols, 2005, p.432- 465. Sur l'historique de la motivation V. l'intéressante étude de WIJFFELS (A.), « La motivation des décisions judiciaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, dir. HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 141-166

¹⁴⁰⁷ PERELMAN, (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., 1979, rééd. Dalloz, Paris, 1999. Pour les traducteurs d'ARISTOTE, le mot « *πιστις* » est polysémique et traduit l'idée que la preuve est un moyen de persuasion qui s'insère dans une activité de persuasion et dont le résultat est la persuasion du juge : GRIMALDI (W) « A note on the PISTEIS in Aristotle's Rhetoric 1354-1356 », *AJPh* 78, 1957, p. 188-192. BRUNSCHWIG (J. B.), « Aristotle's Rhetoric as a 'counterpart' to Dialectic », in *Rorty*, 1996, p. 45 ; *Après Perelman : quelles politiques pour les nouvelles rhétoriques?*, (dir.) KOREN (R.) et AMOSSY (R.), L'Harmattan, Paris, 2002.

désigné comme la condition d'existence des faits aux yeux des juges. « *Sans la preuve, le fait reste une incertitude* »¹⁴⁰⁹. L'appréciation des faits au regard de la preuve sur support électronique, démontre par conséquent, toute sa force en qualité de source décisionnelle ; elle reflète sa pertinence. La manière avec laquelle les juges réceptionnent la preuve sur support électronique, ainsi que la valeur qu'ils lui concèdent en qualité d'élément de conviction, constituent des révélateurs de son « *efficacité persuasive* »¹⁴¹⁰.

554.- L'argumentaire des parties ainsi que la motivation judiciaire semblent être les lieux propices à l'évaluation de « *l'efficacité persuasive* » de la preuve électronique. Le concept de la motivation judiciaire a en effet pour intérêt scientifique de mettre en exergue les caractéristiques de l'évolution de la théorie générale de la preuve¹⁴¹¹. La motivation du juge serait l'« *âme de la décision* »¹⁴¹². Elle s'institue comme l'endroit où les réflexions et considérations du juge se confrontent, où le droit prétorien se crée. La doctrine contemporaine affirme qu'« *en motivant sa décision, le juge dit, dans une certaine mesure, qui il est. Il décline son identité de juriste, sinon d'homme. Parce qu'il livre ses raisons de décider, il se dévoile. Il dit comment et par quoi il se convainc, ce qui lui importe et ce qui le laisse indifférent. La motivation le fait juge* »¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁸ « *L'argumentation se présente comme un corps de techniques discursives qui visent différents auditoires pour provoquer l'assentiment, entraîner l'adhésion, produire la persuasion ou la certitude. La rhétorique, construite par Aristote, peut alors se définir comme une théorie générale de ces techniques. L'argumentation rhétorique s'oppose d'une manière particulière à la démonstration logique (scientifique)* » : PERELMAN, (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., 1979, rééd. Dalloz, Paris, 1999 p 176.

¹⁴⁰⁹ « *Car les faits sont stériles jusqu'au moment où il y a des esprits capables de faire un choix parmi eux, de discerner ceux qui cachent quelque chose et de reconnaître ce qui est caché ; des esprits qui sous le fait tout nu voient l'âme du fait* » : HUTCHESON (J. C.), « *The judgment intuitive ; the function of the 'hunch' in judicial decision* », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Paris, Recueil Sirey, 1934, Vol. II, p. 531 et suiv.

¹⁴¹⁰ Pour une étude approfondie de ce concept v. PERELMAN (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., 1979, rééd. Dalloz, 1999 ; l'auteur s'inspire de la conception de la rhétorique élaborée par ARISTOTE comme une discipline qui permet de « *discerner non seulement le persuasif mais aussi le persuasif apparent* » : ARISTOTE, *Rhétorique*, Paris, Flammarion, 2007, [1355 b 15], p .122.

¹⁴¹¹ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 196 « *La motivation* », p. 683 s.

¹⁴¹² FERRIERES (J.-C.), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1779, V° Jurisprudence des arrêts.

¹⁴¹³ ATIAS (Ch.), « *La crise de la motivation judiciaire ?* », *Cycle droit et technique de cassation 2004-2005*, colloque et activités de de la Cour de cassation, 2005, spéc. n° 6. En ligne : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._atias_1_8108.html]

La notion de motivation judiciaire est en réalité bien plus difficile à cerner, en raison de sa forte ambiguïté et de son caractère pluriel¹⁴¹⁴. Elle ne peut se résumer à l'ensemble des raisons qui fondent le dispositif de la décision du juge, mais se définirait de manière plus réaliste comme une « *déclaration des raisons de décider* »¹⁴¹⁵. La motivation apparaît ainsi au juriste sous trois formes bien distinctes : la « *motivation de conviction* » dite préparatoire, la « *motivation de vérification* » et « *la motivation reconstruite ou de justification* »¹⁴¹⁶. Les deux dernières formes relèvent de la motivation en qualité de technique juridique de communication¹⁴¹⁷, (certains auteurs vont même jusqu'à la désigner comme un art rhétorique¹⁴¹⁸), et n'entrent pas en tant que telles dans le processus d'argumentation judiciaire. Cet aspect technique de la motivation n'apporte pas d'enseignement sur les véritables raisons (avouables ou non) du choix décisionnel, mais indiquent les motifs consciencieusement choisis par les juges et exprimés selon une méthode prédéterminée.

555.- Les effets processuels réels de la preuve sur support électronique, envisagée comme un élément argumentatif, s'interprètent ainsi dans la motivation du juge. Néanmoins, l'étude de la pertinence de la preuve sur support électronique ne peut se restreindre aux seules raisons « *que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer*

¹⁴¹⁴ La motivation judiciaire suscite l'intérêt de la doctrine contemporaine. Pour un état des lieux global V° : ASSOCIATION HENRY CAPITANT, *La motivation*, Travaux de l'Association Henry Capitant, tome III, 1998 ; BARY, (M.) ; BOURDOISEAU, (J.) ; CHEVALLIER, (B.), *La motivation des actes juridictionnels*, Thèse, Université de Rennes, 1974 ; GUILLERMET, (C-J), *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, bibliothèque de droit, 2006 ; PERELMAN, (C.) (dir), *La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant*, , 1978 ; ATIAS, (Ch.), « La simple affirmation du juge », *D.*, 2010, p. 221 ; CROZE, (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE*, Defrénois, Paris, 2005, p. 181 ; SABARD, (O.) (dir), *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, actes du colloque organisé le 21 octobre 2005 à la faculté de droit de Tours par l'Association tourangelle des jeunes chercheurs en droit et le CRDP, LPA, n°19 (spécial), janvier, 2007 ; BERENGER (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, P.U.A.M., 2013.

Pour une réflexion en droit du travail : GAUDU (F.), « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC, av. 2004, p. 566-573. Sur le débat qu'elle suscite en droit des contrats : FABRE –MAGNAN (M.), « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC, av. 2004, p. 573-579 ; REVET (T.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC, av. 2004, p. 579-588.

¹⁴¹⁵ ATIAS (Ch.), « La crise de la motivation judiciaire ? », Intervention colloque de la Cour de cassation, 2005, spéc. n° 4. En ligne : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._atias_1_8108.html

¹⁴¹⁶ ATIAS (Ch.), *Ibid.*

¹⁴¹⁷ La technique juridique est « *l'ensemble des outils, aussi bien pratiques qu'intellectuels, aussi bien matériels que formels, concourant à l'élaboration d'une norme socialement obligatoire et sanctionnée* », PLESSIX, (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, Paris, LGDJ, 2003, p. 71.

¹⁴¹⁸ « *L'art de la motivation est avant tout celui de la pertinence, pertinence du raisonnement, pertinence des motifs exprimés. Cette pertinence ne peut avoir qu'une source, qu'une garantie ; elle procède de la détermination appropriée de la question posée* ». ATIAS (Ch.), *op. cit.*, spéc. n°17.

comme il l'a fait »¹⁴¹⁹. L'enjeu de cette recherche exige d'aller au-delà de la dimension communicationnelle de la motivation. Les motifs ne peuvent servir que d'indices pour interpréter la place qu'occupe la preuve sur support électronique dans la conviction des juges, et c'est dans la démonstration des parties, aussi bien que dans celle du juge, toutes deux contextualisées, que les véritables justifications décisionnelles semblent se dessiner.

Plusieurs problématiques sont intimement liées à la présence de la preuve sur support électronique dans la décision judiciaire. La place qu'elle occupe en qualité d'élément argumentatif susceptible d'emporter l'intime conviction du juge, ainsi que son poids dans « *la balance judiciaire* », interrogent. Cette métaphore sied parfaitement au rôle pragmatique du juge, garant de l'équilibre judiciaire, appréciant chaque élément de manière précise ou approximative et évaluant chaque ingrédient dont il dispose, parfois issu de la philosophie, de la logique, de l'analogie, de l'histoire, des coutumes ou même du simple sens de la justice. « *Il doit les jeter dans la balance. Puis ajoutant un poids ici et en retirant un autre là, il doit découvrir, avec toute la sagesse possible, la manière d'équilibrer les plateaux de la balance* »¹⁴²⁰.

Reste à déterminer, si parmi ces éléments mis en balance, la preuve sur support électronique se voit conférer une valeur probatoire et une force probante spécifiques.

556.- L'observation des décisions et de leur régularité, permet de conclure que la preuve sur support électronique ou numérique ne joue pas le rôle important qu'il serait judicieux de lui attribuer au regard de sa nature objective et scientifique. Bien au contraire, elle s'insère sans heurt et sans éclat dans l'éventail d'éléments proposés au juge du contrat de travail pour forger son intime conviction. Sa place dans la balance des éléments probatoires est commune ; ses effets sur la démonstration des faits sont minimes.

En outre, les autres moyens traditionnels¹⁴²¹ de preuve ne cèdent pas devant sa technicité. Ils conservent une force probante identique et ne perdent que très rarement le conflit probatoire face à la preuve sur support électronique ou numérique.

¹⁴¹⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 9^e éd., 2011, V° « Motif », p. 562.

¹⁴²⁰ CARDOZO (B.N.), *La nature des décisions judiciaires*, trad. CALVES (G.), Dalloz, Paris, 2011, p.102.

¹⁴²¹ Le terme « moyen de preuve » est sciemment employé plutôt que le terme « mode de preuve ». La démonstration doctrinale selon laquelle le mode de preuve, élément matériel de la preuve (« la manière d'administrer la preuve »), serait inclus dans l'acception « moyen de preuve » visant à démontrer la véracité d'une allégation, semble pertinente. Ainsi, le moyen est défini de manière plus large et répond mieux aux enjeux de l'étude du raisonnement judiciaire.

Ces constats contrastent avec l'incidence que la preuve sur support électronique opère sur la construction de la décision du juge et la légitimité que son existence accorde à la fonction de juger¹⁴²². L'idée que la preuve sur support électronique ne constitue pas un « *vrai choix* » du juge, s'expliquerait essentiellement par un refus, (conscient ou non), de son intégration dans le modèle d'argumentation judiciaire.

Au demeurant, deux angles d'approche complémentaires permettent d'étudier la place de la preuve sur support électronique ou numérique dans la « *motivation de conviction* » du juge.

L'analyse jurisprudentielle et concrète, consistant à référencer les décisions pour mettre en lumière les différentes techniques de rédaction utilisées par le juge, les formules utilisées, l'ordre des priorités du juge dans le traitement des informations, permet de définir la manière dont la preuve sur support électronique met la lumière sur les faits et fonde une décision judiciaire. (**Chapitre I.**)

La seconde analyse vise à déterminer le régime de la preuve sur support électronique par l'étude de sa fonction, de son importance, et de sa place au sein du processus argumentatif. Elle exige une réflexion approfondie sur les mobiles qui animent le juge et initie une démarche d'intégration effective de la preuve sur support électronique dans le processus décisionnel. En outre, l'œuvre de « *décodage* » de la décision judiciaire, la mise en perspective théorique de cette forme « *d'opinion juridique* »¹⁴²³, rendent incontournable le recours à une méthode interdisciplinaire faisant appel à la philosophie, la sociologie, la neurobiologie, la psychologie expérimentale, ainsi qu'à la science politique (**Chapitre II.**)

Chapitre I. L'appréciation des faits au regard de la preuve électronique

Chapitre II. L'intégration de la preuve électronique dans le processus d'argumentation judiciaire

¹⁴²² V°. Partie I. L'existence de la preuve sur support électronique dans la construction de la décision judiciaire.

¹⁴²³ ATIAS (Ch.), *op. cit.*, n°24.

Chapitre I. L'appréciation des faits au regard de la preuve électronique

« Le judiciaire porte sur ce qui est ou n'est pas, ce qui laisse place davantage à la démonstration et à la nécessité, car le passé est régi par la nécessité »¹⁴²⁴.

ARISTOTE

557.- La preuve est définie comme l'« opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit) à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse »¹⁴²⁵. Elle s'inscrit dans une démarche intellectuelle et prend la forme d'une démonstration¹⁴²⁶, destinée à convaincre le juge de la vraisemblance d'un fait¹⁴²⁷.

Dès lors, dans le contentieux prud'homal, la preuve électronique s'institue comme le rapport entre le fait et la conviction du juge du contrat de travail. Les auteurs ont démontré que le type de fait à prouver n'est pas un fait brut mais un fait « *juridiquement qualifié* »¹⁴²⁸, de nature à déclencher l'application du droit.

Le rapport entre ce fait et le juge peut connaître différents degrés d'intensité, selon la force avec laquelle la preuve électronique, en qualité d'élément persuasif légal, est reçue par le juge. Ce rapport se traduit en pratique par la valeur probatoire effectivement conférée au moyen de preuve.

558.- Si à première vue, la valeur probatoire et la force probante paraissent synonymes et donnent fréquemment lieu à un emploi similaire¹⁴²⁹, leur distinction s'articule autour de l'intervention du juge et offre par conséquent un point de comparaison particulièrement

¹⁴²⁴ [1418 al.1], p.514.

¹⁴²⁵ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1926, V° « Preuve ». Selon la philosophie d'ARISTOTE, la persuasion est en réalité « une sorte de démonstration (car nous donnons surtout notre approbation à ce que nous tenons pour démontré », *op. cit.*, [1355 a 1], p. 118.

¹⁴²⁶ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Thémis, Paris, 2013, p. 839.

¹⁴²⁷ THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », in *La preuve*, PUF, 1996, spéc. p.41.

¹⁴²⁸ Sur la distinction entre faits bruts et faits scientifiques, sachant que le scientifique ne travaille jamais sur le fait brut mais construit son objet, v. BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance*, Paris, J. Vrin, 1993 : « La factualité saisie par le procès est une factualité construite par le droit ». En science juridique : CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *op. cit.*, n° 252, p. 844 ; LECLERC (O.), *Le juge et l'expert – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, *op. cit.*, n°82, p. 149.

éclairant. Ces notions sont en effet intimement liées ; elles interagissent de manière à mettre en lumière la véritable considération qu'a le juge à l'égard de la preuve sur support électronique.

559.- La valeur probante d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge. C'est son caractère convaincant, sa crédibilité et la confiance que le juge peut lui accorder en conscience¹⁴³⁰. Aussi la valeur est-elle une notion fluctuante et imprécise, dépendante de l'activité judiciaire.

La récurrence des apparitions de la notion de valeur ainsi que la disparité de ses utilisations dans le Code du travail, témoignent de sa richesse. Elle y désigne aussi bien la « *valeur du travail* » que la « *valeur de la rémunération* »¹⁴³¹, la valeur du temps de travail et l'apport du salarié à « *la valeur ajoutée de l'entreprise* »¹⁴³².

Au regard de cette relativité, la valeur probatoire n'existe qu'au moment du procès et est liée au cas particulier de l'espèce. Elle n'est *a priori* pas prévisible et varie selon la stratégie argumentative adoptée par les parties pour emporter l'intime conviction du juge.

560.- En revanche, la force probante est une notion beaucoup plus difficile à cerner en raison de son caractère bicéphale : elle peut être « *la valeur en tant que preuve, qui s'attache à un fait ou indice extérieur retenu comme élément probatoire* »¹⁴³³, ou la force reconnue à un acte par la loi. Ces deux interprétations se rejoignent sur le caractère inflexible et intangible de la force, qu'elle soit appliquée à une décision ou à un instrument juridique. En témoignent, les différentes acceptions légales de ce terme, désignant respectivement la « *force exécutoire d'un acte* »¹⁴³⁴ et la « *force de la chose jugée* » d'un jugement¹⁴³⁵.

En d'autres termes, la valeur probatoire est le crédit attribué à la preuve par le juge du litige, tandis que la force probante ou efficacité probatoire est la capacité théorique et

¹⁴²⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 9^e éd., 2011, V°« Force probante », p. 421.

¹⁴³⁰ DUMON (F.), « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », J.T., 1978, p. 486, n°35.

¹⁴³¹ C. trav. art. L.3221-2 : « *Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ». En résulte le principe « à travail égal, salaire égal ».

¹⁴³² C. trav. art. L.3221-2.

¹⁴³³ MOUGENOT (D.), *Droit des obligations. La preuve*, Larcier, Paris, 3^e éd., 2002, p. 75.

¹⁴³⁴ C.P.C. art. 1441-4.

¹⁴³⁵ C.P.C. art. 1079, art. 501.

prévisible¹⁴³⁶ de la preuve, (déterminée par la loi ou par une jurisprudence constante), à convaincre le juge.

A la lumière de ces constatations, plusieurs réflexions rejaillissent : dans le système de la preuve légale, la force probante des documents électroniques prévue par le Code civil est-elle effectivement identique à la valeur probatoire réellement conférée à la preuve sur support électronique ?

Lorsque les juges sont libres de l'évaluation des moyens de preuve, une preuve électronique permet-elle d'emporter la conviction des juges ? Est-elle suffisante à elle seule à prouver l'existence des faits allégués ? Prévaut-elle sur un moyen traditionnel de preuve en cas de conflit probatoire ?

561.- Cette étude dépasse l'idée d'une étanchéité entre le système de preuve légale et le système d'appréciation libre de la preuve. La dichotomie classique fondée sur l'idée que dans le système de la preuve légale, la force probante est déterminée par la loi, tandis que dans le système de la preuve libre, la valeur probatoire de la preuve est entièrement confiée au juge de l'instance, paraît désuète¹⁴³⁷. La notion de force probante mériterait d'être revisitée dans le sens d'une définition plus large et applicable aux deux régimes.

Si en droit du travail la preuve est libre, rendant difficile le travail de conceptualisation du processus décisionnel, certaines régularités dans la motivation des juges permettent de faire émerger des principes probatoires, voire même une graduation dans la force probante allouée aux différents moyens de preuve¹⁴³⁸.

¹⁴³⁶ MOUGENOT (D.), *Droit des obligations. La preuve*, Larcier, Paris, 3^e éd., 2002, p. 75.

¹⁴³⁷ Les historiens du droit ont très tôt remis en cause cette distinction : LEVY (J.-P.), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Paris, Annales de l'Université de Lyon, 1939, p. 11.

¹⁴³⁸ S'il peut paraître surprenant de procéder au classement des modes de preuve dans un système de preuve morale, c'est sans compter sur l'idée que la prédominance de certains modes de preuves existe de fait et a une incidence sur le contentieux du contrat de travail. LEIBNIZ abondait déjà dans ce sens lorsqu'il développa le concept d'assentiment. Pour l'auteur, il y aurait des degrés dans l'assentiment confortant une « *typologie graduelle des preuves* ». LEIBNIZ (G. W.), *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, Garnier- Flammarion, Paris, 1990, livre IV, chap. XVI, p. 366-367.

La conception classique d'un système de preuve légale hiérarchisé et d'un système de preuve morale désorganisé et tributaire de la conviction du juge n'a de valeur qu'en théorie. Elle ne fait pas l'objet d'une application pratique. Tout salarié bien conseillé saurait pertinemment que le témoignage d'un collègue est une preuve dominante dans le contentieux prud'homal. Dès lors, pour cette étude il convient de s'émanciper de la dichotomie traditionnelle des systèmes de preuve et d'envisager de manière empirique comment le droit de la preuve libre est organisé et quels en sont les concepts dominants. La théorie de la preuve doit être construite en corrélation avec son application pratique et les nombreux lieux communs qui sont enseignés, tels que la supériorité de la preuve légale alors qu'elle ne représente qu'une infime partie du contentieux ; l'absence de valeur probatoire du courriel, l'existence du serment décisive devant le conseil de prud'hommes ne se vérifient pas en pratique. La validation des postulats probatoires est de mise pour une modernisation du droit probatoire.

En définitive, la manière dont la preuve sur support électronique est considérée par les juges en qualité d'élément argumentatif légal, ainsi que la valeur probatoire qui lui est conférée pour chaque cas d'espèce (**Section I.**), permettraient d'induire la force probante contemporaine de ce type de preuve en droit du travail (**Section II.**).

Section I. La valeur probatoire de la preuve sur support électronique : essai de description d'un régime d'évaluation autonome

562.- Après le contrôle de recevabilité, l'évaluation de la preuve sur support électronique est l'étape suivante du processus de réception des preuves. Il ne suffit pas qu'une preuve soit recevable pour qu'elle puisse être appréhendée en droit, encore faut-il qu'elle amène le juge à considérer l'objet de la preuve comme établi. Pour exemple, si la chambre sociale de la Cour de cassation a récemment décidé que le salarié pouvait se prévaloir d'un message vocal laissé sur un répondeur pour prouver qu'il a été licencié¹⁴³⁹, rien n'indique que la valeur probatoire de cet objet communicant serait suffisante pour déclarer vraie la proposition du salarié. Il en est de même s'agissant de la preuve issue d'une clé USB, dont l'« *aptitude probatoire* » a été reconnue dans un arrêt en date du 12 février 2013¹⁴⁴⁰.

563.- La valeur probatoire représente alors la force persuasive de la preuve lorsqu'elle est passée au crible du juge¹⁴⁴¹. Elle exige de la part du juge, une appréciation au regard de sa propre échelle de valeur. Ce dernier met en balance les éléments probatoires portés devant lui, et en cas de conflit de preuve, privilégie l'un d'entre eux au détriment des autres.

Aussi, la question de la valeur probatoire des éléments de preuve sur support électronique ou numérique représenterait une « *question de fond* »¹⁴⁴². Elle serait l'apanage des juges du fond, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelant avec insistance et régularité que l'évaluation de la valeur et de la portée des éléments de preuve appartient aux juges du fond, « *dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation* »¹⁴⁴³.

¹⁴³⁹ Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-23.738.

¹⁴⁴⁰ Cass. soc. 12 fév. 2013, n° 11-28649. La Chambre sociale a décidé qu'elle détient l'aptitude probante mais sa valeur probatoire variera selon les circonstances et des critères endogènes et exogènes à la juridiction devant laquelle elle est produite. Pour plus de certitude, il convient d'attendre le renvoi devant la Cour d'appel de Caen.

¹⁴⁴¹ Pour exemple : CA Limoges, 28 mars 2013, n° RG 12/00269.

¹⁴⁴² CA Limoges, 16 mai 2013, n° RG 12/00692.

¹⁴⁴³ Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45519.

564.- Deux constatations apparaissent à la comparaison des décisions récentes. Tout d'abord, la preuve sur support électronique souffre très mal la présence d'une preuve contraire. La présomption qu'elle entraîne paraît en effet « *minime* ».

Ensuite, les preuves sur support électronique ou numérique ne peuvent être employées seules ; elles trouveraient leur place dans la corroboration des autres moyens de preuves et n'auraient pas de portée autonome.

Certaines caractéristiques peuvent par conséquent être allouées à la preuve sur support électronique et permettent de révéler la spécificité de son régime d'évaluation : la part d'objectivité de la preuve scientifique ne réduit pas la part de doute dans ce type de preuve. De même, la neutralité présumée de l'objet communicant ne participe pas à sa crédibilité aux yeux du juge. Enfin, la présence d'une preuve sur support électronique ne renforce pas la méfiance envers les preuves plus subjectives.

Dès lors, la preuve sur support électronique se verrait attribuer une valeur relative (§I.) et corroborative (§II.).

§I. La valeur relative de la preuve sur support électronique

565.- Selon la théorie argumentative contemporaine, le jugement serait fondé sur un raisonnement « *ni tout à fait arbitraire ni véritablement contraignant, mais relevant d'une rationalité pratique approchée par la discussion et soumise à la loi du meilleur argument* »¹⁴⁴⁴.

566.- Tout laisse à penser que la preuve sur support électronique ou numérique, en raison de sa nature scientifique et des modifications qu'elle apporte lors de la construction de la décision judiciaire, serait au centre des mouvements argumentatifs et occuperait une place prépondérante dans le raisonnement judiciaire. Une valeur processuelle particulière est en effet traditionnellement accordée au motif scientifique, l'intérêt de la vérité scientifique reposant essentiellement sur « *son objectivité naturelle et sa capacité démonstrative* »¹⁴⁴⁵.

Pourtant, si la présence de la preuve sur support électronique dans l'argumentaire des parties ne fait aucun doute, la considération avec laquelle elle est reçue dans la motivation des juges du fond équivaut à son « *passage sous silence* » dans le processus argumentatif global.

Elle subit un obscurcissement de ses effets et un affaiblissement de sa valeur au regard des autres moyens de preuve.

D'un point de vue pratique, la vraisemblance d'un fait est moins facilement avérée quand il est allégué par la preuve électronique. Aussi, la preuve sur support électronique se voit-elle affublée de la qualité relative d'un élément probatoire.

567.- L'adjectif « *relatif* » est polysémique. De manière générale, le relatif est ce qui est imparfait, ce « *qui dépend de l'idée qu'on s'en fait, de l'exigence qu'on a à ce propos* »¹⁴⁴⁶. Sous cet angle, la qualité relative est subjective et exige un jugement. En droit, ce vocable peut désigner tant la relativité d'une décision émise par une autorité qui ne s'appliquerait qu'aux relations de personnes déterminées, que l'effet relatif d'un acte,

¹⁴⁴⁴ FRYDMAN (B.), HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 91 ; COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, LGDJ, Paris, 2006, p. 228 et s.

¹⁴⁴⁵ DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique, vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, p.383.

entendu comme le fait d' « *admettre des dérogations* » ou d' « *être limité à certains cas* »¹⁴⁴⁷. Également employé en philosophie, le relatif s'opposerait à ce qui est absolu¹⁴⁴⁸.

Au regard de ces définitions, la qualité relative de la preuve électronique s'oppose à l'idée de perfection et d'absolu dans l'esprit des juges. Envisagée comme une supposition de départ ouverte à la contradiction, elle ne supporterait aucune contestation. Ainsi, la valeur relative de ce type de preuve s'entend en premier lieu, comme son appétence à connaître de nombreuses dérogations et à ne mettre que très rarement la lumière sur les faits. Sa présence en qualité d'élément argumentatif serait considérablement obscurcie au procès, et son utilisation comme argument persuasif serait marginalisée (**B.**). En second lieu, la qualité relative de la preuve sur support électronique, se révélerait au procès par sa faiblesse exacerbée face aux autres moyens probatoires (**A.**).

568.- Au reste, pour évaluer la valeur probatoire d'une preuve dans le contentieux prud'homal, la logique exigerait de la comparer aux autres types de preuve, à la lumière d'un même objet décisionnel. Le régime de la preuve des heures supplémentaires, dont la particularité réside dans l'intervention des deux parties et dans la place de choix offerte au juge¹⁴⁴⁹, semble être le plus propice à la réalisation d'une telle comparaison. En effet, dans un litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, « *il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments* »¹⁴⁵⁰. Dans ce domaine, en principe, les faits doivent être suffisamment et précisément prouvés.

De surcroît, cet objet probatoire donne lieu à un important contentieux, fournissant ainsi un panel comparatif conséquent. Les moyens probatoires employés au soutien d'une démonstration d'heures supplémentaires sont extrêmement variés et incluent pleinement les objets communiquant issus des nouvelles technologies.

¹⁴⁴⁶ DUBOIS (J.), *Le Lexis – Le dictionnaire érudit de la langue française*, Larousse 2008, V° « Relatif ».

¹⁴⁴⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 9^e éd., 2011, V° « Relatif ».

¹⁴⁴⁸ LITRE (E.), BAUDENEAU (J.), BEGUE (Cl.), *Dictionnaire de la langue française*, Encyclopedia Britannica, Paris, 1987, V° « Relatif ».

¹⁴⁴⁹ C. trav. art. 3171-4 : « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

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

¹⁴⁵⁰ Cass. soc. 19 juin 2013, n° 13-13505.

A. La faible crédibilité de la preuve sur support électronique dans le raisonnement judiciaire

569.- L'étude comparative des nombreux moyens probatoires mis au service de la preuve des heures supplémentaires met en exergue la différence avec laquelle la preuve sur support électronique est traitée, en qualité d'élément argumentatif susceptible de convaincre le juge. Ce dernier semble se laisser convaincre bien plus aisément par la présence d'un simple décompte des heures effectuées, rédigé par la main du salarié lui-même ou par un membre de sa famille, que par celle d'un courrier électronique professionnel horodaté¹⁴⁵¹.

570.- L'agenda électronique. La comparaison de la valeur conférée à un agenda électronique à celle d'un agenda manuscrit est riche de sens. Dans un arrêt en date du 9 décembre 2008, la cour d'appel de Paris a débouté un salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, sur le fondement que *« le moyen de preuve essentiel du salarié, à savoir son agenda électronique, ne présentait pas une fiabilité suffisante faute d'être infalsifiable d'une part, en raison du fait qu'il était renseigné par l'intéressé lui-même d'autre part, et que les seules attestations produites à ce titre par le salarié ne pouvaient y suppléer, l'un des témoins n'attestant que pour lui-même et les propos d'un autre ne permettant pas de quantifier un quelconque décompte d'heures supplémentaires »*. La chambre sociale le 19 mai 2010¹⁴⁵², casse cette décision et relève qu'il *« résultait de ses propres constatations que la prétention du salarié était étayée par divers éléments et que l'employeur ne fournissait aucun élément contraire, la cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article [L. 3171-4 du code du travail] »*.

Deux constatations résultent de cette décision : les juges du fond se montrent réfractaires à conférer une valeur probatoire importante à l'agenda électronique et ce, même s'il vient au soutien de la requête du salarié. Cela laisse présumer, que la méfiance scientifique du juge prend le pas sur l'« esprit de justice »¹⁴⁵³ qu'on lui attribue communément. D'autre part, la Cour de cassation évalue de manière plus raisonnable la valeur de l'objet communicant, mais lui applique cependant deux conditions excessives, à

¹⁴⁵¹ Par nature un mail comporte toujours l'indication de la date et de l'heure, ce qui pourrait se révéler d'une aide précieuse pour les juges.

¹⁴⁵² Cass. soc. 19 mai 2010, n° 09-40649.

savoir que la preuve sur support électronique soit étayée par divers éléments de preuve, et que la partie adverse ne lui oppose aucune preuve contraire.

571.- Le décompte informatisé des heures de travail et des temps de pause. Dans un arrêt en date du 10 décembre 2008¹⁴⁵⁴, la preuve des heures de travail effectuées était rapportée par l'employeur, *via* les pointages du salarié au moyen de son badge électronique. Le salarié soutenait que les temps de pause, d'une durée de deux heures hebdomadaires étaient en réalité du temps travaillé. Pour accueillir sa demande, la cour d'appel a écarté les listings informatiques produits par l'employeur, établis à partir de pointages effectués par le salarié au moyen de son badge électronique, au prétexte qu'ils « *ne constituaient que des récapitulatifs établis unilatéralement par l'employeur* ». Elle a également écarté les attestations des autres membres de l'entreprise apportées par le salarié, en raison de leur caractère contradictoire. La chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté les arguments du pourvoi selon lesquels, le listing « *vaut comme présomption simple des heures de travail accomplies par le salarié* » et la « *cour d'appel a violé les articles L. 212-1-1, D. 212-21 du code du travail et 1315 du code civil* ». Suivant la motivation de la Haute juridiction, « *la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les termes du litige ni méconnu le principe de la contradiction, a constaté, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des éléments de preuve fournis par les deux parties, que l'activité du service auquel le salarié était affecté ne permettait pas à celui-ci de prendre effectivement ses temps de pause en abandonnant son outil de travail* ». Dans l'espèce, étaient notamment mis en balance, les heures comptabilisées par le pointage informatisé et l'absence d'une note de service élaborée par l'employeur sur l'organisation du travail et la prise effective de temps de pause.

En définitive, le décompte informatisé des heures de travail et des temps de pause n'a qu'une valeur relative. Il n'est pas suffisant à lui seul à prouver les heures effectuées, et ne répond pas à l'exigence de fiabilité de l'article 3171-4 du code du travail.

La comparaison avec d'autres moyens de preuve jugés suffisants pour justifier des heures supplémentaires travaillées, est révélatrice d'une préférence des juges pour les

¹⁴⁵³ RICOEUR (P.), *Le juste*, éd. Esprit, Paris, 1995, n°14, p. 25-26.

¹⁴⁵⁴ Cass. soc. 10 déc. 2008, n°07-41531.

éléments non virtuels, écrits de la main du salarié¹⁴⁵⁵. Parmi les moyens accueillis on recense : les agendas et documents manuscrits faisant l'état circonstancié des heures travaillées¹⁴⁵⁶, qu'ils soient corroborés ou non par un autre élément comme le procès-verbal de l'inspecteur du travail¹⁴⁵⁷ ; les fiches établies par la salariée pour la facturation des clients¹⁴⁵⁸ ; un décompte précis et détaillé des heures, semaine par semaine, fondé sur les plannings des salariés, et ce même lorsque ces plannings n'étaient que prévisionnels¹⁴⁵⁹ ; les disques chronotachygraphes produits par un salarié chauffeur poids lourd¹⁴⁶⁰ ; les horaires d'ouverture du magasin de vente où la salariée exerçait son activité du mardi au samedi inclus¹⁴⁶¹.

La comparaison est d'autant plus significative, que les différentes jurisprudences convergent vers une position souple et indulgente quant aux éléments de preuve qui lui sont soumis pour prouver les heures supplémentaires, en raison notamment de la ferme volonté de la Cour de cassation d'éradiquer le travail dissimulé¹⁴⁶². Certains moyens probatoires à l'origine et à la fiabilité plus qu'incertaines, se sont ainsi vus conférés une valeur probatoire quasi-totale.

Dans un arrêt en date du 19 juin 2013¹⁴⁶³, la chambre sociale, pour accorder le paiement des heures supplémentaires d'une salariée, s'est même fondée sur le récapitulatif établi *a posteriori* par la mère de la salariée, sans précision des temps de pause et des horaires de travail. S'il est légitime que le document, dès lors qu'il ne provient pas directement du salarié, voit sa valeur probatoire augmenter, cette décision revenant sur la valeur relative conférée au document manuscrit par la cour d'appel de Nancy le 25 février 2011 est, sinon surprenante, à tout le moins d'une grande indulgence.

¹⁴⁵⁵ Cass. soc. 12 oct. 2004, n°02-41289.

¹⁴⁵⁶ Le décompte établi au crayon, calculé mois par mois, sans autre explication ni indication complémentaire fonde la demande du salarié en paiement de ses heures supplémentaires. Cass. soc. 24 nov. 2010, n°09-40.928.

¹⁴⁵⁷ Cass. soc. 6 av. 2005, n° 03-42082.

¹⁴⁵⁸ CA Paris, 5 mai 2011, S08/10231.

¹⁴⁵⁹ CA Paris, 27 septembre 2012, S10/10271.

¹⁴⁶⁰ CA Paris, 27 septembre 2012, S09/02890 ; Cass. soc. 14 janv. 2014, n° 12-16218, *JCP S* n° 21, 27 mai 2014, p. 24-28, note BOSSU (B.).

¹⁴⁶¹ CA Paris, 9 octobre 2012, S10/10320.

¹⁴⁶² La Cour de cassation démontre actuellement une réelle appétence pour la lutte contre le travail dissimulé : Cass. 19 juin 2013, n° 12-13505 : « est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche ; que la cour d'appel déboute la salariée de sa demande de dommages et intérêts pour travail dissimulé au motif de l'absence de preuve de l'intention frauduleuse de l'employeur ; qu'en statuant ainsi sans rechercher si les deux documents produits par l'employeur pour justifier de la déclaration préalable à l'embauche avaient effectivement été adressés à l'URSSAF, ce qui était contesté par la salariée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.8221-5 du code du travail ».

¹⁴⁶³ Cass. 19 juin 2013, n° 12-13505.

B. La marginalité de la preuve sur support électronique dans le raisonnement judiciaire

572.- La mise à la marge du procès de la preuve sur support électronique s'identifie tant au regard du rôle prépondérant que tiennent les preuves traditionnelles, qu'au regard du peu de cas que leur concèdent les juges lorsqu'elles entrent en concurrence avec elles.

1. Le monopole des preuves traditionnelles

573.- Traditionnellement, les obstacles à la crédibilité des éléments fournis par le salarié au soutien de sa demande de paiement des heures supplémentaires, semblaient se concentrer autour d'une imprécision totale, voire d'une incohérence dans le calcul des heures effectuées. Pour rejeter la demande d'un salarié, la Cour d'appel de Caen, soutenue par la Cour de cassation, déclare que les pièces produites ne revêtent pas « *un caractère d'authenticité et de fiabilité suffisant* », aux regards des incohérences qu'elles comportent : « *le salarié dit avoir utilisé un cahier, puis des feuillets informatiques de l'entreprise AXE ; qu'il fournit en deux exemplaires des feuilles de travail effectif comportant des divergences, sans s'expliquer sur ces différences* »¹⁴⁶⁴. Tel est également le cas d'une réclamation de « *caractère global et général, non détaillée par semaine ou par mois* », le salarié évaluant son temps de travail à 52h hebdomadaire¹⁴⁶⁵.

Désormais, aux obstacles liés à la reconnaissance de la vraisemblance des faits, s'ajoute la présence d'une preuve électronique au procès.

574.- Dans le sens d'un renforcement de la valeur probatoire des récapitulatifs, décomptes manuscrits des heures accomplies et relevés d'activité émanant d'un tiers ou du salarié lui-même¹⁴⁶⁶, la Haute juridiction a cassé plusieurs arrêts rendus par des juges du fond, ayant rejeté la demande de paiement d'heures supplémentaires, aux motifs que la salariée ne produisait « *qu'un récapitulatif de son temps de travail journalier sans le moindre élément de nature à lui conférer une apparence de crédibilité* »¹⁴⁶⁷. Dans un arrêt en date du 16 mai 2012, la chambre sociale a infirmé l'argumentaire de la cour d'appel de Chambéry selon lequel, « *le salarié ne produit que des décomptes sommaires et imprécis*

¹⁴⁶⁴ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40028.

¹⁴⁶⁵ CA Versailles, 6 mai 2004, n° 03-4478, 5^e ch. B, Mahmood c/ SCI au Verger de Provence.

¹⁴⁶⁶ Cass. soc., 19 septembre 2012, n° 11-23488 ; Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 10-27508.

qui, effectués de façon agrégée par mois, ne permettent aucune vérification » et que les « attestations relatives à des interventions sur chantiers des samedis matins ou faisant état d'une amplitude horaire très importante de ses heures de travail durant la semaine », ne sont « pas de nature à étayer ses demandes, de par leur caractère évasif »¹⁴⁶⁸. Selon les motifs de la Chambre sociale : « le salarié avait produit un relevé des heures qu'il prétendait avoir réalisées auquel l'employeur pouvait répondre ». La cour d'appel, en refusant de le reconnaître, a fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve et a violé l'article 3171-4 du code du travail.

Dans une autre affaire, la Haute juridiction a condamné le raisonnement de la Cour d'appel de Paris qui déclarait : « bien que l'employeur ne communique aucune pièce, le seul témoignage produit par le salarié ne suffit pas à étayer sa demande », ajoutant qu'il résulte des constatations de l'inspecteur du travail, dont le salarié se prévaut par ailleurs, que « les distributeurs travaillaient en moyenne 169 heures par mois »¹⁴⁶⁹.

Dans chacune de ces espèces, la chambre sociale censure la motivation des juges du fond ayant fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve des heures supplémentaires. L'absence d'éléments contradictoires de l'employeur, confère une présomption de crédibilité aux éléments apportés par le salarié et ce, même s'ils sont imprécis ou impartiaux car écrits par le salarié lui-même. Au regard de ces positions, tout porte à considérer que doit être accueillie favorablement la demande de paiement d'heures supplémentaires, formulée par un salarié versant aux débats un simple relevé des heures qu'il prétend avoir effectuées, dès lors que l'employeur n'apporte aucun élément de contradiction.

575.- En revanche, l'esprit d'accommodement dont fait preuve la Cour de cassation, ne s'appliquerait pas aux courriers électroniques envoyés par le salarié. La chambre sociale, confirmant l'argumentaire de la Cour d'appel de Montpellier, a décidé dans un arrêt en date du 22 mars 2011¹⁴⁷⁰, que les courriels ne permettaient pas de définir précisément les heures de travail accomplies, aux motifs que : « la circonstance que le salarié ait envoyé des mails à 7 h 14 ou à 20 h n'était pas déterminante dans la mesure où il avait contractuellement la faculté de décaler ses horaires de présence, et relevé qu'il ne

¹⁴⁶⁷ Cass. soc., 7 décembre 2011, n° 10-14156.

¹⁴⁶⁸ Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-19484.

¹⁴⁶⁹ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929.

produisait aucun décompte précis établi au jour le jour de ses horaires de travail ; que [le salarié] n'ayant ainsi produit aucun élément suffisamment précis pour permettre à l'employeur de fournir ses propres éléments, [la Cour d'appel] en a exactement déduit qu'il n'étayait pas sa demande ». Le salarié avait pourtant la possibilité dans son contrat de décaler ses horaires de travail, et apportait des courriels envoyés à 7h14 et à 20h.

Par comparaison, la Cour a accueilli la demande de paiement d'heures supplémentaires d'un salarié, fondée sur un courrier de l'employeur l'informant que « *le poste nécessite une grande disponibilité et des horaires flexibles* » et sur un courrier du salarié avertissant l'employeur de « *la situation de sous-effectif et de son obligation d'allonger la durée de son travail* »¹⁴⁷¹. La demande fondée sur un courrier envoyé par le salarié, dénonçant de nouvelles attributions et son impossibilité d'accomplir « *ses nouvelles tâches dans des conditions normales* » et accompagné d'un récapitulatif des heures supplémentaires réalisées, a également été admise comme suffisamment étayée¹⁴⁷². Dans une autre espèce, elle a accueilli l'attestation d'une collègue, jugée suffisamment précise pour déterminer les horaires réalisés. Les propos tenus s'articulaient ainsi : « *elle était très souvent encore là pour finir les chambres et faire le repassage* »¹⁴⁷³.

2. La mise en concurrence des moyens de preuve

576.- Le conflit de preuves peut être biaisé par la présomption qu'emporte un certain type de preuves. En droit privé, il arrive que le demandeur ne soit pas tenu d'apporter la preuve du droit qu'il allègue. Le juge applique des règles substitutives au principe d'attribution de la charge de la preuve : les présomptions extra-légales (nommées présomptions de l'homme) et les présomptions légales¹⁴⁷⁴, parmi lesquelles on compte les présomptions irréfragables et les présomptions simples¹⁴⁷⁵. Cette règle a donc une influence indirecte sur la valeur probatoire de la preuve.

Le modèle d'appréciation libre de la preuve se détache de cette conception rigide pour admettre la présomption dans un sens plus général. Elle désignerait alors « *une*

¹⁴⁷⁰ Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43307.

¹⁴⁷¹ Cass. soc. 26 nov. 2008, n°07-42773.

¹⁴⁷² Cass. soc. 21 janv. 2009, n°06-45914.

¹⁴⁷³ Cass. soc. 2 mars 2011, n°09-69237.

¹⁴⁷⁴ C. civ. art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

¹⁴⁷⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, 26ème éd., PUF, Paris, 1999, n°174, p.335.

supposition de départ, une vérité admise jusqu'à preuve du contraire à la charge de celui qui la conteste »¹⁴⁷⁶. En d'autres termes, une « *position de principe ouverte à la contestation* »¹⁴⁷⁷. Suivant cette définition, la présomption de crédibilité des faits, emportée par la présence d'une preuve sur support électronique, peut être qualifiée de « minime ». Lors de la mise en balance des éléments probatoires, le juge aurait en effet tendance à faire primer un élément probatoire traditionnel. Ainsi, la preuve sur support électronique ne semble pouvoir souffrir la comparaison avec une preuve d'une autre nature.

Ce constat transparait de manière évidente dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Nancy en date du 10 octobre 2008. Au soutien de sa demande de paiement d'heures supplémentaires, le salarié produisait plusieurs éléments : l'attestation d'une ancienne collègue « *affirmant qu'il était présent quotidiennement à l'entreprise lors de ses heures d'ouverture de 9h à 12h et de 14h à 19h* », les copies de courriers électroniques, émis par le salarié sur la période correspondant à sa prise de responsabilité et faisant mention d'horaires effectués au-delà de 19h, ainsi que des courriers professionnels émis un samedi et un dimanche. Ces documents ont été jugés suffisants par la cour d'appel de Nancy pour démontrer l'existence d'heures effectivement travaillées mais non payées. En revanche, pour le calcul des heures complémentaires, les juges du fond ont fait primer l'examen attentif des bulletins de paie de l'intéressé sur le listing de fichiers informatiques temporaires joint au dossier, ce dernier ne « *suffisant pas à en imputer la consultation au salarié durant ses heures de travail* »¹⁴⁷⁸.

Dans une affaire déjà citée et portée devant la chambre sociale de la Cour de cassation, un salarié déclarait que son temps de pause représentait en réalité du temps de travail effectif. Les juges du fond ont écarté les attestations des autres salariés, en raison de leur contenu contradictoire en même temps qu'ils ont constaté l'insuffisance de preuves apportées par l'employeur, de ce qu'une organisation du travail permettait la prise effective de temps de pause. En face, le contradicteur utilisait pour argument le listing informatique des heures de travail établi à partir de pointages effectués par le salarié au moyen de son badge électronique. La cour d'appel d'Aix en Provence le 25 janvier 2007, pour accueillir la requête du salarié, a préféré se fonder sur les témoignages contradictoires et sur l'organisation générale de l'entreprise, (offrant une motivation pour le moins absconse),

¹⁴⁷⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 9^e éd, 2011, V° « Présomption ».

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

¹⁴⁷⁸ CA Nancy, 10 oct. 2008, RG n° 07/02537.

plutôt que sur le listing informatique, aux motifs qu'il ne constituait qu'un récapitulatif établi unilatéralement par l'employeur.

La Cour de cassation opérant un contrôle plus approfondi des motifs a décidé que la Cour d'appel n'a pas dénaturé les termes du litige, ni méconnu le principe de la contradiction, puisqu'elle « *a constaté, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des éléments de preuve fournis par les deux parties, que l'activité du service auquel le salarié était affecté ne permettait pas à celui-ci de prendre effectivement ses temps de pause en abandonnant son outil de travail* »¹⁴⁷⁹.

Le vocable employé par la Haute juridiction ainsi que la nouvelle justification qu'elle avance pour motiver la décision des juges du fond, prouvent qu'elle fait « *simultanément appel au pouvoir souverain des juges du fond et à une possibilité de contrôle* »¹⁴⁸⁰. Selon les études menées sur la technique de cassation, l'analyse des hauts magistrats se diviserait en un rappel de l'appréciation souveraine des faits relatifs au point de droit discuté, puis en la constatation d'un contrôle de ce point de droit¹⁴⁸¹. Cette intervention confirme que les juges du fond se sont trouvés dépourvus face au conflit de preuve se déroulant devant eux : le choix entre des attestations contradictoires et un système de badgeage les a semble-t-il, mis dans l'embarras.

577.- La faiblesse de la preuve sur support électronique s'illustre dans les multiples jurisprudences par son manque de portée argumentative, pour convaincre face à un autre argument et par la part de doute qu'elle laisse dans l'esprit du juge. Force est de constater, que la valeur pratique de la preuve sur support électronique est dérisoire comparée à celle conférée aux autres moyens probatoires classiquement employés devant les juges des relations de travail. Aussi, pour se voir octroyer une crédibilité aux yeux du juge, la preuve sur support électronique ou numérique doit être associée à un autre moyen probatoire, dont les jalons sont bien ancrés dans le système prud'homal.

¹⁴⁷⁹ Cass. soc. 10 déc. 2008, n° 07-41531.

¹⁴⁸⁰ PUIGELIER (C.), *La pratique de la cassation en matière sociale*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 285.

¹⁴⁸¹ JOBARD-BACHELIER (M.-N.), BACHELIER (X.), *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 7e éd. 2010, p.105 et s.

§II. La valeur « corroborative » de la preuve sur support électronique

578.- L'intime conviction du juge s'entend du résultat d'un raisonnement, par lequel le juge met en balance les éléments probatoires, et s'inspire des meilleurs d'entre eux pour parvenir au plus près à la connaissance des faits.

579.- La stratégie décisionnelle suivie par le juge des relations de travail s'illustre par une méthode inductive de recherche, qui consiste à inventorier, qualifier, puis ordonner les éléments les plus persuasifs. Pour répondre à son obligation de motivation, la décision doit être rationnellement convaincante par sa qualité argumentative : le juge ne choisirait pas aléatoirement les arguments sur lesquels il fonde sa décision mais selon un schéma rationnel¹⁴⁸². La preuve sur support électronique s'insère donc parmi les différents outils et arguments dont disposent les juges pour décider que l'énoncé formulé par les parties existe.

Dès lors, l'examen de la valeur conférée à la preuve sur support électronique nécessite de s'interroger sur ses interactions avec les autres moyens de preuve et sur la capacité de persuasion dont elle dispose seule.

580.- Le rejet fréquent de la preuve sur support électronique ou numérique, lorsque certains types de faits sont allégués au procès, serait symptomatique de sa qualité corroborative. Le verbe « corroborer » est emprunté du latin « corroborare », qui signifie « donner force à, confirmer ». L'action de corroborer une preuve évoque l'idée d'un ajout au débat judiciaire, visant à renforcer les effets d'un élément probatoire principal.

Ainsi, la « cyberpreuve » ne viendrait qu'au soutien d'autres moyens probatoires pour fortifier la thèse déjà avancée et occuperait une place secondaire au procès. Elle n'entraînerait l'adhésion du juge que lorsqu'elle est associée à d'autres preuves considérées comme plus « fiables », parmi lesquelles le témoignage ou les attestations. De même, elle ne saurait emporter de manière autonome la conviction du juge et sa pertinence serait conditionnée à la présence d'autres arguments.

581.- Si chaque cas est jugé différemment selon les faits rapportés et par une entité juridictionnelle spécialiste du cas, cette dernière émettrait une décision dans un contexte

collectif qui exige une forme de linéarité. L'étude « *des jurisprudences* » peut donc être entreprise au regard de la teneur des faits et de l'objet du litige. La question repose sur la réception judiciaire de la preuve sur support électronique ou numérique par rapport aux autres moyens de preuve, lorsque le fait à prouver est sensiblement identique.

Le contentieux évolutif du licenciement offre un terrain d'étude propice aux manifestations (A.) et aux effets (B.) de la qualité corroborative de ce type de preuve, au regard du partage de la preuve qui y est opéré entre le salarié et l'employeur et du nombre conséquent de décisions rendues sur le sujet.

A. Les manifestations de la qualité corroborative de la preuve

582.- L'étude des motifs des juges du fond permet de déterminer si les éléments électroniques ou numériques sont de nature à étayer la demande des parties en matière de licenciement, et de mesurer le degré de dépendance qu'ils entretiennent avec les moyens traditionnels de preuve.

Le postulat initial repose sur l'idée qu'un même fait n'emporte pas de manière identique la conviction du juge, selon qu'il est porté par un moyen probatoire traditionnel ou par un moyen probatoire issu des TIC. Le premier pourrait être convaincant à lui seul, tandis que le second n'aurait qu'un faible potentiel persuasif, subordonné à la présence d'un autre moyen de preuve. Par conséquent, en présence d'une preuve sur support électronique, le rapport entre le fait et le juge serait distendu.

583.- *Comparaison entre deux espèces identiques relevant du même fait.* Deux affaires relatives aux licenciements pour faute grave d'ingénieurs informaticiens, survenus dans la même entreprise (la société Cap Gemini), sont représentatives quant à la valeur conférée au courrier électronique. La cause du licenciement reposait en effet dans les deux cas, sur le transfert d'un courrier électronique comportant des informations confidentielles.

Dans la première affaire, pour valider le licenciement, les juges du fond se sont fondés sur le courriel litigieux ainsi que sur une attestation d'une des personnes destinataires, faisant état de ce qu'elle aurait bien reçu le mail d'une autre personne, qui l'avait elle-même reçu du salarié. Dans ses motifs, la cour d'appel de Versailles le 22

¹⁴⁸² COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, LGDJ, Paris, 2006, p. 228 et s.

octobre 2008 a ajouté à cet argumentaire, que le salarié ne niait pas la paternité de l'envoi du courriel litigieux. La chambre sociale a rejeté le pourvoi aux motifs que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, a retenu que [...le salarié] avait, en violation de ses obligations contractuelles, volontairement transmis à des personnes extérieures à l'entreprise, en utilisant le réseau professionnel interne et une liste de diffusion personnelle, une succession de courriers électroniques contenant des informations confidentielles, concernant les relations de la société avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à la réputation de celle-ci ; qu'elle a pu décider que ce manquement, qui rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, constituait une faute grave »¹⁴⁸³.

Dans la seconde affaire, se déroulant un an auparavant, la justification du licenciement était fondée sur un unique document. Les juges du fond ont décidé qu'il ne pouvait emporter seul leur approbation en raison de son caractère falsifiable : « la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur probante de l'unique document produit par l'employeur, a estimé que, le courriel recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicite, ne permettait pas l'identification de son auteur¹⁴⁸⁴. Le Conseil de Prud'hommes, ainsi que la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2008, réfutaient ce type de preuve, sous couvert qu'il n'était pas « indubitablement établi que le message litigieux, qui n'était pas argué de faux, émanait du salarié ». Les juges du fond avaient pourtant relevé que l'employeur produisait un courrier électronique issu de la boîte mail du salarié. De plus, le salarié ne contestait pas être le titulaire de cette boîte mail et il était prouvé que le courrier électronique portait en pièce jointe un compte rendu de réunion interne à l'entreprise, que le salarié était seul en charge d'établir.

584.- Résultat des constatations. Deux observations émanent de la comparaison de ces décisions. En premier lieu, les juges du contrat de travail font peu de cas d'un courrier électronique lorsqu'il n'est pas corroboré par un autre moyen de preuve. Les conditions qu'ils exigent pour lui conférer une valeur probante suffisante à emporter leur conviction, reposent sur les identités certaines du destinataire et de l'expéditeur, ainsi que sur l'absence de contestation de son origine. Ces exigences tendent à rapprocher le courriel du régime

¹⁴⁸³ Cass. soc. 17 mars 2010, n°08-45519.

applicable aux commencements de preuve, exigés pour un écrit dans le système de la preuve légale. En second lieu, les formules employées dans le dispositif de la Cour de cassation, telles que sont : « *relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond* »¹⁴⁸⁵ ou « *dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve* », sont symptomatiques de la résolution de la Haute juridiction, à concéder l'exercice du pouvoir aux juges du fond lors de l'appréciation des faits. La valeur probante des éléments de preuve échappe à sa fonction régulatrice et à son contrôle¹⁴⁸⁶.

585.- La preuve du licenciement par les moyens de preuve traditionnels. Cette position est pour le moins surprenante au vu de l'accueil que réservent les juges aux autres moyens de preuve en matière de licenciement et ce, même s'il ne sont pas corroborés. Dans un arrêt en date du 10 novembre 2010¹⁴⁸⁷, pour valider le licenciement pour faute grave d'un salarié, la Cour de cassation s'est fondée sur l'unique témoignage de la secrétaire rapporté à la barre. La Cour de cassation de rappeler que par principe : « *la preuve est libre en matière prud'homale et que la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument omises en rappelant la chronologie des écrits échangés entre la salariée et ses supérieurs hiérarchiques, a constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que [la salariée] n'avait pas déféré à une demande d'entretien émanant du directeur général de la société Assistance à la gestion et à l'informatique, afin de tenter de normaliser les relations avec sa hiérarchie* ».

B. Les effets de la qualité corroborative de la preuve

586.- La rigidité avec laquelle les juges du fond réceptionnent la preuve sur support électronique, correspond à un renforcement de l'évaluation de sa valeur probatoire en droit du travail. De nouvelles conditions sont implicitement posées par les juges, générant à côté du régime d'évaluation libre de la preuve, la création d'un régime d'évaluation propre à la

¹⁴⁸⁴ Cass. 24 juin 2009, n°08-41087.

¹⁴⁸⁵ Cass. soc. 12 juill. 1194, *Bull. civ.* 1994, V, n°234 ; Cass. soc. 2 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, V, n°318

¹⁴⁸⁶ TEYSSIE (B.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve*, Economica, Paris, 2004, p. 73 et s. ; PUIGELIER (C.), *La pratique de la cassation en matière sociale*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 292.

¹⁴⁸⁷ Cass. soc. 10 nov. 2010, n°09-40967.

preuve électronique, dont les contours s'apparenteraient au régime des commencements de preuve en droit civil.

Dès lors, le critère scientifique (oral ou écrit) de la preuve, entraîne l'affaiblissement de sa valeur probatoire et met à mal l'idée d'une association fructueuse de la science et du droit au procès.

1. La subordination de la preuve sur support électronique aux moyens traditionnels de preuve

587.- Sauf cas exceptionnels, le juge refuse de fonder sa décision sur une ou plusieurs preuves électroniques de même nature en matière de licenciement. L'examen des décisions récentes démontre en effet, que la présence de plusieurs courriels corroborant la thèse principale du demandeur ne suffit pas à justifier un licenciement.

Ainsi, une nouvelle condition implicite émerge au procès : pour emporter la conviction du juge, la preuve issue des TIC devrait être corroborée par des éléments argumentatifs d'une autre nature, entendus comme des preuves traditionnelles.

588.- *Les courriels.* Pour exemple, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 30 janvier 2007¹⁴⁸⁸ a invalidé un licenciement pour abandon de poste après un congé maladie et actes d'insubordination. Le courriel insultant le dirigeant de « *pauvre type* » corroboré par de nombreux mails portés au débat, n'a pas été jugé suffisant pour emporter l'intime conviction du juge. La cour d'appel a infirmé le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau du 27 mai 2007, estimant que « *Le deuxième grief consistant dans des actes d'insubordination est nullement établi par les éléments versés au dossier* ».

Cette condition d'« *hybridité probatoire* » (mi électronique - mi littérale) se retrouve en matière de licenciement pour faute grave. Pour qu'un courriel ait une influence sur la conviction du juge, il semble devoir être corroboré par un ou plusieurs autres éléments probatoires classiquement produits devant le conseil des prud'hommes.

La cour d'appel de Nîmes le 21 décembre 2010, a justifié un licenciement pour faute grave sur le fondement d'un courriel dans lequel l'employeur exigeait de la salariée de cesser toute activité nocturne et de respecter les dispositions légales relatives au temps de travail,

¹⁴⁸⁸ CA Paris, 30 janv. 2007, n° RG 05/06479.

corroboré par un courrier rédigé par la salariée elle-même et comportant le détail de ses heures de travail. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs : « *qu'en refusant de se soumettre aux horaires et jours de travail définis dans son contrat de travail, la salariée a fait preuve d'un comportement d'insubordination caractérisée de nature à entraîner la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'employeur pour infraction à la règle du repos hebdomadaire* »¹⁴⁸⁹

589.- Les SMS. Pour être déclaré suffisant à fonder la légitimité d'un licenciement, le SMS exige pour sa part, d'être accompagné d'une attestation rédigée en bonne et due forme par un autre salarié, attestant de la teneur et de la provenance du message en cause¹⁴⁹⁰, ou par les constatations d'un huissier de justice¹⁴⁹¹.

Par comparaison, en matière de divorce, la cour d'appel de Rennes a déduit, le 23 octobre 2012, l'insuffisance des relevés téléphoniques à rapporter la preuve d'une relation extra conjugale. Ces documents démontraient pourtant que l'ex-époux avait adressé de nombreux SMS à un numéro de téléphone portable en particulier. Les juges ont exigé que ces pièces soient corroborées par d'autres éléments plus persuasifs¹⁴⁹².

2. L'assimilation de la preuve sur support électronique au commencement de preuve

590.- Selon la définition de l'article 1347 du Code civil, le commencement de preuve est « *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution* ». Selon l'acception légale, il doit s'agir d'un document écrit¹⁴⁹³, n'apportant pas de preuve complète, car il ne remplit pas toutes les conditions imposées par le système de la preuve légale, mais « qui a cependant pour vertu spécifique, comme

¹⁴⁸⁹ Cass. soc. 26 juin 2012, n°11-13249.

¹⁴⁹⁰ CA Angers, 30 avril 2013, n° RG : 11/00912.

¹⁴⁹¹ CA Versailles, 4 av. 2012, n° RG : 11/01067 : « *les constatations effectuées par huissier de justice sur le téléphone portable de Mme X..., consignées dans un procès-verbal du 20 juillet 2009 retranscrivant les messages affectueux reçus début novembre 2008 de la part d'Ophélie K..., et Yann I..., démontrent que la teneur de leurs attestations établies peu après en faveur de leur employeur ne correspond pas à la réalité et n'est donc pas plausible* ».

¹⁴⁹² CA Rennes, 23 oct. 2012, n° RG : 11/01460.

adminicule préalable de rendre admissible la preuve testimoniale et indiciaire pour la preuve des actes juridiques et des faits soumis à des restrictions probatoires »¹⁴⁹⁴.

591.- Le commencement de preuve par écrit visait à l'origine à déroger aux exigences de l'article 1341, imposant la production d'un écrit pour établir la preuve en justice des actes juridiques et avait pour spécificité d'être « *un écrit, mais non un acte instrumentaire ; il ne vaut pas comme preuve écrite préconstituée. Cette imperfection peut tenir à la forme, ou au but, ou au contenu de l'acte* »¹⁴⁹⁵. L'adminicule rend vraisemblable l'obligation entre les parties ou le fait allégué et peut être composé de plusieurs documents intellectuellement liés¹⁴⁹⁶. Ainsi, le commencement de preuve par écrit est caractérisé par la doctrine comme « *un acte auquel il manque une condition de validité* »¹⁴⁹⁷.

Cette catégorie est fréquemment employée par la Cour de cassation¹⁴⁹⁸, qui y range aussi bien les chèques, les doubles au carbone, les fax, les photocopies¹⁴⁹⁹ ou les lettres anonymes. La chambre civile de la Cour de cassation a également estimé que le courrier électronique, envoyé en dehors du formulaire d'une télé-procédure vaut simplement commencement de preuve par écrit, à moins d'être revêtu d'une signature électronique sécurisée¹⁵⁰⁰.

592.- La notion d'adminicule a été considérablement étendue (d'aucuns disent dénaturée¹⁵⁰¹), au bénéfice de « *simples agissements ou propos, à condition qu'ils soient relatés dans un écrit* »¹⁵⁰². Elle vise désormais d'autres indices non écrits comme les déclarations d'une partie faites lors de sa comparution personnelle ou de son refus de

¹⁴⁹³ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, « Obligations », 2e partie, avec le concours de ESMEIN (P.), RADOUANT (J.) et GABOLDE (G.), LGDJ, Paris, 1931, n° 1532.

¹⁴⁹⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Commencement de preuve ».

¹⁴⁹⁵ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, T. IV, Paris, PUF, 22e éd., 2000, n° 96 d.

¹⁴⁹⁶ Cass. req., 27 nov. 1893, S. 1895, I, p. 167.

¹⁴⁹⁷ TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 10^e éd. 2009, n° 525.

¹⁴⁹⁸ GUEVEL (D.), « Contrats et obligations. – Preuve testimoniale – Commencement de preuve par écrit », *JCI proc. civ.*, fasc. 50.

¹⁴⁹⁹ Cass. com. 17 oct. 1995, n° 93-20080 : « *qu'en énonçant que les pièces produites par l'intéressée se composaient seulement de photocopies, le Tribunal a dit pourquoi il les écartait, comme non probante et a motivé ainsi sa décision* ».

¹⁵⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2010, n° 09-65.854.

¹⁵⁰¹ BODIN (M.), *Les notions relatives en droit civil*, thèse soutenues à l'Université de Bordeaux IV, 2011.

¹⁵⁰² GUEVEL, *op. cit.*, n° 32-37.

répondre¹⁵⁰³. A tel point que les auteurs qualifient le commencement de preuve par écrit de « *tout acte d'où il résulte quelque preuve, quoique non suffisante...* »¹⁵⁰⁴. Dès lors, il désigne *in extenso* une forme d'indice qui émane de la personne contre laquelle la demande est formée.

En droit du travail, l'étude des décisions établit que le conflit oppose quasi-systématiquement l'employeur et son salarié. Ces acteurs de l'entreprise apportent régulièrement au débat les courriels que la partie adverse leurs a envoyés.

593.- Ainsi, des points de convergence entre le commencement de preuve et la preuve sur support électronique peuvent être décelés. Comme le commencement de preuve, la preuve sur support électronique n'aurait aucune valeur probatoire propre et n'existerait que dans sa concordance avec un autre moyen de preuve. On lui accorde des effets sur la conviction du juge uniquement lorsqu'elle est intégrée à un ensemble de preuves, à un panel probatoire. Autre élément de similitude : elle émane fréquemment de la partie contre laquelle la demande est formée.

Par ailleurs, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 10 janvier 2008 prouve que les juges du fond opèrent un amalgame entre la notion de commencement de preuve par écrit et le manque de fiabilité de la preuve sur support électronique. Ils ont réfuté ce type de preuve sous couvert qu'il n'était pas « *indubitablement établi que le message litigieux, qui n'était pas argué de faux, émanait du salarié* »¹⁵⁰⁵. Les juges avaient pourtant relevé que l'employeur produisait un courrier électronique issu de la boîte mail du salarié alors qu'il ne devait plus être destinataire de la moindre information relative à l'entreprise. En outre, le salarié ne contestait pas être le titulaire de cette boîte mail et le courrier électronique en cause portait en pièce jointe, un compte rendu de réunion interne à l'entreprise que le salarié était seul en charge d'établir.

L'avocat de l'employeur soulignait avec légitimité cette ambiguïté dans les moyens : « *la preuve des faits peut être rapportée librement ; qu'en écartant le courrier électronique versé aux débats au prétexte qu'il n'aurait été corroboré par aucun élément extrinsèque quand, aucune preuve littérale n'étant exigée, il ne pouvait être regardé comme un simple*

¹⁵⁰³ CPC art. 198 : « *Le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit* ».

¹⁵⁰⁴ JOUSSE (D.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Debure, Paris, 1767, cité par GUEVEL, *op. cit.*, n°39.

commencement de preuve par écrit devant être corroboré par d'autres éléments, la Cour d'appel a violé le principe susvisé, ensemble, par fausse application, l'article 1347 du Code civil ».

Il est édifiant que cette perception du courriel par les juges du fond revienne à lui conférer la même valeur qu'une lettre anonyme. Dans celle-ci, la qualité de l'expéditeur témoin ne peut être clairement identifiée et son contenu est susceptible d'être modifié¹⁵⁰⁶. Cette assimilation paraît inappropriée, d'autant qu'en matière d'écrit électronique, l'expéditeur et le destinataire sont automatiquement et scientifiquement identifiés.

¹⁵⁰⁵ Cass. 24 juin 2009, n°08-41087.

¹⁵⁰⁶ L'article 202 du code de procédure civile n'étant pas d'ordre public, les juges acceptent la lettre anonyme comme moyen de preuve : Cass. Civ. 2^e, 18 mars 1998, n° 95-10210 ; Cass. soc., 17 oct. 1995, D., n° 1754 cité par ATIAS (Ch.), « Admissibilité et pertinence ou force des preuves (pour un retour à la moralité des débats) », D., 2009, p. 2056

594.- La comparaison entre la valeur probatoire habituellement conférée à la preuve sur support électronique ou numérique et la force probante qui devrait lui être attribuée en théorie, permet de déterminer la nature et la teneur de l'intervention du juge.

Elle témoigne de l'« *inefficacité persuasive* »¹⁵⁰⁷ de ce type de preuve scientifique et se traduit par un phénomène processuel double : l'utilisation de la preuve électronique dans le procès prud'homal manque de « *logique* » tandis que son « *emprise psychologique* » sur l'intime conviction du juge est contingente.

Ces constatations permettent d'envisager la foi qu'attache le juge à la preuve sur support électronique ou numérique, de façon générale et théorique, et de la situer dans l'« *échelle argumentative* » des moyens de preuves.

¹⁵⁰⁷ PERELMAN (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1978 ; VANNIER (G.), *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, Paris, 1^{er} éd., 2001, p. 66. Dans la Nouvelle Rhétorique de PERELMAN, l'« *efficacité persuasive* » d'un discours est le parcours intellectuel pris par l'auditoire pour, non seulement approuver, mais également comprendre un raisonnement. La dimension pédagogique de l'argumentation est prégnante chez le philosophe.

Section II. La force probante de la preuve électronique : esquisse d'une échelle argumentative des preuves en droit du travail

595.- Intégrée au processus de persuasion engagé par chacune des parties, la preuve sur support électronique entretient des liens ténus avec la notion de conviction. Elle s'insère en effet, dans une « *technique discursive permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* »¹⁵⁰⁸.

596.- L'intime conviction est généralement définie comme « *l'opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience et qui constitue, dans un système de preuves judiciaires, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine reconnu au juge du fait* »¹⁵⁰⁹. Les auteurs lui concèdent deux aspects : l'un psychologique et personnel ; l'autre intellectuel et rationnel¹⁵¹⁰.

Au procès, la conviction exige une démonstration, qui s'appuie sur des arguments logiques et fait appel à la raison du juge pour lui permettre de trancher le conflit¹⁵¹¹. La formation des magistrats vise à réduire l'impact des arguments dits « *ad hominem* », fondés sur les émotions et les préjugés des juges¹⁵¹², pour ne laisser place qu'à la dimension rationnelle de la conviction.

Au regard de ces précisions terminologiques, la conviction serait la certitude rationnelle du caractère réel du fait allégué, fondée sur un ensemble de critères endogènes et exogènes dont la preuve électronique fait partie intégrante. Cette dernière vise à convaincre le juge de la vraisemblance d'un fait et conditionne l'existence d'un droit substantiel.

¹⁵⁰⁸ BEAUMARCHAIS (DE) (J.-P.), COUTY (D.), REY (A.), *Dictionnaire des littératures de langue française*, Bordas, Paris, 3^e éd, 1998, V^o « Argumentation » ; VANNIER (G.) cite PERELMAN (C.), op. cit., p. 59

¹⁵⁰⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o « Conviction ».

¹⁵¹⁰ TOURNIER (C.), *L'intime conviction du juge*, PUAM, 2003.

¹⁵¹¹ BEAUMARCHAIS (DE) (J.-P.), COUTY (D.), REY (A.), *Dictionnaire des littératures de langue française*, Paris, Bordas, 3^e éd, 1998, V^o « Argumentation ».

¹⁵¹² Cette idée de la persuasion renvoie à la définition d'ARISTOTE « *Il y a persuasion par les auditeurs, quand ces derniers sont amenés, par le discours, à éprouver une passion. Car nous ne rendons pas les jugements de la même façon selon que nous sommes remplis de tristesse ou de gaieté, d'amitié ou de haine* ». ARISTOTE, *Rhétorique*, Paris, Flammarion, 2007, trad. et notes CHIRON (P.), [1356 a 15], p. 127.

597.- La force¹⁵¹³ probante représente l'intensité avec laquelle un moyen de preuve emporte la conviction du juge. Elle désigne classiquement « *la foi qu'il faut attacher à un élément de preuve, relativement aux faits à prouver* »¹⁵¹⁴ et peut être mesurée. Elle se démarque également par son caractère intangible et par son origine normative. Elle est instituée par la loi ou par la jurisprudence, elle aussi créatrice de droit. Fréquemment, les juridictions adoptent la théorie du « *tout ou rien* », en affirmant que l'élément de preuve est « *pourvu de force probante* »¹⁵¹⁵, ou qu'il est « *dénué de force probante* »¹⁵¹⁶. Les cours d'appel se réfèrent régulièrement à la loi, pour fixer la force probante d'un élément¹⁵¹⁷.

598.- La force probante de la preuve sur support électronique ou numérique est relativement faible et ne correspond pas à celle qu'il est logique de lui allouer. Placée dans un argumentaire, lorsque la partie demanderesse « *enchaîne discursivement un groupe de propositions explicites ou implicites* »¹⁵¹⁸, elle n'a pas d'action singulière sur la conviction du juge.

Elle ne constitue pas « *l'argument fort* » du raisonnement, au sens décrit par PERELMAN dans sa *Nouvelle Rhétorique*¹⁵¹⁹. Selon cette théorie, « *l'argument fort* » peut prendre plusieurs formes : il est en principe celui « *qui peut se prévaloir de précédent* »¹⁵²⁰, c'est-à-dire celui qui emporte régulièrement la conviction du juge ; mais l'auteur concède qu'il puisse également être l'argument de la rupture ou de l'innovation ; celui qui réformerait la tradition argumentative. La preuve électronique, par son caractère atypique, semblait répondre à cette seconde acception.

Ainsi, les caractéristiques inédites de la preuve sur support électronique, propres à la neutralité et à l'objectivité allouées à la science, auguraient, sinon un

¹⁵¹³ En droit du travail, le terme « force » est principalement apparenté à la force majeure (C. trav. L1243-4 ; L1243-10 ; L1251-26, etc.) qui permet de libérer l'employeur d'une obligation (C. trav. art. L1243-1 ; L3122-27) ou de créer un nouveau droit au bénéfice du salarié (C. trav. art. L1254-13).

¹⁵¹⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, V° « Force »

¹⁵¹⁵ CA Bastia, 26 juin 2013, n° RG 12/00115 ;

¹⁵¹⁶ CA Angers, 7 mai 2013, n° RG 11/02140. CA Bastia, 3 av. 2013, n° RG 10/00947. CA Paris, 12 déc. 2012, n° RG 11/10328.

¹⁵¹⁷ Au visa de l'article 47 du Code civil, la cour d'appel de Rennes de décider : « *ces mentions contradictoires ne permettent pas de reconnaître à l'acte de naissance malgache la force probante résultant des dispositions de l'article 47 du Code civil* », CA Rennes, 23 oct. 2012, n° RG 08/01898 ; Sous l'égide d'une norme légale également, la cour d'appel de Douai a affirmé : « *Ces déclarations n'ont pas de force probante particulière lorsqu'elles émanent de l'épouse elle-même* » : CA Douai, 20 sept. 2012, n° RG 11/04927.

¹⁵¹⁸ CHARAUDEAU (P.), « L'argumentation dans une problématique d'influence », *Argumentation et Analyse du Discours*, mis en ligne le 02 octobre 2008, [URL : <http://aad.revues.org/193>].

¹⁵¹⁹ PERELMAN, (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., 1979, rééd. Dalloz, Paris, 1999.

renversement de la stratégie argumentative, à tout le moins une intégration remarquée de celle-ci parmi les arguments de conviction. Pourtant, la foi que lui attache le juge, envisagée de façon générale et prospective, implique de la situer au bas de l' « échelle argumentative » des preuves (§I.) et retire au procès, une opportunité de s'approcher au plus près de la vérité (§II.).

§I. La place de la preuve électronique dans l' « échelle argumentative » des procédés probatoires

599.- En matière prud'homale la preuve est libre même s'il est communément admis que l'exigence de loyauté de la preuve tempère ce prédicat¹⁵²¹. La réaffirmation du principe de la liberté de la preuve par la Cour de cassation¹⁵²² ne doit cependant pas être interprétée, comme l'entérinement d'une pratique judiciaire de l'aléa, visant à considérer chaque moyen probatoire selon l'humeur du jour¹⁵²³.

Au vrai, une certaine fidélité dans la valeur accordée à tel ou tel procédé de preuve serait observée. Un ordre implicite serait établi et l'acte d'appréciation judiciaire se teinterait d'une forme de rationalité.

Dès lors, l'examen de la preuve sur support électronique autorise à concevoir que, même si le juge n'est pas lié dans son appréciation des éléments de preuve, les préférences pratiques ou les habitudes processuelles rendent sans conteste, certains modes de preuve plus efficaces que d'autres. Cette hypothèse se rapproche de la théorie civiliste, selon

¹⁵²⁰ VANNIER, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵²¹ GARDIN (A.), « Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal », *RJS* 2008, p. 867 ; BOULMIER (D.), « La preuve et l'huissier de justice en droit du travail », *Dr. et proc.* 2008, p. 304 ; FAVENNEC-HÉRY (F.), *La preuve en droit du travail*, thèse soutenue à l'Université de Paris X - Nanterre, 1983.

¹⁵²² Cass. soc. 27 mars 2001, n°98-44666.

¹⁵²³ La place secondaire occupée par la preuve sur support électronique se vérifie quelle que soit la méthode appliquée à la prise de décision judiciaire. Selon la théorie pragmatique, « le juge commencera par établir les faits [...], par en dégager les traits pertinents d'un point de vue social [...]. Il cherchera ensuite le principe de la solution en référence au but social [...]. Dans un second temps le magistrat confrontera le résultat de cette libre recherche avec les indications des sources formelles [...] jusqu'à ce qu'il en trouve une qui vérifie la solution proposée ». Lorsque le juge procède à la vérification d'une idée juridique au regard de ses conséquences-notamment- sociales, la preuve électronique serait la dernière justification choisie au soutien de cette idée. FRYDMAN (B.), Le projet scientifique de François Gény, en ligne :

[http://www.philodroit.be/IMG/pdf/francois_20geny.pdf], p. 6 ; DUGUIT (L.), *Le pragmatisme juridique*, présentation GILBERT (S.), éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2008, p. 51.

laquelle chaque élément de preuve dispose d'une force probante fixe. Elle atténue une nouvelle fois la distinction entre le système de la preuve légale en droit civil et le système de la libre évaluation de la preuve en droit du travail.

600.- Quant à la technique adéquate pour établir l'ordre des preuves, elle résiderait en toute logique dans la construction d'une « *échelle argumentative* » des procédés probatoires.

Or, si le droit n'emploie pas encore cet instrument scientifique, d'autres sciences en ont fait leur objet de recherche, et l'appréhension de leurs principaux paradigmes et mécanismes ne peut qu'être profitable à l'objet d'étude. C'est le cas de la pragmatique, initiée en 1950 par des philosophes du langage anglo-saxons, puis développée en France par O. DUCROT et J.-C. ANSCOMBRE¹⁵²⁴. Cette science a élaboré la théorie des « *échelles argumentatives* ». L'intérêt essentiel de cet outil de mesure réside dans sa capacité à ordonner des arguments appartenant à la même « *classe argumentative* », en fonction de leur force¹⁵²⁵.

Au demeurant, la proposition de cette étude n'est autre que l'adaptation *in extenso* en droit processuel de la théorie des « *échelles argumentatives* », élaborée par la psycholinguistique¹⁵²⁶. En effet, si à première vue la théorie générale du procès et la linguistique apparaissent comme deux domaines de connaissance opaques, elles mettent en réalité en œuvre les mêmes mécanismes de rhétorique et convoitent toutes deux, l'adhésion d'un tiers : l'auditeur ou le juge.

Ainsi, la description de la relation d'ordre appliquée en droit du travail entre les différents modes de preuve (A.), permettrait d'en déduire la construction d'une « *échelle argumentative* » inédite en la matière. (B.)

A. L'ordre des preuves en droit du travail

¹⁵²⁴ ANSCOMBRE (J.-C.), DUCROT (O.), *L'argumentation dans la langue*, éd. Mardaga, Paris, 1983 ; DUCROT (O.), *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Editeurs des Sciences & des Arts, Paris, 1980, V° Chapitre 7 sur la structure des énoncés et l'élaboration d'une échelle argumentative en psycho-linguistique ; DUCROT (O.), BOURCIER (D.), *Les mots du discours*, éd. de Minuit, Paris, 1980 ; DUCROT (O.), SCHAEFFER (J.-M.), et [alii], *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, éd. du Seuil, Paris, 1999.

¹⁵²⁵ BRACOPS (M), *Introduction à la pragmatique. Les théories fondatrices : actes de langage, pragmatique cognitive, pragmatique intégrée*, De Boeck Supérieur, 2006, p.162

¹⁵²⁶ BRACOPS (M), *Introduction à la pragmatique. Les théories fondatrices : actes de langage, pragmatique cognitive, pragmatique intégrée*, De Boeck Supérieur, 2006, p.162

601.- A l'examen des décisions prud'homales, il apparaît que le droit du travail s'inspire en partie de la théorie civiliste, quant à la force probante concrètement allouée aux preuves¹⁵²⁷. Il ferait sienne l'idée selon laquelle, la force probante d'une preuve est proportionnelle à son objectivité vis à vis de la cause.

602.- Le Doyen CARBONNIER différencie les moyens de preuve objectifs des moyens de preuve subjectifs¹⁵²⁸. Les premiers sont ceux qui permettent la constatation directe des faits par le juge et qui ne mettent pas les plaideurs en jeu. Ce sont par exemple : la visite des lieux effectuée par le juge, la constatation des faits par un technicien, l'expertise, ou même les témoignages d'un tiers au litige et les attestations. Les procédés de preuve subjectifs sont établis par les parties au procès. Ils représentent des déclarations émises par les plaideurs. L'auteur les définit comme des « *moyens moraux* »¹⁵²⁹, car ils ont pour ressort « *un certain sentiment moral chez le déclarant* »¹⁵³⁰. Ce dernier est en effet directement concerné par l'issue du litige et n'agit donc pas en toute neutralité. Parmi ces modes de preuve, on dénombre l'aveu (judiciaire ou extrajudiciaire) et le serment.

603.- En revanche, la théorie de X. LAGARDE qui justifie la variation de la force probante des procédés de preuves par le désintérêt plus ou moins marqué de l'auteur de la preuve¹⁵³¹, ne trouve pas d'application en droit du travail, en raison du déséquilibre contractuel inhérent à la matière. Au vrai, considérer que moins l'auteur de la preuve a d'intérêt à la constituer, plus celle-ci a de force probante, reviendrait à placer l'aveu en haut de l'échelle argumentative. La réalité des relations professionnelles, les jeux de pouvoir dans l'entreprise et autres tentatives d'intimidation, ne permettent pas de donner à l'aveu judiciaire du salarié une force probante absolue¹⁵³². Les conseillers prud'hommes refusent légitimement l'application de l'adage : « *ce qui est avoué est par là même prouvé* ». Les caractères anthropologique et concret du droit du travail l'amènent à

¹⁵²⁷ L'influence qu'exerce le droit commun se traduit techniquement par le renvoi de l'article R. 1454-1 du Code du travail au livre Premier du Code de procédure civile.

¹⁵²⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, 26ème éd., PUF, Paris, 1999, n°174, p. 335.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ LAGARDE (X.), « Finalités et principes du droit de la preuve : ce qui change » ; JCP G, n°17, 27 av. 2005, p.771-777

¹⁵³² Sur la distinction en droit civil de la preuve parfaite et de la preuve imparfaite : Aubry et Rau, *Droit civil français*, 5e éd. par. BARTIN (E.), t. XII, 1922, § 749, p 51-83.

s'émanciper de ces principes, notamment parce qu'il est « *dominé par le fait juridique, par nature imprévisible* »¹⁵³³.

604.- Dès lors, le droit du travail s'est construit un ordre implicite des procédés de preuve qui lui est propre, inspiré tant par les règles civilistes que par la pratique de l'entreprise. La preuve sur support électronique s'insère dans cet ordre avec difficulté. Sa nature objective et scientifique la prédisposerait à obtenir une force probante considérable, alors qu'elle est relayée au troisième plan de cet ordonnancement.

1. La place prépondérante des attestations et témoignages dans l'ordre des preuves

605.- L'attestation est la preuve la plus utilisée en matière prud'homale, en raison principalement de sa facilité pratique. Elle prend la forme d'un simple témoignage par écrit de toute personne susceptible d'apporter des informations sur le litige et n'exige pas de faire déplacer la personne sur le lieu du débat.

Les attestations portées devant le juge doivent *a priori* respecter les règles de forme imposées par l'article 202 du code de procédure civile¹⁵³⁴. Elles doivent en outre, contenir la description des faits dont le témoin a eu personnellement connaissance, ainsi que les nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de l'auteur.

Néanmoins, l'absence de respect de ces conditions n'entraîne pas la nullité des attestations¹⁵³⁵ ; elles demeurent des instruments de conviction au service des parties. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une attestation non conforme aux règles de l'article 202 du code de procédure civile, présente ou non les garanties suffisantes pour emporter leur conviction et ne pas l'écarter des débats¹⁵³⁶. Il est d'ailleurs très fréquent que, sans respecter les conditions de forme précitées, les attestations se voient

¹⁵³³ D'ORNANO (P.-H.), « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », JCP éd. soc., n° 38, sept. 2008, p 18-21, spéc. p. 20. La suprématie du fait juridique en droit du travail nous amène à ne pas traiter le cas de l'acte juridique qui prend pour forme essentielle le contrat de travail.

¹⁵³⁴ CPC art. 202 : « *L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés. Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature* ».

¹⁵³⁵ Cass. soc., 9 oct. 1996, n°3668.

conférées une valeur probatoire supérieure aux autres moyens de preuve. De surcroît, une obligation de motivation pèse sur le juge lorsqu'il décide de ne pas se référer à l'attestation produite et ce, même si elle ne respecte pas les conditions de forme. Selon l'arrêt de la chambre sociale en date du 24 avril 1980, la cour d'appel qui écarte ces attestations au motif qu'elles ne sont pas conformes à l'article 202 du code de procédure civile, sans préciser en quoi elles ne sont pas régulières, viole l'article 202¹⁵³⁷.

Aussi, les juges des relations de travail semblent conférer une portée et une valeur particulières aux attestations, ne tenant pas compte des mises en garde doctrinales sur la subjectivité potentielle de ce genre de preuves. Les auteurs se montrent réticents à l'emploi des attestations des salariés qui travaillent dans l'entreprise lors du procès, craignant qu'elles soient écrites sous la contrainte ou la manipulation¹⁵³⁸.

606.- La force probante d'une preuve se mesure également à la faiblesse des obstacles qui lui sont opposés pour emporter l'intime conviction du juge. En pratique, les cas de rejet de l'attestation sont relativement rares et ce, quelle que soit la partie qui la produit au soutien de ses intérêts. L'attestation émanant du représentant légal de l'employeur¹⁵³⁹ est, pour exemple, désignée comme non pertinente selon la règle posée par la jurisprudence interdisant une partie d'être témoin à sa propre cause¹⁵⁴⁰. A l'inverse, le représentant de l'employeur peut fournir une attestation au soutien des intérêts du salarié et ce, même s'il a lui-même participé à la décision controversée¹⁵⁴¹.

607.- Les raisons du rejet d'une attestation se concentrent autour des circonstances de sa rédaction. La remise en cause objective, argumentée et circonstanciée de l'attestation (ex : une vague de licenciements laissant craindre au témoin la perte de son poste), semble être l'unique moyen de passer sous silence sa « *force argumentative* ». Tel était le cas dans un litige portant sur le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié. L'employeur fournissait, au soutien de ses allégations, les attestations de plusieurs salariés ayant refusé de communiquer leurs noms. Pour écarter ces attestations des débats, la cour d'appel de

¹⁵³⁶ Cass. civ. 1^{re} 29 av. 1981, *Bull. civ. I*, n° 145; Cass. soc., 12 juin 1986, JCP 1986, IV, 245.

¹⁵³⁷ Cass. soc. 24 av. 1980, D. 1981, 92, note LÉGIER.

¹⁵³⁸ BATAILLE (E.), *La procédure prud'homale. Guide pratique*, Sofiac, Paris, 2003, p. 187.

¹⁵³⁹ Cass. soc. 11 mai 1999, n°97-41245.

¹⁵⁴⁰ Cass. civ. 1^{re} 12 oct. 1959, Bull. civ. 1959, I, n°401.

Versailles le 8 juillet 1999 s'est fondée sur la « *non-conformité des témoignages aux dispositions de l'article 202 du nouveau Code de procédure civile après avoir relevé que les salariées avaient mentionné leur souhait de ne pas être citées par peur de représailles* ». L'arrêt du 3 octobre 2001 pour rejeter le pourvoi, rappelle que « *lorsqu'une attestation n'est pas établie conformément à l'article 202 du nouveau Code de procédure civile, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une telle attestation présente ou non des garanties suffisantes pour emporter leur conviction ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a estimé que les témoignages produits ne pouvaient pas être retenus* »¹⁵⁴².

Cette espèce prouve d'une part, que la chambre sociale s'en remet entièrement à l'évaluation des juges du fond ; d'autre part, que le témoignage et l'attestation sont écartés dans des circonstances exceptionnelles, par crainte de « *représailles* ». Cela ne retire en rien leur qualité de « *reines des preuves des relations de travail* ».

608.- Quant au témoignage à l'audience régi par l'article 205 du code de procédure civile¹⁵⁴³, il peut être demandé à l'initiative des parties ou du conseil de prud'hommes. Ce procédé probatoire accueille essentiellement parmi les témoins, les autres salariés de l'entreprise ; plus rarement le conseiller du salarié, à condition qu'il ne dévoile pas des faits couverts par le secret professionnel¹⁵⁴⁴. L'arrêt en date du 17 mars 2010, démontre que la force probante habituellement conférée à cette preuve est toute aussi significative. Dans un litige portant sur le licenciement pour faute grave d'un salarié, la cour d'appel pour rejeter le pourvoi de ce dernier, s'est fondée sur l'unique témoignage de la secrétaire du dirigeant rapporté à la barre¹⁵⁴⁵. Compte tenu des règles d'attribution de la charge de la preuve en cas de licenciement pour faute grave, l'employeur devant établir la faute grave ou lourde qu'il invoque¹⁵⁴⁶, la force probante de ce témoignage, emportant seul la conviction du juge, est considérable.

¹⁵⁴¹ Cass. soc. 4 av. 2006, n°04-44549.

¹⁵⁴² Cass. soc. 3 oct. 2001, n°99-43472.

¹⁵⁴³ CPC art. 205 al. 1^{er} : « *Chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice* ».

¹⁵⁴⁴ Cass. soc. 8 novembre 1995, n° 94-41296 ; Cass. soc., 27 mars 2001, JurisData n° 2001-008921

¹⁵⁴⁵ Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45519.

¹⁵⁴⁶ Cass. soc. 5 mars 1981, n° 78-41806 ; Cass. soc. 8 janv. 1998, n° 95-41462.

2. La place dérisoire des autres moyens probatoires

609.- L'absence de l'aveu et du serment du contentieux prud'homal. La particularité de l'aveu et du serment tient au fait qu'ils émanent tous deux des parties. L'aveu est la reconnaissance par un plaideur d'un fait qui est de nature à produire contre lui des conséquences défavorables. La jurisprudence s'est appliquée à poser les conditions de validité de l'aveu. Ce dernier doit se traduire par une expression de volonté, à la fois consciente et dépourvue d'équivoque¹⁵⁴⁷. Il peut être judiciaire ou extra judiciaire mais n'a que très peu d'effet au procès et a vocation à disparaître des prétoires prud'homaux ; les juristes considèrent en effet qu'il « *constitue une menace dans le cadre de la procédure orale* »¹⁵⁴⁸.

Le serment constitue l'affirmation solennelle, orale ou écrite, par laquelle une personne atteste de la véracité d'un fait ou d'une déclaration¹⁵⁴⁹. En pratique, l'une des parties au procès déclare solennellement que ses allégations sont vraies. Il existe deux sortes de serments dont la force probante diffère : l'un est déféré par le juge (c'est le serment supplétif ou supplétoire), l'autre est déféré par la partie adverse (c'est le serment décisoire). Le serment supplétif est de manière générale, très peu employé. Il consiste en une mesure d'instruction que le juge, dans le doute, ordonne d'office à l'une des parties au procès, en vue d'une meilleure connaissance de la cause¹⁵⁵⁰. Le mécanisme du serment ne trouve aucun écho dans le contentieux des relations de travail, notamment car il fait craindre la sanction pénale pour faux serment.

610.- La place illusoire de la preuve électronique dans le contentieux du travail. La place du courriel revêtu d'une signature électronique sécurisée produit en justice par l'une des parties devrait, au regard du régime légal qui conditionne sa fiabilité, occuper une place de choix dans l'échelle argumentative des procédés probatoires. Au vrai, la pratique de l'entreprise n'admet jamais cette technique d'identification et lui préfère les courriels revêtus d'une signature simple¹⁵⁵¹.

A l'examen jurisprudentiel, on observe que ces derniers modes de preuve se voient conférés une force probante bien moindre que celle des attestations ; faiblesse à laquelle

¹⁵⁴⁷ Cass. civ. 1^{re} 6 mars 2001, *Bull. civ. I*, n°51

¹⁵⁴⁸ BATAILLE (E.), *op. cit.* p. 190.

¹⁵⁴⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, p.858

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ BITAN (F.), « Le courrier électronique », *JCL comm.*, fasc. n°4740.

s'ajoutent nombre d'obstacles et de résistances. Aussi la fiabilité des preuves sur support électronique ou numérique est-elle systématiquement mise en doute par l'une ou l'autre des parties, ou par leurs avocats, maîtrisant parfaitement l'argumentaire susceptible d'insinuer le doute dans l'esprit du juge et de faire tomber la preuve scientifique.

Parmi les arguments techniques mis en lumière, trois d'entre eux reviennent de manière récurrente au débat. D'abord, l'incertitude de l'identité du créateur du compte, fondée sur la possibilité pour un hacker, (ou plus probablement par l'administrateur réseau de l'entreprise), de créer une messagerie électronique ou un site Internet, en nom et place de la partie qui le conteste, est reconnue comme un argument recevable¹⁵⁵².

Ensuite, l'incertitude de l'identité et de l'utilisation de la messagerie électronique ou du site Internet par son créateur, (l'administrateur réseau peut avoir envoyé le courriel de la boîte du salarié), peut légitimement être soulevée. La cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 9 novembre 2005, pour rejeter la preuve de la faute grave invoquée à l'encontre d'un salarié, a jugé que si l'utilisation d'une messagerie laisse certaines traces fiables, les faits reprochés au salarié *"ne sont pas établis dès lors qu'un doute subsiste sur l'imputabilité de l'envoi du courriel électronique"*¹⁵⁵³.

Enfin, l'argument souvent soulevé pour contredire une preuve sur support électronique repose sur les circonstances générales de son obtention. La chambre sociale dans un arrêt précité en date du 24 juin 2009, a confirmé le raisonnement de la cour d'appel de Paris, suivant lequel *« le courriel recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité, ne permettait pas l'identification de son auteur »*¹⁵⁵⁴.

L'ambiguïté demeure quant à la signification de l'expression : *« circonstances propres à garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique clairement explicité permettant l'identification de [l'] auteur »* de la preuve sur support électronique et numérique. Si la certification du cheminement informatique semble pouvoir être garantie par l'observation de la présence du courriel ou du SMS dans la boîte d'envoi et de réception des parties en présence¹⁵⁵⁵, la condition d'authenticité paraît plus difficilement réalisable.

¹⁵⁵² CA Versailles, 29 janv. 2004, n° RG 03/01521

¹⁵⁵³ CA Paris, 9 nov. 2005, n° RG 04-36.631.

¹⁵⁵⁴ Cass. soc. 24 juin 2009, n°08-41087.

Au demeurant, ces obstacles à la force argumentative de la preuve sur support électronique ou numérique peuvent être exclusivement contrés par l'intervention d'un huissier de justice. Ce constat est valable aussi bien pour le courriel¹⁵⁵⁶ que pour le SMS¹⁵⁵⁷ ou la retranscription de propos émis sur « *Facebook* » et « *Twitter* »¹⁵⁵⁸, et suggère que ce type de preuve n'a actuellement aucune efficacité argumentative sans l'intervention d'un officier public.

B. L'élaboration de l'échelle argumentative des éléments probatoires

611.- L'« *échelle argumentative* » du système d'appréciation libre de la preuve ne pourrait être identique à celle applicable dans le système de la preuve légale, la particularité de celui-ci résidant dans la suprématie de l'écrit. Les différentes déclinaisons de cet outil scientifique méritent donc d'être mis au service de la construction d'une échelle argumentative adaptée au droit du travail.

Eu égard aux différentes recherches menées sur la fonction, la structure et le mécanisme de fonctionnement de l'« *échelle argumentative* », telle qu'utilisée en linguistique¹⁵⁵⁹, on retient de manière synthétique que « *dans une séquence p et même q, p et q appartiennent à une même échelle argumentative, mais q est 'argumentativement' plus fort que p* »¹⁵⁶⁰.

Appliquée au droit, cette échelle argumentative reviendrait par exemple à considérer que pour la preuve d'un même fait juridique, tel que le harcèlement au travail, un argument médical ou scientifique disposerait d'une force argumentative supérieure à celle d'un argument pragmatique, éthique ou émotionnel. Intégrés dans un processus de persuasion visant à démontrer ce type d'harcèlement, les rapports du médecin du travail ainsi que les SMS seraient « *argumentativement* » plus forts que les propos rapportés par les autres salariés de l'entreprise.

¹⁵⁵⁵ Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43307.

¹⁵⁵⁶ Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-19730, 11-25079.

¹⁵⁵⁷ Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43209 ; Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45089.

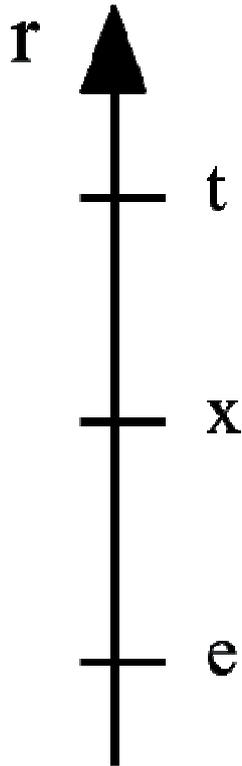
¹⁵⁵⁸ Cass. soc. 10 avril 2013, n°11-19530.

¹⁵⁵⁹ TUTESCU (M.), *L'Argumentation. Introduction à l'étude du discours*, Chapitre VI Force et orientation Argumentatives. L'acte d'argumenter, Cours en ligne : GUILLAUME (G.), *Structure sémiologique et structure psychique de la langue française*, II, Les Presses de l'Université Laval, Québec et Librairie C. Klincksieck, Paris, 1974.

¹⁵⁶⁰ « L'argumentation », Leçon de l'Université de Toulouse 2, Groupe de Recherche en Industrie de la Langue, En ligne. [<http://w3.gril.univ-tlse2.fr/francopho/lecons/argum.html#223>]

Dès lors, si le juge du contrat de travail est libre d'apprécier selon son intime conviction la valeur probante des éléments de preuve soumis à son appréciation, l'observation des régularités et constances dans la valeur qu'il accorde à chaque type de preuve, pris indépendamment, et pour un objet décisionnel déterminé, permet d'élaborer une échelle de la « *relation argumentative* » des différents moyens de preuve. Au sommet de celle-ci, se trouverait le témoignage et à sa base, prendrait place la preuve sur support électronique.

612.- L'application *in extenso* de la « *théorie des échelles argumentatives* », à travers le prisme du droit du travail et à la lumière du contentieux du licenciement prendrait la forme de la figure suivante :



r : relation argumentative

t : l'argument est porté par des témoignages et attestations

x : l'argument est porté par un moyen de preuve autre que « t » et « e »

e : l'argument est porté par une preuve sur support électronique ou numérique

613.- Le crédit qu'octroie le juge à la preuve sur support électronique ou numérique, implique de la situer au bas de l' « *échelle argumentative* » des preuves. Cette position signale une faible intégration de celle-ci dans le processus argumentatif et dément toute possibilité de révolution de la stratégie argumentative contemporaine. L'« *inefficacité argumentative* » de cette forme de preuve scientifique a alors pour conséquence de soustraire au droit processuel une opportunité d'améliorer la qualité de la justice.

§II. Les effets de l' « inefficacité argumentative » de la preuve sur support électronique

614.- La notion d'efficacité du droit est en vogue. Elle est actuellement employée comme un instrument conceptuel d'évaluation, permettant de « *mesurer l'impact du droit sur les pratiques sociales* »¹⁵⁶¹. Ainsi, l'impact de la preuve sur support électronique, en qualité d'élément argumentatif, se mesure au regard de la « *validité logique* »¹⁵⁶² qui lui est conférée dans la démonstration, et de l' « *emprise psychologique* » qu'elle exerce sur le juge.

Cette efficacité est essentielle au procès car la preuve conditionne les droits des plaideurs et la découverte de la vérité. Sans elle, toute requête se révèle infructueuse. Lorsque ce rapport entre le fait et la conviction du juge est faible, la probabilité pour que le fait se transforme en une certitude dans l'esprit du juge est quasi-inexistante. Dès lors, le danger réside dans l'idée que la preuve issue de la science et des techniques, ne serait apte à mettre en lumière qu'une certaine catégorie de faits, en excluant d'autres.

615.- L'écart observé entre la force probante conférée à la preuve électronique par les juges et celle que la loi lui reconnaît implicitement, en l'assimilant à la preuve papier, est symptomatique de son inefficacité argumentative.

Elle se traduit en pratique par deux phénomènes : d'une part, l'utilisation de la preuve sur support électronique dans le procès prud'homal manque de rationalité et de logique ; d'autre part, elle n'emporte qu'exceptionnellement la conviction du juge, en fonction de la nature du fait qu'elle allègue.

616.- Au reste, l'inefficacité de la preuve sur support électronique ou numérique s'observe aussi bien en droit du travail qu'en droit civil et se concrétise, dans le discours juridique, par l'interprétation¹⁵⁶³ sélective des faits par les juges et par une modification de

¹⁵⁶¹ LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité de Droit », *Droit et Société*, n°2, 1986, p. 127-150 ; CARBONNIER (J.), « Sociologie juridique : effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *L'Année sociologique*, 1958, p. 3 et s. ; JAVILLIER (C.), « Ambivalence et effectivité et adéquation du droit pénal du travail », *Dr. soc.*, n°7, 1975, p. 375-395.

¹⁵⁶² VANNIER (G.), *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, Paris, 1^{er} éd., 2001, p. 66.

¹⁵⁶³ GEA (F.), *Programme analytique sur l'argumentation judiciaire en droit du travail : la justification de la prémisse normative : rapport final*, Université de Nancy 2, 2008.

la structure argumentative (A.). Cette attitude s'établit à l'opposé de la tendance générale et des prévisions légitimement faites par la doctrine. En effet, l'accueil favorable de la preuve sur support électronique ainsi que la construction par les juges d'un nouveau modèle, apanage du domaine scientifique, lors de la phase de contrôle de la recevabilité de la preuve, laissent deviner la création de liens consubstantiels entre le droit et la science et ce, dans toutes les phases du processus décisionnel. Les TIC devaient également promouvoir la redynamisation des procédures judiciaires.

A l'inverse, le rapprochement entre la science et le droit ne semble effectif qu'à partir du moment où la preuve sur support électronique est l'objet de la décision judiciaire et non pas la source de la décision judiciaire. Dans ce dernier cas, la présence d'une preuve sur support électronique au procès renforcerait même la dichotomie classique entre vérité scientifique et vérité judiciaire¹⁵⁶⁴ et laisserait présager la pérennité de l'intime conviction du juge (B.).

A. L'appréciation sélective des faits

617.- La preuve sur support électronique, ne servirait pas l'existence de l'ensemble des faits répertoriés, même si certains faits font figures d'exception. Dès lors, ce constat inscrit le juge dans une démarche téléologique, très éloignée de la théorie argumentative, selon laquelle le juge choisirait ses arguments de manière rationnelle, dans la finalité de prendre la décision la plus juste.

1. L'influence de la nature du fait à prouver

618.- Si tous les faits qu'il importe d'apprécier judiciairement, ne relèvent pas de la preuve scientifique, il semble que la force argumentative de la preuve sur support électronique soit conditionnée par la nature du fait à prouver et par l'ordre de la preuve qui en résulte.

¹⁵⁶⁴ Pour une étude approfondie du sujet V. la thèse de DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004.

Selon certains auteurs, la typologie des faits se présente selon trois dichotomies. Ces distinctions reposent essentiellement sur l'opposition des faits descriptifs et évaluatifs ; positifs et négatifs ; simples et relationnels¹⁵⁶⁵.

619.- En droit du travail, il apparaît que le fait déterminé de manière positive, descriptive et relationnelle, tel que le harcèlement¹⁵⁶⁶, admettrait plus facilement la preuve sur support électronique comme vecteur de conviction.

A ces caractéristiques, s'ajoute l'exigence de l'importance du fait au regard de l'organisation des relations de travail. Plusieurs faits, d'une particulière gravité ont en effet, été jugés vraisemblables à la lumière d'une seule preuve sur support électronique ou numérique. Ces faits relèvent pour la plupart d'une infraction pénale (harcèlement, délit ou abus d'autorité).

Dans un arrêt en date du 19 décembre 2008, un courrier électronique a été déclaré suffisant pour valider la décision de l'employeur de licencier le salarié pour abus d'autorité. Dans ce courriel, le salarié y exprime son refus de se soumettre à la décision de l'employeur de suspendre la réorganisation de l'organigramme du personnel¹⁵⁶⁷.

De même, la Cour a confirmé le licenciement d'un salarié pour visionnage de sites « *d'activité sexuelle et de rencontres* », en se fondant sur le tableau des permanences et la liste des connexions des salariés sur les différents sites Internet¹⁵⁶⁸.

Ainsi, seuls les cas dans lesquels la mise en danger d'autrui ou du bon fonctionnement de l'entreprise est avérée, redonneraient force à la fonction argumentative de la preuve sur support électronique ou numérique. Cette « *exigence d'importance* » se rapprocherait sensiblement de la notion de « *procès civil d'importance* » mis en exergue

¹⁵⁶⁵ ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, « preuve ».

¹⁵⁶⁶ C. trav. art. 1152-1 : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

¹⁵⁶⁷ Cass. soc. 18 déc. 2012, n° 11-22918 : « *la cour d'appel, sans méconnaître les limites du litige posées par la lettre de licenciement et sans dénaturer les pièces soumises à son appréciation, a retenu que le salarié avait refusé de se soumettre aux instructions de son employeur relatives à la gestion du personnel et qu'il avait exercé sur des salariés de l'association des menaces destinées à les contraindre à renoncer à leurs revendications ; que par ces seuls motifs elle a caractérisé l'existence d'une faute grave du cadre rendant impossible son maintien dans l'entreprise* ».

¹⁵⁶⁸ Cass. soc. 21 sept. 2011, n°10-14869.

par les historiens du droit¹⁵⁶⁹, où la modulation des exigences relatives à la preuve concorderait avec l'opportunité de celle-ci au procès.

Néanmoins, il est possible de douter de la réelle efficacité persuasive de la preuve sur support électronique ou numérique, y compris dans les cas précédemment cités, le juge se servant de l'unique justification disponible au procès pour légitimer sa décision.

2. Les transformations de l'argumentation judiciaire

620.- La remise en cause de la théorie argumentative. Dans l'application de sa stratégie décisionnelle en présence d'une preuve électronique, au lieu de choisir l'argument le plus pertinent et le plus satisfaisant pour prouver l'existence des faits, le juge sélectionne l'argument qui lui convient le mieux pour décider que « *l'énoncé sur les faits formulé par les parties existe* »¹⁵⁷⁰. En droit anglo-saxon cette approche est nommée le « *cherry picking* »¹⁵⁷¹. La principale différence entre les deux méthodes, réside dans la place qu'occupe la preuve dans le processus décisionnel : dans la théorie argumentative, le juge évalue d'abord les éléments probatoires pour décider de l'issue du litige de manière rationnelle, tandis que dans le « *cherry picking* », le juge se fait une idée de la solution du litige et puise dans les éléments disponibles au procès pour entériner cette idée.

Dès lors, l'« *irréductible liberté du juge* »¹⁵⁷² dans l'élaboration de sa décision, propre aux théories réalistes américaines, semble prendre le pas sur la stratégie argumentative inspirée des travaux de PERELMAN. La figure du juge libre, pratiquant la pondération des intérêts sans garde-fou, remettrait en cause la théorie du choix raisonné des arguments. Cette posture « *décisionniste* », voire « *permissiste* »¹⁵⁷³ pour certains auteurs, placerait à la source du jugement, non pas la règle de droit, mais « *l'esprit du juge, sa morale, (...) sa culture, sa classe, sa caste* »¹⁵⁷⁴ et risquerait d'engendrer une pratique injuste.

¹⁵⁶⁹ LEVY (J.-P.), *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*, Annales de l'Université de Lyon, Paris, 1939, p. 11.

¹⁵⁷⁰ CARDOZO (B.N.), *La nature des décisions judiciaires*, trad. CALVES (G.), Dalloz, Paris, 2011, p.104.

¹⁵⁷¹ CARDOZO (B.N.), *op. cit.*, p. 102 ; « *Littéralement le cherry picking désigne le fait de choisir sur un gâteau les cerises les plus appétissantes et de laisser de côté celles qui nous paraissent avariées* » : ALLARD (J.), VAN WAEYENBERGE (A.), « *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger* », *RIEJ*, 2008, n° 61, p. 109-129, spéc. p. 119.

¹⁵⁷² COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, p. 230.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ BREDIN (J.-D.), « *La loi du juge* » in *Etudes offertes à Berthold Goldman – Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1987, p. 21.

621.- Aussi, l'influence de la science sur le droit processuel, entraînerait un rapprochement du système français et du système anglo-saxon et irait à l'encontre de l'objectif d'amélioration de la justice. En effet, la qualité « rationnelle » de la preuve sur support électronique, dont la finalité est de « *brider les risques de l'imaginaire ou du préjugé en droit comme en science où a la vérification expérimentale ramène à la réalité l'imaginaire qui a présidé à l'établissement d'une hypothèse* »¹⁵⁷⁵, serait sous-exploitée, voire même annihilée.

622.- La modification de la structure argumentative. La stratégie argumentative répond à un schéma régulier et précis, appréhendé par la doctrine contemporaine¹⁵⁷⁶. La faible « *efficacité persuasive* » conférée à la preuve sur support électronique transforme la structure de l'argumentation juridique. L'ordre de l'argumentation est très important car « *tout développement d'une argumentation aura, à la manière d'une chaîne, la solidité de l'argument le plus faible* »¹⁵⁷⁷. Et l'on doit parfois se résoudre à ne pas utiliser tel argument qui risque d'affaiblir la démonstration plutôt que de la servir. C'est le cas de la preuve sur support électronique qui est fréquemment située à la base du raisonnement d'argumentation. Elle constitue la « *prémisse argumentative* » et conditionne la force de l'ensemble de la démonstration.

Aussi sa contestation va-t-elle faire tomber toute l'argumentation. Pour exemple, dans une affaire d'accident de la route causé par la vitesse excessive de l'automobiliste, la vitesse est captée par un radar, lui-même paramétré par un système informatique. La remise en cause de la fiabilité du système informatique pourrait être aisément attaquée par le plaideur.

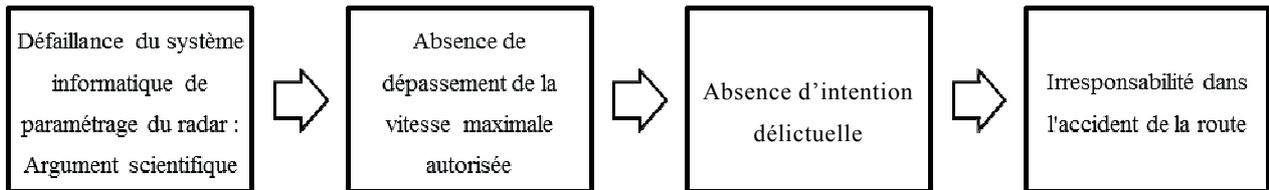
623.- De même dans l'entreprise, la justification d'un licenciement pour vol porte de plus en plus souvent sur la vidéo obtenue par le mécanisme de vidéosurveillance mis en place dans l'entreprise. Les nouveaux instruments de contrôle issus de l'évolution des

¹⁵⁷⁵ LABRUSSE-RIOU (C.), *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁷⁶ PRAKKEN (H.), *Logical Aspects of Legal Argumentation*, in *Legal Argumentation and Legal Reasoning*, colloque Lille 2, 11 sept. 2013; TOULMIN (S.), *Les usages de l'argumentation*, trad. P. de Brabanter, PUF, Paris, 1998 ; CHARAUDEAU (P.), MAINGUENEAU (D.), *Dictionnaire de l'Analyse du discours*, Paris, Seuil, Paris, 2002 ; DANBLON (E.), *La fonction persuasive. Anthropologie du discours rhétorique. Origines et actualité*, Colin, Paris, 2005.

¹⁵⁷⁷ GOLTZBERG (S.), *L'argumentation juridique*, Dalloz, Paris, 2013, p. 85.

sciences et de la technique ont ainsi vocation à constituer le premier maillon de la chaîne argumentative et leur remise en cause entraînerait inévitablement un déséquilibre dans la démonstration des faits. Cette chaîne argumentative peut alors être illustrée comme suit :



Dès lors, deux possibilités s'ouvrent aux praticiens et théoriciens du droit : soit ils acceptent la transformation du processus argumentatif causée par l'insertion des TIC dans le champ juridique, soit ils rétablissent l'équilibre argumentatif par la création de mécanismes de compensation.

B. L'étiollement des liens entre la science et le droit

624.- La part nouvelle de la science dans le droit, concrétisée par la mise au service du juge de nouveaux instruments scientifiques, tels que le modèle ou le système expert, est largement relativisée lors de l'appréciation des faits à la lumière de la preuve sur support électronique.

En effet, si le juge du contrat de travail admet facilement la recevabilité d'une telle preuve, il se montre réfractaire à se laisser convaincre par les faits qu'elle soutient.

A travers le prisme de la théorie générale du procès, la place de la vérité dans l'axiologie juridique régresse. La « *vérité formelle* » dite « *vérité judiciaire* » s'éloigne de plus en plus de la « *vérité matérielle* » ou « *vérité scientifique* » et de ses paradigmes¹⁵⁷⁸. Contrairement à ce que laissait penser l'insertion des TIC au procès, la scission entre la vérité judiciaire et la vérité scientifique se renforce en présence d'une preuve sur support

¹⁵⁷⁸ ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, V° « Preuve ».

électronique ou numérique, et ne remet pas en cause le crédit conféré aux preuves subjectives ou « *non scientifiques* ».

1. *Les points de concordance entre vérité scientifique et vérité judiciaire*

625.- La spécificité de la preuve judiciaire porte sur la nature de la vérité qu'elle recherche. Par principe, la vérité judiciaire est opposée à la conception scientifique de la vérité¹⁵⁷⁹, définie comme la conformité exacte de la chose énoncée avec sa réalité¹⁵⁸⁰. *A contrario*, le domaine juridique ne se contenterait que de probabilités¹⁵⁸¹ ou de vraisemblances¹⁵⁸².

La preuve judiciaire ne pourrait de ce fait, accéder à la vérité absolue mais à une vérité simple, alors qualifiée de « *vérité de second rang* »¹⁵⁸³ ou de « *vérité sacrifiée* », en opposition aux vérités scientifique et historique.

Certains auteurs expliquent cette impossibilité par la nécessité en droit de concilier la vérité avec d'autres principes comme la sécurité, le secret professionnel, le respect de la vie privée ou même les contraintes procédurales. Pour exemple, le principe procédural de l'autorité de la chose jugée aurait pour conséquence de « *pétrifier la décision autour d'une vérité momentanée* »¹⁵⁸⁴. D'autres thèses sont avancées pour justifier du caractère imparfait de la vérité judiciaire. Elles prennent inspiration dans les théories sociologiques et avancent l'idée que la présence d'un jugement humain empêche d'accéder à la vérité caractérisée par une neutralité absolue¹⁵⁸⁵.

626.- Toutefois, il est permis de douter du bon droit de cette conception manichéenne, opposant la science en quête absolue de vérité, au droit, simple technique permettant de maintenir la paix sociale et de régler les conflits à la lumière d'une vérité à la fois relative et irrévocable¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁷⁹ AUBRY et RAU, 6^e éd., t. XII, par P. ESMEIN, § 749, p.81.

¹⁵⁸⁰ LEVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, 7^e éd., PUF, Paris, 1990, coll. « Que sais-je? », p.110-111.

¹⁵⁸¹ Pour l'illustre auteur, « prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car dans l'univers juridique on ne prétend pas atteindre la vérité), du moins comme probable » J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 26^{ème} éd., PUF, Paris, 1999, n°174, p.335.

¹⁵⁸² PUIGELIER (C.), « Vrai, véridique et vraisemblance », in *La preuve*, Economica, Paris, 2004.

¹⁵⁸³ LAGARDE (X.), *loc. cit.*

¹⁵⁸⁴ BARTIN (E.) cité par Jean CARBONNIER, *loc. cit.*

¹⁵⁸⁵ LABRUSSE-RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique', in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Paris, 2012, p. 79-95.

¹⁵⁸⁶ THERY, *loc. cit.*

Rien d' « idéaliste »¹⁵⁸⁷ à penser que le juge, dans sa fonction « départitrice », serait fidèle à la recherche du vrai¹⁵⁸⁸ et emploierait les concepts, les stratégies et les outils les moins contestables possibles pour l'atteindre¹⁵⁸⁹. La démarche intellectuelle du juge, intimement liée à l'idée de « Juste » défendue par RICOEUR, évoluerait ainsi, comme en matière scientifique, vers la quête de la « vérité la plus éclairée », en accord avec les paradigmes de la science du procès, en vigueur au moment de la prise de décision judiciaire¹⁵⁹⁰.

Certes, les circonstances de cette quête, liées au cadre du procès, ne laissent pas les mêmes libertés d'investigation qu'en science et l'on remarque la présence d'un tiers désintéressé chargé de trancher le litige¹⁵⁹¹, (si tant est que la science ne soit pas comme le droit « médiatisée »), mais ces obstacles pratiques et contextuels n'entachent en rien la certitude qu'il existe bien un lien entre le droit probatoire et la quête de vérité absolue.

Suivant cette conception, le lien avec la vérité scientifique n'est donc pas totalement rompu et l'on pouvait présager un accueil favorable réservé par le droit processuel à la preuve sur support électronique, voire un renforcement des liens entre le droit et la science.

2. L'opposition des preuves scientifiques et juridiques

627.- Le peu de croyance qu'entraîne la preuve sur support électronique dans la véracité des faits, établit un hiatus entre les preuves dont l'origine est juridique et celles provenant du développement des sciences et techniques¹⁵⁹². Les preuves historiquement issues de l'évolution du droit processuel (comme l'aveu judiciaire ou le témoignage) sont ainsi opposées, aux preuves qui relèvent de l'univers scientifique.

¹⁵⁸⁷ X. LAGARDE, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, in *La preuve, Droits*, n°23, 1996, PUF, p. 31-36

¹⁵⁸⁸ « La considération du vrai et celle du vraisemblable dépend d'une seule et même faculté et, en même temps, les hommes sont naturellement aptes à recevoir une notion suffisante de la vérité; la plupart du temps ils réussissent à la saisir. Aussi, à l'homme en état de discerner sûrement le plausible, il appartient également de reconnaître la vérité » : ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.*, [1351 a 15], p. 119.

¹⁵⁸⁹ PUIGELIER (C.), « Vrai, véridique et vraisemblance », in *La preuve*, Paris, Economica, 2004.

¹⁵⁹⁰ C'est sensiblement ce que soulève la réflexion de F. TERRE lorsqu'il décrit la quête du juge vers « la transparence la plus parfaite possible par rapport à la réalité ». TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 2006, p.459.

¹⁵⁹¹ THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve », in *Droits*, « La preuve », n° 23, 1996, p.41-52, spéc. p. 46.

¹⁵⁹² LABRUSSE-RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique' », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Paris, 2012, p.79-95.

L'adhésion inconditionnelle de l'auditeur à la démonstration scientifique se révèle être un leurre, et l'hypothèse doctrinale selon laquelle, l'apparition des preuves scientifiques, dites « *objectives* », renforceraient « *la méfiance envers les preuves subjectives émanant des témoins ou des parties* »¹⁵⁹³, ne se vérifie pas au procès prud'homal.

Bien au contraire, la marge d'incertitude que détient la preuve sur support électronique dans l'esprit du juge, en raison des difficultés qu'il rencontre à connaître avec certitude l'identité de l'expéditeur ou le contenu d'un objet communiquant, le rapproche des preuves « *subjectives* », parmi lesquelles les témoignages ou les attestations. C'est dire si la « *méthodologie du doute* »¹⁵⁹⁴, visant à prévenir les risques d'une croyance spontanée en un type déterminé de preuve, à savoir la preuve scientifique, est largement appliquée.

¹⁵⁹³ LABRUSSE-RIOU (C.), *op. cit.*, spéc. p. 83

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre I

628.- La valeur probante conférée à la preuve électronique démontre de manière significative le contraste existant entre son utilité judiciaire, son intérêt potentiel pour le droit et l'effectivité juridique qu'on lui octroie réellement. Sa pertinence pratique n'est pas *in fine* reconnue au procès.

« *Légitimité n'est pas confiance* », disait Pierre ROSANVALLON¹⁵⁹⁵. La légitimité légale et pratique accordée à la preuve électronique n'emporte pas la conviction des juges. L'« *effet-retour* » escompté entre l'accroissement des pouvoirs du juge du contrat de travail et la crédibilité de la preuve sur support électronique ou numérique ne se réalise pas.

Reste alors à déterminer les raisons qui justifient qu'un tel élément argumentatif, qui permet grâce à sa technicité de s'approcher plus clairement de la vérité judiciaire, dispose d'une force de conviction dérisoire sur la prise de décision du juge du contrat de travail.

Dans une démarche de progrès juridique¹⁵⁹⁶, s'inspirant des philosophies hospitalières envers les sciences et techniques¹⁵⁹⁷, pourraient également être dégagées quelques pistes d'intégration effective de la preuve sur support électronique dans le processus

¹⁵⁹⁵ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, éd. du Seuil, Paris, 2006, p. 11.

¹⁵⁹⁶ La conception moderne du progrès, orientée vers les sciences et techniques, a été initiée par BACON (F.) au début du XVII^e siècle et s'illustre par un accroissement du savoir et une augmentation du pouvoir de l'homme sur la nature. BACON (F.), *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard, Paris, 1991. Elle est défendue en droit par nombre d'auteurs scandinaves ou canadiens : S. STROMHOLM (S.), « Essai de morphologie juridique », in *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Pik Malmstrem*, Stockholm, Forlag, 1972 ; CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force » *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119. V. également en droit français : BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), *Produire l'homme, de quel droit ?*, PUF, Paris, 1987, p. 278.

¹⁵⁹⁷ Cette philosophie fût défendue par SIMONDON (cité par DELEUZE dans les années 60). L'auteur refuse toute position de défiance envers les sciences et les techniques et préfère mettre en avant leur ambivalence et le profit à en tirer : au lieu d'opposer l'humain à la science, le philosophe l'appréhende comme remède. « *Dès le versant technologique de son œuvre, SIMONDON affirme même explicitement la nécessité de la 'méthode' et de l' 'effort' philosophiques pour accéder à l'essence de la technique, de même qu'il formule, dans le sillage d'une compréhension renouvelée de la technicité, l'exigence d'une 'nouvelle sagesse', renouant par là avec la signification la plus ancienne, la plus littérale du terme 'philosophie'* » : « Simondon et la philosophie », colloque organisé par UMR Savoir Textes Langage, Université Lille 3, 7 et 8 nov. 2012.

Cette dynamique a été poursuivie par BARTHELEMY (J.-H.) qui a développé la notion d'« *humanisme difficile* », selon laquelle l'utilisation des TIC, lorsqu'elle est parfaitement maîtrisée, servirait l'humain. Le droit pourrait ainsi être « *animé par un idéal d'harmonie, ou plus exactement de résonance entre la nature, les humains et leurs techniques* » : CHABOT (P.), *La philosophie de Simondon, op. cit.*, p. 71.

d'argumentation, au bénéfice d'une amélioration de la réponse judiciaire et plus largement, d'une plus grande qualité de la justice¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁸ Le parti pris « protechnologique » qu'adopte l'étude de la preuve sur support électronique est en réalité nuancé. Il ne peut s'apparenter pas à une prise de position tranchée, soutenant la toute-puissance de la science et son emprise sur le droit. La prise en considération des risques et dérives d'une foi aveugle en la science, soulevés depuis le XIV^e siècle, de façon parfois acerbe, par les auteurs, mérite d'être appliquée à la matière juridique : « *l'homme civilisé invente la philosophie du progrès pour se consoler de son abdication et de sa déchéance !* » : BAUDELAIRE (C.), « Notes nouvelles sur Edgar Poe », in *Critique littéraire*, Paris, Gallimard, coll. « Pléiade », 1976, p. 333 ; Jacques ELLUL, juriste et penseur anticonformiste, a également mis en question les bienfaits du développement de la technique : ELLUL (J.), *La Technique ou l'enjeu du siècle*, A. Colin, Paris, 1954. Rien n'empêche d'envisager d'autres possibilités offerte par la science au droit, que celle de sa mise au service des aspects matérialistes et utilitariste de la société « où tout est jugé sur le seul plan matériel et quantifiable, et où la science elle-même tend à n'être plus qu'une technoscience, car tout ce qui n'entraîne pas la création de biens matériels ou de richesses économiques est considéré comme de peu d'intérêt, méprisé, marginalisé ». CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force » *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119, spéc. p.111 ; RENAULT (A.) et L. SOSOE (L.), *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 1991, p. 157.

Chapitre II. L'intégration de la preuve électronique dans le processus d'argumentation judiciaire

629.- L'acte de juger ne peut se résumer à l'expression « *trancher un conflit* », ou se restreindre à l'acte de « *régler un différend* » ; c'est avant tout un acte de culture et un acte d'affirmation du juge¹⁵⁹⁹.

Déjà MONTESQUIEU reconnaissait implicitement la fonction de « *vecteur culturel* »¹⁶⁰⁰ remplie par le droit lorsqu'il émettait l'idée que « *les lois de chaque état sont si différentes qu'il est peu probable que celles d'une nation puissent convenir à une autre* »¹⁶⁰¹. Selon cette conception, l'acte de juger se présente comme « *une façon de rappeler ou de dénoncer les consensus sociaux, d'affirmer ce qui est en jeu dans l'échange social. Dans ce sens, chaque juge doit rappeler l'état des rapports sociaux, tels qu'il peut les lire. Il raconte l'histoire actuelle de sa propre société. Et il le fait publiquement* »¹⁶⁰². Ainsi la décision du juge serait-elle ancrée dans ce que la doctrine allemande nomme « *Zeitgeist* »¹⁶⁰³, l'« *esprit du temps* », et véhiculerait les valeurs et opinions du moment¹⁶⁰⁴.

Dès lors, la force d'un argument juridique, et plus précisément, la capacité d'une preuve à emporter l'intime conviction du juge, dépendraient pleinement du contexte où opère l'argumentation. L'étude des décisions judiciaires serait riche de sens quant à l'accueil que réservent la société et le monde juridique à un certain type de preuve, et permettrait de déterminer les raisons justifiant qu'un argument juridique est fort ou faible.

¹⁵⁹⁹ FRIEDMANN (W.), *Théorie générale du droit*, LGDJ, Paris, 1965.

¹⁶⁰⁰ L'intérêt est de noter la contradiction de la fonction de « *vecteur culturel* » que MONTESQUIEU alloue au juge avec ses écrits précédents. En 1748, dans *De l'Esprit des Lois*, chacun sait qu'il cantonne le rôle du juge à la simple « *bouche de la loi* » : « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur* ».

¹⁶⁰¹ MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, t.1, *De la politique*, Gallimard, Paris, « La Pléiade », 1949, chap. 3.

¹⁶⁰² NOREAU (P.), « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », Professeur à Montréal, en ligne : [www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/0014.pdf].

¹⁶⁰³ FREITAG (M.), « Combien de temps le développement peut-il encore durer ? », *Les ateliers de l'éthique*, Revue du CRÉUM, vol. 1, n° 2, 2006, pp. 114-133.

¹⁶⁰⁴ OST (F.), « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *APD, La jurisprudence*, t. 30, Sirey, Paris, 1985 ; CADIET (L.), « Culture et droit processuel », in *Droit et culture*, journées Louisianaises, La Nouvelle Orléans, 19-23 mai 2008, Association Henri Capitant. En ligne : [http://www.henricapitant.umontreal.ca/Journee_louisianaises/Questionnaire_th3_droit_processuel.pdf].

630.- Le paradoxe existant entre la faible « *efficacité persuasive* » de la preuve sur support électronique et l'intérêt qu'elle suscite dans le système juridique interroge. Pourquoi la relation entre le droit et la science est-elle uniquement envisagée de manière « *ancillaire* »¹⁶⁰⁵ ? Quelles raisons animent le juge lorsqu'il rend un « *jugement d'existence* », consistant à affirmer que la preuve sur support électronique « *fait partie du droit en vigueur dans un pays donné* »¹⁶⁰⁶, mais omet (ou refuse) d'en assurer l'intégration effective dans le processus d'argumentation judiciaire ?

L'intérêt de ces questions est d'autant plus évident que les théoriciens et praticiens du droit se félicitent de l'intégration dans le « *champ juridique* »¹⁶⁰⁷ de nouveaux instruments scientifiques, dont l'utilité en termes de célérité et de qualité de la justice, est partout saluée¹⁶⁰⁸. Néanmoins, l'essentiel des réflexions doctrinales relatives aux Technologies de l'Information et de la Communication porte sur les bouleversements matériels qu'elles provoquent en droit, et fait l'économie d'une étude des multiples facteurs qui justifient la faible portée conceptuelle et persuasive confiée à la preuve sur support électronique.

631.- Les facteurs qui justifieraient la décision des juges du contrat de travail de conférer une valeur probatoire négligeable à la preuve électronique, seraient aussi bien juridiques qu'extra-juridiques¹⁶⁰⁹ et auraient pour caractéristique d'être circonstanciels et

¹⁶⁰⁵ Par le vocable ancillaire, nous entendons la relation de mise au service de la science au droit. Ce terme est relatif à l'asservissement et vise à ce que le droit de la preuve « *reste la servante de la justice et n'en devienne jamais la maîtresse* » selon l'expression du juge PIGEON dans l'affaire Hamel c. Brunelle et Labonté, RCS, 1977, 147.

¹⁶⁰⁶ GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol II, LGDJ, Paris, 1919, p. 93.

¹⁶⁰⁷ Un champ serait « *un lieu d'interactions entre plusieurs agents partageant les mêmes enjeux et les mêmes règles du jeu. Le champ bénéficie ainsi d'une étanchéité et d'une autonomie relative dans l'espace social et sa légitimité est assurée par la mise au point d'un ensemble de représentations particulières, de 'croyances' ou de significations partagées par des agents sociaux spécialisés* » : ARNAUD (A.-J.), *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ, Paris, 1998, p. 33. V. BOURDIEU (P.), « Quelques propriétés des champs », in *Questions de sociologie*, Les éditions de Minuit, Paris, 1984, p. 113-120 ; BOURDIEU (P.), « Les juristes gardiens d'une hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, p. 95-99.

¹⁶⁰⁸ V. l'ouvrage collectif : *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle*, actes du colloque organisé du 13 au 15 octobre 2011 à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic, LGDJ, Paris, 2013.

¹⁶⁰⁹ La prépondérance des facteurs extra-juridiques dans la prise de décision prud'homale est démontrée par les sociologues du droit. Elle s'explique par l'existence d'autres éléments que le respect du droit du travail dans la légitimité de l'institution prud'homale, appartenant à trois mondes bien distincts : les mondes juridique, syndical et professionnel : MICHEL (H.), WILLEMEZ (L.), *Les Conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d'une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007. WILLEMEZ (L.), « Une justice 'normale' ? La réforme des conseils de prud'hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes*

non figés (**Section I.**). A la lumière de ces justifications, pourraient être envisagées des solutions prospectives visant à modifier le système juridique actuel, afin d'y intégrer de manière effective la preuve électronique et de lui offrir une plus grande légitimité argumentative. (**Section II.**)

Section I. Les justifications à l'absence d'intégration de la preuve électronique dans le processus décisionnel

632.- « Dans la vie sociale, économique ou politique, l'usage de la liberté ou du pouvoir est déterminé par certaines causes, qui contraignent les acteurs à agir comme ils le font plutôt qu'autrement »¹⁶¹⁰.

Il en est de même dans le domaine du droit. La décision du juge de donner telle pertinence argumentative plutôt qu'une autre à la preuve sur support électronique, ne repose pas uniquement sur l'intuition du juge, elle se justifie par plusieurs facteurs.

633.- « La théorie des contraintes juridiques » élaborée par M. TROPER, décrit avec précision les contraintes juridiques¹⁶¹¹ qui pèsent sur le juge du contrat de travail et conditionnent sa décision. Qualifié d'« *homo juridicus* »¹⁶¹², il subirait des contraintes relationnelles et systémiques résultant de la configuration du système judiciaire, défini comme une « *construction juridique de la réalité* »¹⁶¹³ organisée de manière autonome.

Cette théorie dyadique a été légitimement remise en cause. Elle opère en effet, une distinction « *factice* » entre d'une part, les facteurs qui relèvent des domaines « *juridiques* »¹⁶¹⁴ et d'autre part, ceux qui relèvent des domaines « *extra juridiques* » et fait l'économie d'une analyse de la décision à travers le prisme des sciences sociales¹⁶¹⁵. Si cette approche rationnelle et scientifique, visant de manière louable à ne pas empiéter sur

¹⁶¹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Introduction », *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 1-7, spéc. p.2.

¹⁶¹¹ Selon la définition de la contrainte juridique donnée par TROPER au cas singulier de la décision judiciaire : « La contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère » : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 11-23, spéc. p. 12. Si le vocable « contraintes » a parfois été discuté par la doctrine estimant que le terme « obligations » était plus apte à désigner les éléments influant une décision, il a été choisi dans cette étude de considérer comme relevant de la même activité décisionnelle les mots « contraintes », « facteurs », « paramètre » et « obligations ».

¹⁶¹² Dans le cadre d'une approche théorique et non psychologique, TROPER utilise le modèle de l'« *homo juridicus* », un agent rationnel par postulat qui agit avec stratégie et rationalité.

¹⁶¹³ FRANCOIS (B.), « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 169-176.

¹⁶¹⁴ Selon la *Théorie des contraintes juridiques*, les « facteurs juridiques » seraient les « causes qui résultent de la situation juridique à l'instant de la décision », tandis que les « facteurs extra-juridiques » représenteraient les causes sociologiques et psychologiques de la décision.

¹⁶¹⁵ Cette distinction lui a valu d'être désignée comme une « *théorie juridique des contraintes juridiques* » : Seuls les facteurs juridiques de la décision, qui résultent de la situation juridique à l'instant de la décision, seraient analysés, excluant les autres causes qui conduisent les agents à adopter certaines décisions : FRANCOIS (B.), « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », *Théorie des contraintes juridiques, Id.*, p. 169-176, spéc. p. 176.

les objets d'étude des autres domaines de la connaissance, rappelle celle déjà opérée par PERELMAN¹⁶¹⁶, la frontière qui en résulte est relativement superficielle et ce, pour deux raisons.

D'abord, il est incontestable que des éléments extérieurs au domaine juridique déterminent la solution retenue par le juge ; les jugements mobilisent des représentations et des significations communes qui émanent de la société et ne trouvent pas forcément leur interprétation dans le droit¹⁶¹⁷. En retour, WEBER souligne le rapport actif entretenu par les acteurs sociaux avec les dispositions juridiques. Le droit serait un « *système de potentialité à partir duquel se déploient des activités spécifiques de mobilisation des règles. Il oriente les conduites, il ne les détermine pas* »¹⁶¹⁸.

Ensuite, la frontière entre ce qui relève du « *juridique* » et de l' « *extra-juridique* » apparaît perméable. Lorsqu' un facteur, quelle que soit sa nature, influe sur la décision d'un acteur juridique, en l'occurrence le juge, ne devient-il pas « *juridique* »¹⁶¹⁹ ?

634.- Seule la distinction matérielle entre les contraintes qui proviennent du microcosme processuel et celles qui existent en dehors de lui, pourrait se révéler propice à l'étude de la preuve électronique, en qualité d'argument juridique produit au soutien des faits allégués.

L'identification des facteurs internes (*§I.*) et externes (*§II.*) au système judiciaire, qui contraignent les juges à attribuer à la preuve sur support électronique une faible « *efficacité persuasive* », s'avère en effet, indispensable pour élaborer une stratégie d'intégration de cet argument juridique inédit.

Au demeurant, cette étude, non exhaustive, n'offre qu'un aperçu global des facteurs décisionnels en présence d'une preuve électronique. A tout le moins, adopte-t-elle un parti pris de n'être pas seulement juridique et pose les prémisses d'une réflexion interdisciplinaire. A son échelle, elle ouvre de nouvelles perspectives d'analyses et de recherches.

¹⁶¹⁶ L'auteur a volontairement décidé d'exclure de sa *Nouvelle Rhétorique* deux types d'arguments parmi les trois déterminés par ARISTOTE, en raison de leurs liens trop ténus avec la psychologie des acteurs de l'argumentation. PERELMAN refuserait toute orientation émotiviste de sa théorie : VANNIER (G.), *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, Paris, 2001, p. 48 et suiv.

¹⁶¹⁷ FOUBERT (A.), « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du don », in *L'argumentation des juristes et ses contraintes*, vol. 1, *Droits*, n° 54, 2012, PUF, Paris, p. 96-108, spéc. p. 106.

¹⁶¹⁸ LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), « Le droit comme activité sociale, pour une approche wébérienne des activités juridiques », in LASCOUMES (P.) (dir), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1995, p. 155-177 spéc. p. 166.

¹⁶¹⁹ Ce constat exige l'interprétation *in extenso* du terme « juridique », à savoir « qui est relatif au droit » : Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., en ligne. V^o « juridique ».

§I. Les facteurs internes au procès

635.- Le système juridique moderne dispose d'une configuration complexe¹⁶²⁰ ; il est le lieu de nombreuses interactions et suppose l'usage par les acteurs juridiques d'outils langagiers et procéduraux spécifiques¹⁶²¹.

Il se définit comme un « *univers d'activités relativement distinct d'autres univers d'activités, dans lequel des acteurs sociaux s'appuient sur des savoirs et des savoir-faire spécifiques et produisent un langage ad hoc de description du monde social ou du moins de certains segments du monde social* »¹⁶²². En ce sens, la sociologie des organisations a développé une théorie selon laquelle, la justice serait un mode d'organisation avec ses propres modes de gestion, ses dispositifs de traitements, ses rapports entre acteurs, bénéficiant d'une liberté plus ou moins grande d'action et de décision, et ses logiques d'organisation¹⁶²³.

636.- L'application du « *modèle théorique du jeu* »¹⁶²⁴ au microcosme du procès permet de comprendre les caractéristiques des acteurs présents au sein de cet espace et des échanges qu'ils entretiennent entre eux. L'appréhension des mécanismes sociaux à travers le concept du « *jeu* » a été proposée par OST, pour enrichir l'analyse systémique d'une approche interpersonnelle. Le jeu suppose « *une interaction entre composants multiples dont le sens est très largement produit de façon interne ; il est séparé d'un environnement qui tantôt l'influence, tantôt lui est indifférent, et il implique un processus permanent d'ajustement de l'action des joueurs qui cherchent à augmenter la complexité de leur comportement (capacité accrue de réaction) tout en diminuant corrélativement, celle de leurs partenaires* »¹⁶²⁵.

¹⁶²⁰ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique du monde », in *Mélanges Gérard TIMSIT*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 89 : « *Interdépendances, discontinuités, interactions, imprévisibilité, tous ces traits marquent le passage d'une structure simple à la structure complexe qui caractérisait le droit dit post-moderne* ».

¹⁶²¹ FRANCOIS (B.), *op. cit.*, p. 171.

¹⁶²² FRANCOIS (B.), *Id.*, p. 170.

¹⁶²³ ACKERMANN (W.), BASTARD (B.), *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, LGDJ, Paris, 1993.

¹⁶²⁴ VON NEUMANN, MORGENSTERN (O.), *Theory of games and economic behavior*, cité par SFEZ (L.), *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 216 ; BUNGE (M.), « Game Theory is not a Useful Tool for the Political Sevenkst », *Cahiers d'épistémologie*, 9015, Université du Québec, 1995 ; OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, t. 31, *Le système juridique*, Sirey, Paris, 1986, p. 133-162, spéc. p. 150

¹⁶²⁵ OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, t. 31, *Le système juridique*, Paris, Sirey, 1986, p. 133-162, spéc. p. 150

Cette définition fait particulièrement écho aux mécanismes pratiques mis en œuvre en droit du travail, notamment parce que l'entreprise comme le procès prud'homal répondraient à la définition sociologique de l'organisation comme « *système de comportements sociaux interconnectés entre plusieurs personnes qu'on appelle les participants* »¹⁶²⁶. Chaque agent, doué de prérogatives, y aurait un rôle à jouer suivant des règles bien établies. Aussi, chaque comportement juridique entraînerait en réponse un autre comportement juridique, et s'organiserait dans le cadre en place¹⁶²⁷.

Quant au juge des prud'hommes, il se verrait attribuer dans le système judiciaire un « *comportement juridique type* »¹⁶²⁸, l'exposant aux contraintes nées de la configuration du procès. Parmi ces règles préétablies, celles issues du fonctionnement interne au procès prud'homal (A.) ainsi que celles relatives aux exigences matérielles de ce type singulier d'organisation (B.), prendraient une part importante dans le choix décisionnel du juge en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique.

A. *Les facteurs « systémiques »*¹⁶²⁹

637.- Le droit est généralement envisagé comme un système, en témoigne l'utilisation par les juristes des vocables « *système juridique* » ou « *système judiciaire* ». Il est alors caractérisé tant par l'ensemble des éléments qui le composent que par l'interaction et l'organisation de ces éléments, ou par l'unité qui soude ses composants¹⁶³⁰. A l'intérieur de ce système, se constituent des sous-systèmes. Le procès prud'homal représente un sous-système, dont les composants sont adaptés à la nature du contentieux traité.

¹⁶²⁶ SFEZ (L.), *op. cit.*, p. 225

¹⁶²⁷ Selon SFEZ, les changements de comportements des individus proviennent de facteurs déterminés par la structure de l'organisation à laquelle ils appartiennent. Par ailleurs, l'intériorisation des règles de l'organisation et la régularité des conduites des membres de cette organisation entraînent irrémédiablement une réduction des alternatives décisionnelles. « *L'esprit de corps réduit la marge décisionnelle* ». La stratégie adoptée par ce corps telle que les délégations d'autorité ou la définition des conduites irrecevables sont d'autres facteurs influant la décision : SFEZ (L.), *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 221.

¹⁶²⁸ FRANCOIS (B.), *op. cit.*, p. 171.

¹⁶²⁹ L'approche systémique proposée se détache en partie de la méthode systémique globale, dite science des systèmes, défendue par LUHMAN, qui envisage le droit dans ses aspects structurel et fonctionnel. Sur ce sujet v. WALLISER (B.), *Systèmes et modèles. Introduction critique à l'analyse des systèmes*, éd. du Seuil, Paris, 1977, p. 240.

La démarche choisie se focalise plus précisément, comme le préconise OST, sur la part individuelle et relationnelle du système juridique. Elle entreprend d'observer les interactions entre les acteurs de ce système. V. l'ouvrage collectif : *Le jeu : un paradigme pour le droit*, dir. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Paris, *Droit et société*, 1992.

¹⁶³⁰ SAMPER (CH.), « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *APD*, t. 43, Sirey, Paris, 1999, p. 327-348.

Ainsi, le procès du travail peut-il se définir comme un espace de pouvoirs, de mécanismes de contrôle et de stratégies, où règnent des rapports de force entre des acteurs juridiques récurrents (à savoir le salarié, l'employeur, le juge et le défenseur), et où opèrent des procédures et des logiques décisionnelles spéciales¹⁶³¹.

638.- L'existence d'un système entraîne la constitution d'un « habitus ». Ce terme, signifiant en latin « manière d'être »¹⁶³², est défini par les sociologues comme « un ensemble de dispositions durables, issues de la pratique, par lesquelles les agents impliqués dans un champ se reconnaissent et interagissent »¹⁶³³. Il s'apparente ainsi au rôle endossé par chaque acteur dans un système ou un sous-système déterminé. La « théorie du jeu » a su mettre en lumière la manière dont ces rôles dévolus par avance, agissent sur le comportement des acteurs juridiques et cantonnent leurs décisions.

Dès lors, même si la justice du travail est par nature complexe car « *rendue par des juridictions de nature différente, répondant à des organisations différentes, composée de juges aux statuts différents, obéissant à des logiques différentes* »¹⁶³⁴, certaines façons de faire et d'interagir seraient spécifiques au procès du travail. Des « *raisons pratiques* »¹⁶³⁵ viendraient justifier son fonctionnement interne et les situations de monopoles ou de concurrence établies entre les acteurs juridiques.

Suivant cette approche systémique du procès, deux types prégnants de « *paramètres* »¹⁶³⁶ décisionnels peuvent être énumérés pour expliquer pourquoi le juge des relations de travail décide de la sorte lorsqu'il est confronté à une preuve sur support électronique : le paramètre personnel, relatif au statut et au rôle que doit endosser le juge au procès et le paramètre relationnel qui le place en interaction avec les autres acteurs du procès et détermine son comportement.

¹⁶³¹ LASCOUMES (P.), « Foucault et les sciences humaines, un rapport de biais : L'exemple de la sociologie du droit », in *Criminologie*, Vol. 26, n°1, 1993, p. 35-50, LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Le droit comme activité sociale, pour une approche webérienne des activités juridiques », in Pierre LASCOUMES (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1995, p. 155-177.

¹⁶³² GAFFIOT (F.), *Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français*, Hachette, Paris, nouvelle éd., 2000, V° « *Habitus* », p. 732.

¹⁶³³ ARNAUD (A.-J.), *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ, Paris, 1998, p. 34.

¹⁶³⁴ CADIET (L.), Ouverture de l'ouvrage collectif *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ, Paris, p. 13-31, spéc. p. 13-14.

¹⁶³⁵ BOURDIEU (P.), *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le Seuil, Paris, 1994.

¹⁶³⁶ Par extension, le terme paramètre désigne « *chacune des données qu'il fait prendre en compte pour expliquer un phénomène, évaluer une situation* » : Dictionnaire de l'Académie Française, V° « *Paramètre* ».

1. Paramètre statutaire : le rôle alloué au juge

639.- En termes de pouvoirs et de statut, le juge des relations de travail occuperait une place originale et complexe au procès. Regroupant à lui seul les trois figures développées par OST, il serait à la fois « *juge-arbitre* », « *juge-pacificateur* » et « *juge-entraîneur* »¹⁶³⁷. Ces différents rôles conditionneraient indéniablement sa réponse lorsqu'une preuve sur support électronique ou numérique est produite au soutien des allégations d'une partie.

640.- La posture d'autorité¹⁶³⁸ du juge du contrat de travail, pourvu de pouvoirs d'investigation inédits¹⁶³⁹, se justifie en partie par la nature inégalitaire du contentieux opposant l'employeur et le salarié et par le caractère « *mouvant et évolutif* »¹⁶⁴⁰ de la matière sociale. Cette « *montée en puissance* »¹⁶⁴¹ du juge est historiquement reconnue en droit du travail. Dès la réforme de 1974 visant à « *améliorer l'instruction des affaires* »¹⁶⁴², le bureau de conciliation s'est vu attribué des pouvoirs juridictionnels lui permettant de rendre des décisions provisoires, d'ordonner des mesures d'instruction ou de désigner des conseillers rapporteurs. De manière bien plus significative que dans d'autres matières, la recherche de l'équilibre et du « *juste* » est alors confiée au juge en droit du travail¹⁶⁴³. Des auteurs ont, à juste titre, relevé « *la tendance du juge, en cette matière, à partir en quête du juste à la lumière de conceptions personnelles qui peuvent le conduire à donner à la norme*

¹⁶³⁷ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements.* (dir.) GERARD (Ph.), OST (F.), M. VAN DEKERCHOVE (M.), Bruxelles, F. U. Saint Louis, 1983, p. 1-70.

¹⁶³⁸ Cf. Supra n° 295 s.

¹⁶³⁹ C. trav. art. R. 516-21.

¹⁶⁴⁰ Notons que cette analyse provient directement de Madame l'Ancienne Présidente de la Chambre sociale de la Cour de cassation : COLLOMP (E.), « L'office du juge en droit du travail », in *L'office du juge*, Paris, Les colloques du Sénat, 2006, p. 83-96, spéc. p. 83

¹⁶⁴¹ DELMAS-MARTY (M.), « La mondialisation et la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Bruylant, Bruxelles, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p. 95-114.

¹⁶⁴² D. n° 74-783 du 12 sept. 1974 modifiant les dispositions réglementaires du titre 1 du livre 5 du code du travail relatives à la procédure en matière prud'homale, *JORF* du 15 sept. 1974, p. 9551.

¹⁶⁴³ Le juste en droit du travail a une interprétation singulière. Il touche notamment aux notions d'équité et de consensus. Les sociologues retrouvent chez les conseillers « *un souci, souvent issu du catholicisme social, pour la 'personne' qui se cache derrière le justiciable, un refus de l'affrontement et l'insistance sur les vertus du dialogue et du syndicalisme 'responsable'* ». Ces hypothèses sont vérifiées par l'analyse par L. WILLEMEZ d'un entretien d'une « *conseillère prud'hommes MEDEF d'une cinquantaine d'années dans une grande ville : juriste de formation, formatrice pendant de nombreuses années, elle est aujourd'hui PDG d'une entreprise de gestion du personnel en service extérieur, dans l'objectif de 'réconcilier l'économie et le social' ; les prud'hommes constituent pour elle 'une démarche citoyenne' en même temps qu'un lieu qui est 'un observatoire du social'* ». WILLEMEZ (L.), « Activités judiciaires et trajectoires juridiques – Les conseillers prud'hommes et le droit du travail », in *Les Conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d'une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007.

*légale perçue comme favorable au travailleur une ampleur qui la porte au-delà des prévisions de son auteur »*¹⁶⁴⁴.

641.- En parallèle, s'est opéré un renforcement des activités de négociation, de communication et de conciliation¹⁶⁴⁵ des conseillers prud'hommes au procès. La part que détient traditionnellement le juge dans « *la recherche d'une solution négociée, amiable, sinon aimable* »¹⁶⁴⁶, s'étend désormais à l'ensemble des litiges du travail et à toutes les phases du procès (on assiste à une extension du domaine *rationae materiae* et *temporis* du principe de communication et de conseil). Ce constat s'explique par le fait qu'au XIX^e siècle, la conciliation représentait la part dominante de l'activité prud'homale¹⁶⁴⁷, à tel point que certains auteurs ont qualifié le procès du travail à ses origines, de « *permanence associative* »¹⁶⁴⁸.

Conséquence de cet héritage historique, la conciliation représente désormais une première phase de l'instance au fond¹⁶⁴⁹, dont le défaut est sanctionné par la nullité de la procédure. La « *participation active* » des conseillers prud'homaux dans la recherche d'un accord entre les parties est requise par la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette dernière a d'ailleurs confirmé l'annulation d'un procès-verbal de conciliation en raison d'une absence d'information suffisante du salarié, au sujet de l'étendue de ses droits¹⁶⁵⁰.

642.- Le phénomène de judiciarisation qui a touché la justice du travail, comme le prouvent le transfert au tribunal de grande instance des conflits collectifs et au tribunal d'instance du contentieux électoral, la présence de la répression pénale en droit du travail,

¹⁶⁴⁴ TEYSSIE (B.), « La jurisprudence en droit du travail », *APD*, n° 50, 2006, p. 163-178, spéc. p. 165.

¹⁶⁴⁵ Selon les sociologues, les conseillers prud'hommes se comportent comme des juges comme en témoigne le port de la médaille mais sont également plus conciliateurs en leur qualité de « *juges du fait* » : LEMERCIER (C.), « Prud'hommes et institutions du commerce à Paris, des origines à 1870 », in *Histoire d'une juridiction d'exception : les prud'hommes (XIX^e – XX^e siècle)*, intervention au colloque Université Lyon 3, 16 au 18 mars 2008 ; LEMERCIER (C.), « Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution des frontières juridiques », in H. Michel et L. Willemez (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF-CURAPP, 2007 ; MICHEL (H.), « Les carrières prud'homales au prisme de la justice. Distance aux rôles judiciaires et redéfinition des pratiques sociales », in H. Michel et L. Willemez (dir.), *La justice au risque des profanes*, op. cit., p. 165-179.

¹⁶⁴⁶ CADIET (L.), Ouverture de l'ouvrage collectif *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ, Paris, spéc. p. 13-14.

¹⁶⁴⁷ C. trav. art. L. 1411-1 : « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends de sa compétence* ». Entendu : ne les règle par jugement que lorsque la conciliation n'a pas aboutie.

¹⁶⁴⁸ CADIET (L.), Ouverture de l'ouvrage collectif *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ, Paris, spéc. p. 15.

¹⁶⁴⁹ Elle représente en réalité bien plus qu'une simple « *tentative préalable de conciliation* » : art. 830 CPC.

¹⁶⁵⁰ Cass. soc. 28 mars 2000, n° 97-42419 : « *qu'en constatant que le salarié n'avait obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues, la cour d'appel a fait ressortir que les juges conciliateurs n'avaient pas rempli leur office, en sorte que l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation était nul* ».

et les débats actuels sur la professionnalisation du conseil des prud'hommes¹⁶⁵¹, n'entachent en rien l'espace de communication *ad hoc* qu'offre ce type de procès. L'obligation pour les parties de comparaître en personne devant le bureau de jugement¹⁶⁵², ou de s'y faire représenter¹⁶⁵³, leur enjoint d'y exposer leurs arguments, et permet aux conseillers de s'impliquer dans le règlement de l'affaire, voire de trouver un compromis.

Ainsi demande-t-on au juge prud'homal, d'être tour à tour « conciliateur », « psychologue du travail », « sociologue des entreprises », « conseiller » ou « arbitre »¹⁶⁵⁴.

643.- Ces « postures de justice » représentent des modèles décisionnels dont le juge ne peut s'émanciper. Elles cantonnent son comportement et influencent inévitablement sa décision en présence d'une preuve électronique. Les jugements pris au soutien de ce type de preuve, comme toute décision en droit du travail, tendent à répondre à une triple finalité : préserver ou accroître l'office du juge au procès prud'homal¹⁶⁵⁵, légitimer sa fonction aux yeux des justiciables, s'inscrire dans la cohérence de la matière sociale, de ses objectifs et de ses valeurs¹⁶⁵⁶.

Aussi, le juge du contrat de travail ne peut-il remplir que certaines des fonctions qu'exigent la réception et l'évaluation de la preuve sur support électronique en qualité d'élément argumentatif. Eu égard au statut et aux pouvoirs que le système juridique lui attribue, il n'est pas en mesure d'assurer toutes les vérifications que requiert l'insertion

¹⁶⁵¹ V. débat actuel sur la professionnalisation du conseil des prud'hommes ou l'avis des spécialistes sur les bienfaits de la mise en place progressive d'un échelonnement : CADIET (L.), Ouverture de l'ouvrage collectif *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ, Paris, p. 29. Pour vérifier l'hypothèse de l'intérêt de l'échelonnement soutenue par CADIET, il conviendrait de comparer les jugements rendus par des tribunaux de commerce habituels avec ceux des tribunaux mixtes de commerce propres à l'Alsace et à la Lorraine qui sont constitués de conseillers issus du monde du travail et de magistrats professionnels.

¹⁶⁵² *A fortiori*, l'idée d'une présence obligatoire lors de la phase de conciliation fait également parties des desiderata syndicaux, ce qui prouve tout l'intérêt que portent les acteurs juridiques à la contradiction et à la conciliation.

¹⁶⁵³ C. trav. art. R. 516-4 al. 1 ; Cass. soc. 9 av. 1987, *Bull. civ.* V, n° 223; HENRY (M.), *Dr. soc.* 1953, p. 487.

¹⁶⁵⁴ Sur le concept général du juge polyvalent désigné comme un « juge à tout faire », v. ROZES (S.), « Un profil nouveau pour les juges » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 435-441, spéc. p. 437.

En droit du travail, les conseillers prud'hommes dans leur entretien désignent ces divers rôles comme différentes « casquettes » : WILLEMEZ (L.), « Une justice 'normale' ? La réforme des conseils de prud'hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes et pratiques d'argumentation judiciaire et extrajudiciaire, du Moyen Age à nos jours*, colloque organisé à la MESHS de Lille le 14 novembre 2013. Ils donnent lieu à un « conflit de logiques » qui désigne « l'affrontement dans le champ contradictoire du travail (où les organisations patronales et syndicales ont élaboré leur propre stratégie d'action judiciaire), d'idéologies, de rationalités et finalement de raisonnements antagonistes » : HUNOUT (P), *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁵⁵ En termes généraux, la décision ne peut selon les auteurs, avoir pour finalité de diminuer le pouvoir du décideur : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 11-23, spéc. p. 12.

¹⁶⁵⁶ WILLEMEZ (L.), « Activités judiciaires et trajectoires juridiques – Les conseillers prud'hommes et le droit du travail », in *Les Conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d'une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007.

effective de cette preuve dans le processus décisionnel. Pour exemple, le juge ne peut réaliser l'activité d'un expert informatique, pour évaluer la recevabilité technique d'un objet communicant produit devant lui. Même s'il estime qu'un mail produit au débat peut avoir été falsifié, spécialement créé pour soutenir des faits allégués, voire même antidaté, la formation et les fonctions juridictionnelles que l'organisation prud'homale lui attribue, ne leur permet pas de vérifier ces intuitions.

En ce sens, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2013¹⁶⁵⁷ marque un tournant jurisprudentiel en ce qu'il proscrit les pratiques des conseillers prud'homaux consistant à analyser la faisabilité technique, l'intégrité et l'origine d'un courrier électronique. Ce « *contrôle implicite d'authenticité technique* » était largement inspiré des conditions de validité de la preuve électronique d'une obligation ou de celle d'un paiement¹⁶⁵⁸, que requiert l'article 1316-1 du code civil¹⁶⁵⁹. La Haute juridiction a rappelé que « *les dispositions [des articles 1316-1 et 1316-4 du code civil, relatifs à la validité de l'écrit électronique] ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond* ».

644.- Les domaines respectifs de l'expert et du juge des relations de travail sont ainsi délimités ; le second se devant de rechercher la solution du litige à la lumière des prérogatives dont il dispose. De ce cantonnement du juge à ses statuts d' « *arbitre* » ou d' « *entraîneur* », résulte un risque d' « *empiètement de l'expert sur la fonction normative du juge* »¹⁶⁶⁰ soulevée par nombre des auteurs contemporains, déplorant la « *propension*

¹⁶⁵⁷ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

¹⁶⁵⁸ Il ne faut pas omettre de mentionner que l'article 1316-1 est contenu dans la « *Section I : De la preuve littérale* », elle-même située dans le « *Chapitre VI : De la preuve des obligations et de celle du paiement* » du « *Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* » du code civil.

¹⁶⁵⁹ Il n'est pas rare qu'un conseil de prud'hommes ou une cour d'appel aient endossé le rôle d'expert informatique pour écarter un courriel des débats car « *il est techniquement impossible en connaissant les codes d'accès à un ordinateur en réseau de donner faussement l'apparence de l'envoi d'un mail à partir de tel ou tel poste* » : CA Metz, 24 sept. 2012, n° 12-0583 et 10-03492. La chambre sociale cautionnait cette pratique. Elle a notamment confirmé l'arrêt de la cour d'appel aux motifs qu' « *appréciant souverainement la valeur probante de l'unique document produit par l'employeur, la cour d'appel a estimé que le courriel recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité, ne permettait pas l'identification de son auteur de sorte que le grief énoncé dans la lettre de licenciement n'était pas établi* » : Cass. soc. 24 juin 2009, n° 08-41087.

¹⁶⁶⁰ OST (F.), « *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice* », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*. [dir.] Ph Gerard, F. Ost, M. Van de Kerchove, Bruxelles, F. U. Saint Louis, 1983, p. 1-70, spéc. p. 41.

insidieuse [du juge] à l'adoption pure et simple des rapports d'experts, aboutissant de facto à consacrer de véritables délégations de la fonction juridictionnelle »¹⁶⁶¹.

Au vrai, l'insertion de la preuve électronique en qualité d'argument juridique produit au soutien des faits allégués, nécessite du juge du travail de sortir du rôle qui lui est traditionnellement attribué, sans pour autant négliger ses compétences de conciliation et de conseil. Elle exige la création de mécanismes juridiques, qui se différencient des dispositions de l'article 1316-1 du Code civil, qui assurent la garantie effective de l'intégrité de cette forme de preuve inédite, et dont le fonctionnement permet leur appropriation rapide par les conseillers prud'homaux.

2. Paramètre relationnel : le comportement des autres acteurs juridiques

645.- La physionomie du procès du travail est par nature singulière. Les acteurs juridiques y sont majoritairement non professionnels, et disposent de moyens de communication et de conviction spécifiques.

646.- La représentation. Une part essentielle du particularisme de la procédure prud'homale¹⁶⁶², réside dans le nombre important et l'origine diverse des personnes autorisées à représenter l'une ou l'autre des parties au procès.

Elle s'avère être l'héritage de « *l'appartenance ambivalente de l'institution des prud'hommes aussi bien au monde de la justice qu'au monde du travail* »¹⁶⁶³. Selon l'article R. 1453-2 du code du travail, ont qualité pour représenter ou assister les plaideurs devant les conseils de prud'hommes : « *les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité* », « *les délégués permanents ou non permanents des organisations d'employeurs et de salariés* », « *le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin* », les avocats. L'employeur peut également se faire assister ou représenter par « *un membre de l'entreprise ou de l'établissement* »¹⁶⁶⁴, qui

¹⁶⁶¹ OPPETIT (B.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve », X^e colloque des IEJ Poitiers, 26-28 mai 1975, Paris, PUF, 1976, p. 53-66

¹⁶⁶² HENRY (M.), « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Dr. ouvr.*, oct. 1997, p. 401-405, spéc. p. 402

¹⁶⁶³ DESDEVISES, « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, n°8, oct.-déc., 1997, p. 24.

¹⁶⁶⁴ S'entend d'une personne liée à l'entreprise ou à l'établissement par un contrat de travail : Cass. soc. 12 av. 1995, RJS 5/95, n°687.

serait plus au fait du litige ou qui serait spécialement chargé du dossier¹⁶⁶⁵. Si la faculté d'être représenté par un délégué syndical permanent ou non permanent a suscité des réserves lors de sa mise en place par la loi du 26 février 1949, elle fait désormais partie des usages répandus au procès, notamment pour les salariés. Ainsi, la relation tripartite observée au procès civil (le juge et les deux parties¹⁶⁶⁶) est généralement bouleversée par la présence à l'audience d'un membre d'une organisation syndicale, chargé de défendre le salarié. Cette particularité de la représentation a un impact sur le processus argumentatif global¹⁶⁶⁷.

647.- La variabilité des arguments développés dans le contentieux prud'homal.

L'articulation des relations qu'entretiennent les différents acteurs juridiques modifie la structure argumentative du procès prud'homal¹⁶⁶⁸. En outre, la nomenclature, la nature et la manière dont sont avancés les arguments, varient en fonction de la personne qui les porte. Pour exemple, les techniques argumentatives mobilisées par les défenseurs syndicaux ne peuvent être identiques à celles employées par les professionnels du droit, notamment parce que leurs arguments font écho aux valeurs sociales et syndicales que défend leur confédération¹⁶⁶⁹. Dès lors, la dimension collective des relations de travail imprègne la stratégie argumentative des parties et se concrétise par l'utilisation d'arguments pragmatiques, relatifs aux droits des salariés et aux aspects concrets de la relation de travail (pour exemple la santé au travail et les conditions de travail sont des arguments

¹⁶⁶⁵ BATAILLE (E.), *La procédure prud'homale*, Sofiac, Paris, 2009, p. 455.

¹⁶⁶⁶ Les « acteurs nécessaires » à la procédure sont habituellement les parties et le juge. CROZE (H.), « Les organes de la procédure », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 49-62, spéc. p.50.

¹⁶⁶⁷ Une analyse précise et approfondie des arguments mobilisés au procès prud'homal par les défenseurs syndicaux lors de l'audience et par les conseillers prud'hommes lors du délibéré (en raison de leur militantisme assumé, ces derniers devraient également avancer des arguments inédits) méritait d'être entreprise dans le cadre d'une étude de plus grande envergure sur la stratégie argumentative en droit du travail.

¹⁶⁶⁸ « *Le choix et le jeu des argumentations dans le contexte du Conseil (et, comparativement, de la Cour d'Appel)* » évoluent sensiblement : HUNOUT (P.), *Droit du travail et psychologie sociale*, Meridiens Klincksieck, 1990, p. 140 ; BALLOUHEY (F.), « L'office du juge en matière de preuve », in *Procès du travail, travail du procès*, (dir.) KELLER (M.), LGDJ, Paris, 2008, p. 272-277.

¹⁶⁶⁹ Dans l'hypothèse où le salarié est représenté par un membre d'une organisation syndicale ; ce constat est encore plus significatif lors de l'exercice d'une d'action de substitution. D'autant que les cas d'ouverture de l'action de substitution permettant à un syndicat d'agir à la place du salarié dans l'intérêt collectif sont nombreux : l'organisation syndicale peut exercer une action en justice pour exiger l'exécution d'une convention collective (art. L. 2262-9 et L. 2262-10 c. trav.), pour les travailleurs à domicile (art. L. 7423-2 c. trav.), pour les travailleurs intérimaires (art. L. 7423-2 c. trav.), pour les travailleurs sous contrat à durée déterminée (art. L. 1247-1 c. trav.), en cas de discrimination (art. L. 1134-2 c. trav.), pour les victimes d'un harcèlement sexuel ou moral (art. L. 1154-2 c. trav.), pour les salariés faisant l'objet de marchandage (art. L. 8233-1 c. trav.) ou les salariés visés par un licenciement économique (art. L. 1235-8 c. trav.).

Pour une étude approfondie de l'action en substitution : JEULAND (E.), « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », Cass. soc. 1^{er} fév. 2000, *JCP* 2001, II, p. 10541 ; PETIT (F.), « L'action de substitution un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc.* 2004, p. 262 ; PETIT (F.), « Nature et vertus de l'action de substitution », in *Procès du travail, travail du procès*, *op. cit.*, p. 205-222.

fréquemment invoqués). A cela s'ajoute les arguments qui véhiculent les « *valeurs abstraites* »¹⁶⁷⁰ de la défense des travailleurs (refus des discriminations femmes/hommes, etc.).

Les arguments apportés qui ne répondent pas à ces enjeux sociaux sont alors relayés au second plan, c'est souvent le cas de la preuve électronique.

648.- La diversité des acteurs juridiques. De surcroît, les principales « *contraintes relationnelles* » observées au procès prud'homal, sont exacerbées par la présence d'une preuve sur support électronique ou numérique, et ce pour une double raison. D'abord, elle démultiplie le nombre d'acteurs avec lesquels les juges doivent composer. Différentes compétences procédurales sont mobilisées pour répondre aux questions que pose ce type de preuve : des scientifiques, tels que l'expert en informatique, des témoins certifiant de sa validité, ou des auxiliaires de justice comme l'huissier de justice pour garantir de la licéité de sa recherche. De la diversité des acteurs, résultent autant de manières différentes de se servir des moyens que le système offre¹⁶⁷¹. Pour exemple, s'il n'est plus à prouver que la force probante d'une preuve est décuplée lorsqu'elle a été recueillie par un huissier de justice, la connaissance de cette pratique détermine les parties à adopter la procédure de l'article 145 du code de procédure civile.

Ensuite, les décisions des juges subissent irrémédiablement une « *épreuve de justification* » auprès de cette pluralité d'acteurs juridiques. Pour contrer la critique de l'arbitraire, ils doivent fournir des explications convaincantes à chacun d'entre eux. Le nombre d'acteurs ainsi que la difficulté à convaincre ceux-ci de la recevabilité d'une preuve sur support électronique, peuvent alors apparaître comme des obstacles rédhibitoires à son efficacité argumentative.

B. Les facteurs matériels

649.- N'échappant pas à la dynamique d'efficacité socio-économique actuelle, le procès est parfois défini comme une « *entreprise en activités judiciaires* »¹⁶⁷².

¹⁶⁷⁰ PERELMAN (CH.), *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, Paris, 1997.

¹⁶⁷¹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Introduction », *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 1-7, spéc. p. 3.

¹⁶⁷² ROZES (S.), « Une entreprise en activités judiciaires », *RFAP*, 1991, n°57, p. 5.

L'unicité de l'instance et l'oralité des débats représentent alors les instruments *ad hoc* de l'efficacité processuelle, placée en tête des réflexions politiques actuelles¹⁶⁷³ : « *le passage de l'écrit à l'oral a signifié la critique d'une forme de procédure désormais culturellement et sociologiquement surannée, et l'effort d'en faire disparaître les défauts les plus graves* »¹⁶⁷⁴.

Il ne fait aucun doute que cette « *évolution de la justice* »¹⁶⁷⁵ s'inscrit dans une « *démarche plus économique que juridique, moins dogmatique que pratique, plus prospective* »¹⁶⁷⁶, et les TIC sont au cœur de cette nouvelle culture judiciaire. Seulement, ce phénomène n'est pas sans conséquences pour le droit probatoire. Outre les risques qu'encourt la qualité du procès prud'homal à vouloir « *aller toujours plus vite pour satisfaire un maximum de personnes* », l'exigence d'efficacité du procès, en termes de rapidité et de dépense, serait paradoxalement¹⁶⁷⁷ un frein pour l'intégration de la preuve sur support électronique ou numérique dans le processus argumentatif.

¹⁶⁷³ La Commission européenne affirmait que « *l'introduction des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans l'administration de la justice apporte des possibilités de solutions en améliorant le fonctionnement de la justice et en contribuant à la rationalisation des procédures et à la diminution des coûts* » : Communication au Parlement européen et au Comité économique et social européen, Sec(2008)1947, Sec(2008)1944/COM/2008/0329. Pour une étude détaillée des espoirs que font naître les TIC pour la justice moderne et les dangers qu'elles créent, v. l'ouvrage collectif : *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle*, LGDJ, Paris, 2013, et notamment : FERRAND (L.), *ICT and a New Judicial Culture*, in *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2013, p. 29-32, AMRANI-MEKKI (S.), « Ouverture », *idem.*, p. 33-38.

¹⁶⁷⁴ CAPPELLETTI (M.), *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, Dtt A. giuffrè editore, 1971, *studi di diritto comparato*, spéc. p. 60, cité par AMRANI-MEKKI (S.), « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, S. Gaboriau et H. Pauliat (dir), Pulim, 2011, p. 157.

¹⁶⁷⁵ G. CANIVET la nommait « réforme », mais il semble qu'au vu des divers changements envisagés par le pouvoir politique, il s'agisse plus concrètement d'une évolution lente que d'un bouleversement ponctuel.

¹⁶⁷⁶ CANIVET (G.), « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », *Mélanges offerts à P. Drai. Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 251 ; AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Paris, 2002.

¹⁶⁷⁷ Le paradoxe des TIC prend ici tout son sens : d'un côté les TIC participent à l'accélération de la procédure par l'installation de nouveaux mécanismes procéduraux ; d'un autre côté, ils entraînent l'allongement de l'instance par les garanties que leur utilisation en qualité d'élément de preuve exige. En droit du travail le *ratio* entre les avantages qu'ils fournissent et les inconvénients qu'ils suscitent en termes de temps du procès est significativement négatif.

1. Paramètre temporel : la célérité du procès

650.- Le temps du procès prud'homal est au cœur des préoccupations politiques¹⁶⁷⁸ et des débats judiciaires¹⁶⁷⁹. Il incarne l'idéal d'un procès simple, rapide et accessible aux justiciables¹⁶⁸⁰, « *rendu par des hommes et pour des hommes* »¹⁶⁸¹.

Pour répondre à l'objectif de célérité de la justice du travail, des mécanismes juridiques, tels que la comparution personnelle et sans forme des parties, (la présence d'un auxiliaire de justice n'étant pas obligatoire à l'instance¹⁶⁸²), l'absence d'organisation de la mise en état du procès, l'unicité de l'instance et l'oralité des débats, ont été mis en place. Envisagé comme l'« *instrument de démocratisation de l'accès à la justice* »¹⁶⁸³, le concept d'oralité de la procédure¹⁶⁸⁴ constitue la figure de proue de la justice du travail¹⁶⁸⁵, dont les

¹⁶⁷⁸ Dans un Communiqué de presse en date du 1^{er} juillet 2013, Ch. TAUBIRA, Garde des sceaux, a insisté sur « *la nécessaire réforme du fonctionnement des juridictions sociales dans un esprit de concertation avec l'ensemble des partenaires de la prud'homie afin d'améliorer la qualité et les délais de la Justice rendue, et préserver ainsi cette spécificité historique des conseils de prud'hommes* ». En ligne : [www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/archives-des-communiqués-de-2013-12521/conseils-de-prudhommes-25682.html].

V. également le travail effectué sous l'égide du ministère de la Justice « *changer la justice* » et les deux groupes de travail mis en place, le premier sur « *le juge du XXI^{ème} siècle* », le second sur « *les juridictions du XXI^{ème} siècle* ». Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, déc. 2013.

En ligne : [www.justice.gouv.fr/publication/rapport_marshall_2013.pdf] ; LACABARATS (A.), « La jurisprudence en droit social », *Sem. soc. Lamy* n° 1598, 23 sept. 2013, p. 9 ; *Sem. soc. Lamy* n° 1614, 20 janv. 2014 ; MARSHALL (D.), LAGESSE (P.), BECKERS (M.), « Réformer le Conseil des prud'hommes ? », *RDT* n° 2, fév. 2014, p. 85-93 ; GUIOMARD (F.), « Quelles réformes pour la justice sociale ? Deuxième partie : les procédures », *RDT* n°3, mars 2014, p. 200-204.

¹⁶⁷⁹ La durée moyenne d'une procédure devant les conseils de prud'hommes est de 13.7 mois, elle passe à 25.7 mois lorsqu'intervient le juge départiteur, soit dans 10 % des cas. Devant les chambres sociales des cours d'appel le problème se pose avec autant d'intensité : le délai est en moyenne de deux ans et de trois ans lorsqu'elles statuent sur appel des tribunaux des affaires de sécurité sociale. Le tribunal de grande instance de Paris le 18 janvier 2012 condamnait l'Etat dans soixante et onze affaires. Selon lui « *il relève du devoir de l'Etat de mettre à disposition des juridictions les moyens nécessaires à assurer le service de la justice dans des délais raisonnables et ce délai résulte manifestement du manque de moyens alloués à la juridiction prud'homale. Le déni de justice invoqué par le demandeur est caractérisé* » conformément à l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales : jugement du TGI de Paris, 18 janv. 2012, n°11/02506 et autres. Sur une réflexion globale de la célérité de la justice V. MAGENDIE (J.-C.) et alii., *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel : rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, Paris, La Documentation française, 2008.

¹⁶⁸⁰ C. trav. art. R. 1453-3 ; SERVERIN (E.), GRUMBACH, *RDT* 2007, p. 468. La cartographie des conseils de prud'hommes vise à assurer une justice de proximité pour les acteurs des relations de travail. Ils sont implantés dans les bassins historiquement dynamiques. Pour exemple, la région Nord-Pas de Calais compte seize conseils de prud'hommes, dont un à Tourcoing et un à Roubaix, deux villes limitrophes ayant connu un essor industriel important au XX^e siècle grâce au du textile.

¹⁶⁸¹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « 2+1= la procédure », in *La justice. L'obligation impossible*, dir. W. Baranès, M.-A. Frison-Roche, Paris, éd. Autrement, 1994, p. 193-207, spéc. p. 203

¹⁶⁸² Art. R. 1453-2 du c. trav.

¹⁶⁸³ GRUMBACH (T.), « De l'audience initiale : un rappel à l'ordre public social pour le déroulement régulier de l'audience initiale incluant le Bureau de conciliation, devant les conseils de prud'hommes » spéc. p. 65. cité par CADIET (L), *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁸⁴ C. trav. art. R1453-3 : « *La procédure prud'homale est orale* » ; DELL'ASINO (O.), « La mission d'information des conseillers rapporteurs », *Gaz. Pal.* 1988, 2, doct. p. 636.

contours sont modifiés par l'apparition des Technologies de l'Information et de la Communication.

651.- L'importance du principe du contradictoire est tel en droit du travail, qu'il s'applique aux juges eux-mêmes. La composition paritaire du conseil de prud'hommes garantit l'impartialité et le débat entre les conseillers¹⁶⁸⁶. Arborant ostensiblement leur rôle de défenseurs des valeurs et principes de la catégorie à laquelle ils appartiennent, ces derniers ont en commun le souci de l'efficacité et de la communication ; en témoigne le faible taux de recours au juge départiteur¹⁶⁸⁷. Aussi le « *dialogue* » des juges et des parties, illustré par des « *échanges d'arguments, d'interprétations, et de solutions juridiques* »¹⁶⁸⁸ et orchestré dans un temps imparti, constitue-t-il l'enjeu majeur du procès prud'homal.

Les suggestions émises par la Cour de cassation dans plusieurs rapports annuels ainsi que les positions des pouvoirs publics¹⁶⁸⁹ vont dans ce sens : un avant-projet de décret datant de 2009 « *réformant la procédure orale et la conciliation judiciaire en matière civile, commerciale et sociale* », avait pour ambition de « *moderniser et sécuriser les procédures orales* » et avait donné lieu à une question écrite au Gouvernement par un Sénateur craignant la « *remise en cause de la procédure de conciliation et le principe d'oralité des débats, qui sont les bases mêmes de la juridiction prud'homale et les garants de son efficacité et de son accessibilité* »¹⁶⁹⁰. Le Gouvernement de répondre : « *Les*

¹⁶⁸⁵ La chambre sociale de la Cour de cassation insiste fréquemment sur le fait qu'en matière prud'homale la procédure est orale et le juge doit se prononcer sur les demandes formulées contradictoirement devant lui à l'audience : Cass. soc. 10 juil. 1990, *Bull. civ. V*, n°359.

¹⁶⁸⁶ Sur l'importance de la composition paritaire comme gage d'impartialité : Cass. soc. 19 déc. 2003, *Bull. civ. V*, n° 321 ; *JCP G* 2004, I, 133, n°18, obs. L. CADIET. Sur la protection du caractère paritaire de l'instance prud'homale, considéré comme une disposition législative, à laquelle le pouvoir réglementaire ne peut contrevenir : CE, 11 fév. 1977, *JCP G*, 1977, III, p. 45657.

¹⁶⁸⁷ Au conseil de prud'hommes de Paris qui avec 832 conseillers est le plus important : 10% des jugements seraient rendus par le juge départiteur à Paris. Le conseil de prud'hommes de Lille réunit actuellement 168 conseillers, le juge départiteur est un juge professionnel qui intervient dans 5% des affaires tandis que les conseillers eux-mêmes avouent ne pas souhaiter y avoir recours de manière régulière : P. BERRITTO, Président du Conseil de prud'hommes de Lille, Faculté de Lille 2, intervention au colloque « les 200 ans du Conseil de prud'hommes de Lille, « Conseil des prud'hommes et paritarisme », le 26 novembre 2010 ; SERVERIN (E.), VENIN (F.), « Les conseils de prud'hommes à l'épreuve de la décision : la répartition », *Dr. soc.* n°11, nov. 1995, p. 904-913.

¹⁶⁸⁸ ALLARD (J.), « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p77.

¹⁶⁸⁹ Depuis la réforme de 2008 (Dec. 29 mai 2008, n°2008-514 « *modifiant le siège et le ressort des conseils de prud'hommes* »), un allongement des délais de la durée du jugement a été constaté eu égard aux 200 conseils de prud'hommes existant en France : le délai moyen est passé de 15 mois à 18 mois : Intervention Ch. TAUBIRA, Garde des sceaux, séance en hémicycle du 28 fév. 2013 à 15h, *JO* n°27 du 1^{er} mars 2013.

¹⁶⁹⁰ Question écrite n°10094 de M. Alain Fauconnier (Aveyron-SOC), *JO Sénat*, 10-09-2009, p. 2116.

spécificités de la procédure devant le conseil de prud'hommes ne sont pas touchées par ce projet de réforme, aucune disposition du code du travail n'étant ainsi modifiée, ni aucun des équilibres de cette juridiction »¹⁶⁹¹.

L'objectif de célérité est un enjeu partagé par l'ensemble des acteurs au procès. Le demandeur et son représentant ont également pour intérêt commun de mettre rapidement fin au litige. Le salarié qui conteste la validité de son licenciement et pourrait le cas échéant, réintégrer l'entreprise, autant que le salarié demandant le paiement d'heures supplémentaires souhaitent la rapidité des communications écrites et orales. De même, les défenseurs syndicaux, dont les honoraires ne varient pas en fonction du temps du procès et qui ont à leur charge nombre de dossiers, aspirent à clôturer l'affaire au plus vite.

652.- Paradoxalement, la preuve sur support électronique contrevient plus à l'objectif de célérité de la justice du travail, qu'elle ne le sert. Sa présence y est synonyme d'atermoiements. A l'inverse des autres domaines juridiques, où l'engouement pour les TIC est justifié par la dématérialisation des actes juridiques qu'elles assurent¹⁶⁹², les protagonistes du procès prud'homal verraient en elles, des procédés dilatoires. Les caractéristiques de la procédure prud'homale (en termes de budget et d'organisation notamment) ne lui permettraient pas d'être au même niveau de dématérialisation que les autres systèmes judiciaires et de profiter ainsi des avantages de l'insertion judiciaire des TIC.

Au vrai, le temps du procès serait un élément de stratégie aux mains des parties¹⁶⁹³, qui tenterait chacune de l'accélérer ou de le ralentir au bénéfice de sa cause. Les procédés consistant à contester la validité ou la fiabilité de la preuve sur support électronique ou numérique, parmi lesquels, l'appel à un expert en informatique ou la demande en vérification d'écriture électronique, seraient considérés comme des mécanismes visant à remettre à plus tard une décision qu'il conviendrait de prendre immédiatement¹⁶⁹⁴. Sans compter que quelques avocats useraient de ces stratagèmes pour

¹⁶⁹¹ Réponse du Secrétariat d'Etat à la justice, *JO Sénat*, 31-12-2009, p. 3074.

¹⁶⁹² V. la contribution collective : *Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle*, actes du colloque organisé du 13 au 15 octobre 2011 à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic, Paris, LGDJ, Paris, 2013.

¹⁶⁹³ WEBER (A.), « Pratiques : danse avec les juges », in *La justice. L'obligation impossible*, dir. W. Baranès, M.-A. Frison-Roche, éd. Autrement, Paris, 1994, p. 187-193, spec. p. 191.

¹⁶⁹⁴ « [...] il appartenait à l'employeur, rentré en possession de l'ordinateur précédemment confié au salarié et au vu de ses constatations, de se réserver une preuve en faisant diligenter toute expertise ou consultation technique utile en vue de déterminer à partir de quel poste le mail litigieux a été envoyé ; qu'en l'état un doute

étirer le temps de l'affaire à leur avantage (augmentation des honoraires ou choix stratégique d'attendre le futur changement de présidence)¹⁶⁹⁵. Ces manœuvres dilatoires, encouragées par la présence d'une preuve sur support électronique ou numérique dans le contentieux prud'homal, concourent au refus de son intégration dans le processus global d'argumentation.

2. Paramètre économique : le coût du procès

653.- Le coût qu'engage l'insertion des TIC dans le contentieux prud'homal vient à contre-courant des restrictions budgétaires menées depuis plusieurs années par le Ministère de la justice et justifiées par « *la dégradation générale de la situation économique et sociale* »¹⁶⁹⁶. Les efforts financiers des pouvoirs publics semblent surtout se concentrer autour de la suppression du timbre fiscal de 35 euros¹⁶⁹⁷ instaurée depuis le 1^{er} octobre 2011, contre lequel les voix des praticiens et des théoriciens du droit se sont élevées, en raison des situations iniques que ces textes induisent au procès du travail.

La décision du Conseil d'Etat qui entérine les décrets de 2008 et 2009 portant réforme de la carte prud'homale¹⁶⁹⁸, vient au soutien de la « *volonté gestionnaire du Gouvernement* »¹⁶⁹⁹ et de l'objectif d'efficacité qu'il poursuit, à travers « *une meilleure affectation des moyens de la justice* » et une « *plus grande professionnalisation de ses acteurs* »¹⁷⁰⁰.

Aussi, l'informatisation du travail des conseillers prud'homaux ainsi que la dématérialisation des actes de procédure ne comptent pas parmi les objectifs actuels de la

subsiste alors même qu'une mesure d'instruction n'est plus réalisable en raison du temps écoulé » : CA Metz, 24 sept. 2012, n°12-00583 et 10-03492.

¹⁶⁹⁵ La place conférée au Président du bureau de jugement est celle d'un « *dirigeant des débats* » et d'une « *police de l'audience* » : HUNOUT (P.), *Droit du travail et psychologie sociale*, Meridiens Klincksieck, 1990, p. 175. Cette posture est encore plus marquée en présence des avocats au procès prud'homal, qui joueraient le rôle d'une « *surveillance informelle de l'application du droit* » dont les conseillers prud'hommes ont pleinement conscience, entraînant de ce fait la modification de la structure du débat. WILLEMEZ (L.), « Une justice 'normale' ? La réforme des conseils de prud'hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes et pratiques d'argumentation judiciaire et extrajudiciaire, du Moyen Age à nos jours*, colloque organisé à la MESHS de Lille le 14 novembre 2013.

¹⁶⁹⁶ Intervention Ch. TAUBIRA, Garde des sceaux, séance en hémicycle du 28 fév. 2013 à 15h, Assemblée nationale XIVe législature, Compte rendu intégral, JO n°27 du 1^{er} mars 2013. En ligne : [<http://www.assemblee-nationale.fr>].

¹⁶⁹⁷ Journal *Le Monde*, 23 juil. 2013.

¹⁶⁹⁸ D. n° 2008-514 du 29 mai 2008 modifiant le siège et le ressort des conseils de prud'hommes, *JORF* n° 0127 du 1^{er} juin 2008, p. 9070, texte n° 8 ; D. n° 2009-1610 du 18 décembre 2009 supprimant les conseils de prud'hommes de Fougères et de Nogent-le-Rotrou et rattachant leurs ressorts respectifs aux conseils de prud'hommes de Rennes et de Chartres, *JORF* n° 0298 du 24 déc. 2009, p. 22217, texte n° 10.

¹⁶⁹⁹ ARLIE (D.), « Pour une meilleure justice prud'homale », *RJS* 5/10, p. 347- 356.

¹⁷⁰⁰ CE 8 juil. 2009, n° 319066, 317937, 317423, sect. 6^e et 1^e s.-sect.

justice du travail, ils engageraient des frais qu'un conseil de prud'hommes ne saurait assumer¹⁷⁰¹. Le contexte budgétaire en droit du travail se révèle défavorable à l'intégration d'instruments juridiques issus des nouveaux objets communicants, et influence inévitablement l'accueil de la preuve sur support électronique ou numérique. Les coûts engagés par les procédés de vérification et de contrôle scientifiques qu'exige ce type de preuve, ne sont pas au cœur des priorités de la justice.

654.- En outre, le concept de « *coût de la décision* » s'étend du politique¹⁷⁰² aux acteurs du monde juridique. Des auteurs regrettent que le temps passé à telle décision ne soit pas consacré à la résolution d'autres cas, et déplorent que la stratégie adoptée par le décideur soit dictée « *par la loi du moindre effort* »¹⁷⁰³. Cette représentation péjorative de l'institution prud'homale, s'oppose aux convictions que défendent les conseillers prud'hommes, en affirmant que les objectifs de célérité et d'économie ne doivent pas contrevenir à la qualité de leurs décisions, et au constat qu'ils n'hésitent pas à employer leur temps libre à la rédaction des jugements¹⁷⁰⁴. L'importance du temps consacré à l'étude préparatoire des dossiers et à la rédaction des jugements a d'ailleurs donné lieu à une amélioration des modalités d'indemnisation de l'activité prud'homale¹⁷⁰⁵.

Certains paramètres relatifs au fonctionnement interne et aux exigences matérielles du procès permettent d'expliquer la faible efficacité argumentative que détient la preuve sur support électronique ou numérique dans la prise de décision du juge des relations de travail. Ce ne sont pourtant pas les seules données à prendre en compte pour expliquer ce phénomène de défiance du juge envers cet argument

¹⁷⁰¹ WEBER (A.), *op. cit.*, p. 191.

¹⁷⁰² « *Mais cet effacement des juristes au profit des économistes n'est-il pas logique, dès lors que le gouvernement ne vise plus tant à reformer le droit du travail que le marché du travail?* » : SUPLOT (A.), « Le rôle de la doctrine en droit social », Bulletin d'information, n° 787, Les éditions des Journaux Officiels, 15 sept. 2013.

¹⁷⁰³ BUNGE (M.), « Game Theory is not a Useful Tool for the Political Sevenkst », *Cahiers d'épistémologie*, n° 9015, Université du Québec, Montréal, 1990.

¹⁷⁰⁴ Lors d'un entretien, un artisan boulanger membre d'un grand conseil explique : « *quand je rédige, je suis tout seul, c'est... je prends vraiment du temps pour moi. Je ne fais pas ça ici dans la boutique, entre deux clients. Non, je prends vraiment du temps. Ça demande une concentration sur un dossier...* », cité in WILLEMEZ (L.), « Activités judiciaires et trajectoires juridiques – Les conseillers prud'hommes et le droit du travail », in *Les Conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d'une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007.

¹⁷⁰⁵ Depuis le D. n° 2008-560 du 16 juin 2008 relatif à l'indemnisation des conseillers prud'hommes (*JORF* n° 140 du 17 juin 2008, p. 9820, texte n° 11), le temps juridictionnel des conseillers prud'hommes se décompose en activités indemnisables, auxquelles le code du travail affecte une durée maximale et un seuil d'indemnisation. D. 2009-1010 et 2009-1011 du 25 août 2009 relatif à l'indemnisation des conseillers prud'hommes, *JORF* n° 197 du 27 août 2009, p. 13996, texte n° 10.

juridique inédit. D'autres paramètres, cette fois externes au procès prud'homal, interfèrent naturellement dans la décision judiciaire.

§II. Les facteurs externes au procès

655.- « *L'âme humaine apparaîtrait dans l'argumentation* »¹⁷⁰⁶ ainsi que dans la réception de cette argumentation.

Selon ARISTOTE, cette dernière phase du processus argumentatif reflète l'état d'esprit de l'auditoire¹⁷⁰⁷. L'argument réveillerait les « *passions* »¹⁷⁰⁸ des juges, entendues dans leur sens ancien, comme les caractéristiques intellectuelles d'une personne, son état affectif et ses sentiments. Elles se rapprocheraient des caractéristiques intuitives ou imaginatives du juge développées par GENY¹⁷⁰⁹ et s'opposeraient à l'idée rassurante véhiculée dans la société, qu'il existerait un juge et une justice objectifs et impersonnels.

656.- Les réalistes américains sont les précurseurs d'une réflexion, aujourd'hui généralisée¹⁷¹⁰, remettant en cause l'image du « Droit, conçu comme doté d'une existence réelle, séparée des hommes et isolée, prononcé par la voix de ses prêtres et de ses ministres, des mots dont ils ne choisissent pas de se faire l'écho »¹⁷¹¹.

B. N. CARDOZO a très tôt défendu l'idée qu'à côté de la norme, d'autres forces influeraient la décision judiciaire, parmi lesquelles « *les inclinations et les antipathies, les préférences et les préjugés, le nœud d'instincts, d'émotions, d'habitudes et de convictions qui font un homme, qu'il soit juge ou plaideur* »¹⁷¹². D'autres auteurs ont su démontrer, que le juge s'institue comme le « *vecteur des valeurs dominantes d'une société* »¹⁷¹³ ; ses décisions

¹⁷⁰⁶ LORMIER (J.), « Vérités contradictoires en Parlement », colloque organisé par la MESHS de Lille.

¹⁷⁰⁷ « *C'est la disposition des auditeurs, quand leurs passions sont excitées par le discours. Nous portons autant de jugements différents, selon que nous anime un sentiment de tristesse ou de joie, d'amitié ou de haine* ». ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.*, [1356 a], p.125.

¹⁷⁰⁸ Dans la théorie aristotélicienne, la persuasion de l'auditoire procéderait en effet de l'« *éthos* », du « *pathos* » et du « *logos* » : ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.*, [1356 a], p.125 et suiv.

¹⁷⁰⁹ Selon l'auteur, « *nous ne saurions, dans aucun système d'interprétation juridique, nous flatter de supprimer toute appréciation personnelle de l'interprète. Il n'est pas, en fait de sciences morales, de méthode ni de procédé qui puisse entièrement suppléer à la raison subjective* » : GENY (F.), *op. cit.* vol II, p. 93.

¹⁷¹⁰ Contrairement aux auteurs américains de la revue *Law and Society*, les chercheurs français montrent peu d'enthousiasme à l'étude des rapports entre la décision judiciaire et la psychologie. Sur l'étude des causes du peu d'investigations sur le sujet : HUNOUT (P.), *Droit du travail et psychologie sociale*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1990, p. 12 et suiv.

¹⁷¹¹ CARDOZO (B.N.), *op. cit.*, spec. p. 106.

¹⁷¹² CARDOZO (B.N.), *Id.*, p. 105.

¹⁷¹³ FOUBERT (A.), « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du don », in *L'argumentation des juristes et ses contraintes*, vol. 1, *Droits*, n° 54, 2012, PUF, p. 96-108, spéc. p.108.

seraient ainsi influencées par les représentations et les significations de la société dans laquelle elles s'insèrent. Ce constat est d'autant plus significatif en droit du travail que la procédure prud'homale mêle des acteurs de la société civile et des acteurs du monde juridique.

657.- En définitive, le juge peut être désigné comme un seul individu doué de convictions et d'émotions, rendant un « *jugement qui manifeste son appartenance à une communauté* »¹⁷¹⁴.

De cette « *bipolarité judiciaire* », résulte une interaction entre le microcosme processuel et la société, que l'on mesure en présence d'une preuve électronique. D'une part, la méfiance judiciaire envers la preuve sur support électronique ou numérique est directement liée aux considérations et aux conceptions personnelles du juge. D'autre part, l'évolution des concepts et des catégories que la décision judiciaire sous-tend, entre nécessairement en concordance avec les valeurs et la conception de la science qui prédominent au moment de la décision dans la société contemporaine. Pour assoir la légitimité de leur décisions, les juges recherchent la solution optimale, celle qui « *ne heurte ni leur propre conscience ni la conscience collective* »¹⁷¹⁵.

Dès lors, les facteurs externes au procès justifiant la décision judiciaire en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique, s'intègrent d'un côté, à une réflexion « *anthropisante* »¹⁷¹⁶ de la pratique judiciaire dans laquelle le juge est appréhendé comme un être à part entière, qui décide selon des considérations d'ordre psychologique¹⁷¹⁷ (A.) et d'un autre côté, ils s'englobent dans une vision

¹⁷¹⁴ FOUBERT (A.), « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du don », in *L'argumentation des juristes et ses contraintes*, vol. 1, *Droits*, n° 54, 2012, PUF, p. 96-108, spéc. p. 98.

¹⁷¹⁵ CANIVET (G.), « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste*, dir. M.-A. Frison-Roche et W. BARANES, Paris, Dalloz, 1997, p. 101.

¹⁷¹⁶ HECK (PH.), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B. Mohr, 1932, p.144 cité par ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, V° « intérêt », p. 311.

¹⁷¹⁷ En termes généraux, cet adjectif désigne « *ce qui s'intéresse aux traits de caractère des individus, aux motivations profondes qui régissent leur comportement* » : Dictionnaire de l'Académie française, V° « *psychologique* ». Ce mot regroupe aussi bien les émotions que les connaissances intellectuelles d'un individu.

« *sociologisante* »¹⁷¹⁸ de la pratique judiciaire, la décision dépendant de facteurs d'ordre social¹⁷¹⁹ (B.).

A. Les facteurs psychologiques

658.- Le processus décisionnel est avant tout une activité intellectuelle et personnelle du juge. Son fonctionnement abscons interroge autant qu'il intrigue les juristes. Certaines recherches interdisciplinaires, dont la portée scientifique s'avère riche d'enseignements pour le droit processuel, ont été menées à ce sujet. L'emprunt de certains de leurs résultats et hypothèses, corrélé à l'analyse des propos recueillis de conseillers prud'hommes¹⁷²⁰, permettent de dessiner une vision globale et non exhaustive des raisons psychologiques qui justifient la faible force argumentative attribuée à la preuve électronique.

659.- Certaines questions relatives au psychisme du juge se posent avec plus d'acuité : comment le juge prend-t-il sa décision en présence d'une preuve sur support électronique ? Quels mécanismes entrent en action lorsque le juge, alors qu'une telle preuve est produite, décide de fonder sa décision sur un témoignage ou tout autre type de preuve ? L'état d'esprit du juge l'empêche-t-il de croire en la fiabilité et en l'intégrité du contenu d'une preuve sur support électronique ou numérique ?

Parmi les nombreuses raisons psychologiques existantes, certaines permettent de comprendre la disposition des juges à rejeter la preuve sur support électronique ou numérique en qualité d'élément argumentatif. Inspirée des pistes tracées par les sciences cognitives et les neurosciences, cette étude n'a pas pour ambition d'envisager les

¹⁷¹⁸ HECK (PH.), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B. Mohr, 1932, p.144 cité par ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, V° « intérêt », p. 311.

¹⁷¹⁹ Cette distinction rejoint l'approche de B. N CARDOZO qui soulève « *la relation inévitable entre la vérité autour de nous ('without us') et la vérité en nous ('within us')* » : MICHAUT (F), *op. cit.*, p.84. Le social est ici interprété selon une large définition comme ce qui « *se rapporte à une société, à une collectivité humaine considérée comme une entité propre* » ; cela peut être tant les relations entre les membres de la société, que l'organisation de ses membres : DUBOIS (J.), *Le Lexis – Le dictionnaire érudit de la langue française*, Larousse 2008, V° « social ».

¹⁷²⁰ Une enquête sur plus d'une centaine de conseillers prud'hommes a été menée avec observation des audiences et délibérés par des sociologues du travail : WILLEMEZ (L.), « Une justice 'normale' ? La réforme des conseils de prud'hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes et pratiques d'argumentation judiciaire et extrajudiciaire, du Moyen Age à nos jours*, colloque organisé à la MESHS de Lille le 14 novembre 2013. A ces résultats et champs libres qui nous ont généreusement été transmis, s'ajoutent les quelques entretiens réalisés pour cette étude auprès des conseillers prud'hommes de Béthune et de Paris.

sentiments propres à chaque juge face à une affaire précise¹⁷²¹, mais d'établir l'état d'esprit qui prédomine chez le juge du contrat de travail et pourrait déterminer sa décision.

660.- Selon les chercheurs en psychologie sociale¹⁷²², résumer la prise de décision judiciaire à une simple et unique forme (qu'elle soit argumentative ou instinctive) ne peut être scientifiquement acceptable. Le jugement serait par nature bien plus complexe et contiendrait une part variable. Il pourrait être tantôt « *cogitatif* », c'est-à-dire se présenter comme le produit d'une réflexion et d'un travail logique, tantôt « *intuitif* », lorsqu'il naît des sentiments et de l'intuition du juge¹⁷²³. Selon cette dernière conception, des auteurs vont jusqu'à considérer que « *toute opinion a vocation à devenir du droit* »¹⁷²⁴.

Au regard de ces caractéristiques, deux paramètres psychologiques principaux entrent en jeu dans la prise de décision du juge en présence d'une preuve électronique : le paramètre cognitif, c'est-à-dire l'ensemble des éléments rationnels et connus des juges qui justifient sa décision, et le paramètre émotionnel, s'illustrant par des raisons plus intuitives et personnelles qui touchent de près au ressenti des juges face à ce type de preuve moderne.

¹⁷²¹ Il est préférable d'envisager que « *le comportement de décision résultera de l'interaction des attitudes et des orientations de rôle intégrées dans un modèle unique* », contrairement à la thèse défendue en psychologie par la théorie américaine des « *modèles attitudeux* », selon laquelle : « *mêmes placés devant des cas et des circonstances similaires, les juges divergent dans leurs décisions* ». HUNOUT (P.), *Droit du travail et psychologie sociale*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1990, p. 53 et suiv.

¹⁷²² HUNOUT (P.), *Droit du travail et psychologie sociale*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1990.

¹⁷²³ Pour exemple d'un jugement intuitif dans la littérature : v. la réappropriation du jugement de Salomon par Brecht : l'extravagant et subtil juge Azdak se fonde sur son intuition de départ pour créer l'épreuve du cercle de craie pour déterminer quelle est la vraie mère de l'enfant : l'enfant est placé dans un cercle et les deux mères doivent attirer l'enfant de toutes leurs forces vers elles. Le juge décide alors que la véritable mère n'est pas celle qui a gagné l'épreuve mais bien celle qui refuse de faire du mal à l'enfant en l'écartelant : BRECHT (B.), *Le Cercle de craie caucasien*, Arche, 1997. Sur le rôle important de l'intuition du juge dans la découverte des règles susceptibles d'être appliquées : POUND (R.), « *The Ideal Element in American Judicial Decision* », in *Harvard Law Review*, vol. 45, 1931, p. 136-148. Cette intuition aurait pour spécificité d'être inspirée par l'expérience que l'auteur nomme « *trained intuition* » : « *L'intuition exercée du juge le conduit continuellement à des résultats justes qu'il est embarrassé pour justifier de manière irréfutable en droit* » : POUND (R.), « *The theory of Judicial Decision* », in *Harvard Law Review*, vol. 36, 1923, p. 951 cité par MICHAUT (F.), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 98.

¹⁷²⁴ HUTCHESON (J.C.), « *The judgment intuitive ; the function of the 'hunch' in judicial decision* », *Recueil d'Etudes sur Les sources du droit en l'honneur de François Geny*, T.II, Paris, Recueil Sirey, spéc. p. 536.

1. Paramètre cognitif : le sens de l'erreur

661.- Le juge a le sens de l'erreur et recherche la certitude¹⁷²⁵ : « *lorsque l'erreur inhibe le sens critique et la réflexion, on cède au vertige ; la chute est fatalement l'erreur* »¹⁷²⁶.

Certaines des raisons justifiant la défiance du juge envers la preuve sur support électronique ou numérique sont donc conscientisées et s'articulent principalement autour de son inquiétude à être induit en erreur par la nature scientifique et évolutive de cette preuve.

662.- *L'erreur d'interprétation causée par les caractéristiques de la preuve électronique.* Les juges du contrat de travail ont connaissance de la relativité de la vérité scientifique et du caractère momentané des postulats scientifiques¹⁷²⁷. Les fréquentes modifications qu'apportent les TIC aux concepts et aux notions juridiques¹⁷²⁸ ne permettent plus d'envisager le droit comme un ensemble de règles stables et figées.

Aussi, la nature évolutive et éphémère de la preuve sur support électronique ou numérique est susceptible d'entraîner une erreur d'interprétation. D'autant que tous les faits qu'il importe d'apprécier juridiquement ne relèvent pas d'une preuve scientifique. Des auteurs ont soulevé ce risque en matière de causalité : « *des techniques sont accessibles en vue de faire preuve pour ou contre telle ou telle causalité imputable à telle ou telle personne* »¹⁷²⁹. Par précaution, les juges refuseraient de bouleverser l'instance en fonction de ces nouveaux moyens de preuves et préféreraient fonder leur décision sur des moyens plus traditionnels, qui ont su démontrer leur pérennité. Cette perception du droit, fondée sur la défense de valeurs telles que la prévisibilité ou la sécurité juridique, relève en réalité de la plus élémentaire tradition juridique.

¹⁷²⁵ « *Les éléments psychologiques fondent la certitude dans la mesure où le psychologique s'enracine dans le vécu quotidien. Or le vécu quotidien est pragmatique, a besoin de certitudes pour agir. Le modèle du comportement quotidien doit être fait de certitude rationnelle. Les longues hésitations ne sont pas permises* ». SFEZ (L.), *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 212.

¹⁷²⁶ COSTE (F.-L.), DANET (J.), « Le sens de l'erreur judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 149-160, spéc. p. 153.

¹⁷²⁷ Sur la disparition du monopole scientifique sur la connaissance : « *la science devient de plus en plus nécessaire, mais de moins en moins suffisante à l'élaboration d'une définition socialement établie de la vérité* » : BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008, p. 344.

¹⁷²⁸ LABRUSSE- RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique' », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Paris, Larcier, p. 79-95, spéc. p.82

¹⁷²⁹ LABRUSSE- RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique' », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Paris, Larcier, p. 79-95, spéc. p.82

663.- La malléabilité de la preuve scientifique joue également un rôle dans la réticence des juges à accueillir la preuve sur support électronique comme un argument juridique de taille¹⁷³⁰. Il n'est pas rare qu'un SMS soit envoyé après la commission des faits pour justifier d'un comportement criminel ou pour faire porter la responsabilité par une autre personne¹⁷³¹. Aussi les TIC peuvent-elles desservir la vérité judiciaire.

Le caractère indubitablement contingent et manipulable de la preuve sur support électronique ou numérique, à l'heure où quiconque maîtrise Internet, démultiplie les risques d'erreur d'interprétation du juge. Dans ce cas, déterminer le contenu, l'émetteur et le récepteur d'un courriel ou d'un SMS devient une gageure.

Même à l'endroit des salariés rattachés à la section encadrement, qui seraient sans nul doute plus prompts à employer les moyens issus des TIC et à se préconstituer des preuves électroniques dans l'exercice de leurs fonctions et de leurs responsabilités (puisque il nécessite une communication et un transfert de données importants), la tolérance des conseillers prud'hommes ne se révèle pas plus importante. L'argument avancé pour justifier de la faible efficacité argumentative conférée à cette preuve dans la section encadrement, réside justement dans la trop grande maîtrise des TIC qui caractérisent les cadres et dans les risques de fraudes qu'elle fait craindre. Un conseiller prud'hommes interrogé et occupant un poste d'informaticien, témoigne de sa méfiance envers la preuve sur support électronique en affirmant explicitement qu'il « *mettrait cinq minutes à fabriquer un faux mail* »¹⁷³².

664.- La formation des juges du contrat de travail. Les juges du contrat de travail ont pleinement conscience des limites de leur formation en matières scientifiques. Comme en droit de la famille, l'originalité du droit du travail exige une formation et une « *activité très différentes de celles qui ont cours dans le tout-venant du droit civil, plus dynamiques, plus humaines, à base de psychologie plutôt que de droit dogmatique* »¹⁷³³. Inspirées du

¹⁷³⁰ A titre d'exemple, pour certains des membres du Conseil de Prud'hommes de Lille : « *la preuve informatique est trop peu fiable* », DELECROIX (J.-P.), Secrétaire général adjoint de l'union locale Force Ouvrière, propos recueillis le 23 décembre 2011. La chambre sociale de la cour d'appel suit ce même raisonnement pour écarter un mail des débats : « *il est techniquement possible en connaissant les codes d'accès à un ordinateur en réseau de donner faussement l'apparence de l'envoi d'un mail à partir de tel ou tel poste* » : CA Metz, 24 sept. 2012, n°12-00583 et 10-03492.

¹⁷³¹ Cass. crim. 17 juin 2008, n°07-87860.

¹⁷³² POLI (J.-P.), Président de la section encadrement Conseil de Prud'hommes de Paris, propos recueillis lors d'une interview téléphonique le 31 mars 2011.

¹⁷³³ CARBONNIER (J), *Droit civil*, PUF, Paris, 2004, t. I, n° 390.

caractère mouvant, protecteur et évolutif du droit du travail¹⁷³⁴, la formation des juges des relations de travail, s'articulerait autour de règles issues du « *tronc commun* » applicables aux juges professionnels et de règles procédurales créées spécifiquement pour les conseillers prud'hommes. Le particularisme de celles-ci s'observe à un double niveau.

D'abord, la formation des conseillers prud'hommes est facultative et d'une durée très courte. Selon le code du travail, les membres d'un conseil de prud'hommes ont la possibilité de demander des autorisations d'absence s'ils souhaitent suivre une formation¹⁷³⁵. La demande doit être formulée à l'employeur par lettre recommandée et préciser la date, la durée, les horaires de la formation et le nom de l'établissement ou de l'organisme de formation¹⁷³⁶. La durée des absences pour formation est d'au maximum six semaines pour un mandat de cinq ans, pouvant être fractionnées. Ces absences ne peuvent excéder deux semaines au cours d'une même année civile¹⁷³⁷ et sont assimilées à une durée de travail effectif.

Or, les différents rapports relatifs à la prud'homie, rédigés à la demande du Ministère, relatent que seul un tiers des conseillers suivrait une formation¹⁷³⁸.

Ensuite, la formation des conseillers prud'hommes a pour spécificité d'être essentiellement pragmatique. Le contenu des formations dispensées est défini unilatéralement par des organismes de formation, le Ministère se chargeant uniquement de leur organisation. Par décret, il détermine les organismes habilités à assurer la formation¹⁷³⁹, le contrôle administratif et financier de ces organismes¹⁷⁴⁰, les conditions

¹⁷³⁴ COLLOMP (E.), (Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation) « L'office du juge en droit du travail », *Justice et Cassation*, Dossier « L'office du juge », Dalloz, 2010, p. 83-96.

¹⁷³⁵ C. trav. art. L1442-2 : « Les employeurs accordent aux salariés de leur entreprise, membres d'un conseil de prud'hommes, sur leur demande dès leur élection et pour les besoins de leur formation, des autorisations d'absence, dans la limite de six semaines par mandat, pouvant être fractionnées ».

¹⁷³⁶ C. trav. art. L1442-1 : « L'Etat organise, dans les conditions déterminées par décret, la formation des conseillers prud'hommes et en assure le financement » ; Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 : Art. D1442-1 et suiv.

¹⁷³⁷ C. trav. art. D1442-7 : « La durée totale d'absence d'un conseiller prud'homme salarié pour sa participation à un ou plusieurs stages de formation dans les établissements et organismes mentionnés à l'article D. 1442-1 ne peut dépasser au cours d'une même année civile deux semaines. L'employeur est informé par l'intéressé, par lettre recommandée avec avis de réception : 1° Au moins trente jours à l'avance, en cas de durée d'absence égale ou supérieure à trois journées de travail consécutives ; 2° Au moins quinze jours à l'avance dans les autres cas. La lettre précise la date, la durée et les horaires du stage ainsi que le nom de l'établissement ou de l'organisme responsable ».

¹⁷³⁸ Communiqué du Garde des sceaux : [www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/archives-des-communiques-de-2013-12521/conseils-de-prudhommes-25682.html]. En ligne.

¹⁷³⁹ C. trav. art. D.1442-1.

¹⁷⁴⁰ C. trav. art. D. 1442-5.

d'information de l'employeur et de mise en œuvre du congé formation¹⁷⁴¹. Les instituts spécialisés de formation des conseillers prud'hommes salariés dispensent des formations très diversifiées. Leurs contenus s'agrémentent essentiellement de mises en situation et se distinguent par leur invariabilité. Les thèmes de formations portent notamment sur la procédure devant le bureau de référé ou sur l'audience de conciliation, la formation du contrat de travail (contrat et clauses du contrat de travail), l'exécution du contrat de travail (temps de travail, droit disciplinaire) et la rupture du contrat de travail (contentieux du licenciement)¹⁷⁴².

Néanmoins, à la lecture de leur programme, l'absence de module consacré aux modifications procédurales causées par l'insertion des TIC au procès est significative. Seuls quelques thèmes aux contours vagues, ont vocation à englober les réflexions actuelles sur la preuve issue des TIC¹⁷⁴³, ce qui laisse à penser que l'insertion de ce type de preuve en qualité d'argument juridique n'est abordée que succinctement et ne fait pas l'objet d'une formation particulière. Dès lors, la formation des conseillers prud'hommes n'est pas employée comme un véritable outil de connaissance, offrant une vision complète et claire de l'insertion de la preuve sur support électronique ou numérique dans le processus argumentatif.

Au demeurant, le manque d'expertise et la méconnaissance technique des juges professionnels face à la preuve sur support électronique ou numérique sont des raisons supplémentaires à la généralisation de son exclusion du processus argumentatif. Il est en effet peu probable, que les juges en appel ou les conseillers de la chambre sociale, maîtrisent aussi bien les nouvelles techniques scientifiques que les techniques juridiques. Au regard de leur formation et des enseignements dispensés à l'ENM¹⁷⁴⁴, cette matière à portée interdisciplinaire, ne donne lieu qu'à une réflexion superficielle.

¹⁷⁴¹ C. trav. art. D1442-7, D1442-8, D1442-9.

¹⁷⁴² V. les formations prud'homales organisées par l'Institut du travail de l'Université de Strasbourg pour les organisations syndicales notamment pour : PRUDIS CGT, CFDT Alsace, AFIP CGT-FO. Calendrier et contenu des formations en ligne. [prudis-cgt.net/spip.php?article127].

¹⁷⁴³ Parmi ces thèmes procéduraux : l'instruction d'une affaire ou la procédure prud'homale. Calendrier et contenu des formations en ligne. [prudis-cgt.net/spip.php?article127]

¹⁷⁴⁴ BERTUCCELLI (J.), RENUCCI (B.), *La fabrique des juges*, DVD, 2005.

2. Paramètre émotionnel : la part du doute

665.- Derrière la fonction de juger, se cache le psychisme de l'homme¹⁷⁴⁵.

666.- A l'analyse de la jurisprudence et des quelques enquêtes effectuées auprès des conseillers prud'hommes¹⁷⁴⁶, l'état d'esprit dans lequel se trouve les juges face à la preuve sur support électronique pourrait s'apparenter à de la méfiance, à un doute irrationnel dans ce type de preuve. Ainsi, la part du doute dans la preuve sur support électronique serait-elle supérieure à celle existante dans n'importe quelle autre preuve, et ce pour des raisons peu juridiques.

Or, si le doute méthodique est une condition favorable à l'élaboration d'une bonne décision de justice, le doute irrationnel fondé sur les émotions et préjugés du juge, est au contraire, le signe avant-coureur d'un jugement arbitraire. Les magistrats soulèvent de leur propre chef, le danger que représente une conviction qui « *ne se forge pas au vu de données discutées et vérifiées, mais peut se transmettre, comme un virus, par contagion* »¹⁷⁴⁷.

667.- *Le « désir du juste »*. La raison essentielle de ce sentiment de méfiance s'expliquerait par le « *désir du juste* »¹⁷⁴⁸ qui anime les juges du contrat de travail. Du « *juste général* », désigné par la quête d'une solution absolue et équitable¹⁷⁴⁹, les auteurs distinguent le « *juste particulier* », dont l'appréciation renvoie à la propre subjectivité du juge¹⁷⁵⁰. Le premier terme, nommé également « *esprit du juste* »¹⁷⁵¹, « *sens de la*

¹⁷⁴⁵ DION (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195.

¹⁷⁴⁶ POLI (J.-P.), Président de la section encadrement Conseil de Prud'hommes de Paris, propos recueillis lors d'une interview téléphonique le 31 mars 2011.

¹⁷⁴⁷ COSTE (F.-L.), DANET (J.), « Le sens de l'erreur judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 149-160, spéc. p. 155.

¹⁷⁴⁸ DION (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1998, chron. p. 195 ; V. également la vidéo sur la formation des juges, dans laquelle les propos des juges et leurs aspirations à un jugement en équité sont riches d'enseignements : BERTUCCELLI (J.), RENUCCI (B.), *La fabrique des juges*, DVD, 2005. Sur l'ambition de juste dans le jugement : FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure injuste », in *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 77-87 ; MAYMAT (J.-Ch.), « L'effet injuste d'un jugement juste », in *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 89-100 ; CANIVET (G.), « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p.101-107.

¹⁷⁴⁹ Cette conception fait écho à la conception romaine de la justice : *suum cuique tribuere* : « attribuer à chacun sa juste part »

¹⁷⁵⁰ DION (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195.

¹⁷⁵¹ BREDIN (J.-D.), *La loi du juge*, Paris, Litec, 1987, spéc. p. 19 : « Le juge moderne puise sa décision dans le sentiment qui l'anime du juste et de l'injuste »

justice »¹⁷⁵² ou « *amour de la loi parfaite* »¹⁷⁵³, outrepassé la simple idée de justice, et désigne la disposition du juge face à un argument d'équité, la quête d'équilibre et de paix sociale¹⁷⁵⁴ qu'il mène, et son appétence à corriger l'injustice¹⁷⁵⁵. En droit du travail, cette forme du juste est omniprésente dans la conscience du juge¹⁷⁵⁶, qui n'hésite pas à se surpasser pour que sa décision soit tenue pour juste aux yeux des acteurs du microcosme de l'entreprise¹⁷⁵⁷.

La présence d'une preuve sur support électronique semble réveiller le second type de juste chez les conseillers prud'hommes. Leur réticence à l'accueillir dans le processus argumentatif, résulte en effet de considérations purement subjectives liées à des représentations personnelles¹⁷⁵⁸. Dans leur prise de décision, interviendraient tant les engagements associatifs et les croyances personnelles que les craintes et les émotions du juge. Des chercheurs en neurosciences de l'Université d'Harvard ont en effet démontré, expériences à l'appui, que les émotions ainsi que les protéines et les molécules messagères¹⁷⁵⁹, prennent part à la décision d'une personne. En outre, les neuroscientifiques sont parvenus à prouver que l'émotion est une condition même de l'existence de la décision : sans elle, un sujet serait dans l'incapacité de choisir entre l'une ou l'autre des propositions qui lui sont soumises¹⁷⁶⁰. Ces postulats scientifiques condamnent définitivement le « *mythe platonicien de l'attelage* », selon lequel un cocher guiderait notre

¹⁷⁵² RICOEUR (P.), *Le juste*, Paris, éd. Esprit, 1995, p. 21 : « *Le sens de la justice [...] ne saurait se rendre entièrement autonome de toute référence au bien, en raison même de la nature du problème posé par l'idée de distribution juste, à savoir la prise en compte de l'hétérogénéité réelle des biens à distribuer.* »

¹⁷⁵³ OST (F.), « L'amour de la loi parfaite », in *L'amour des lois*, PU Laval et l'Harmattan, 1996, p. 53.

¹⁷⁵⁴ Sur l'esprit de fraternité et de solidarité dans les contrats auquel tend le concept de juste : GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1981, chron. p. 3 ; THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 362

¹⁷⁵⁵ RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 : « L'idée de la position originelle est d'établir une procédure équitable de telle sorte que tous les principes sur lesquels un accord interviendrait soient justes ».

¹⁷⁵⁶ Les manifestations de l'injustice en droit du travail se cristallisent autour de la figure du chef d'entreprise. L'employeur détient en effet le pouvoir disciplinaire (donc le pouvoir d'attribuer une sanction injuste), et le pouvoir de direction (c'est-à-dire le pouvoir de régler toute situation injuste pour les salariés) : RAY (J.-E.), « Le chef injuste. L'exemple du chef d'entreprise », in *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 19-25.

¹⁷⁵⁷ DREIFUSS-NETTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », colloque La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, 4 et 5 oct. 1996, Paris II et Paris V, publ. PUF, coll. Droit et société, 1999 ; DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Pérrot, Dalloz, 1996, p. 118.

¹⁷⁵⁸ MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, éd. François Maspero, 1976, p. 266 et suiv.

¹⁷⁵⁹ LEHRER (J.), *How We decide*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2009. Des chercheurs en endocrinopsychologie du Virginia Tech Carilion Research Institut, ont également démontré que la libération d'hormone comme la dopamine dans le cerveau humain est un indicateur de la décision à prendre : « Sub-Second Dopamine Detection in Human Striatum », *Public Library of Science Journal*, August, 2011, 4th.

¹⁷⁶⁰ LEHRER (J.), *How We decide*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2009.

âme, tenant en lisières nos passions et permettant à notre raison de prendre la décision adéquate¹⁷⁶¹.

Dès lors, la défiance envers la preuve sur support électronique pourrait, selon les dires des conseillers, provenir d'un sentiment d'iniquité matérielle entre les justiciables, que favoriserait l'insertion des TIC au procès. Tous n'ont pas un égal accès aux informations et aux moyens de preuve issus des TIC, et ce sont habituellement les salariés ayant les plus faibles ressources, qui s'en voient privés. L'ouvrier communiquerait moins avec son employeur par courriel ou par SMS que le cadre dirigeant dans les services. Or, la proximité et les rapports avec l'employeur sont des données variables que les conseillers prud'hommes s'appliquent à prendre en compte lors de la prise de décision. Pour exemple, le personnel de maison (aide à domicile, garde d'enfant, femme de ménage, jardinier, etc.), omniprésent dans la vie de son employeur, communiquerait plus fréquemment avec ce dernier par le biais de TIC¹⁷⁶².

668.- Au reste, la présence d'une preuve électronique se manifesterait dans le comportement du juge par le refus de la rigueur procédurale habituelle et par la défense d'une humanisation particulière de la procédure prud'homale. Les conseillers prud'hommes admettent craindre que les techniques de communication rompent la communication entre les acteurs des relations de travail ou les acteurs du procès prud'homal alors même que selon eux, les finalités premières du conseil de prud'hommes sont la conciliation et la discussion. L'inquiétude que suscitent les systèmes-experts d'aide à la décision et le peu de cas que le droit du travail fait de la dématérialisation de la procédure, sont les principales manifestations de cette forme de « *conservatisme humaniste* » propre au droit du travail. Structurellement et financièrement le conseil de prud'hommes, composé de professionnels engagés syndicalement, marquerait son souhait de garder la dimension humaine du jugement et d'éviter les décisions mécaniques et impersonnelles. Au soutien de cette logique, certains faits touchant au plus près à l'humain, tels que l'évaluation d'un préjudice moral, n'entrent pas dans le champ de la science et de la technique et reste de l'apanage de l'humain.

¹⁷⁶¹ Sur le mythe de l'attelage ailé : PLATON, *Phèdre*, trad. L. Brisson, Garnier-Flammarion, 1989.

¹⁷⁶² CHOQUART (J.), Conseiller Prud'hommes CFDT section industrie, Conseil de prud'homme de Béthune, propos recueillis le 17 novembre 2009.

A. Les facteurs sociaux

669.- « *La présence du lien social est dans l'esprit de chacun* »¹⁷⁶³, y compris dans celui du juge.

La décision judiciaire serait empreinte des significations ou représentations communes, des « *habitudes d'action* » et des « *échanges entre les personnes* »¹⁷⁶⁴, en œuvre dans une société. Les juges ont pleinement conscience de l'influence des valeurs sociales sur leurs décisions. A ce propos, l'un d'entre eux affirmait que son devoir est « *d'objectiver dans le droit, non pas mes aspirations, mes convictions et mes opinions philosophiques, mais les aspirations, les convictions et les opinions philosophiques des hommes et des femmes de mon temps* »¹⁷⁶⁵. Aussi les auteurs contemporains défendent-ils avec raison que la décision judiciaire ne doit pas « *être séparée de la vie qu'elle sert* »¹⁷⁶⁶ et réfutent-ils l'idée d'une étanchéité entre le champ juridique et la société¹⁷⁶⁷.

670.- Les interrelations entre le microcosme juridique et la société, s'illustrent par le phénomène croissant de judiciarisation et l'intérêt que portent la société contemporaine et ses dirigeants au domaine du droit. Les citoyens tentent même de trouver dans le droit les solutions aux problématiques scientifiques actuelles, alors que les juristes se réapproprient volontiers les questions de société. Selon certains, il serait dans la nature du droit « *de chercher des solutions aux problèmes sociaux posés* »¹⁷⁶⁸. Parmi les risques scientifiques les plus répandus dans l'espace social, les sociologues distinguent de manière très

¹⁷⁶³ « *L'esprit est pris dans le tissu du monde institutionnel de telle manière que la frontière traditionnelle entre le monde intérieur et le monde extérieur des faits physiques se trouve invalidée* » : DESCOMBES (V.), *Les institutions des sens*, cité par KAUFMANN (L), « Les institutions du sens », *Réseaux*, V. 15, n°85, 1997, p. 241-246.

¹⁷⁶⁴ DESCOMBES (V.), *Les institutions des sens*, cité par KAUFMANN (L), « Les institutions du sens (Vincent Descombes) », *Réseaux*, V. 15, n°85, 1997, p. 241-246.

¹⁷⁶⁵ MONJEAN-DECAUDIN (S.), « La traduction du droit dans la procédure judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 127-140, spéc. p. 128 ; COSTE (F.-L.), DANET (J.), « Le sens de l'erreur judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 149-160, spéc. p. 155.

¹⁷⁶⁶ HUTCHESON (J. C.), « The judgment intuitive ; the function of the 'hunch' in judicial decision », *Recueil d'Etudes sur Les sources du droit en l'honneur de François Geny*, T.II, Paris, Recueil Sirey, spéc. p. 531.

¹⁷⁶⁷ Si l'étude se concentre plus particulièrement sur la sociologie dite générale, il ne faut pas omettre que d'éminents juristes se sont intéressés à la question à travers la sociologie juridique : CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 112 ; ARNAUD (A.-J.), *Le droit trahi par la sociologie*, Paris, LGDJ, 1998 ; PETEV (V.), « Une conception socio-axiologique du droit », *Droits*, n°10, 1989, p.70 ; ROULAND, (N.), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF ; LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), « Le droit comme activité sociale, pour une approche wébérienne des activités juridiques », in LASCOUMES (P.) (dir), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1978, p. 155-177 ; TERRE (F.), *Du juridique et du social*, Paris, Mare et Marti, 2013 ; GURVITCH (G), *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012 ; MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 214-225.

pragmatique d'une part, les risques sanitaires des risques environnementaux ; d'autre part, les causes technologiques des causes chimiques. Ils font plus précisément référence aux dangers que représentent : « *le voisinage d'une usine de produits chimiques, le voisinage d'une centrale nucléaire, les pesticides utilisés pour la production de plantes, les engrais chimiques, les aliments génétiques modifiés, le voisinage d'une ligne électrique à haute tension, le voisinage d'une antenne de transmission pour les téléphones mobiles* »¹⁷⁶⁹.

La réappropriation et le traitement juridiques de l'ensemble de ces questions techniques et scientifiques, se révèlent symptomatiques des rapports qu'entretiennent le champ processuel et la société dans son entier.

671.- S'agissant tout d'abord des risques encourus par les citoyens lors de l'utilisation des TIC, ils donnent matière à un contentieux exponentiel dans l'ensemble des domaines du droit. En droit du travail, il n'est pas rare que la chambre sociale doive, par la création d'un nouveau concept juridique¹⁷⁷⁰, remédier à la complexité juridique entraînée par la présence des TIC dans l'entreprise¹⁷⁷¹.

L'imagination des juges a également été mise à l'épreuve lorsqu'il s'est agi de se prononcer sur les risques sanitaires liés à la proximité d'antennes téléphoniques. Dans un litige entre un opérateur téléphonique et des riverains se plaignant de maux de tête, dus à l'installation près de chez eux d'une antenne relais, la Cour d'appel de Versailles s'est fondée sur l'anxiété créée par le risque potentiel pour la santé des justiciables, interprétée comme un trouble anormal de voisinage, pour ordonner le retrait de l'antenne et donner

¹⁷⁶⁸ COMMAILLE (J.), « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, n°76, 2010, p. 710.

¹⁷⁶⁹ BOY (D.), *Pourquoi avons-nous peur de la technologie ?*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2007, p. 72.

¹⁷⁷⁰ Pour exemple, la chambre sociale a indemnisé « le préjudice d'anxiété » pour les salariés exposés à l'amiante. Elle l'a défini comme « *une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie* » : Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241. Cette notion nouvelle liée aux dangers du progrès est susceptible d'être appliquée dans l'ensemble des domaines relatifs aux nouvelles technologies créant un risque sanitaire, tel que le nucléaire. Dans l'affaire des prothèses défectueuses PIP jugée le 10 décembre 2013, le tribunal de Marseille a accordé 6000 euros à près de 5000 victimes pour le préjudice d'anxiété résultant du « *doute insupportable quant à leurs effets sur leur santé* ». V. journal *Le Monde*, 11 déc. 2013.

¹⁷⁷¹ Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866 ; v. notamment l'extension du domaine de la notion de vie publique des salariés sur l'interface Facebook en raison de l'ouverture de leur compte « aux amis des amis ». CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n°10/00853 et 09/00316.

droit à réparation du préjudice moral né de cette installation¹⁷⁷². L'appréhension de cette question extrêmement technique par les juges démontre à quel point le droit processuel s'imprègne des craintes nées de l'utilisation des technologies dans la société.

672.- Quant à l'interprétation des risques chimiques, la frontière entre les considérations des juges et celles de la société est toute aussi perméable. La chambre criminelle s'est prononcée sur la qualification des agissements de certains scientifiques lors de la propagation du nuage de Tchernobyl. L'Association française des maladies de la thyroïde, la Commission de recherche et d'information indépendante sur la radioactivité et cinquante et une personnes physiques souffrant d'une affection thyroïdienne ont porté plainte et se sont constituées parties civiles des chefs, notamment, d'empoisonnement, administration de substances nuisibles, blessures et homicides involontaires contre le directeur du Service central de protection contre les rayonnements ionisants. Pour rejeter la requête des victimes, les juges ont retenu qu'« *il n'a pas été constaté, en France, une augmentation significative des cancers de la thyroïde* », et que, « *compte-tenu de l'impossibilité de déterminer la dose d'iode ingérée par chaque malade, il est, en l'état des connaissances scientifiques actuelles, impossible d'établir un lien de causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl* »¹⁷⁷³.

Dans le même sens, les craintes émanant de la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) ont récemment fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat qui a annulé l'interdiction¹⁷⁷⁴ de cultiver en France le maïs transgénique MON810 de la firme américaine Monsanto¹⁷⁷⁵. Parallèlement, la Cour de cassation jugeait des faits de destruction volontaire d'un bien, en l'espèce une parcelle de plants de maïs¹⁷⁷⁶, par des détracteurs de la culture d'OGM. Le Conseil d'Etat dans son communiqué, justifiait sa décision par l'absence de risque sanitaire certifié par la science : « *il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'une telle mesure ne peut*

¹⁷⁷² CA Versailles, 4 fév. 2009, R. G. 08 / 08775 : « *Considérant que les intimés, qui ne peuvent se voir garantir une absence de risque sanitaire généré par l'antenne relais implantée sur la parcelle no 133 située... à proximité immédiate de leur domicile familial, justifient être dans une crainte légitime constitutive d'un trouble [...] Considérant que la cessation du préjudice moral résultant de l'angoisse créée et subie par les intimés du fait de l'installation sur la propriété voisine de cette antenne-relais, impose, en absence d'une quelconque proposition de la société BOUYGUES TÉLÉCOM, d'ordonner son démantèlement* ».

¹⁷⁷³ Cass. crim. 20 nov. 2012, n° 11-87531.

¹⁷⁷⁴ Arrêté du ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire en date du 16 mars 2012 suspendant la mise en culture des variétés de semences de maïs génétiquement modifié (Zea mays L. lignée MON 810).

¹⁷⁷⁵ CE 1^{er} août 2013, n° 358103.

*être prise par un Etat membre qu'en cas d'urgence et en présence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine, la santé animale ou l'environnement ; qu'un tel risque doit être constaté sur la base d'éléments nouveaux reposant sur des données scientifiques fiables »*¹⁷⁷⁷.

Dès lors, le droit ne peut être envisagé uniquement dans ses fonctions normative et répressive, il est également « *instrument politique* »¹⁷⁷⁸ et économique¹⁷⁷⁹.

673.- Selon les théoriciens s'inscrivant dans le mouvement critique du droit, « *le droit est investi par la politique* »¹⁷⁸⁰, en ce qu'il vient véhiculer et confirmer l'idéologie dominante¹⁷⁸¹. A travers ce prisme, il est alors possible de comprendre comment et pourquoi se manifeste la méfiance du juge envers les instruments juridiques et extra-juridiques issus de la science et des techniques. La prise de décision judiciaire, en présence d'une preuve sur support électronique ou numérique, s'intégrerait dans un phénomène global de remise en cause de la science et de la technologie, qui s'interprète selon les sociologues comme une « *crise de la fonction sociale de la science et de la technique* »¹⁷⁸² et se concrétise par une vive critique de la réutilisation politique des résultats scientifiques.

*1. Paramètre sociétal : la « 'crise' »¹⁷⁸³ de la fonction sociale des sciences et techniques »*¹⁷⁸⁴

674.- La société contemporaine se démarque par la naissance de mouvements de contestation de la science et des pratiques scientifiques, aussi bien chez les citoyens que

¹⁷⁷⁶ Cass. crim 3 mai 2011, n° 10-81529.

¹⁷⁷⁷ Journal *Libération* 1^{er} août 2013

¹⁷⁷⁸ Pour les chercheurs américains, le droit doit être un instrument d'« *ingénierie sociale qui permet de satisfaire le maximum d'intérêts en en sacrifiant le minimum* » : POUND (R.), « The theory of Judicial Decision », in *Harvard Law Review*, vol. 36, 1923, p. 954-955 cité par MICHAUT (F.), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 90; SCHEINGOLD (S. A.), *The Politics of Rights: lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2e éd. , 2004, 224 p.

¹⁷⁷⁹ Sur la décadence du droit devenu « vecteur de transmutation des valeurs » et non plus « incarnation de valeurs et de principes fondamentaux » : V. notamment : SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 178 p ; et son analyse par COMMAILLE (J.), « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, n°76, 2010, p. 710.

¹⁷⁸⁰ MAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, éd. François Maspero, 1976, p. 264.

¹⁷⁸¹ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 326.

¹⁷⁸² BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, 2008, p.28

¹⁷⁸³ Le vocable « crise », dont la polysémie et les trop nombreuses occurrences sont pointées du doigt par les chercheurs, est ici choisi pour désigner de manière générale et non scientifique : « *le trouble profond lié à la remise en cause d'un système ou de principes [ici scientifiques] jusqu'alors indiscutés* ». *Dictionnaire de l'Académie française*, V° « Crise ».

chez les chercheurs. Le désenchantement sociétal sur les prétentions de la science à l'amélioration des rapports sociaux et à la vérité, s'accompagne d'une critique idéologique du travail des experts, d'une autocritique des chercheurs et de l'introduction d'un travail épistémologique sur la faillibilité de la science.

Ce phénomène de « *démystification* »¹⁷⁸⁵ de la science et des techniques, s'interprète comme une « *vague de désillusion technico-scientifique* » : les techno-sciences ne seraient plus les solutions mais les causes des problèmes émergeant dans la société. Il prend la forme d'une réponse critique, émanant des membres de la société, qui craignent les effets néfastes de la science, de la technique et du progrès sur leur environnement, leur culture et leurs valeurs¹⁷⁸⁶.

Dans la doctrine, les risques suscités par l'innovation scientifique et technique ont laissé libre court aux « *scénarii antimodernistes* ». Certains auteurs voient dans « *les anomalies accumulées, l'effondrement du projet de la modernité dans son ensemble* »¹⁷⁸⁷.

675.- La « *crise de la fonction sociale des sciences et techniques* »¹⁷⁸⁸ résulte d'une double justification. Elle s'explique d'abord par l'« *imprévisibilité des effets secondaires* »¹⁷⁸⁹ du travail scientifique. Ce dernier n'a pas su convaincre de sa capacité à s'autocontrôler et à prévoir ses dérives. En témoignent, les divers scandales scientifiques des dernières années¹⁷⁹⁰, parmi lesquels l'affaire du sang contaminé¹⁷⁹¹, les scandales de la

¹⁷⁸⁴ BECK (U.), *op. cit.*

¹⁷⁸⁵ BECK (U.), *ibid.*

¹⁷⁸⁶ La préoccupation du risque lié aux sciences et techniques a donné lieu à nombre d'écrits juridiques et scientifiques : V. notamment sur ce thème la revue *Daedalus*, « Risk », vol. 119, n°4, 1990.

¹⁷⁸⁷ La technologie moderne aurait bouleversé les trois caractéristiques de la société contemporaine : « *son mode dominant de connaissance* » est désormais la technoscience, « *son organisation sociale* », et les « *mentalités* » sont dominées par la consommation et la publicité : HUDON (R.), PELLETIER (R.), « Les sociétés technologiques, la culture et le droit », in *L'engagement intellectuel, Mélanges en l'honneur de Léon Dion*, Québec, P.U.L., 1991, p. 173 ; BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, 2008, p. 22

¹⁷⁸⁸ BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, éd. Flammarion, 2008, p.28.

¹⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 379

¹⁷⁹⁰ BOY (D.), *Pourquoi avons-nous peur de la technologie ?*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2007, p. 8

¹⁷⁹¹ Sur le traitement juridique d'une contamination au VIH par transfusion sanguine en 1985 et ses suites (contamination de l'épouse) : Cass. civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-21287.

vache folle et de l'amiante¹⁷⁹², dont l'indemnisation a été prise en charge par les différentes juridictions, allant jusqu'à exiger l'intervention de la Cour de cassation.

De même certaines controverses sur l'utilisation du téléphone mobile ou sur le caractère cancérigène des agents chimiques sont apparues alors que ces suspicions entrent en totale contradiction avec l'utilisation exponentielle depuis 2005 des téléphones portables¹⁷⁹³.

A cette cause, s'ajoutent l'« hypercomplexité » de la science et de la technique¹⁷⁹⁴ et l'inaccessibilité des données scientifiques. Le nombre incommensurable de données et de résultats, ainsi que l'existence de détails scientifiques abscons ou incertains, participent aux difficultés de compréhension des pratiques et concepts scientifiques par l'ensemble des citoyens.

En outre, les chercheurs, pour échapper à toute forme de responsabilité, cautionnent la construction de « *tabous scientifiques* ». Un mur semble alors se dresser entre les scientifiques et les autres membres de la société. Selon les sociologues : « *plus la scientification avance et plus l'opinion publique prend conscience des situations de menace, plus la pression se fait forte sur le plan politique, et plus la civilisation scientifico-technique risque de se transformer en 'société des tabous' scientifiquement élaborés* »¹⁷⁹⁵.

Au vu de ces constatations, il est cohérent que l'intégration de la preuve sur support électronique dans le processus argumentatif ainsi que sa prise en considération dans la décision du juge, pâtissent de l'image péjorative dont souffrent les sciences et techniques au sein de la société. Car, loin d'être enfermé dans sa tour d'ivoire, le juge est « *homme de société* » et s'inspire des concepts, valeurs et craintes de son temps.

¹⁷⁹² Sur l'indemnisation des victimes de l'amiante comme maladie professionnelle depuis la modification par le décret n°2000-43 du 14 avril 2000 du tableau des maladies professionnelles (notamment n°30 du tableau) : Cass. civ. 2^e 10 oct. 2013, n° 12-15015.

¹⁷⁹³ Selon l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes française, le 30 septembre 2013, le nombre de cartes SIM de téléphone portable atteignait 75.5 millions, ce qui équivalait à 3.6 millions de consommateurs en plus depuis un an. « *Le taux de pénétration, calculé comme le ratio de l'ensemble des cartes SIM en service sur la population atteint 115,2%, en croissance sur 1,2 point sur le trimestre* ». Tableau de bord national en ligne : [www.arcep.fr/index.php?id=35].

¹⁷⁹⁴ BECK (U.), *op. cit.*, p. 343.

¹⁷⁹⁵ *Id.*, p. 345.

2. Paramètre politique : la fonction politique des sciences et techniques

676.- L'importance de la « *mise en situation politique* »¹⁷⁹⁶ du droit est depuis longtemps défendue par la sociologie politique¹⁷⁹⁷, remettant ainsi en question la « *stricte intégrité du droit au nom d'un positivisme juridique pur et dur* »¹⁷⁹⁸. Ainsi est-il logique que la défiance généralisée envers la science et les outils porteurs des valeurs et résultats scientifiques, imprègne par ricochet la prise de décision judiciaire et fasse barrage à l'intégration de la preuve sur support électronique ou numérique dans le processus argumentatif.

677.- A travers le prisme de la sociologie politique, les relations entre la science et le politique se sont sensiblement dégradées, en raison de la faible autonomie que laisse le politique à la science¹⁷⁹⁹ d'une part ; et de l'utilisation détournée que fait le politique des instruments scientifiques et informatiques d'autre part. Les résultats scientifiques et informatiques s'avèrent en effet, être de véritables « *ressources politiques* »¹⁸⁰⁰, (voire même des armes au service d'une idéologie), c'est pourquoi la manière dont le politique les emploie influe irrémédiablement sur l'image qui leur est conférée dans la société.

Or, les sociologues ont détecté l'installation d'un doute scientifique dans l'espace public, qui irriguerait l'ensemble des domaines de la science et serait intensifié par les médias¹⁸⁰¹. Ce phénomène résulterait notamment de l'instrumentalisation des outils scientifiques et informatiques par les acteurs du monde socio-économique, qui ont tendance à se déresponsabiliser en renvoyant la décision aux experts, ou à tout autre détenteur du savoir et de la méthode scientifique. L'image des recherches scientifiques aux yeux des citoyens, prend ainsi la forme d'un prétexte à l'absence de politique sociale et se répercute sur la considération judiciaire de la preuve électronique.

¹⁷⁹⁶ COMMAILLE (J.), « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, n°76, 2010, p. 695-713

¹⁷⁹⁷ COMMAILLE (J.), *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994.

¹⁷⁹⁸ CAILLOSSE (J.), « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droits et société*, n°26, 1994, p. 127-154.

¹⁷⁹⁹ V. notamment « Le pouvoir politique est déjà très pesant sur le scientifique », journal *Libération*, 18 oct. 2007.

¹⁸⁰⁰ COMMAILLE (J.), « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, n°76, 2010, p. 695-713, spéc. p. 698.

¹⁸⁰¹ BECK (U.), *op. cit.*, p. 343.

Section II. Les réponses à l'absence d'intégration de la preuve électronique dans le processus décisionnel

678.- La pertinence d'une preuve ou son efficacité persuasive se caractérisent par « l'adhésion du groupe social auquel elle s'applique, le degré de vraisemblance qu'elle implique et la conviction qu'elle entraîne »¹⁸⁰². S'agissant de la preuve sur support électronique ou numérique, ces indices se sont révélés particulièrement significatifs et témoignent de l'originalité du régime de ce procédé probatoire. Il se distingue en effet, par la variété affaiblie et déformée de la confiance sociale¹⁸⁰³ et du crédit judiciaire qui lui sont accordés.

Aussi, la recherche de solutions pour remédier à l'absence d'intégration de ce type de preuve dans le processus argumentatif, se concrétise par l'élaboration de mécanismes de compensation permettant à un argument juridique, dont la nature et le degré de confiance sont singulièrement différents des autres arguments, de le situer au même niveau persuasif que les autres. Il s'agit de définir plus précisément, à quoi pourrait tenir la force de la preuve sur support électronique dans le cadre du procès prud'homal.

679.- La théorie de l'argumentation offre deux angles d'approche complémentaires permettant d'accroître la force argumentative d'un argument juridique.

La première approche consiste à améliorer le contexte juridique de l'argumentation, entendu de manière générale comme l'ensemble des circonstances collectives et individuelles qui accompagnent la réception de l'argument¹⁸⁰⁴. Le lieu dans lequel s'insère l'argument juridique, à savoir le procès, ainsi que les différentes connaissances que maîtrise le récepteur de l'argumentation, en l'occurrence le juge du contrat de travail, sont autant de variables avec lesquelles il est possible d'interférer. Selon les auteurs, la « catégorie de savoirs »¹⁸⁰⁵ que véhicule l'argument, (qu'il s'agisse pour PERELMAN d'un

¹⁸⁰² LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, éd. Marcel Rivière, 1964.

¹⁸⁰³ ANDRE (CH.), *Psychologie de la peur. Craintes, angoisses et phobies*, Paris, Odile Jacob, 2004.

¹⁸⁰⁴ Plusieurs aspects entreraient en corrélation dans l'évaluation de la force argumentative, parmi lesquels « la force du lien causal qui relie l'argument à son contexte », ou « le type de savoir dont il est porteur » et l'appropriation de ce savoir par le destinataire de l'argumentation. Dictionnaire de l'Académie française, V° « contexte ».

¹⁸⁰⁵ CHARAUDEAU (P.), *La médiatisation de la science dans les médias d'information (clonage, OGM, manipulations génétiques)*, Bruxelles, De Boeck-Ina, 2008.

ensemble de « *valeurs abstraites* » et de « *valeurs concrètes* »¹⁸⁰⁶ ou pour CHARAUDEAU de « *connaissances* » et de « *croyances* »¹⁸⁰⁷), devrait nécessairement être partagé par l'auditoire pour obtenir son adhésion.

En pratique, cette opération viserait à faire du procès prud'homal¹⁸⁰⁸ un lieu propice à la réception de la preuve sur support électronique ou numérique. Des appareils et mécanismes juridiques feraient de l'instance prud'homale un espace de communication et d'information où le juge remplirait un rôle actif. Leur création pourrait s'inspirer soit des réflexions et expérimentations mises en œuvre actuellement dans le système judiciaire français, et notamment en droit de la famille, soit des pratiques des autres pays en avance dans l'intégration processuelle des TIC.

La seconde approche amène, sous un angle plus technique, à rétablir l'équilibre attendu à la base de l'argumentation en ayant une action sur le fonctionnement et la forme de l'argument juridique lui-même¹⁸⁰⁹. Parmi les différents leviers d'action juridiques, il est d'abord possible de justifier l'argument juridique par une « *métanorme* », c'est-à-dire, inscrire dans la loi que certains types d'argument sont « *satisfaisants, efficaces, ou persuasifs et par quel auditoire ils le sont* »¹⁸¹⁰.

Cette intervention n'est autre qu'une application nouvelle et concrète du mécanisme légal de la présomption de fiabilité qui permet par postulat, de décider que telle prémisse serait habituellement vraie et ne nécessiterait pas de contrôle judiciaire. Elle exigerait une réflexion préliminaire sur les conditions et les garanties de cette présomption. En complément, une autre action consisterait, compte tenu de la force que détiennent

¹⁸⁰⁶ PERELMAN (CH.), *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 1997.

¹⁸⁰⁷ CHARAUDEAU (P.), « L'argumentation dans une problématique d'influence », in *Argumentation et analyse du discours*, La revue électronique du groupe ADARR. En ligne : [aad.revues.org/193] ; MAINGUENEAU (D.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Le Seuil, 2002.

¹⁸⁰⁸ Le procès prud'homal constituant le premier degré de juridiction, il semble que l'action menée aura une influence sur l'ensemble du contentieux prud'homal.

¹⁸⁰⁹ KAPTEIN (H.), PRAKKEN (H.), VERHEIJ (B.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series, 2009.

¹⁸¹⁰ TROPER (M.), « Argumentation et explication », in *L'argumentation des juristes et ses contraintes*, vol. 1, *Droits*, n° 54, 2012, PUF, p. 4-26, spéc. p. 5. Pour ce faire, l'idée d'inscrire l'argument probatoire dans l'approche topique de PERELMAN, selon laquelle tout argument a le même poids, est écartée. Il est préférable pour l'objet d'étude de prendre en considération la force singulière que détiennent certains types d'argumentation juridique : GOLTZBERG (S.), *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2013.

habituellement les « *arguments par définition* »¹⁸¹¹, à accompagner la preuve électronique d'une véritable définition juridique non superflue, précise et bien calibrée, la rendant par nature irréfutable et intelligible.

Dès lors, les deux approches argumentatives proposées peuvent être distinguées selon le rapport direct ou indirect qu'elles entretiennent avec l'argument juridique : les premières interviennent par l'intermédiaire de l'environnement judiciaire de la preuve sur support électronique, l'instance prud'homale, pour renforcer sa force persuasive (§I.), tandis que les secondes tentent d'agir franchement sur la conception et la définition juridiques de ce type de preuve, que partagent l'ensemble des domaines du droit civil (§II.).

680.- Au reste, les perspectives d'évolution ici tracées dépassent sans conteste la question de l'utilisation de la preuve sur support électronique au procès prud'homal. La place centrale que l'étude confère aux conseillers prud'hommes, l'inscrit dans le débat brûlant d'actualité portant sur les différentes pistes juridiques envisagées pour remédier à la perte de considération de l'institution prud'homale, et entre, pour partie, en concordance avec les propositions de réforme envisagées en décembre 2013 par le groupe de travail présidé par D. MARSHALL¹⁸¹².

D'autres perspectives de réforme du droit des obligations et de la preuve des obligations, à la teneur toute aussi significative, telles que le projet de loi « *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* »¹⁸¹³, touchent également de près au régime de la preuve sur support électronique, et exigent d'être mises en perspective avec l'édiction de

¹⁸¹¹ Inscire l'argument probatoire dans l'approche topique de PERELMAN, selon laquelle tout argument a le même poids semble trop réductionniste. Il est souhaitable de prendre en considération la force singulière que détiennent certains types d'argumentation juridique. Les auteurs classent parmi les arguments dont la force persuasive et le côté percutant sont les plus élevés : l'« argument par définition » qui pour ne pas être réfuté doit s'accompagner d'une véritable définition juridique non superflue, précise et bien calibrée, et nécessite que l'on démontre qu'elle s'applique à l'espèce pour convaincre le juge : GOLTZBERG (S.), *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁸¹² *Les juridictions du XXe siècle. Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, déc. 2013. Rapport pour la rédaction duquel les Pr. S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET ont été auditionnés. En ligne : [www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf].

¹⁸¹³ Projet de loi n°175 de Mme TAUBIRA, garde des sceaux, ministre de la justice déposé au Sénat le 27 novembre 2013 « *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* ». En ligne : [www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl13-175.html].

solutions, dont l'objectif est d'intégrer de manière efficace cet argument juridique en droit du travail.

§I. Les solutions relatives au contexte de l'argumentation

681.- La prise de décision judiciaire en droit du travail est ambivalente, elle s'illustre par un processus d'individualisation dans une conception collective. Aussi le contexte de l'argumentation au procès du travail s'articule-t-il tant autour de l'individu que de l'ensemble de la collectivité des travailleurs.

682.- La « *crise de légitimité* » que traverse actuellement l'institution prud'homale touche le procès en droit du travail aussi bien dans sa dimension collective qu'individuelle¹⁸¹⁴. S'élève d'une part, une critique générale et collective du procès prud'homal. Décrit comme un espace communicationnel insuffisamment interactif et désorganisé, ce type de procès ne remplirait plus les fonctions médiatrices qui lui ont été attribuées historiquement. Les discussions sur la perte de vitesse de la phase de conciliation témoignent de la déception qui imprègne peu à peu la collectivité de travail¹⁸¹⁵.

En parallèle, les conseillers prud'hommes, envisagés individuellement dans leur qualité de décideurs, connaissent une profonde remise en cause. La perte de considération personnelle dont ils font l'objet, s'expliquerait notamment par le rôle inactif et la place secondaire qu'ils joueraient dans la communication et l'information au procès prud'homal¹⁸¹⁶, par l'absence de renouvellement de leurs prérogatives judiciaires, et par leur manque d'expériences et de connaissances juridiques.

683.- Par un effet miroir, les difficultés rencontrées par les acteurs du procès, en termes de communication, d'information et d'échange, représenteraient un obstacle à l'accueil au procès prud'homal de tous les procédés de communication et d'information, parmi lesquels la preuve sur support électronique. De surcroît, la critique individuelle proférée à l'égard du juge en termes de compétence et de légitimité décisionnelle, serait exacerbée en présence d'une preuve sur support électronique. Insuffisamment armé pour prendre une

¹⁸¹⁴ Par l'utilisation des vocables « collectif » et « individuel », il n'est pas ici question de reprendre la dichotomie désuète entre relation collective et relation individuelle de travail mais simplement de faire référence aux dimensions collective et individuelle du procès.

¹⁸¹⁵ DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur ? », *SSL*, n° 1592, p. 94 ; « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *SSL*, n° 1575, p. 2.

¹⁸¹⁶ Cette idée est reprise par le rapport MARSHALL qui recommande que la conciliation soit assurée par deux conseillers ayant suivi une formation en communication et médiation. Dans sa proposition 11.3, il envisage que « devant le tribunal du travail la procédure débutera par une tentative de conciliation portée devant une formation paritaire composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur, tous deux spécialement formés ».

décision en présence de ce type de preuve, le juge des relations de travail ferait montre d'incompétence, et jugerait sous l'égide de la connaissance des informaticiens et techniciens¹⁸¹⁷.

Dès lors, la ligne directrice des solutions proposées est de replacer le conseiller prud'hommes au centre d'un espace communicationnel moderne et exemplaire. Deux types de levier d'action pourraient être employés pour modifier le contexte de l'argumentation : un levier procédural visant à faire du procès prud'homal un espace de « *confiance décidée* » dans les TIC (A.) et un levier individuel visant à faire du juge « *un décideur informé* » en matière de TIC (B.).

A. Le levier procédural : faire du procès prud'homal un espace de « confiance décidée » dans les TIC

684.- Du manque de confiance fondée sur la familiarité ou l'habitude, il faut passer à la « *confiance décidée* » dans les TIC.

Bien plus qu'une « *confiance raisonnée* »¹⁸¹⁸, ce type de confiance ne s'appliquerait pas seulement aux personnes mais également aux institutions ou aux choses¹⁸¹⁹. Elle serait favorisée par les caractéristiques intangibles et rassurantes de l'objet de confiance et exigerait un consensus de l'ensemble des acteurs sur son intégrité.

Dès lors, pour instaurer une « *confiance décidée* » dans les TIC dans l'opinion commune, il est nécessaire que ces outils servent le procès prud'homal et pallient les difficultés qu'il rencontre aujourd'hui. Employées dans les réformes législatives et réglementaires à venir, à faire du procès prud'homal un espace communicationnel et à replacer le juge au centre de cet espace, les TIC gagneront en intérêt, et la preuve sur support électronique verrait indirectement sa force argumentative augmenter.

¹⁸¹⁷ CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119, spéc. p. 119.

¹⁸¹⁸ DELMAS-MARTY (M.), « Justice télévisée ou médiats judiciaires ? », in *Mettre l'homme au cœur de la justice, Hommage à André Braunschweig*, Paris, Litec, 1997, p. 152-161, spéc. p. 161.

¹⁸¹⁹ BOY (D.), *Pourquoi avons-nous peur de la technologie ?*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2007, p. 136.

1. *Le sens de la proposition de réforme : la promotion d'une éthique de la communication et de la discussion au sein des conseils de prud'hommes*

685.- L'esprit général de la proposition. Le cadre général du procès s'est modifié avec l'apparition des Technologies de l'Information et de la Communication. Ces techniques ont intensifié les liens entre la justice et la société en même temps qu'elles ont transformé l'environnement de l'argumentation juridique. La place du juge dans cette nouvelle sphère communicationnelle¹⁸²⁰ et les caractéristiques principales du contexte processuel s'en trouvent transformées.

Ce phénomène s'explique par la modification des attentes des justiciables et de la société, en termes de communication et d'information, vis-à-vis de l'institution judiciaire dans le sens d'une plus grande exigence de qualité et d'exhaustivité : « *de nouveaux types d'émission apparaissent, associant de manière de plus en plus discutable les spectateurs au fonctionnement même de la justice : appels à témoins, voire appels à juger, se multiplient, et on passe ainsi progressivement d'une information sur le fonctionnement de l'institution judiciaire, à une usurpation du rôle de cette institution* »¹⁸²¹.

Pour exemple, en droit du travail, l'organisation d'élections dans les entreprises est un évènement largement récupéré par la presse, en raison de sa dimension syndicale et politique¹⁸²². De même, le licenciement d'un salarié, lorsqu'il est effectué à l'aide d'un nouveau moyen de télécommunication est aussitôt médiatisé¹⁸²³. Le procès prud'homal traverse une crise de légitimité car il n'a pas su s'adapter à ces nouvelles attentes, alors même que par postulat il devrait être « *un système de communication au sens fort entre les parties et le juge et [devrait] donc prendre en considération les nouvelles technologies qui constituent également des modes de communication* »¹⁸²⁴.

¹⁸²⁰ DELMAS-MARTY (M.), « Justice télévisée ou médias judiciaires ? », in *Mettre l'homme au cœur de la justice, Hommage à André Braunschweig*, Paris, Litec, 1997, p. 152-161.

¹⁸²¹ LEMONDE (M.), « Le rôle des médias », in *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 607.

¹⁸²² La procédure d'élection est encore en vigueur à cette date mais selon les membres du Conseil supérieur de la prudhomie sur le point d'être supprimée. V. sur la récupération de la question par les médias : « La réforme des prud'hommes reportée », *Le Monde* 20 janv. 2014 ; « Prud'homales : un premier succès », *L'humanité*, 23 janv. 2014 ; « Les élections prud'homales de 2015 sont supprimées », *Le figaro*, 19 nov. 2013.

¹⁸²³ Au sujet du licenciement par SMS des salariés d'un grossiste spécialisé dans la coiffure et l'esthétique de Béthune : « Ils apprennent leur licenciement par SMS », *Europe 1*, 16 déc. 2013 ; « Béthune : des salariés apprennent leur licenciement par SMS », *BFMTV*, 15 déc. 2013. Sur la prise de position juridique qu'adopte les médias : « Le licenciement par texto est légal en France », *Le figaro*, 16 juil. 2013.

¹⁸²⁴ « Sauver les prud'hommes avant de les réformer », *SSL*, n° 1614, 20 janv. 2014, p. 2-4.

686.- Dès lors, diverses propositions peuvent être envisagées pour tenir compte de cette modernisation du contexte argumentatif. Des solutions collectives se dessinent, comme celles de faire de l'instance prud'homale un espace ouvert à toute forme de communication et d'information, ou de mettre les TIC au service de l'amélioration des délais de procédures et d'une éthique de la discussion et de la communication devant les conseils de prud'hommes. Elles lui offriraient l'image renouvelée d'un procès dynamique et moderne, tout en gardant l'homme au cœur du procès. Certains auteurs, fervents d'une utilisation maximale des possibilités qu'offrent les TIC, préconisaient déjà en 1984, comme aux Etats Unis, d'autoriser l'enregistrement et la diffusion des procès à la télévision¹⁸²⁵. Plus récemment, la réforme d'envergure de la justice prud'homale que propose le rapport MARSHALL abonde dans ce sens, lorsqu'il préconise des « *améliorations ambitieuses* » en matière de TIC, pour « *faciliter l'accès au service public de la justice, et pour engager et suivre le déroulement des procédures notamment en matière civile* »¹⁸²⁶.

Parmi les mesures concrètes envisageables dans le cadre de la promotion d'une éthique de la communication et de l'information au conseil de prud'hommes, la retranscription des procès sur les sites de chaque conseil, assurerait une meilleure compréhension du système judiciaire par les justiciables, n'ayant pour la plupart jamais eu recours à la justice. L'envoi des pièces par courriel entre l'entreprise et les conseillers rapporteurs leur éviterait de se déplacer lors des mesures d'instruction. Enfin, l'utilisation de la visioconférence lors de la phase de conciliation témoignerait de la mise en place progressive d'une meilleure communication au procès prud'homal.

687.- Les TIC mis au service de l'efficacité et de la qualité du procès prud'homal : l'exemple de la conciliation. La confirmation, chiffres à l'appui, du taux insignifiant de conciliation devant les conseils de prud'hommes (entre 8% et 10% avec une tendance à la baisse¹⁸²⁷) lors des débats à l'Assemblée nationale le 23 février 2013 portant sur « *le*

¹⁸²⁵ BRAUNSCHWEIG (A.), « L'enregistrement et la diffusion télévisée des débats judiciaires », in *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication*, Economica, 1980, p. 163 et suiv.

¹⁸²⁶ *Les juridictions du XXI^e siècle. Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Rapport du groupe de travail présidé par D. MARSHALL, premier président de la cour d'appel de Montpellier, remis à Mme la garde des sceaux, déc. 2013. Rapport pour la rédaction duquel les Pr. S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET ont été auditionnés. En ligne : [\[www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf\]](http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf).

¹⁸²⁷ Sachant que cette procédure a su démontrer son efficacité puisqu'avant la seconde guerre mondiale son taux de réussite atteignait 80% : Rapport MARSHALL p. 46 et p. 47.

fonctionnement des juridictions prud'homales après la réforme de la carte judiciaire »¹⁸²⁸ et dans le rapport MARSHALL de décembre 2013¹⁸²⁹, est alarmante. Elle reflète la nécessité de réformer, à l'aide des TIC, la première phase de cette procédure à dimension humaine¹⁸³⁰.

Les débats récents ont permis à l'ensemble des acteurs juridiques et politiques de renouveler leur attachement à la comparution personnelle des parties devant le bureau de conciliation¹⁸³¹. Pour favoriser les échanges d'argumentations spontanées et accroître les possibilités de trouver un accord amiable entre les parties avant la phase de jugement¹⁸³², la représentation est censée n'être qu'exceptionnelle, les textes offrant la possibilité aux parties de se défendre seules et de manière orale, et ce aussi bien devant le conseil de prud'hommes que devant la chambre sociale de la cour d'appel¹⁸³³.

688.- La prise de parole des parties donnerait au juge un rôle participatif et interactif¹⁸³⁴ fondé sur la recherche d'un intérêt commun¹⁸³⁵. Les partenaires sociaux se sont montrés particulièrement attachés à cette étape de la procédure prud'homale. Dans l'alinéa 5 de l'article 11 de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, ils

¹⁸²⁸ « Il est à mon sens nécessaire aujourd'hui, comme le permettent déjà les textes, de faire en sorte que le bureau de conciliation utilise les pouvoirs qui lui sont octroyés, notamment en matière de mise en état, à la fois par le code du travail et par le code de procédure civile » : KRETOWICZ (S.), vice-présidence du tribunal d'instance du Xe arrondissement, compte rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale, 2^e séance du 28 février 2013, *JORF* 2013, n°27.

¹⁸²⁹ Le rapport MARSHALL de décembre 2013, s'inscrit dans le contexte actuel de réforme générale de l'instance prud'homale. Cette réforme d'envergure vise à rassembler la légitimité et la considération des conseils de prud'hommes et a débuté par la réforme de la carte judiciaire des prud'hommes. Le rapport fait suite aux débats menés à l'Assemblée nationale le 28 février entre des experts, des députés et Mme la Ministre de la justice qui avait annoncé lors de ces discussions la mise en place de deux groupes de travail dont l'un d'entre eux serait présidé par M. MARSHALL et porterait sur les juridictions du XXI^e siècle. Les conclusions et propositions de ce rapport ont donné lieu à la réunion de plus de 200 professionnels et experts du monde judiciaires au siège de l'UNESCO les 10 et 11 janvier 2014. V. *SSL*, 20 janv. 2014, n° 1614, p. 2-4.

¹⁸³⁰ Ch. TAUBIRA, garde des sceaux, et l'ensemble des acteurs s'accordent sur l'importance de conserver la phase de conciliation. Dans, le rapport MARSHALL, les intervenants « se prononcent en faveur d'un développement important de la médiation et de la conciliation. » (Rapport p. 26).

¹⁸³¹ C. trav. art. R.1453-1: « Les parties comparaissent en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent se faire assister ». La Cour de cassation a également rappelé que les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime : Cass. plén. 31 oct. 1996, n° 91-44880.

¹⁸³² DESVISE (Y.), « Comparution en personne et représentation des parties en matière prud'homale », *Dr. soc.* 1985, p. 504 ; PANSIER (F.-J.), « La représentation des parties en matière prud'homale », *CSBP* 1999, n°113, p.268 ; HENRY (M.), « Présence des parties et diligence du juge dans l'administration de la preuve », *CSBP* 1991, n°35, p.269.

¹⁸³³ BUGADA (A.), « La comparution en personne en matière prud'homale », *SSL* 11 déc. 2006, n° 1286.

¹⁸³⁴ L'article R. 1454-10 du code du travail : « Le bureau de conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier » insiste sur le rôle prépondérant du juge lors de la conciliation. Le vocable employer dans cet alinéa 1^{er} est significatif : les conseillers doivent « s'efforcer de » c'est-à-dire réunir leur forces pour parvenir à ce résultat. En comparaison la conciliation en matière de conflits collectifs a un caractère facultatif comme en témoigne l'utilisation du terme « peuvent » dans l'article L2522-1 du code du travail : « Tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation ».

affirmaient déjà leur souhait d'apporter certaines améliorations à la procédure prud'homale : « *il est indispensable de réhabiliter la conciliation prud'homale en lui restituant son caractère d'origine de règlement amiable, global et préalable à l'ouverture de la phase contentieuse proprement dite, devant le bureau de jugement* ». La doctrine a également témoigné de son intérêt à l'exigence de comparaître en personne dans le domaine des relations de travail, en ce qu'elle « *dépasse la seule faculté de se défendre soi-même, à l'instar de ce que prévoit le nouveau code de procédure civile devant le juge de proximité, le tribunal d'instance ou le tribunal de commerce* »¹⁸³⁶. Elle serait « *la confrontation directe des parties, un peu comme si l'intuitu personae du contrat de travail trouvait une expression contentieuse* » et s'apparenterait à une « quasi-obligation » dont le non-respect exige de solides justifications et peut entraîner des sanctions¹⁸³⁷.

Aussi, l'échec qu'endure la procédure de conciliation, implique la cristallisation des débats autour de la nécessité d'agir en urgence pour trouver de nouveaux outils juridiques et les mettre au service de son efficacité.

689.- Le faible taux de conciliation s'explique essentiellement par les prétextes amenés par les parties pour légitimer leur absence lors de cette première phase de la procédure prud'homale¹⁸³⁸. Il appartient à la juridiction saisie d'apprécier le motif légitime d'absence car aucune définition du « *motif légitime* » n'est donnée par la loi. Il apparaît que l'exception est interprétée de manière extensive et imprévisible par les bureaux de conciliation des différents conseils de prud'hommes¹⁸³⁹. Pour exemple, la Cour d'appel de Grenoble a retenu pour motif légitime d'absence la multiplicité des instances dans

¹⁸³⁵ Même lors du bureau de jugement, la conciliation est encore possible : Cass. soc. 1^{er} av. 2009, n° 08-4019.

¹⁸³⁶ BOULMIER (D.), « Bureau de conciliation : la nouvelle sanction du demandeur absent pour motif légitime », *Dr. ouvrier*, janv. 2009, n° 726, p. 1-6.

¹⁸³⁷ L'absence d'une partie empêche la conciliation d'aboutir mais n'emporte pas les mêmes conséquences selon que la partie défaillante soit le demandeur ou le défendeur. En cas d'absence du demandeur, la caducité de la demande et de la citation est une sanction que peut prononcer le bureau de conciliation selon l'article R1454-12 du code du travail. L'alinéa 2 ajouté par le décret n°2008-715 du 18 juil. 2008 permet néanmoins au demandeur de se faire représenter par « *un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Dans ce cas, le mandat précise qu'en cas d'absence du mandataire le bureau de conciliation pourra déclarer sa demande caduque* ».

¹⁸³⁸ C. trav. art. R. 1454-12 : « *Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques. Toutefois, la demande et la citation ne sont pas déclarées caduques si le demandeur, absent pour un motif légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Dans ce cas, le mandat précise qu'en cas d'absence du mandataire le bureau de conciliation pourra déclarer sa demande caduque. La demande ne peut être réitérée qu'une seule fois, à moins que le bureau de conciliation, saisi sans forme, ne constate que le demandeur n'a pu comparaître ou être représenté sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit* ».

¹⁸³⁹ BUGADA (A.), « La comparution en personne en matière prud'homale », *SSL* 11 déc. 2006, n° 1286.

lesquelles l'employeur (en l'occurrence l'AGS représentée par le CGEA) devait intervenir¹⁸⁴⁰. Le panel de justifications apportées par les parties pour se soustraire à la phase de conciliation est ainsi très varié.

Néanmoins, la comparaison des différentes décisions permet de détecter une certaine constance dans l'appréciation des motifs d'absence allégués. Les motifs liés à l'état de santé, à l'éloignement géographique ou à des contraintes professionnelles¹⁸⁴¹ sont fréquemment avancés et accueillis par les conseillers. Il n'est pas rare qu'un employeur évoque une réunion ou un rendez-vous impossible à déplacer¹⁸⁴², de sorte que les conseillers prud'hommes dénoncent l'utilisation (plus fréquemment de la part des employeurs, sans doute parce qu'ils jouent le rôle de défendeur dans 98% des cas¹⁸⁴³) de « motifs fallacieux pour ne pas comparaître et ainsi réduire à néant les chances de conciliation »¹⁸⁴⁴.

690.- Dès lors, les TIC permettraient de palier certaines dérives et apporteraient de nouvelles perspectives d'amélioration à la phase de conciliation. La visioconférence réduirait les risques de dédouanement des parties, par la transmission d'informations et la communication entre les parties qu'elle assure et par les distances qu'elle supprime. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette technique est relativement facile ; elle combine deux techniques largement employées dans les entreprises : la visiophonie qui permet de voir son interlocuteur et de dialoguer avec lui, et la conférence qui met en relation plusieurs personnes à propos d'un même sujet. Elle aurait ainsi pour avantage d'être mise en service partout où une connexion Internet suffisante existe et pourrait être réalisée à toutes heures, même à la « pause-déjeuner » ou entre deux réunions de l'employeur. Dès lors les arguments spatio-temporels régulièrement utilisés comme raisons d'absence à la procédure de conciliation ne pourraient être accueillis par les juges. En toute logique, la réduction du nombre probable d'exceptions à la comparution des parties, augmenterait le nombre de conciliations et son efficacité. Elle démontrerait l'impact des TIC au procès prud'homal et

¹⁸⁴⁰ Pour exemple, la Cour d'appel de Grenoble a retenu pour motif légitime d'absence la multiplicité des instances dans lesquelles l'employeur (en l'occurrence l'AGS représentée par le CGEA) devait intervenir. CA Grenoble, 24 sept. 2008, RG n°07-03625, *Dr. ouvrier* 2009, p. 632, note BOULMIER (D.).

¹⁸⁴¹ Cass. soc. 17 déc. 1987, n°85-41833 ; Cass. soc. 11 déc. 1991, n°87-42840 ; Cass. soc. 12 nov. 1987, n° 84-45583.

¹⁸⁴² CA Paris 23 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, p. 45

¹⁸⁴³ COUPILLAUD (M.-P.), *La preuve en droit du travail [microforme]*, dir. C. RADE, thèse soutenue à l'Université de Lille II, 2005, p. 34.

¹⁸⁴⁴ POLI (J.-P.), « Le bureau de conciliation : un juge qui écoute et qui conseille », *Dr. ouvr.* 2006, p. 246.

ferait de celui-ci un espace privilégié de leur utilisation en même temps qu'un lieu propice à l'accueil de la preuve sur support électronique comme argument juridique.

2. *La mise en œuvre de la proposition de réforme : le recours expérimental à la visioconférence lors de la phase de conciliation*

691.- Si l'idée d'une utilisation de la visioconférence dans la procédure prud'homale française peut paraître *a priori* originale, elle n'en est pas moins employée dans certains domaines du droit français et trouve un profond ancrage dans les systèmes judiciaires étrangers dont l'expérience s'avère riche d'enseignements. Leur observation prouve que la visioconférence s'impose comme remède aux dérives de la conciliation.

1.1. *Les conditions de mise en place de la proposition*

692.- L'objet de la proposition est de mettre au service d'une conciliation efficace, les moyens technologiques appropriés, pour ainsi résoudre les questions juridiques et pratiques que pose cette phase primordiale de la procédure prud'homale. L'utilisation de cette technique exige la mise en place de conditions : elle ne peut qu'être réalisée de manière progressive et doit tenir compte des spécificités de la justice française et des conseils de prud'hommes.

693.- *Les caractéristiques du système juridique français.* Dans le système juridique français, la visioconférence occupe une fonction supplétive. Elle n'est appliquée que dans un champ procédural restreint. Seuls quelques domaines du droit, parmi lesquels le droit des étrangers¹⁸⁴⁵, le droit commercial ou les audiences de première instance de certains Territoires d'Outre-mer¹⁸⁴⁶, mettent cette technique en application, et ce dans des conditions très strictes¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴⁵ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile art. L213-9 alinéa 6 et art. L733-1.

¹⁸⁴⁶ COJ art. L 513-4 et L513-8 et Ord. n°98-729 du 20 août 1998 « *relative à l'organisation juridictionnelle dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon* » autorise le recours à la visioconférence pour permettre au magistrat du siège métropolitain, de présider une audience, dans l'hypothèse « *où il se trouverait matériellement empêché de venir sur place dans les délais requis* ». Le rapport de la mission d'audit sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires établit que 32 audiences ont été tenues par ce moyen en 2004 et 2005.

¹⁸⁴⁷ Egalement en matière administrative : CJA art. L781-1: « *Lorsque des magistrats sont simultanément affectés dans deux ou plusieurs tribunaux administratifs d'outre-mer et que leur venue à l'audience n'est pas*

Les Hauts conseils de l'administration ont un recours généralisé à la visioconférence. Pour exemple, le Code de la justice administrative prévoit son utilisation dans le fonctionnement du conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹⁸⁴⁸. Cette pratique est commune aux membres du conseil d'administration de l'institut des hautes études de la défense nationale¹⁸⁴⁹, aux membres du conseil d'administration de l'établissement public administratif¹⁸⁵⁰ et du Haut Conseil du commissariat aux comptes¹⁸⁵¹.

L'installation de la visioconférence a pour objectifs l'identification et la participation active des membres de ces institutions. Elle permet à ces représentants qui ont souvent plusieurs fonctions et travaillent régulièrement hors du territoire français, d'être joignables en tous temps et en tous lieux.

694.- L'entreprise est un microcosme propice à l'implantation de la visioconférence. Le Code de commerce y voit un moyen d'assurer la participation des associés d'une société anonyme¹⁸⁵², d'une société commerciale¹⁸⁵³, d'une société à responsabilité limitée¹⁸⁵⁴, aux conseils d'administration ou aux assemblées générales. Pour se faire, certaines conditions sont requises : la visioconférence doit permettre leur identification et garantir leur participation effective. La nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

695.- Parmi les instruments mis au service du procès français, la place de la visioconférence est marginale, alors même qu'elle se révèle être un outil indispensable

matériellement possible dans les délais prescrits par les dispositions en vigueur ou exigés par la nature de l'affaire, le ou les membres de la formation de jugement peuvent siéger et, le cas échéant, le rapporteur public prononcer ses conclusions dans un autre tribunal dont ils sont membres, relié, en direct, à la salle d'audience, par un moyen de communication audiovisuelle ».

¹⁸⁴⁸ Art. R 232-20-2 du code de la justice administrative prévoit qu' « à titre exceptionnel, les membres du conseil supérieur peuvent, en cas d'urgence née de l'impossibilité de réunir le quorum dans un délai utile, être consultés à distance, par visioconférence, pour émettre un avis sur un projet dont le conseil est saisi par le Gouvernement ».

¹⁸⁴⁹ C. def. art. R1132-38.

¹⁸⁵⁰ C. def. art. R3416-4.

¹⁸⁵¹ C. com. art. A821-1 al. 3 : « Lorsque la réunion physique des membres est impossible et en cas d'urgence, le Haut Conseil peut valablement délibérer au moyen d'une consultation à distance de ses membres absents, par téléconférence, visioconférence ou par voie électronique ».

¹⁸⁵² C. com. art. L225-37 c.com ; L225-85 c. com. ; R223-20-1 c. com. et R225-21 c. com : « Afin de garantir, conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 225-37, l'identification et la participation effective à la réunion du conseil des administrateurs y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations ».

¹⁸⁵³ C. com. L228-61.

¹⁸⁵⁴ C. com. L223-27.

dans les autres pays et que certains rapports français préconisent « *l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires* »¹⁸⁵⁵. Dans un rapport d'audit établi en 2006 par l'Inspectrice générale adjointe des services judiciaires, il était notamment proposé d'étendre la visioconférence au contentieux civil (le droit de la famille est cité en particulier)¹⁸⁵⁶. Une troisième vague d'audit à propos de l'utilisation de la visioconférence en droit pénal est attendue ; il serait assuré par la DGME. Ces perspectives montrent toute l'actualité de la question.

696.- Les enseignements des systèmes judiciaires étrangers. Le Pr. E. JEULAND a réalisé une étude comparative du degré d'introduction des TIC au procès dans les pays de droit civil, y compris au Brésil et en Russie¹⁸⁵⁷. Il ressort des constatations des rapporteurs des pays dotés de la visioconférence, au sein desquels l'Autriche et le Mexique font figure de précurseurs, que celle-ci a pour principaux avantages de réduire les distances et d'accélérer la procédure. Sa mise en place est facile et pourrait aisément être réalisée dans toutes les grandes villes de France, lorsque le tribunal de Grande Instance est équipé de matériel de visioconférence¹⁸⁵⁸.

Parmi les enseignements à tirer de la réussite dans l'utilisation maîtrisée des TIC par les différents pays, E. JEULAND affirme qu'« *une des clefs de la réussite ait été le pragmatisme et la progressivité tandis que les déceptions sont davantage venues des grands projets systématiques comme en Italie* »¹⁸⁵⁹. Au regard de ces informations, deux règles doivent être respectées : l'absence de généralisation et de précipitation dans la mise en œuvre de la visioconférence aux conseils de prud'hommes. Ces précautions veillent à ce que la présence des TIC au procès ne produise pas l'effet contraire du résultat escompté.

697.- Les conditions de mise en place de la visioconférence en droit du travail. Tout d'abord le mécanisme envisagé ne doit pas dénaturer l'essence de la justice prud'homale.

¹⁸⁵⁵ Rapport français sur « *l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires : mission d'audit de modernisation* », La Documentation Française, 2006 : Espagne surtout (p 51) V. également pour l'avis favorable de la doctrine : JEULAND (E.), « La place de l'écrit dans la procédure orale, la recherche de piste pour améliorer la procédure orale », *BICC* hors-série 2004, n°3, p. 45.

¹⁸⁵⁶ Rapport français sur « *l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires : mission d'audit de modernisation* », La Documentation Française, 2006 : Espagne surtout (p 51)

¹⁸⁵⁷ JEULAND (E.), « Nouvelles technologies et procès civil. Rapport général pour les pays de droit civil », in *Direito procesual comparado*, dir. A. PELLEGRINI GRINONVER et P. CALMON, éd. Forense, Rio de Janeiro, 2007.

¹⁸⁵⁸ Le site [justice.europa.eu](https://justice.europa.eu/content_information_on_national_facilities-151-fr.do) recense les tribunaux équipés dont le TGI de Lille notamment : [https://justice.europa.eu/content_information_on_national_facilities-151-fr.do].

Aussi, la procédure prud'homale toute entière ne peut être visée par ce mécanisme, seules certaines étapes de l'instance prud'homale qui ne sont pas objet de remise en cause et qui doivent garder la totalité de leur dimension humaine. Certaines expérimentations ont été menées devant le tribunal de Nuevo Leon au Mexique où depuis 2005 des procès sont entièrement réalisés sur Internet : « *il faut manifester clairement sa volonté de procéder par voie électronique. Les notifications sont alors électroniques dans les deux sens, des parties vers le tribunal et inversement, le dossier est électronique et peut être consulté* »¹⁸⁶⁰. En droit du travail français, la présence des parties devant le bureau de jugement est obligatoire, et ce pour de légitimes raisons. La rencontre physique, pour ce qu'elle implique au procès, devrait donc rester une obligation lors de la phase d'audience. Cette idée est relayée par le rapporteur espagnol estimant qu'une « *procédure entièrement virtuelle est incompatible avec l'exigence de contact direct du juge et des parties, les témoins et les experts* »¹⁸⁶¹. Le rapporteur autrichien abonde aussi dans ce sens lorsqu'il émet l'avis que « *la visioconférence doit être utilisée de manière exceptionnelle et ne doit pas être conçue comme un substitut de la comparution personnelle* »¹⁸⁶².

Ensuite, l'installation de la visioconférence au procès ne doit pas alourdir les formes procédurales mais participer à un allègement de celles-ci, à un meilleur accès et à une simplification de la justice. Une réforme générale est à proscrire, et la transformation doit se faire progressivement et non de manière immédiate. Certains conseils de prud'hommes peuvent être choisis comme lieux d'expérimentation, ils seraient désignés « *conseils-pilotes* ».

Des questions connexes de procédure mériteraient également d'être résolues pour permettre à la conciliation par visioconférence de respecter les principes fondamentaux du procès comme le contradictoire ou l'accès à un juge impartial. Les nouvelles pièces apportées devraient pouvoir être transmises par télécopies.

¹⁸⁵⁹ FABRI (M), « Information and communication technology for justice: the Italian experience », *in IT support of the judiciary*, éd. Oskamp, Lodder, Apistola, TMC Asser Press, La Haye, 2004, p. 130, cité par JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 62.

¹⁸⁶⁰ JEULAND (E.), « Nouvelles technologies et procès civil. Rapport général pour les pays de droit civil », *op. cit.*, n°53.

¹⁸⁶¹ De même E JEULAND ajoute « *il ne faut peut-être pas oublier le rôle du corps humain et des rencontres entre personnes physiquement présentes dans les litiges et leur résolution* », *op. cit.*, p. 23. BRETON (P.), *Le culte de l'Internet, La découverte*, Paris, 2000, p. 70. : « *Remarquons une fois de plus que ma constante de ce culte de l'être informationnel, à la fois condition sine qua non et prix à payer, est le rejet du corps* ».

La visioconférence permettrait de transformer le type de présence exigée lors de la phase de conciliation et de promouvoir la recherche d'un consensus à tout prix. Compte tenu des absences récurrentes des parties, la visioconférence entraînerait une présence et une rencontre virtuelle mais effective. *A fortiori*, elle pourrait même avoir pour avantage, en sa qualité de « *média* », d'atténuer le différend entre les parties et de faciliter l'entente. La visioconférence mérite alors d'être employée comme une alternative aux procédures orales qui rencontrent des difficultés et dont l'inefficacité a été démontrée, comme c'est le cas pour la conciliation. Pour assurer la sécurité des échanges, le renforcement des conditions de forme est nécessaire.

Aussi, la visioconférence permet de tenir compte des impératifs professionnels de chacun, tout en instaurant la communication indispensable à la rencontre des intérêts de l'employeur et du salarié. Elle a le mérite de tisser un lien, immatériel sans doute, mais bien réel entre les parties.

1.2. *Le mécanisme de la proposition*

698.- *Le mécanisme expérimental de l'article 37-1 de la Constitution.* La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 autorise dans le système juridique français les expérimentations législatives et réglementaires, définies comme des « *techniques légistiques qui visent à étudier les effets d'une réforme ou d'une loi sur un échantillon de personnes et dans un temps limité* ». ¹⁸⁶³. L'article 37-1 pose le principe général, il dispose : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

Aussi cette pratique est-elle conditionnée par la détermination d'un délai et d'un domaine d'expérimentation très précis et offre un pouvoir à l'autorité locale qui s'en prévaut. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution dispose en effet que : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le*

¹⁸⁶² Propos rapporté par JEULAND (E.), *op. cit.*, n°62, p. 26.

¹⁸⁶³ CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *Revue française de droit constitutionnel*, n°56, 2003/4.

règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Cette disposition a été notamment appliquée par la loi du 21 août 2007 qui a permis l'expérimentation du RSA (revenu de solidarité active).

Elle suscite un intérêt chez les décideurs politiques, en raison de son faible coût et des risques limités qu'elle leur fait encourir. L'installation des TIC dans le domaine judiciaire s'avère être le domaine de prédilection de l'expérimentation législative, en raison de leur nature imprévisible.

L'expérimentation du mécanisme. Les juridictions administratives sont les pionnières dans l'expérimentation en matière de communication électronique et de notification des décisions par voie électronique¹⁸⁶⁴. Il a été procédé par étape pour munir chaque tribunal d'un système de communication des pièces et requêtes électroniques. L'arrêté du 27 mai 2005 a d'abord permis l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le Conseil d'Etat. Par la suite, la technique de l'expérimentation de la communication électronique des requêtes et décisions a été entendue aux cours et tribunaux administratifs de Paris¹⁸⁶⁵, les mieux dotés en matériel informatique. La troisième étape a consisté à pourvoir les tribunaux volontaires de ces moyens de communication, parmi lesquels les tribunaux de Cergy Pontoise, Melun, Paris et Versailles¹⁸⁶⁶.

En définitive, l'extension du champ expérimental en termes de durée et de temps a été menée progressivement pendant neuf ans, en tenant compte des degrés d'équipement technologique de chaque instance¹⁸⁶⁷.

En procédure civile cette technique est de plus en plus usitée. Depuis le 15 janvier 2009, certaines juridictions civiles ont été désignées pour expérimenter l'efficacité des bureaux d'aide aux victimes¹⁸⁶⁸. Elle est également mise au service du droit de la famille :

¹⁸⁶⁴ Le premier texte relatif à la mise en place de cette pratique dans les juridictions administratives, date du 10 mars 2005, dec. n°2005-222. Cette expérimentation a été reconduite par un arrêté du 3 février 2009

¹⁸⁶⁵ Arrêté du 11 mai 2007 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le tribunal administratif de Paris et la cour administrative d'appel de Paris.

¹⁸⁶⁶ Arrêté du 24 déc. 2008.

¹⁸⁶⁷ Extension de la durée d'expérimentation par le décret n°2009-1649 du 23 déc. 2009 et à nouveau par le décret n°2012-1437 du 21 déc. 2012.

¹⁸⁶⁸ Le tribunal de grande instance de Lille met actuellement en application cette expérience.

les tribunaux de grande instance d'Arras et de Bordeaux ont été choisis pour réaliser les expérimentations prévues par le décret du 12 novembre 2010¹⁸⁶⁹ et par la loi du 13 décembre 2011¹⁸⁷⁰, sur la mise en œuvre de la médiation familiale au sein des instances judiciaires. Cette expérimentation qui devait durer jusqu'au 31 décembre 2013, soit un peu plus de trois ans, vient d'être reconduite.

L'intérêt de cette pratique est notamment le retour d'expérience qu'elle permet quant à l'utilité et la facilité pratiques de la médiation familiale. Dans ce sens, l'article 2 du décret prévoit qu'au terme de l'expérimentation, les chefs des juridictions adressent au garde des sceaux un rapport faisant le bilan de cette expérimentation.

699.- Les modalités requises au regard de la spécificité de l'instance prud'homale.

Les conseils de prud'hommes pourvus de matériel informatique performant, tels que les conseils de prud'hommes de Lille, Paris ou Versailles, sont désignés pour une durée de 3 ans comme « *conseils pilotes* ». Un bilan est ensuite adressé au Ministère de la justice 4 mois avant le terme de l'expérimentation par le chef du greffe des conseils de prud'hommes désignés. Il mettra en lumière, et ce de manière détaillée, deux éléments : les difficultés de mise en œuvre de cette pratique ainsi que le taux de conciliations réalisées. Compte tenu de ces rapports, et nonobstant la possibilité en cas de rapports mitigés de reconduire l'expérimentation, le Ministère de la justice disposera d'une alternative que l'on peut schématiser comme suit :

¹⁸⁶⁹ Déc. n°2010-1395 du 12 nov. 2010 « *relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale* »

¹⁸⁷⁰ Loi n°2011-1862 du 13 dec. 2011 Chapitre 1^{er} « *Expérimentation de certaines modalités de mise en œuvre de l'injonction de rencontrer un médiateur familial* ».

Conciliation par visioconférence	
<p>Retour favorable des rapporteurs : (augmentation du taux de conciliation / facilité de mise en œuvre)</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Extension progressive à l'ensemble des conseils de prud'hommes (au regard de la nouvelle carte judiciaire élaborée)</p>	<p>Retour défavorable des rapporteurs : (situation identique à celle au moment de l'expérimentation/ difficultés de mise en œuvre)</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Abandon de l'idée d'une présence virtuelle et mise en place de mesures visant à inciter la présence corporelle lors de la conciliation. (proposition de loi portant obligation de comparution personnelle lors de la procédure de conciliation).</p>

700.- Le texte de la proposition d'expérimentation. Pour rédiger la proposition d'expérimentation de conciliation par visioconférence aux conseils de prud'hommes, il convient d'étudier la manière législative dont procèdent les pouvoirs législatifs et réglementaires dans les travaux parlementaires portant sur la proposition de loi, adoptée le 22 mars 2012¹⁸⁷¹ « *relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives* », et notamment le chapitre IV « *Dispositions relatives au fonctionnement de la justice* ».

Le texte proposé par le premier paragraphe de la proposition de loi vise à insérer un article L. 111-12 dans le Code de l'organisation judiciaire pour autoriser « *la tenue d'audiences devant les juridictions judiciaires dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la*

¹⁸⁷¹ L. n° 2012-387 du 22 mars 2012, *JORF* n°0071 du 23 mars 2012, p. 5226.

transmission ». La Commission mixte paritaire réunie après les lectures de l'Assemblée et du Sénat, avait évoqué dans son rapport les raisons de son soutien à cette initiative nouvelle. Pour elle, ce mécanisme est nécessaire « *pour éviter de longs déplacements aux parties, à leurs avocats, aux experts et aux témoins, une ou plusieurs de ces salles d'audience pourraient se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie* ». Le rapport ajoute que « *la décision de recourir à la visioconférence serait prise par le président de la formation de jugement, d'office ou la demande de l'une des parties. Toutefois l'ensemble des parties serait requis* ». La Commission émettait le souhait que les modalités d'application de ce nouvel article soient fixées par décret en Conseil d'Etat¹⁸⁷².

Les préconisations de la commission ont été retenues, le nouvel article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire dispose désormais : « *Les audiences devant les juridictions judiciaires,[...], peuvent, par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie*».

701.- La mise en place effective de la visioconférence pour les audiences devant les tribunaux des Territoires d'outre-mer est également riche d'enseignements pratiques. Le troisième alinéa de l'article L. 513-4 du Code de l'organisation judiciaire qui affirme : « *les modalités d'application de l'alinéa qui précède sont fixées par décret en Conseil d'Etat* », renseigne plus précisément sur la répartition des prérogatives du Gouvernement et du Parlement dans la mise en place du dispositif de visioconférence dans un système judiciaire. En conformité avec l'article 37 de la Constitution, le pouvoir réglementaire est chargé de l'édiction des conditions techniques que le dispositif de visioconférence doit respecter lors de la procédure de conciliation ainsi que des modalités de l'expérimentation dans les conseils de prud'hommes désignés pilotes.

702.- L'expérimentation est ainsi une technique en vogue, innovante et largement soutenue par le Ministère de la justice. Elle apparaît comme l'outil adaptée d'une installation progressive et peu coûteuse de la visioconférence dans la procédure de

¹⁸⁷² Rapport de la Commission du Sénat. En ligne : [www.senat.fr/rap/107-036/107-03612.html].

conciliation car elle permet d'avoir un retour d'expérience des conseils déjà pourvus de matériel informatique, sans pour autant bouleverser l'organisation des autres conseils. La participation des TIC à la légitimation de la décision prud'homale met en place un contexte propice à la réception de la preuve sur support électronique par les justiciables et le juge. Néanmoins, pour détenir l'ensemble des connaissances et instruments juridiques nécessaires à son appréhension en qualité d'argument juridique, ce dernier devrait suivre une formation spécifique.

B. Le levier individuel : faire du juge « un décideur informé » en matière de TIC

703.- L'idée de faire du juge un « *décideur informé* » suppose de lui offrir les armes adaptées pour trancher le litige lorsqu'une preuve sur support électronique ou numérique est produite en qualité d'argument juridique. En toute hypothèse, s'il disposait d'une expertise aiguisée, sa posture vis-à-vis de ce type de preuve serait plus neutre¹⁸⁷³.

Aussi, les solutions émises visent à lui confier le rôle de « *sachant* » au procès, capable de comprendre l'avis de l'expert informatique et de prendre une décision éclairée. En théorie, cette opération consiste à transformer les « *savoirs de croyance* »¹⁸⁷⁴ des juges des relations de travail en « *savoirs de connaissance* », qui ne relèvent pas d'une simple conviction de maîtriser telle sorte d'outils, mais bien d'un apprentissage spécialisé d'une science, de ses techniques et de ses concepts.

704.- Ce basculement ne peut, sans nul doute, se faire sans la mise en place de la formation personnalisée des conseillers prud'hommes par des professionnels des Technologies de l'Information et de la Communication. L'intérêt de cette formation résiderait alors dans sa fonction légitimante et éclairante, permettant au juge de se réapproprier la décision judiciaire : il choisirait de neutraliser ses convictions, aspirations et opinions¹⁸⁷⁵, pour mettre au profit du procès du travail, ses connaissances en matière de nouvelles technologies. Ce type de formation, assurée par des experts en informatique, s'insérerait tout naturellement dans la catégorie des formations procédurales qui permettent

¹⁸⁷³ SFEZ (L.), *Critique de la décision*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 31

¹⁸⁷⁴ CHARAUDEAU (P.), *op. cit.*

¹⁸⁷⁵ CARDOZO, *op. cit.*, p. 109., MICHAUT (F.), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, p.71 et s.

de forger le « *tempérament judiciaire* »¹⁸⁷⁶ des conseillers prud'hommes, et plus précisément dans les séminaires sur la procédure civile et le droit probatoire.

Si l'idée de coupler les enseignements relatifs aux nouvelles technologies, comprenant l'apprentissage de la théorie des différents niveaux du processus décisionnel et des systèmes experts¹⁸⁷⁷, avec les études de droit, pour que les étudiants dès leur entrée à la faculté se familiarisent avec la « *l'informatique juridique* », apparaît excessive, la mise en place de séminaires à la teneur pluridisciplinaire et évolutive, à destination des juges, par des spécialistes du domaine, est un point capital de la réforme de la justice prud'homale pour « *garantir la qualité des décisions rendues* »¹⁸⁷⁸.

1. Le sens de la proposition : l'intégration de la preuve sur support électronique dans une réforme générale de la formation prud'homale

705.- L'inefficacité du régime de formation des conseillers prud'hommes dans le système judiciaire français. L'Etat joue un rôle prépondérant dans les formations des conseillers prud'hommes. Il en assure le financement et l'organisation et peut influencer sur leur contenu¹⁸⁷⁹. Le décret du 3 décembre 2002¹⁸⁸⁰ a encadré et précisé le régime de la formation des conseillers prud'hommes : l'agrément est désormais donné aux organismes de formation (des entités spécialisées propres à chaque organisation syndicale représentative) pour cinq ans au lieu de trois ans. Le décret prévoit également un contrôle strict du contenu et de la gestion des formations par le service régional de contrôle de la formation professionnelle (SRC) qui évalue le bilan pédagogique et financier annuel des organismes de formation.

¹⁸⁷⁶ Selon les différentes études sociologiques réalisées, les conseillers prud'hommes se considèrent comme des juges et s'ils ne sont pas vêtus de la robe du magistrat, la médaille qu'ils portent leur reconnaît socialement la fonction de juger : WILLEMEZ (L.), *op. cit.* Ils ont également l'esprit du juge : « *Juger, c'est aimer écouter, essayer de comprendre et vouloir trancher. En bref, c'est aimer et respecter son prochain* » : DRAI (P.) cité par WOOG (J.-C.), « Portrait d'un juge », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 149-158».

¹⁸⁷⁷ BORGES (F. A.), *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁷⁸ BATAILLE (E.), *La procédure prud'homale, op. cit.*, n° 650, p. 439.

¹⁸⁷⁹ C trav art. L1442-1: « *L'Etat organise, dans des conditions déterminées par décret, la formation des conseillers prud'hommes et en assure le financement* ». Le domaine légal de la formation prud'homale est extrêmement restreint puisque la partie législative de la Section 1 « Formation » du Titre IV du Livre IV du code du travail ne regroupe que deux articles (ancien art. L513-4 c. trav.) tandis que la partie réglementaire regroupe 10 articles (art. D1442-1 à D1442-10 c. trav.).

¹⁸⁸⁰ Dec. n° 2002-1407 du 3 déc. 2002 relatif à la formation des conseillers prud'hommes et modifiant le code du travail, *JORF* n°283, 5 déc. 2002, p. 20018.

Ce texte a également modifié le Code du travail dans un sens favorable à la prise en compte des nouvelles technologies dans la formation prud'homale ; l'article D1442-4 du code du travail dispose désormais que le remboursement des frais « *liés à l'utilisation des nouvelles technologies* » est prévu pour les organismes de formation. Le principe selon lequel « *l'Etat soutient financièrement les actions innovantes en matière de formation des conseillers prud'hommes engagées par les organismes agréés* »¹⁸⁸¹ est réaffirmé, ce qui témoigne de la volonté du Gouvernement de promouvoir toute initiative jugée nécessaire et inventive.

Aussi, les propositions relatives à la preuve électronique émises dans cette étude, par les liens ténus qu'elles entretiennent avec l'innovation scientifique et juridique, entrent tout particulièrement dans le champ d'application de ce texte.

706.- A l'épreuve de la pratique judiciaire, les dispositions prises pour légitimer les décisions des conseillers prud'hommes se sont avérées insuffisantes, voire inefficaces, en raison de la faible fréquence à laquelle les formations sont suivies et de leur trop courte durée. Ces constats se justifient par le fait que la formation prud'homale n'est pas obligatoire (seul un tiers des conseillers suit une formation) et doit être demandée par les conseillers des salariés à l'employeur avant ou pendant l'exercice de leur mandat¹⁸⁸². L'employeur peut différer l'autorisation de la formation « *afin que le pourcentage de salariés simultanément absents au titre de ce congé ne dépasse pas 2% de l'effectif total de l'établissement* »¹⁸⁸³. Les conseillers ne peuvent bénéficier que de six semaines par mandat de cinq ans alors que la durée totale d'absence ne peut dépasser deux semaines au cours d'une même année civile. Ces limitations constituent en pratique des obstacles considérables au volontariat et à l'acquisition de solides connaissances par les conseillers. Dans son bilan en date du 27 février 2013, le Conseil de la prud'homie révélait que pour 44 000 journées de formation prévues en 2011, 36 000 avaient été consommées et dans son bilan provisoire pour les dix premiers mois de l'année 2012 : sur 36 000 journées de formation prévues, seules 25 000 ont déjà été utilisées¹⁸⁸⁴.

L'hétérogénéité des formations nuit également à la qualité de leur contenu. Celui-ci diffère nettement selon la confédération qui assure la formation, et selon les régions où

¹⁸⁸¹ C. trav. art. L442-6.

¹⁸⁸² C. trav. art. L1442-2.

¹⁸⁸³ C. trav. art. L6322-7.

¹⁸⁸⁴ Rapport MARSHALL, *op. cit.*, p. 53.

elles sont dispensées (et ce, même s'il existe un tronc commun au niveau national dans les confédérations, des thèmes spécifiques sont choisis au niveau régional).

Dès lors, le caractère facultatif de la formation ainsi que le manque de transparence de son contenu accentuent « *la crise de légitimité* » que traverse la justice prud'homale. Ils contribuent à nourrir l'idée que les conseillers prud'hommes manqueraient de professionnalisme, de rigueur, de connaissances juridiques et de compétences procédurales.

Le droit probatoire s'inclue dans cette profonde remise en cause de l'apprentissage à l'acte de juger. Pour certains praticiens, le déroulement des actes de procédure autant que la manière d'évaluer la pertinence des arguments juridiques, ou que l'élaboration d'une motivation construite du jugement, ne semblent pas être des étapes du procès prud'homal correctement maîtrisées par les conseillers à l'issue de leur formation¹⁸⁸⁵. En ce sens, les interventions lors des débats à l'Assemblée nationale le 28 février 2013, ont mis en lumière le fort taux d'appel des décisions des conseils de prud'hommes (58%) qui résulterait du « *manque de formation des conseillers à la procédure civile* »¹⁸⁸⁶.

Par ailleurs, les promesses d'innovation du pouvoir réglementaire sont restées lettre morte : la place de la preuve sur support électronique ou numérique dans la formation des conseillers prud'hommes est aujourd'hui dérisoire ; les financements alloués et projets de modernisation visant à redonner à la formation prud'homale « *la considération et l'efficacité qui lui font de plus en plus défaut* »¹⁸⁸⁷, sont insuffisants.

707.- Les recommandations européennes en termes de formation. Les exigences de l'Europe en termes de formations des juges sont plus cohérentes et abouties que celles actuellement prévues par le code du travail qui font de la formation des conseillers prud'hommes, un droit et non une obligation. Les instances européennes mettent également plus de moyens au service de la formation. Cette dernière se caractérise par sa forme bicéphale, alliant d'un côté une formation initiale, de l'autre une formation continue,

¹⁸⁸⁵ KRETOWICZ (S.), vice-présidente du tribunal d'instance du X^e arrondissement de Paris, intervention lors du « débat sur le fonctionnement des juridictions prud'homales après la réforme de la carte judiciaire » à l'Assemblée nationale, Compte rendu intégral des débats, 2^e séance 28 février 2013, *JORF*, n°27, 1^{er} mars 2013.

¹⁸⁸⁶ KRETOWICZ (S.), débats à l'Assemblée Nationale, 28 fév. 2013, *op. cit.*

¹⁸⁸⁷ KRETOWICZ (S.), vice-présidente du tribunal d'instance du X^e arrondissement de Paris, intervention lors du « débat sur le fonctionnement des juridictions prud'homales après la réforme de la carte judiciaire » à l'Assemblée nationale, Compte rendu intégral des débats, 2^e séance 28 février 2013, *JORF*, n°27, 1^{er} mars 2013.

elle dispose d'un contenu fourni et varié¹⁸⁸⁸. Selon la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres adoptée le 17 novembre 2010, relative à l'indépendance, l'efficacité et aux responsabilités des juges, l'article 56 du texte dispose « *Les juges devraient bénéficier d'une formation initiale et continue théorique et pratique, entièrement prise en charge par l'Etat. Celle-ci devrait inclure les questions économiques, sociales et culturelles nécessaires à l'exercice des fonctions judiciaires. L'intensité et la durée de cette formation devraient être fixées en fonction de l'expérience professionnelle antérieure* »¹⁸⁸⁹.

Ce texte tend à être généralisé à l'ensemble du corps des décideurs judiciaires (professionnels et non professionnels du droit), et peut tenir lieu de modèle pour améliorer la formation prud'homale. Dans un esprit identique, l'article 63 de l'avis en date du 5 novembre 2012 du conseil consultatif de juges européens (CCJE) affirme que « *de manière générale, les formations doivent être accessibles à tous les juges* ». A l'article 64, le conseil ajoute qu' « *une formation suffisante devrait être fournie dans un délai raisonnable et dispensée avant l'affectation du juge au domaine de spécialisation souhaité et devrait s'achever peu avant le début de ces nouvelles fonctions* »¹⁸⁹⁰. Quant aux personnes habilitées à former, les juges européens demandent que « *la formation soit organisée par les institutions judiciaires publiques de formation* »¹⁸⁹¹.

Ainsi, la formation judiciaire française, pour être en adéquation avec les propositions européennes, devrait répondre à plusieurs critères : proposer aux magistrats une formation initiale (avant leur désignation) et continue (pendant leur mandat); cette formation devrait être théorique et pratique, obligatoire, financée et contrôlée par l'état. Enfin, l'intensité et la durée de la formation devraient être proportionnelles aux besoins pédagogiques des juges visés.

708.- Ces préconisations entrent en totale concordance avec les perspectives de réformes contemporaines car, indépendamment de l'installation ou non d'un échevinage dans la justice prud'homale¹⁸⁹² ou de la création d'une seule et même instance pour les

¹⁸⁸⁸ OBERTO (G.), *Recrutement et formation des magistrats en Europe. Etude comparative*, éd. du Conseil de l'Europe, 2003, p. 35.

¹⁸⁸⁹ CM/Rec(2010)12

¹⁸⁹⁰ CCJE (2012) 4, avis (2012), n° 15

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² Sur ce débat : CADIET (L), « Ouverture », in *Procès du travail, travail du procès*, Paris, LGDJ, 2008, p 28.

questions de droit du travail et du droit de la sécurité sociale¹⁸⁹³, le Ministère de la justice français a récemment émis le souhait « *de faire en sorte que ces conseillers deviennent vraiment des magistrats en terme de formation, de connaissance du droit du travail, de maîtrise des procédures et de capacité de rédaction des jugements* »¹⁸⁹⁴.

2. *La mise en œuvre de la proposition : l'allocation de moyens juridiques et financiers visant à faire de la formation prud'homale une formation parachevée et innovante*

709.- La transformation de la formation des conseillers est intimement liée à celle de leur mode de désignation, domaine qui fait actuellement l'objet d'une actualité brûlante¹⁸⁹⁵. L'idée de passer à la désignation indirecte des conseillers par les délégués du personnel, proposée par les organisations syndicales, rendrait en effet plus prévisibles les personnes susceptibles de remplir les fonctions de conseillers prud'hommes et permettrait l'organisation, en parallèle à la formation continue initialement prévue, d'une formation initiale. Ces questions se posent avec d'autant plus d'acuité qu'un renouvellement important des conseillers prud'hommes est prévu pour 2015, faisant ainsi entrer dans la fonction de juge, des personnes n'ayant aucune formation juridique.

710.- Le rapport RICHARD¹⁸⁹⁶ propose la désignation des conseillers prud'hommes, jusqu'à présent élus, au suffrage universel indirect à partir du premier trimestre 2015. La finalité de la proposition est, outre de garantir la « *quasi-certitude d'un bon taux de participation à la consultation, [et de] mettre en place un dispositif nouveau qui n'entre pas en concurrence avec celui conçu pour apprécier la représentativité des organisations*

¹⁸⁹³ BARTHELEMY (J.), « Droits du travail et de la sécurité sociale : une seule discipline », *Les cahiers du DRH*, nov. 2008, n° 148, p. 25-34.

¹⁸⁹⁴ TAUBIRA (CH.), « Débat sur le fonctionnement des juridictions prud'homales après la réforme de la carte judiciaire » à l'Assemblée nationale. Compte rendu intégral des débats, 2^e séance 28 février 2013, JORF, n°27, 1^{er} mars 2013. La Ministre annonçait la création de deux groupes de travail sur les juridictions du XXI^e siècle, en concertation avec le Conseil Supérieur de la prud'homie. Elle souhaitait l'éclairage des experts du Conseil supérieur de la Prud'homie sur l'échevinage ou la professionnalisation des conseillers prud'hommes et interpellait les députés sur l'édiction de potentielles propositions de loi. Selon l'article R 1431-1 du code du travail, « *le conseil supérieur de la prud'homie formule des avis et des suggestions. Il réalise des études sur l'organisation et le fonctionnement des conseils de prud'hommes.*

¹⁸⁹⁵ Le Conseil Supérieur de la Prud'homie est saisi depuis le 14 novembre sur la question de la désignation des conseillers pour avis et suggestions au Garde des Sceaux. LOYER (L.), membre du Conseil supérieur de la prud'homie, nommé par arrêté du 17 nov. 2004 portant nomination au Conseil supérieur de la prud'homie, JORF n° 285, 8 déc. 2004, p. 20734. Propos recueillies le 22 novembre 2013.

¹⁸⁹⁶ RICHARD (J.), PASCAL (A.), *Pour le renforcement de la légitimité de l'institution prud'homale : quelle réforme de désignation des conseillers prud'hommes ?*, Rapport au ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique, La Documentation française, avril 2010, p. 44.

syndicales »¹⁸⁹⁷, de réduire les coûts considérables (100 millions d'euros tous les 5 ans contre 40 millions d'euros pour cinq ans pour la formation¹⁸⁹⁸) qu'entraîne ce mode d'élection. Au regard de ces perspectives d'évolution, le moment est opportun de proposer une formation prud'homale obligatoire et mixte incluant l'enseignement des caractéristiques de la preuve électronique.

1.1. La consécration d'une formation prud'homale obligatoire et mixte

711.- S'il est de toute évidence nécessaire de transformer le droit à la formation en une obligation de formation¹⁸⁹⁹, un consensus pourrait également être trouvé quant au mode de formation à adopter pour garantir son efficacité et sa qualité.

712.- La double mixité de la formation, entendue comme une mixité de sa forme (initiale et continue) et de son contenu (retour d'expériences professionnelles des conseillers et cours de procédure par des magistrats), semble en effet, mieux à même de faire des conseillers de « *solides magistrats* » en droit du travail. La forme unique que revêt aujourd'hui la formation, s'est révélée insuffisante et exige d'être rapidement complétée.

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision en date du 20 février 2003 à propos de la formation des juges de proximité, a rappelé que l'expérience et les connaissances juridiques nécessaires pour régler un contentieux ne se présument pas et que « *l'exercice antérieur de fonctions impliquant des responsabilités dans le domaine administratif,*

¹⁸⁹⁷ RICHARD (J.), PASCAL (A.), *Pour le renforcement de la légitimité de l'institution prud'homale : quelle réforme de désignation des conseillers prud'hommes ?*, Rapport au ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique, La Documentation française, avril 2010, p. 87.

¹⁸⁹⁸ Rapport MARSHALL, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁹⁹ En témoigne la proposition du rapport MARSHALL de mettre en place cette obligation pour les juridictions commerciales. La justice commerciale, composée de juges consulaires, sert d'exemple et permet un retour d'expérience. Une formation facultative est déjà proposée par l'Ecole nationale de la magistrature aux juges consulaires depuis 2007. Le rapport souhaite aller plus avant en rendant cette formation obligatoire : ce qui est remis en cause notamment est préconisée une obligation de formation initiale et continue. (p. 43). Proposition émise : « *Les magistrats non-professionnels devront suivre, durant leur premier mandat, une formation portant notamment sur la procédure, la rédaction des décisions juridictionnelles et la déontologie, et organisée par l'Ecole nationale de la magistrature. A défaut de l'avoir fait, ils ne pourront pas solliciter le renouvellement de leur mandat* » (p.45)

économique ou social ne révèle pas par lui-même, quelles que soient les qualités professionnelles antérieures des intéressés, leur aptitude à rendre la justice »¹⁹⁰⁰.

713.- L'association des partenaires sociaux à cette réforme s'avère incontournable. D'abord pour éviter que la formation assurée par des professionnels du droit soit coupée de la société civile et perde de sa substance¹⁹⁰¹. Cette crainte s'explique par le système de recrutement des magistrats professionnels : le système français suit un modèle bureaucratique et administratif dans lequel les magistrats accèdent après un concours et y font leur carrière, contrairement au modèle anglo-saxon, où le statut de magistrat ne s'acquiert qu'après 15 ans d'exercice¹⁹⁰². Ensuite, parce que les conseillers prud'hommes sont des « *décideurs hybrides* » : ils détiennent une identité professionnelle, « *donnée par l'appartenance à une carrière* »¹⁹⁰³ et une identité judiciaire « *fournie par l'appartenance à une fonction spécialisée* », qui participent à l'accessibilité et l'intelligibilité de la justice du travail et lui donnent sa dimension humaine.

Aussi, certains auteurs préconisent avec raison, l'ajout d'une formation supplémentaire, neutre et homogène, assurée par les cours d'appel ou par les universitaires. Ils vont jusqu'à l'accompagner d'un stage de 3 semaines au sein d'une juridiction composée de magistrats professionnels¹⁹⁰⁴, au cours duquel, serait enseignée l'importance des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation et l'utilisation des outils informatique pour accéder aux arrêts.

714.- Ces idées de changement s'inscrivent dans la droite lignée des éléments de réponses qui ont trouvé consensus dans le rapport MARSHALL. La Proposition 11.6.6 du rapport affirme : « *pour renforcer leur professionnalisme, les conseillers prud'hommes devront suivre, durant leur premier mandat, une formation portant notamment sur la procédure, la rédaction des décisions juridictionnelles et la déontologie. Cette formation*

¹⁹⁰⁰ Cons. Const. DC n°2003-466 du 20 fév. 2003 : cette décision était rendue au visa de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

¹⁹⁰¹ SALAS (D.), « Les enjeux de la formation des juges », entretiens, *Sistemas Judiciales*, n°1, p3.

¹⁹⁰² BERTUCCELLI (J.), *La fabrique des juges*, vidéo, *op. cit.*

¹⁹⁰³ DOBKINE (M.), « La formation du bon juge », directeur de l'ENM depuis 2005, allocution du 26 juin 2006.

En ligne : [asmp.fr/travaux/communication/2006/dobkine.html].

¹⁹⁰⁴ ARLIE (D.), « Pour une meilleure justice prud'homale », *RJS* 5/10, p. 347-356.

sera organisée par l'Ecole nationale de la magistrature. A défaut de l'avoir suivie, ils ne pourront pas solliciter le renouvellement de leur mandat »¹⁹⁰⁵.

715.- Dans son rapport en date du 27 février 2013, le Conseil supérieur de la prud'homie soutient également la mixité de la formation. Il indique sans ambages qu'il est légitime que les organisations syndicales maîtrisent « *la formation sur le fond du droit du travail, dont la compréhension est stratégique pour elles et leurs militants* », mais ajoute : « *la formation à la procédure, à la mise en état du procès, à la conciliation, à l'acte de juger et à la rédaction des jugements pourrait être assurée par l'ENM de façon commune aux deux collèges et pourquoi pas avec des magistrats départiteurs ou des membres de la cour d'appel* »¹⁹⁰⁶.

716.- S'agissant de la question plus épineuse du financement de ce projet, l'argumentaire du rapport, préconisant que le financement soit « *assuré par le report au bénéfice de l'Ecole nationale de la magistrature, d'une partie des crédits alloués à la formation originaire des conseillers dont le nombre serait réduit, ce qui diminuerait d'autant les crédits alloués à cette première formation* », semble peu ambitieux car il réduirait les déjà trop faibles sommes allouées aux syndicats, pour l'organisation des formations continues (elles ne représentent que 40 Millions d'euros pour une période de cinq ans). Or, l'esprit de la réforme n'est pas d'affaiblir un type de formation au bénéfice d'une autre, mais bien de renforcer les deux modes de formation pour installer, et ce de manière pérenne, une formation prud'homale de qualité.

Aussi, un financement extérieur au domaine de la formation mériterait d'être trouvé ; pour exemple, la réforme du mode d'élection proposée récemment, devrait engendrer des économies significatives qui pourraient être réemployées à financer la formation prud'homale initiale.

717.- Au vu de ces perspectives de réforme, comment intégrer la preuve sur support électronique pour lui permettre de déployer sa force argumentative ?

Un séminaire sur la preuve électronique s'intégrerait parfaitement dans le cadre de la formation initiale en raison de la place de choix qu'elle occupe dans la procédure civile. Il

¹⁹⁰⁵ Rapport MARSHALL, op. cit., p. 53.

aurait un caractère obligatoire et serait dispensé avant que les conseillers ne commencent l'exercice de leur mandat.

Ainsi, avant même leur entrée aux prétoires, les conseillers seraient familiarisés avec l'argument novateur que les parties produisent, auraient connaissance de sa spécificité et détiendrait les clefs de compréhension du langage des experts.

1.2. *L'enseignement pluridisciplinaire des caractéristiques juridiques et techniques de la preuve sur support électronique*

718.- La réflexion porte sur les personnes habilitées à assurer ce type inédit de formation, et sur la manière d'articuler les différentes connaissances de ces personnes.

L'enseignement des caractéristiques de la preuve sur support électronique ou numérique à des conseillers prud'hommes, suppose l'application pratique d'une forme de pluridisciplinarité, entendue comme la rencontre de disciplines distinctes, juxtaposées, pour l'étude d'un objet commun. Le particularisme de cette technique d'articulation des disciplines est que chaque domaine conserve la spécificité de ses concepts, ses méthodes mais surtout son propre langage¹⁹⁰⁷. Le séminaire relatif à la preuve sur support électronique regrouperait plusieurs approches parallèles et des contributions spécifiques, tendant à un but commun.

Aussi, la formation initiale mobiliserait des acteurs de différents horizons comme les experts en informatique, des universitaires ou des magistrats spécialistes de la procédure

¹⁹⁰⁶ V. résumé du Rapport du Conseil supérieur de la prud'homie du 27 fév. 2013. En ligne : [www.cfdt.fr/portail/le-cartnet-juridique/les-prud-hommes/vu-du-conseil-superieur-de-la-prud-homie/conseil-suoerieur-de-la-prudhomie-du-27-fevrier-2013-1/2-prod_134719].

¹⁹⁰⁷ En comparaison, la transdisciplinarité désigne un savoir autonome, qui parcourt diverses sciences sans se soucier des frontières et se construit autour de projets inédits. Dans ce cas, les chercheurs font peu de cas des identités spécifiques pour créer « une structure de connaissance nouvelle », ne faisant alors que déborder des champs scientifiques connus. L'interdisciplinarité quant à elle, suppose un dialogue et l'échange de connaissances, d'analyses, de méthodes entre deux ou plusieurs disciplines. (F.) DARBELLAY, *Interdisciplinarité et transdisciplinarité en analyse des discours, complexité des textes, intertextualité et transtextualité*, Genève, Slatkine, 2005 ; (J.-M.) BAILLY, et (J.) SCHILS, *Trois niveaux d'interdisciplinarité dans l'enseignement secondaire*, FNEC, journée pédagogique, Bruxelles, 1988 ; CARON (J.-C.), *La fabrique interdisciplinaire. Histoire et sciences politiques*, dir. Michel OFFERLE et Henry ROUSSO, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2008, p. 243 ; MORIN (E.), *Sur l'interdisciplinarité*, *Bulletin Interactif du Centre International de Recherches et Études transdisciplinaires* n° 2 - Juin 1994, publié dans Carrefour des sciences, Actes du Colloque du Comité National de la Recherche Scientifique ; OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit ? » in F. CHAZEL (F.) et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 72-73.

civile, qui constitueraient une équipe, et dont l'objet commun serait la formation à la preuve électronique. Cette formation prud'homale pourrait avoir lieu dans une université ou à l'ENM.

719.- D'un point de vue pratique, l'actualité des réflexions portant sur la formation prud'homale permettent d'envisager des contributions concrètes aux débats actuels : une question au Gouvernement mériterait d'être posée afin que soient précisées les perspectives d'évolution dans ce domaine et de vérifier l'adéquation de la présente étude avec le projet de réforme que compte amorcer le Ministère de la justice¹⁹⁰⁸.

§ II. Les solutions relatives à la définition de l'argument juridique

720.- En principe, la force persuasive d'un argument juridique est « *inversement proportionnelle à la probabilité de fraude, et en conséquence, une preuve est juridiquement supérieure à une autre, si sur le plan technique, la probabilité de fraude est inférieure* »¹⁹⁰⁹.

En matière de preuve électronique rapportant des faits, cette exigence de sécurité va bien au-delà de ce qui est attendu de la preuve par écrit, qui pourtant n'exclut pas l'erreur ou la fraude. Il lui est en effet demandé de transmettre une information de manière totalement fiable et de constituer un élément de preuve sans défaut. Le moindre doute quant à l'existence d'une fraude ou d'une erreur dans la transmission ou la conservation de l'information par le support électronique, entraîne la dénégation immédiate de la force argumentative de la preuve produite, à moins que celle-ci soit étayée par une preuve traditionnelle.

721.- A l'inverse, les risques qu'entraîne la consécration d'une recevabilité générale de la preuve sur support électronique sans poser de garanties préalables, ne doivent pas être écartés. La toute confiance numérique dont ont fait preuve les magistrats des pays de Common Law, a été largement décriée par la doctrine¹⁹¹⁰, saluant le premier arrêt dans

¹⁹⁰⁸ Cf. Annexe 1.

¹⁹⁰⁹ BENSOUSSAN (A.), « Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique : Aspect juridique et solutions techniques », *GP*, 2, Doctr. p. 361.

¹⁹¹⁰ Selon l'étude récente menée au Québec par V. GAUTRAIS « *il apparaît étonnant de constater combien les preuves technologiques sont aisément admises, peut-être même davantage que celles que l'on constate dans les affaires plus traditionnelles, entendons par là, moins associées aux technologies de l'information.*

lequel le juge canadien a refusé de recevoir un courriel en qualité de preuve¹⁹¹¹. Dès lors, un compromis profitable à la vérité judiciaire pourrait être trouvé, par l'élaboration d'un cadre probatoire, non trop permissif mais dont les contours seraient adaptés à la preuve électronique des faits.

Reste à déterminer comment faire en sorte de sécuriser ce type de preuve au procès prud'homal, sans lui appliquer le mécanisme de vérification d'écriture de l'article 287 du Code de procédure civile et les conditions d'admissibilité de la preuve d'un acte juridique posées à l'article 1316-1 du code civil. Quelles garanties techniques et juridiques pourraient être mises en œuvre pour lui offrir une véritable force argumentative ?

722.- Les réflexions portent sur la démarche à adopter, les acteurs juridiques à solliciter pour garantir l'intégrité de la preuve sur support électronique et le moment optimal au cours du « *cycle de vie* »¹⁹¹² de la preuve sur support électronique pour agir.

L'utilisation d'un mécanisme juridique double, dont les étapes ne sont pas nécessairement cumulatives, semblerait rétablir l'équilibre argumentatif, rompu par le fait que l'information est contenue sur un support électronique. Il consiste à agir sur la preuve juridique à deux moments distincts : lors de son recueil et de sa production. La sécurité de la preuve sur support électronique pourrait d'abord être renforcée dès l'origine de son obtention, lorsqu'il est admis dans l'entreprise que les éléments de preuve sont recueillis en application du pouvoir de contrôle ou de surveillance de l'employeur. Il s'agirait pour les acteurs des relations de travail de se mettre d'accord pour « *fabriquer* »¹⁹¹³ une preuve électronique fiable en vue d'un potentiel contentieux. Ensuite, ce renforcement pourrait

[...]Ainsi nous croyons apercevoir une tendance selon laquelle des documents provenant de sites Web 2.0 (Facebook, Twitter, etc), mais aussi d'autres tels que les courriels ou des documents technologiques en général, sont admis sans qu'aucun questionnement ne soit envisagé au regard de l'article 2858 C.c.Q. Serait-il possible d'affirmer que les juges sont « éblouis » par la vérité qui semble apparaître comme un mirage au gré d'une capture d'écran ou d'une impression papier prise au détour d'une page web ? : GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique*, Lexisnexis Canada inc., 2014, n°59. Il semblerait profitable à l'étude de s'intéresser d'une part au système probatoire québécois, système mixte de droit civil et de Common Law, qui, après s'être largement inspiré du code civil français s'en est désormais émancipé ; d'autre part aux pays européens où la preuve est libre et qui ont transposé la directive européenne du 13 décembre 1999. ROYER (J.-C.), LAVALLEE (S.), *La preuve civile*, éd. Yvon Blais, 4e éd., 2008 ; CAIDI (S.), *La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information*, Mémoire, Université de Montréal, déc. 2002.

¹⁹¹¹ Arrêt mars 2013 cité par GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique*, Lexisnexis Canada inc., Montréal, 2014, n°59.

¹⁹¹² Ce terme est généralement employé en informatique et dans nombre de lois sur l'intégrité des documents technologiques : Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996, Rés. AG 51/162 ; V. GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique*, Lexisnexis Canada inc., 2014, n° 143.

¹⁹¹³ GAUTRAIS (V.), *op. cit.*, n°61.

s'opérer, lorsque l'une des parties souhaiterait étayer ses allégations devant le juge par la production d'une preuve sur support électronique.

723.- Au demeurant, les perspectives envisagées dans cette étude pour donner à l'argument juridique sur support électronique pleine force persuasive, s'inscrivent dans le raisonnement classique du droit du travail et requièrent la participation des acteurs prépondérants de la collectivité de travail. Habituellement, la recherche de solutions en droit du travail suit un raisonnement de substitution en deux étapes qui détermine le ou les régimes les mieux applicables au problème posé¹⁹¹⁴.

En premier lieu, le législateur va, lorsqu'il est confronté à un problème nouveau, rechercher la solution dans les outils propres du droit du travail. La première proposition agit dans ce sens, en ce qu'elle prend en compte la spécificité du droit du travail pour organiser de manière conventionnelle, les modalités techniques d'utilisation de la preuve sur support électronique dans l'entreprise et les garanties juridiques de protection des salariés face à cet emploi. Elle offre, en amont du procès, une nouvelle forme de préconstitution de preuve **(A.)**.

En second lieu, si le législateur ne parvient pas à résoudre les difficultés rencontrées, il puise dans le droit civil commun ou, si les réponses offertes par le droit civil sont défavorables à la protection des droits des salariés, se tourne vers les droits et libertés fondamentaux¹⁹¹⁵. Sans rompre avec cette habitude, la seconde proposition viserait par une réforme législative d'envergure à renforcer l'intégrité de la preuve sur support électronique lors de la phase processuelle. De nouvelles conditions claires et précises accompagneraient la preuve sur support électronique lors de sa production au procès, entérinant en droit français, la notion canadienne de « *documentation* ». **(B.)**.

Ce nouveau régime de la preuve électronique des faits, non spécifique au droit du travail, transcenderait l'ensemble des procédures et opèrerait une double convergence : se rapprocheraient d'une part, les différentes procédures propres au système juridique français ; d'autre part les systèmes de Common Law et de droit civil.

¹⁹¹⁴ VERGES (E.), *Procédure civile*, Presses universitaires de Grenoble, 2007.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*

A. Le levier conventionnel : la participation des instances représentatives dans l'encadrement de l'utilisation de la preuve sur support électronique

724.- La collaboration avec les instances représentatives en matière de TIC s'avère incontournable en raison des problèmes d'application que connaissent les règles de droit civil dans le domaine des relations de travail. Certaines situations décrites dans cette étude, relevant de l'incohérence et de l'insécurité juridiques, dues à l'installation des TIC dans le microcosme de l'entreprise, pourraient trouver remède dans l'appréhension collective de la preuve sur support électronique.

Aussi, la possibilité d'organiser de façon plus souple, le régime et les modalités d'utilisation de la preuve électronique, en fonction du degré d'équipement de chaque entreprise, permettrait de résoudre une part essentielle des difficultés pratiques et juridiques précédemment observées.

En outre, la négociation collective, par la défense qu'elle assure des intérêts du collectif des travailleurs veillerait à garantir la protection optimale des droits et libertés des salariés face aux risques que génèrent les TIC dans l'entreprise¹⁹¹⁶. Elle se substituerait naturellement au maillage de conventions individuelles sur la preuve qu'autorise le code civil.

1. Le sens de la proposition : la prévision par convention ou charte des modalités de recours aux TIC dans l'entreprise

725.- La convention collective sur la preuve. Si par principe la preuve d'un licenciement peut être fournie par tous moyens électroniques en droit du travail sous couvert de la loyauté de son obtention, nombre de doutes quant à l'admissibilité en qualité de preuve du courriel¹⁹¹⁷, du message vocal laissé sur un répondeur¹⁹¹⁸ ou d'une page Facebook¹⁹¹⁹, ont été peu à peu levés par la Cour de cassation, et ce au détriment de la sécurité juridique.

¹⁹¹⁶ Témoigne de la volonté des instances syndicales de se saisir de la question de l'utilisation des TIC dans l'entreprise, la conclusion le 1^{er} avril 2014, d'un avenant aux accords sur les 35 h entre « la Fédération Syntec », la CFDT et la CGC, insérant une « obligation de déconnexion des outils de communication à distance » pour sécuriser le dispositif du forfait jours des cadres. La négociation d'un avenant de révision de l'article 4 de l'accord national du 22 juin 1999 fait suite à la décision Cass. soc. 24 avr. 2013, n° 11-28398.

¹⁹¹⁷ Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

¹⁹¹⁸ Cf *Supra* n° 267.

¹⁹¹⁹ Cf *Supra* n° 141.

Qu'il s'agisse de l'apparition aux prétoires, sur la dynamique d'un praticien ingénieur, d'un nouveau moyen électronique de prouver un fait¹⁹²⁰, ou même de la difficulté de tracer la limite entre la vie privée et la vie personnelle¹⁹²¹, le salarié a plusieurs fois pâti de l'imprévisibilité et de la malléabilité des TIC, justifiant la frilosité de certains juges de conférer à cette preuve une véritable force persuasive.

A ces constats, ce sont ajoutées les incertitudes quant à l'acceptation ou non de documents électroniques nouveaux dans le cadre des relations de travail, tels que le contrat de travail électronique, la lettre recommandée électronique de convocation à l'entretien préalable ou même la convention sur la preuve électronique insérée dans le contrat de travail dès sa signature. Aussi, la nécessité de circonscrire l'utilisation de la preuve sur support électronique par l'élaboration d'un cadre probatoire précis, s'est révélée impérative.

726.- Pour répondre à cette urgence, la convention sur la preuve semble être l'outil juridique le mieux adapté, lorsqu'elle est appréhendée dans une dimension nouvelle et collective. En effet, si les conventions sur la preuve prévues par l'article 1316-2 du code civil¹⁹²², comporteraient sans conteste, un intérêt en droit du travail en ce qu'elles permettraient « à chacune des parties de mesurer exactement la portée de ses engagements et le mode d'admission de la preuve associée »¹⁹²³, elles créeraient néanmoins des inégalités dans la préconstitution de preuve et continueraient à entretenir le doute quant à l'existence d'un réel consentement du salarié¹⁹²⁴.

L'intérêt premier de la convention sur la preuve est d'astreindre le juge à prendre en compte la preuve électronique lors de l'élaboration de son jugement et à ne pas l'écarter automatiquement face à une preuve sur support papier. La liberté totale du juge dans l'appréciation de la force persuasive d'une preuve ne s'oppose pas à cette obligation puisqu'elle ne lie pas le juge lors de l'appréciation de la valeur probatoire des éléments qui lui sont soumis. De plus, ce juge détient le pouvoir souverain de contrôler les conditions de

¹⁹²⁰ V. par exemple l'insertion récente du message vocal : Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

¹⁹²¹ CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, n° 10-00853, D. 2010, p. 2846, note ASTAIX (A.) ; VERKINDT (P.-Y.), « Les 'amis' de nos 'amis'... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 48, 2 déc. 2010, act. 641.

¹⁹²² Art. 1316-2 C. civ. « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

¹⁹²³ BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 4

¹⁹²⁴ V. *Supra* n° 265 s.

validité des conventions de preuve. Certains pays dans lesquels le régime de la preuve est libre, comme le Danemark ou le Royaume-Uni, ont transposé la directive de 1999 sans voir dans la convention sur la preuve un obstacle à la liberté du juge¹⁹²⁵. La convention sur la preuve a donc un caractère supplétif et en vertu du principe constitutionnel du contradictoire, peut toujours être contestée par les parties. Il incombe simplement au juge de se prononcer sur les documents régulièrement produits¹⁹²⁶ mais il n'est pas amputé de son pouvoir d'appréciation.

La convention collective sur la preuve permet avant tout d'élaborer de nouvelles règles garantissant l'authenticité technique de la preuve. Elle encadrerait le recours à des tiers de certification pour l'archivage et le contrôle des messages envoyés, dans le respect des dispositions légales de protection des données personnelles et des obligations de concertation du comité d'entreprise.

727.- La charte d'utilisation des nouveaux outils de communication. Au reste, la convention collective sur la preuve, envisagée comme un outil spécial du droit probatoire du travail relatif à la préconstitution de preuve, pourrait être doublée d'un outil plus pragmatique portant sur les bonnes pratiques d'utilisation des TIC dans l'entreprise. La charte informatique répond tout particulièrement à cette attente. Définie par les auteurs comme « *un code de bonne conduite dont l'objet serait de préciser la responsabilité des utilisateurs afin d'instaurer un usage correct des ressources informatiques et des services Internet avec les règles minimales de courtoisie et de respect d'autrui* »¹⁹²⁷, elle viserait à sensibiliser, informer et à responsabiliser les salariés employant les TIC tout en engageant une discussion entre les délégués du personnels et l'employeur sur le sujet.

Ce document à dimension collective mérite une plus grande considération du monde juridique. La CNIL recommande vivement sa mise en place dans l'entreprise lorsqu'il a « *pour objectif d'assurer une parfaite information des utilisateurs, de sensibiliser les salariés ou les agents publics aux exigences de sécurité, d'appeler leur attention sur certains comportements de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de*

¹⁹²⁵ Cette nouveauté ne remet pas en place « *le principe selon lequel les juges apprécie librement la valeur probatoire des éléments qui leurs sont soumis* ». Rapport du Sénat n°203 (1999-2000) sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique. En ligne [www.senat.fr/rap/199-203/199-203_mono.html].

¹⁹²⁶ Cass. civ. 25 mai 1988, n°86-12048.

¹⁹²⁷ FENOLL –TROUSSEAU (M.P.), HASS (H.), *La cybersurveillance dans les entreprises et le droit*, Litec, 2002, p. 160.

l'entreprise ou de l'administration »¹⁹²⁸, et lui confère peu à peu une certaine valeur juridique. Incorporé dans le règlement intérieur¹⁹²⁹, son non-respect pourrait occasionner des sanctions pour les salariés.

La qualité et l'exhaustivité du contenu de ce document dépendraient du niveau d'équipement et de la modernité de l'entreprise visée. Schématiquement, ce document accueillerait ou non les écrits électroniques *ad validitatem* pour la rédaction du contrat de travail ou des lettres recommandées de convocation à l'entretien préalable. Il permettrait également de définir, en commun avec l'ensemble des travailleurs, la frontière entre vie privée et vie professionnelle sur le lieu de travail. Pour exemple l'employeur s'engagerait à ne pas ouvrir les messages à caractère privé identifiés par les salariés par la mention « *PRV* »¹⁹³⁰. L'instauration d'une forme de coutume dans l'entreprise assurerait une meilleure sécurité juridique.

2. La mise en œuvre de la proposition : l'instauration conventionnelle d'une nouvelle forme de préconstitution de preuve

728.- La proposition s'articule autour de l'assurance de la transmission des messages et de la conservation du contenu de l'objet communicant par un tiers à l'échange. Il s'agit d'une procédure de certification allégée par rapport à celle imposée par la loi du 13 mars 2000, dont l'utilité en matière de preuve libre a été soulignée par les spécialistes du domaine¹⁹³¹. La conservation de la preuve dans les mains d'un tiers désigné met en place une présomption simple d'intégrité de la preuve sur support électronique.

729.- *Les modalités techniques de la certification de la preuve posées dans la convention.* La certification est un acte volontaire dont les contours ont été tracés par la loi

¹⁹²⁸ CNIL, *La cybersurveillance des salariés*, rapport, 2004, *loc. cit.*

¹⁹²⁹ En vertu de l'article L1321-5 du c. trav. « *les notes de services ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L1321-1 et L1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérés comme des adjonctions à celui-ci* ».

¹⁹³⁰ AUROUX (J.-B.), « Droit du travail et nouvelles technologies : actualité législative et jurisprudentielle », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, mars 2006, n°14, p. 83 ; KOURAR (K.), *La notion de licéité de la preuve en droit du travail face aux technologies de l'information et de la communication*, mémoire de DEA soutenu à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2006, p. 64.

¹⁹³¹ « *La certification du message électronique apparaît, en conséquence, comme un outil efficace en matière de preuve, surtout dans l'éventualité de relations régies par le système de la liberté probatoire. Un tel système, quoique souple, ne dispense pas en effet de la preuve, car 'liberté de preuve ne signifie pas absence de*

du 13 mars 2000. La directive européenne du 13 décembre 1999 fixe le cadre des services de certification pour la signature électronique apposée sur un acte juridique électronique. Une personne physique ou morale est chargée de délivrer des certificats d'authenticité et d'assurer l'ensemble des services qui entourent la signature électronique, tels que l'horodatage, la publication, les listes de consultation. Le mécanisme originel de la tierce certification s'avère ainsi très complexe en raison des nombreuses étapes qui le composent : « *tout d'abord, les parties conviennent entre elles du contenu de leurs stipulations, ensuite pour assurer la fiabilité de leur rapport, elles conviennent de recourir à un tiers supposé garantir l'intégrité des messages qu'elles adresseraient l'une à l'autre (convention de tierce certification) ; chaque partie aura connaissance de l'arrivée à destination de son message par un accusé de réception expédié par l'autre le cas échéant* »¹⁹³². Pour cette raison, cette technique n'est mise en place que dans de rares cas.

Pourtant, l'idée de certifier en amont du procès les différentes communications échangées entre deux ou plusieurs intervenants, paraît fructueuse. Décrite comme « *un outil fort précieux, en ce qu' [il] offre la possibilité de stocker les messages électroniques transmis entre les mains du tiers certificateur* »¹⁹³³, elle serait d'un intérêt manifeste pour garantir les simples écrits électroniques échangés dans le cadre des relations de travail. L'intervention d'un tiers de confiance¹⁹³⁴ permet en effet, de fournir la sécurité et la confiance dans les communications numériques, en assurant des fonctions juridiques fondamentales, telles que l'identification de l'auteur ou l'intégrité des messages. C'est un gage de pérennité et de crédibilité de la preuve électronique. Parce qu'il disposerait d'une totale neutralité et d'une pleine indépendance, le tiers de confiance contribuerait ainsi efficacement à l'établissement et à la conservation des preuves électroniques préconstituées. Aussi, l'extension du champ de la certification à la préconstitution de preuve en droit du travail, mérite d'être envisagée, sous couvert d'adoucir les exigences procédurales appliquées à l'acte juridique électronique.

Par souci de simplicité, le rôle de certificateur pourrait être tenu par un « *centre serveur* », ou par un « *exploitant de télécommunication* », désigné dans la convention collective sur la

preuve' », OUATTARA (A.), *La preuve électronique : étude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, PUAM, 2011, n° 528.

¹⁹³² OUATTARA (A.), *La preuve électronique. Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2011, spéc. n° 504.

¹⁹³³ OUATTARA (A.), *Id.*, n°500.

preuve, parmi une liste générale. L'hypothèse d'une telle relation tripartite fonctionne déjà en matière de communications téléphoniques. La durée et le numéro d'appel des conversations téléphoniques sur la facture de France Télécom, constituent des présomptions que le juge ne peut écarter¹⁹³⁵.

730.- Plusieurs précautions doivent néanmoins être prises quant à l'utilisation du processus d'archivage. La convention collective sur la preuve peut prévoir un archivage et un contrôle sous réserve que cette décision soit entérinée par le comité d'entreprise et d'en informer individuellement les salariés. De même, la protection des données à caractère personnel contenues dans les échanges électroniques doit être assurée par un service spécifique. Répondant justement à cette attente, la proposition de directive européenne n° 2012/0011 en attente de première lecture devant le Parlement en février 2014¹⁹³⁶, introduit la création d'une nouvelle fonction pour assurer la protection des données : le délégué à la protection des données. Sa désignation serait obligatoire pour une durée de quatre ans¹⁹³⁷, et ce aussi bien pour le secteur public que privé pour les grandes entreprises (le seuil prévu à 250 salariés a été largement augmenté) ou « *lorsque les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitement consistent en des traitements qui exigent un suivi régulier et systématique* »¹⁹³⁸. Enfin, le respect du droit à l'oubli numérique, sur le point de devenir un objectif européen¹⁹³⁹, doit être garanti par le recours à des informaticiens spécialisés dans la sécurité des protocoles cryptographiques qui procèdent à l'effacement des données, à la demande du salarié concerné.

731.- L'instauration d'une présomption d'intégrité du support électronique rapportant la preuve des faits. Le mécanisme de la présomption consiste à alléger le fardeau de la preuve en permettant à la partie à qui incombe cette charge de substituer à l'objet initial, un objet plus facile à démontrer. La doctrine y voit le déplacement de l'objet

¹⁹³⁴ CAPRIOLI (E.), « Les tiers de confiance », *loc. cit.*

¹⁹³⁵ Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 1995, D. 1995, note HUET (J.) ; Cass. 1^{ère} civ. 28 janv. 2003, *Bull. civ.* I, n°26, p. 517.

¹⁹³⁶ Proposition de directive 2012/0011 (COD)-25/01/2012 :

En ligne : [<http://www.europarl.europa.eu/œil/popups/summary.do?id=1188884&t=e&l=fr>].

¹⁹³⁷ Proposition de directive 2012/0010 (COD) relative à la « *protection des données à caractère personnel : traitement des données à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et libre circulation des données* ».

¹⁹³⁸ Proposition de directive 2012/0011 (COD)-25/01/2012 :

En ligne : [<http://www.europarl.europa.eu/œil/popups/summary.do?id=1188884&t=e&l=fr>].

¹⁹³⁹ Proposition de directive 2012/0011 (COD)-25/01/2012 :

de la preuve plutôt qu'une véritable dispense de preuve¹⁹⁴⁰. En matière de preuve électronique, au lieu de prouver l'authenticité de l'information et l'intégrité du support, il suffirait de prouver que le document produit a bien été conservé par un « *tiers certificateur de confiance* » qui jouerait le rôle d'interface entre les parties. Le contenu ne pourrait techniquement avoir été modifié ou effacé.

Ainsi, la présomption de fiabilité du système d'archivage serait garantie par la détention de l'information par un tiers.

732.- L'instauration d'une présomption de fiabilité de la preuve électronique n'est en aucun cas immuable. Il s'agit d'une présomption simple qui permet à celui qui veut renverser la présomption d'apporter une contestation sérieuse suffisamment étayée par des éléments probants qui est appréciée souverainement par les juges. Pour exemple, lorsqu'une présomption naît des listes téléphoniques remis par France Télécom, le demandeur doit apporter des éléments objectifs permettant de mettre en doute cette présomption.

733.- En pratique, il n'est pas négligeable que ce mécanisme est très onéreux, en raison des nouvelles obligations européennes qui incombent aux responsables du traitement des informations. Au risque d'engager leur responsabilité, ils s'engagent à « *conserver une trace documentaire des opérations de traitement sous leur responsabilité ; notifier les violations de données à caractères personnel ; mettre en œuvre les mesures appropriées pour assurer la sécurité du traitement ; effectuer une analyse d'impact relative à la protection des données préalablement aux traitements présentant des risques* »¹⁹⁴¹. Cette technique de préconstitution de preuve serait de ce fait, l'apanage des grandes entreprises. Dans les autres cas, lorsque la certification de la preuve ne peut être réalisée par un tiers de confiance désigné par les parties, selon les modalités prévues dans la convention, le juge pourrait se tourner vers des dispositions législatives plus générales.

En ligne : [<http://www.europarl.europa.eu/œil/popups/summary.do?id=1188884&t=e&l=fr>].

¹⁹⁴⁰ MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.), « Introduction générale », *Deffrénois*, 3^e éd., spéc. n°173.

¹⁹⁴¹ Proposition de directive 2012/0011 (COD)-25/01/2012 :

En ligne : [<http://www.europarl.europa.eu/œil/popups/summary.do?id=1188884&t=e&l=fr>]

B. Le levier législatif : la nouvelle définition de la preuve électronique des faits

734.- Pourquoi légiférer sur la preuve électronique en l'inscrivant dans une réforme plus ambitieuse du droit probatoire?

La mise en place d'un mécanisme de création de la loi a pour caractéristique d'être ancrée dans une perspective téléologique de la règle de droit. L'élaboration d'une loi serait essentiellement motivée par son utilité. Selon GENY, la volonté qui inspire une loi « *ne porte que sur un domaine de faits concrets, très étroit et très limité. Presque toujours, une loi n'a qu'un point isolé en vue ; toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique. Lorsque le législateur s'interpose, c'est pour mettre fin à tels ou tels faits, très nettement déterminés, qui ont provoqué sa décision [...]. Quant aux autres conséquences logiques à déduire de ces principes, le législateur ne les a pas soupçonnées* »¹⁹⁴².

735.- S'agissant de la preuve sur support électronique ou numérique, les théoriciens comme les praticiens du droit ont démontré que la loi du 13 mars 2000, faisant office de référence en la matière, n'a pas rempli les objectifs juridiques fixés. Sans mettre de côté la possible abrogation de la loi, pourrait être envisagée au terme de cette étude, une réforme générale du droit de la preuve, permettant l'insertion d'une section consacrée à la preuve électronique des actes juridiques et des faits dans le Code civil¹⁹⁴³. En parallèle, se poursuivrait l'appréhension collective de la preuve sur support électronique dans le milieu du travail, dans laquelle le juge et les partenaires sociaux joueraient un rôle prépondérant.

1. L'esprit de la réforme : inscrire la preuve sur support électronique au centre d'une réforme substantielle du droit probatoire.

L'inscription de la preuve électronique au centre d'une véritable réforme substantielle du droit probatoire est indispensable, voire même urgente. Cette modification se justifierait par un souci de cohérence et de modernité du droit français, inspiré des évolutions du droit canadien.

¹⁹⁴² GENY (F), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1919, Préface écrite par SALEILLES (R), spéc. p. XVI.

1.1. *La nécessité d'offrir à la preuve des faits un véritable cadre probatoire*

736.- L'idée d'une possible réforme générale du droit probatoire ne semble pas atteindre le législateur français, contrairement à son homologue canadien. Il se situe dans une tout autre dynamique que celle insufflée par la CNIL ou par les différentes juridictions, préférant au changement, la continuité et la stabilité. Certains procédés juridiques, lorsqu'ils sont employés dans l'élaboration de la norme sont des marqueurs incontournables de la volonté du législateur de ne pas bousculer de trop près le système juridique en place. En matière de preuve électronique, certains indices témoignent sans conteste de la position attentiste du législateur et de sa crainte d'innover, parmi lesquels : l'utilisation de la fiction juridique¹⁹⁴⁴ et le peu d'initiative dont il a fait preuve dans la loi du 13 mars 2000¹⁹⁴⁵.

737.- L'idée véhiculée qu'il existe en droit probatoire une théorie générale bien établie, tenue pour évidente par la doctrine française, et dont les perspectives actuelles de réforme sont quasi-inexistantes, participe également de la volonté du législateur d'évoluer « *sans rompre les équilibres* »¹⁹⁴⁶. Ces éléments sont d'autant plus caractéristiques lorsqu'ils sont mis en parallèle avec les réformes ambitieuses menées au Québec lors de la rédaction du Code civil de 1991¹⁹⁴⁷.

738.- *La fiction juridique.* Désignée auparavant comme un « *procédé exceptionnel anormal* »¹⁹⁴⁸ la fiction juridique connaît, depuis l'avènement des Technologies de l'Information et de la Communication, un essor sans pareil.

¹⁹⁴³ Si la mise en chantier d'une réforme générale de la preuve est sans conteste, un point essentiel de la modernisation du droit, le sujet de l'étude nous arrête pour le moment, aux simples propositions relatives à la preuve sur support électronique.

¹⁹⁴⁴ V. les différentes théories dans la doctrine et notamment. DEMOGUE (R.), « Un nouveau livre d'enseignement du Droit civil ; Les lettres missives d'après un livre récent », *RTD civ*, 1913, p. 156 ; « Les notions fondamentales du droit privé », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1911 ; CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 668.

¹⁹⁴⁵ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000

¹⁹⁴⁶ V. sur la fiction notamment : C. PERELMAN (C.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974 ; SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit comparé sur les personnes juridiques*, Paris, éd. la Mémoire du droit, 2003.

¹⁹⁴⁷ PHILLIPS (M.), *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2010.

¹⁹⁴⁸ IHERING VON (R.), cité par CHASSAGNARD-PINET (S.) lors de la conférence du 28 janvier 2011 à la MESHS, « *La place de la fiction dans le raisonnement juridique* ».

Sa fonction première est de légitimer les procédés modernes de preuve et de conclusion du contrat tout en les intégrant aux « *dispositions générales* » relatives à la preuve littérale du Code civil, par la modification du texte de l'article 1316 et par l'ajout de quatre tirets à ce même article¹⁹⁴⁹.

Le particularisme de la fiction juridique réside dans son utilité fonctionnelle, en ce sens qu'elle évite au législateur de créer un régime de la preuve moderne à part entière. Le « *choc des systèmes probatoires* » tant redouté par la doctrine n'aura pas lieu. Celle-ci craint « *qu'à opposer un système probatoire archaïque à un système probatoire moderne, on ne peut que récolter un antagonisme puissant et un sentiment de dédoublement* »¹⁹⁵⁰. La fiction juridique est par ailleurs définie comme une « *construction intellectuelle* », un « *concept arbitrairement forgé*¹⁹⁵¹ *qui remplace la situation naturelle* ». En des termes plus réducteurs, elle consiste à faire « *comme si* »¹⁹⁵².

Ce procédé opère en réalité, un forçage de la catégorie juridique. Celle-ci voit d'étendre ses frontières pour y faire entrer une nouvelle notion qui à l'origine est impropre à adhérer à cette catégorie. La fiction juridique entraîne donc, par essence, la dénaturation du droit. Certains y voient, comme R. VON IHERING, « *un mensonge technique consacré par la nécessité* » ; d'autres, une « *décision où l'on qualifie les faits contrairement à la réalité pour obtenir le résultat souhaitable qui serait conforme à l'équité, à la justice ou à l'efficacité sociale* »¹⁹⁵³.

739.- La question de la nécessité de l'utilisation du procédé de fiction juridique prend tout son sens dans l'étude de la preuve électronique. Eu égard au contenu des lois relatives à la matière, il est incontestable que le législateur a bien eu pour objectif de forcer les frontières du régime général de la preuve pour y insérer la preuve par TIC. En témoignent certaines expressions inhérentes à la fiction juridique extraites de la loi par les auteurs¹⁹⁵⁴ : « *est censé* », « *est réputé* ». Reste à déterminer si ce souhait d'insérer la preuve sur

¹⁹⁴⁹ Art. 1316-1 à 1316-4 c. civ.

¹⁹⁵⁰ GAUTIER (P.-Y.), « Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique », *D.* 2000, n°12.

¹⁹⁵¹ Du latin « fingo, ere » : façonner, GAFFIOT (F.), *op. cit.*

¹⁹⁵² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*

¹⁹⁵³ PERELMAN (C.), *Ethique et Droit*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 593.

¹⁹⁵⁴ DE LAMBERTERIE (I.), *Préconstitution des preuves, présomptions et fictions*, in *Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP /CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003. En ligne : http://www.lex-electronica.org/docs/articles_106.pdf.

support électronique sans pour autant modifier le régime probatoire existant est un choix juridique cohérent ou une simple solution de facilité, voire de conservatisme étroit.

L'origine du problème est née de ce que la doctrine nomme de manière symptomatique « *une anomalie du droit probatoire moderne* ». En effet, la signature électronique prive l'acte juridique de support matériel tandis que le droit romain instaure l'exigence d'une matérialisation du contrat¹⁹⁵⁵. S'il allait de soi que le législateur fasse appel à la fiction juridique, pour consacrer dans l'urgence « *l'équivalence fonctionnelle* »¹⁹⁵⁶ de la preuve électronique à la preuve littérale, et éviter ainsi toute incohérence juridique, cette intervention aurait pu ouvrir la porte à une plus large réflexion sur la théorie générale de la preuve.

740.- Ainsi, la fiction jouerait son rôle premier : celui de mettre en place une solution transitoire en attendant la solution juridique adéquate. Nous serions, comme le pensait DEMOGUE, dans la phase de préparation à la « *maturation juridique* », ce qui présagerait alors, une transformation imminente du régime général de la preuve. En ce sens il s'agirait, comme le défend IHERING, d'une solution passagère évitant de laisser la place à la carence juridique, le législateur convenant comme l'auteur qu'« *au désordre sans fiction, on préfère l'ordre avec fiction* ».

La situation reste dans ce cas en suspens et le législateur, affublé non sans raison d'une position expectante, ne peut se dissimuler trop longtemps derrière la fiction.

741.- Par ailleurs, la question de la pertinence du raisonnement par fiction juridique reste entière en matière de preuve par TIC. L'allocution du Professeur G. CORNU dans une conférence à Montréal suscite le questionnement : « *Ainsi, pour répondre au progrès de la technologie dans l'expression des signes, est-il vraiment nécessaire, comme le font ou envisagent de le faire certaines législations, d'énoncer que l'écrit consiste dans 'toute expression lisible portée sur un support papier, optique ou magnétique ?' Au lieu de déformer, dans sa définition, la notion millénaire d'écrit et de faire abstraction de la base tangible originelle qu'est l'original ne suffisait-il pas, substituant à la fiction le procédé lui*

¹⁹⁵⁵ DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations-contrat et quasi-contrat*, Litec, 2000, n°47, p. 22.

¹⁹⁵⁶ GAUTRAIS (V.), « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », in *Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage ?*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

*aussi consacré et aussi imaginatif qu'est l'assimilation, de poser que ces procédés nouveaux – qui méritent en effet d'être valorisés – sont assimilés à l'écrit quant à leurs effets, dans la mesure où ils présentent, par leur caractère durable et fidèle (puisque ce sont les deux critères de valeur de la preuve écrite) des garanties équivalentes? Imagination pour imagination... »*¹⁹⁵⁷. L'utilisation moderne de la fiction juridique, et à tout le moins celle qu'en a fait le législateur français, est contestable, en ce qu'elle complexifie les choses et revêt un caractère délétère. Pour l'auteur, elle contourne une technique juridique simple : celle de l'assimilation. D'autant que la loi du 13 mars 2000 fait, dans son intitulé, précisément référence au vocable « *assimilation* ».

Sous le prisme progressiste, il serait légitime de dire que le législateur, faisant peu de cas de ces considérations, adopte une démarche « *conséquentialiste* »¹⁹⁵⁸ et élude l'autre alternative possible : celle de créer de toutes pièces un régime juridique de la preuve sur support électronique ou numérique commun à l'ensemble des procédures.

742.- La place du droit probatoire dans le droit commun. Le traitement doctrinal et législatif des nombreuses règles de preuve sont symptomatiques de la complexité et du caractère paradoxal du droit de la preuve. L'envisager dans sa globalité est une gageure¹⁹⁵⁹, car le droit probatoire est un droit éparpillé qui ne dispose pas de corpus législatif propre. L'absence de théorie générale de la preuve et de « *Code probatoire* » se justifie pour la doctrine par le constat que « *la preuve se situe à un carrefour des règles de fond et des règles de procédure* »¹⁹⁶⁰. Cela provoque la répartition des règles de preuve entre le Code civil¹⁹⁶¹, comportant les règles de fond qui définissent le fait à prouver, déterminent les moyens de preuve admissibles selon la matière du litige et fixent la force probante des

¹⁹⁵⁷ CORNU (G.), « L'imagination à bon droit? », 2e conférence Albert-Mayrand, Montréal, éd. Thémis, 1998, p. 15.

¹⁹⁵⁸ Le droit, sous sa conception instrumentale, s'apparente alors à une technique de régulation sociale. MEKKI (M.), « Une approche renouvelée de l'objet droit ? », propos recueillis lors du colloque « *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières* », 20 mai 2011, Université de Lille 2.

¹⁹⁵⁹ BENTHAM (S.) avait lui-même tenté d'élaborer un manuel de droit de la preuve en vain. Notons néanmoins, le travail de synthèse effectué par le groupe de travail dirigé par CEZARO (J.-F.) : *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La documentation française, 2013.

¹⁹⁶⁰ GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1994, n°628 ; *La preuve*, rec. Soc. J. BODIN, vol. XVI à XIX, Bruxelles:1963-1965. J. CHEVALLIER (J.), *Droit civil*, 4^e éd., Paris : Sirey, 1970, p. 28 ; VERGES (E.), *Procédure civile*, Presses universitaires de Grenoble, DL 2007.

¹⁹⁶¹ C. civ. art 1315 à 1369.

procédés de preuve, et le Code de Procédure civile¹⁹⁶² qui régit l'administration de la preuve et le rôle du juge¹⁹⁶³.

Ainsi, la preuve ne dispose pas de section autonome dans le Code civil, mais est insérée dans la partie législative de ce dernier, relative au droit des obligations¹⁹⁶⁴. Compte tenu de la nature transversale des règles de fond portant sur la preuve, il est surprenant de les situer dans le chapitre VI « *De la preuve des obligations et de celle du paiement* » du titre III « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* » du Livre III « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* » du Code civil. D'autant que le contentieux portant sur les questions relatives à la preuve légale est loin d'être le contentieux majoritaire en la matière¹⁹⁶⁵.

743.- Ce constat fait écho à la manière traditionnelle dont est enseigné le droit probatoire : le système de la preuve légale tiendrait lieu de fondement au régime probatoire de droit civil, tandis que le système de la preuve morale serait subsidiaire¹⁹⁶⁶. En réalité, « *la liberté de la preuve ne représente qu'un îlot, dans un océan de liberté. La liberté concerne tous les faits juridiques, elle s'impose aux contrats commerciaux et au contrat de travail. Elle domine évidemment la matière pénale, mais également la matière civile* »¹⁹⁶⁷. Aussi, la place conférée dans le code civil aux règles de fond du droit probatoire n'est pas anodine : si elle se justifiait historiquement¹⁹⁶⁸, elle démontre désormais les liens ténus que l'on souhaite lui conserver avec les domaines privilégiés du droit privé, à savoir le droit des contrats et le droit des obligations.

¹⁹⁶² Le Code de procédure civile a été précédé par le Code Louis de 1667, puis par le Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1807. Celui-ci ne sera abrogé qu'en 1975 pour l'entrée en vigueur en 1976 du Code de procédure civile, sous la dénomination « Nouveau Code de procédure civile » (NCPC). Comme il se substitue à l'ancien Code de procédure civile, on peut le désigner par « Code de procédure civile », bien que certaines dispositions de l'ancien code demeurent en vigueur, parfois avec le même numéro d'article.

¹⁹⁶³ Le Code de procédure civile traite à deux endroits de la preuve : il pose les principes généraux des art.9 à 11 et organise l'administration judiciaire de la preuve aux art.132 et 322 du titre VII, livre Ier.

¹⁹⁶⁴ C. civ. articles 1315 à 1369.

¹⁹⁶⁵ DELEBECQUE (PH.), BRETZNER (J.-D.) et VASSEUR (T.), « Droit de la preuve », chron. annuelle publiée au Recueil Dalloz, cité par VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé » in Mélanges J.-H Robert, Lexisnexis, 2012, p. 853.

¹⁹⁶⁶ Notons également que lors des débats sur la loi du 13 mars 2000, le rapport du Sénat évoquait la place centrale de l'écrit et retenait l'idée que l'essentiel du droit civil français relève d'un régime de preuve légale : Rapport 203 (1999-2000) – commission des lois.

¹⁹⁶⁷ VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé » in Mélanges J.-H Robert, Lexisnexis, 2012, p. 853.

¹⁹⁶⁸ V. *La preuve en justice, de l'Antiquité à nos jours*, dir. LEMESLE (B.), Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2003, 271 p., ISBN : 2-86847-835-2 ; LEVY (J.-P.), « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », in *La preuve, Droits*, n°23, 1996, p.3-11.

744.- *La place du droit de la preuve dans le Code civil Québécois.* L'existence dans le Code civil québécois depuis 1991, à côté de chapitres relatifs à la preuve spéciale¹⁹⁶⁹, d'un Livre septième intitulé « *De la preuve* », dont le Titre premier porte exclusivement sur le régime général de la preuve, et qui regroupe à lui seul soixante-et-onze articles¹⁹⁷⁰, permet d'émettre le souhait, comme l'a fait le Professeur E. VERGES, d'un « *renouveau de la théorie de la preuve en droit privé* ». Ce chapitre se divise en trois titres qui portent respectivement sur le régime général de la preuve, les moyens de preuve et la recevabilité des éléments et des moyens de preuve.

745.- Contrairement au droit français qui élabore une liste des preuves légales admises pour prouver un acte juridique, sans faire référence au système de la preuve morale, le droit canadien ne fait pas de distinction entre la preuve des faits et la preuve des actes juridiques dans l'élaboration d'un régime général de la preuve¹⁹⁷¹ et rassemble l'ensemble des textes relatifs à la preuve selon les trois thématiques précitées. Largement influencée par la Common Law, la preuve des faits est mieux encadrée et codifiée dans le Code civil Québécois.

746.- Une nuance doit néanmoins être apportée à ces propos. En effet, des réflexions sur la place disproportionnée que tient la preuve des actes juridiques dans le droit probatoire français semble peu à peu émerger des écrits doctrinaux. En témoigne l'article 142 du projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats¹⁹⁷² qui souhaite modifier l'article 1315-1 du code civil en y ajoutant une référence à la preuve des faits : « *La preuve des actes et des faits peut être faite, selon les distinctions qui suivent, par écrit, par témoins, par présomption, par aveu et par serment* ». Ce texte s'avère être inspiré de l'article 2811 du Code civil Québécois de 1991 qui pose le principe général selon lequel : « *La preuve d'un acte juridique ou d'un fait peut être établie par écrit, par témoignage, par présomption, par aveu ou par la présentation d'un élément matériel [...]* ».

¹⁹⁶⁹ Pour exemple : Chapitre deuxième « De la preuve du mariage » (art. 378 et 379 C.c.Q.) ; Section I « Des preuves de la filiation » (art. 523 à 529 C.c.Q.), « De la preuve du testament », etc.

¹⁹⁷⁰ C.c.Q. art. 2803 à 2874.

¹⁹⁷¹ C.c.Q. art. 2811.

¹⁹⁷² Projet de loi n° 175 « *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* », présenté au Sénat le 27 nov. 2013.

747.- La proposition du Professeur E. VERGES de reconstruire la théorie générale de la preuve en élaborant de nouvelles divisions¹⁹⁷³ paraît judicieuse, en ce qu'elle permet de réunir en un ensemble cohérent et indépendant, l'ensemble des textes relatifs au droit probatoire, pour ainsi créer une unité simple et accessible à tous, dans laquelle la preuve électronique tiendrait une véritable place.

748.- *Le projet de loi « relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »*¹⁹⁷⁴. Ce projet déposé le 27 novembre 2013 au Sénat a suscité une importante controverse dans la doctrine. S'il a finalement été abandonné¹⁹⁷⁵, l'article 3 du projet autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relatives à la preuve des obligations, s'accompagne d'un « projet de simplification de régime de la preuve des obligations », et a pour intérêt d'annoncer les avancées envisageables en matière probatoire. Sans détour, il faut convenir qu'elles sont minces, et ce pour deux raisons.

D'abord, la réforme proposée du droit probatoire s'inscrit de nouveau dans le périmètre restreint du droit des obligations. Elle s'inspire notamment du rapport rédigé en 2008 par le groupe de travail du Professeur TERRE, qui met en place trois volets de réforme, parmi lesquels le volet « *Régime général et preuve des obligations* ». Le droit probatoire fait ainsi l'objet d'un peu ambitieux chapitre IV « *La preuve de l'obligation* ». Cette position apparaît d'autant plus décevante qu'à la lecture des intentions des rédacteurs, ces derniers ont souhaité donner une « portée internationale »¹⁹⁷⁶ à la réforme, pour permettre à la France d'être en conformité avec les pays qui se sont affranchis de l'influence du code civil français (« *trop ancien pour demeurer source d'inspiration* »), en l'occurrence le Québec.

¹⁹⁷³ La nouvelle structure de la théorie générale de la preuve proposée par E. VERGES repose sur quatre thématiques : « I. L'objet de la preuve, II. La charge de la preuve ; III. La constitution du dossier probatoire ; IV. L'appréciation des preuves. » : VERGES (E.), *op. cit.*. V. VERGES (E), « Pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit français », Intervention à la faculté de Droit Université de Montréal, 25 fév. 2014.

¹⁹⁷⁴ Projet de loi n°175 « relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, présenté par Mme TAUBIRA, garde des sceaux, enregistré à la Présidence du Sénat le 27 nov. 2013. L'article 3 permettait au Gouvernement de prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi et notamment : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour : 12° Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser ensuite les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler enfin les régimes applicables au différents modes de preuve ».

¹⁹⁷⁵ V. le rapport de la Commission en date du 15 janvier 2014 sur le Projet de loi n° 175.

En second lieu, alors que le projet de réforme vise expressément à « *tenir compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques* », il n'est fait qu'un simple rappel aux règles du Code civil encadrant la preuve électronique. Les articles 144 à 147 du projet ne font que reprendre les notions d'écrit et de signature électroniques, élaborées il y a quatorze ans par la loi du 13 mars 2000, et ce malgré les difficultés interprétatives que ces définitions entraînent dans l'ensemble des contentieux de droit civil.

1.2. La nécessité d'offrir au droit probatoire électronique une réelle substance

749.- La complexité et le manque d'exhaustivité de la loi du 13 mars 2000, pourtant texte de référence en matière de preuve électronique, a donné lieu à une myriade d'interprétations. La jurisprudence a fait montre d'une grande confusion dans l'application des exigences relatives à l'admissibilité de la preuve sur support électronique. Certaines incohérences techniques et juridiques ont également été décelées par les chercheurs français et québécois, s'agissant de l'interprétation de la loi « *concernant le cadre juridique des technologies de l'information* »¹⁹⁷⁷. Ces derniers ont souligné les rares utilisations dont a fait l'objet cette loi par le monde juridique, son caractère trop général et l'absence de réalité pratique dont fait montre le principe de neutralité qui en résulte¹⁹⁷⁸, à tel point que son abrogation a été proposée.

Dès lors, ni les règles françaises ni les règles canadiennes n'ont atteint leurs objectifs juridiques d'encadrement de la preuve sur support électronique, en ce qu'elles se révèlent trop complexes et véhiculent, plus que des références juridiques, des réflexions propres aux spécialistes de la gestion documentaire et des sciences informatiques.

750.- *Le contenu lacunaire de la loi du 13 mars 2000.* Les critiques émanant de la doctrine à l'époque de l'adoption de la loi s'articulaient essentiellement autour de

¹⁹⁷⁶ Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, p. 72.

¹⁹⁷⁷ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L. Q., 2001, c. 32. Voir site du Ministère de la culture et des Communications du Québec.

En ligne : [http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/index.html].

¹⁹⁷⁸ GAUTRAIS (V.), *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, éd. Thémis, 2012 ; *La preuve technologique*, Lexisnexis Canada inc., 2014.

l'absence de prise en compte de la fonction *ad validitatem* de la preuve¹⁹⁷⁹, mais ne visaient pas le manque de travail innovant sur les concepts et les classifications du droit probatoire.

Sans doute, ce constat s'explique par le contexte d'élaboration de la loi du 13 mars 2000. Cette loi assure la transposition de la directive européenne du 13 décembre 1999 portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques¹⁹⁸⁰, et s'inspire de la directive européenne sur le commerce électronique¹⁹⁸¹ qui impose en son article 9 aux Etats membres de reconnaître la validité des contrats électroniques. Aussi, pour répondre aux attentes mercantilistes de l'Europe selon lesquelles, « *le développement des services de la société de l'information dans l'espace sans frontière intérieure est un moyen essentiel pour éliminer les barrières qui divisent les peuples européens* »¹⁹⁸², consacre-t-elle essentiellement deux éléments : l'écrit et la signature électroniques. A la lecture des directives et du contenu de la loi, il est donc évident que la preuve sur support électronique n'était pas l'objet principal de la réforme et n'a donc donné lieu qu'à une réflexion subsidiaire.

751.- Pourtant, dans le système judiciaire français, la loi du 13 mars 2000, transposée aux articles 1316 à 1316-4 du code civil, unique en la matière, fait office de référence dans l'interprétation de la preuve électronique. Qu'ils s'agissent d'un fait ou d'un acte juridique à prouver, lorsqu'une preuve écrite électronique est produite au procès, les magistrats se réfèrent fréquemment, de manière implicite ou explicite, aux articles 1316-1 et 1316-4 du code civil.

Les juges du fond font parfois l'erreur d'appliquer à la preuve d'un fait, les critères reposant sur le triptyque légal de recevabilité de la preuve électronique écrite (identification, conservation et intégrité), à tel point que la chambre sociale de la Cour de cassation a dû intervenir dans un arrêt en date du 25 septembre 2013¹⁹⁸³ pour rappeler « *que les dispositions invoquées par le moyen [les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil] ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés*

¹⁹⁷⁹ Elles ont été accueillies par le législateur le ...2005 ; V. chap. préliminaire

¹⁹⁸⁰ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 1999, JOCE n° L013, 19 janv. 2000, p.0012-0020.

¹⁹⁸¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 « *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur* », J.O.C.E. n° L178 du 17 juil. 2000, p.0001-0016.

¹⁹⁸² *Ibid.*

souverainement par les juges du fond ». La cour d'appel de Bordeaux avait procédé à une vérification du courrier électronique contesté, dans lequel l'employeur demandait à sa salariée de ne plus revenir au travail dans des termes outranciers. Les juges du fond, en application de l'article 287 du code de procédure civile, affirmaient que l'employeur était « bien l'auteur et l'expéditeur » car il « ne rapportait pas la preuve que l'adresse de l'expéditeur mentionnée sur le courriel était erronée ou que la boîte d'expédition de la messagerie de l'entreprise ait été détournée ».

Avant même de poser clairement le principe d'inapplicabilité des exigences de l'article 1316-1 au procès du travail, la Cour de cassation faisait montre d'une résistance constante aux assauts des demandeurs au pourvoi, œuvrant dans leurs moyens à démontrer que la preuve des faits produite aux débats, contrevenait aux exigences des articles 1316-1 à 1316-4 du code civil. La Haute juridiction de rappeler inlassablement, « que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis »¹⁹⁸⁴ que statuait la cour d'appel.

Au reste, si les conditions d'authenticité de la preuve électronique posées par l'article 1316-1 du code civil, dans la mesure où elles doivent être envisagées comme des règles de preuve propres au régime des actes juridiques, n'ont pas à être réemployées dans les domaines du droit privé où la preuve est libre, la structure générale du droit probatoire manque profondément de cohérence. Il résulte de ces constatations que la loi du 13 mars 2000 sans poser de véritables solutions, a complexifié le droit probatoire français. Dès lors, comment permettre une simplification du droit tout en offrant une réelle substance au droit de la preuve électronique ?

752.- Les réflexions relatives à la preuve sur support électronique dans le système québécois. Composée de soixante-seize articles, la loi québécoise « concernant le cadre juridique des technologies de l'Information » adoptée en 2001, modifie de manière substantielle la théorie générale du droit de la preuve.

¹⁹⁸³ Cass. soc. 25 sept. 2013, n°11-25884.

¹⁹⁸⁴ Cass. soc. 12 av. 2012, n°11-10950 ; Cass. soc. 17 mars 2010, n° 08-45519.

Elle abroge notamment certains articles (articles 2837 à 2839 du C.c.Q.) et réforme l'article 2860 du Code civil Québécois, relatif au principe phare du droit probatoire canadien : la règle de la meilleure preuve¹⁹⁸⁵.

Pour intégrer le régime de la preuve électronique au Code civil Québécois, le législateur procède méthodiquement et consacre, à l'intérieur du livre septième sur la preuve, une section entière aux TIC, intitulée « *Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique* ». Il y qualifie tout d'abord l'écrit qui fait appel aux technologies de l'information de « *document technologique* »¹⁹⁸⁶ et en donne les conditions d'admissibilité en qualité de preuve littérale. Ce document doit, comme cela est mentionné dans l'article 1316-1 du code civil français, répondre à une exigence d'intégrité qui est assurée « *lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue* »¹⁹⁸⁷.

L'article 2838 du C.c.Q. énumère les moyens de preuve visés par ces exigences, à savoir « *la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information* ». *A contrario*, on retiendrait aisément que les autres moyens de preuve, tels que les écrits non signés, qui constatent un acte juridique dans le cadre des activités d'une entreprise¹⁹⁸⁸, ou les écrits rapportant un fait¹⁹⁸⁹, ne nécessitent pas que leur soit appliqué le contrôle de ces critères de sécurité.

¹⁹⁸⁵ Selon cette règle, un acte juridique doit être prouvé par le meilleur moyen possible, c'est-à-dire la production de l'original de l'écrit ou d'une copie de cet écrit. Art. 2860 C.c.Q. : A l'article ainsi rédigé « *L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Toutefois lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens* », est ajouté l'alinéa suivant : « *A l'égard d'un document technologique, la fonction originale est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (Chapitre C-1.1) et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi.* »

¹⁹⁸⁶ C.c.Q. art. 2837 al. 2.

¹⁹⁸⁷ C.c.Q. art. 2839. A défaut, le document technologique devient un commencement de preuve.

¹⁹⁸⁸ C.c.Q. art. 2831.

¹⁹⁸⁹ C.c.Q. art. 2832.

Pourtant la doctrine canadienne ne s'accorde pas sur cette interprétation, elle émet l'idée, commune à la doctrine française¹⁹⁹⁰, que la démonstration de l'intégrité est requise pour de simples écrits, entendus comme des documents non dotés d'une signature tels que les courriers électroniques, visant à prouver l'existence ou le contenu d'un acte juridique. Selon l'argumentaire du Professeur GAUTRAIS « *si effectivement les simples écrits ne sont pas dans la liste des documents qui requiert l'intégrité, il n'est pas facile de croire que cette exigence ne leur soit pas imposable. D'ailleurs, l'article 5 de la Loi considère l'intégrité comme nécessaire de manière générale* »¹⁹⁹¹. Ainsi, en France comme au Québec, l'exigence d'intégrité irriterait l'ensemble des procédures au cours desquelles sont produites des éléments écrits sur support électronique.

Reste à déterminer si au Québec, ces conditions d'intégrité sont requises lorsqu'il est produit en justice une preuve écrite électronique rapportant des faits¹⁹⁹². Cette question est pour le moins épineuse. Comme en droit français, le principe de liberté de la preuve¹⁹⁹³ ne requiert pas du juge de vérifier que les conditions strictes édictées par l'article 6 de la loi de 2001¹⁹⁹⁴ sont remplies et lui offre une totale liberté d'appréciation. Néanmoins, la doctrine préconise d'apporter avec la preuve d'un fait contenue sur un support électronique, « *un argument externe en faveur de l'admission du document produit* »¹⁹⁹⁵, en raison de la nature contingente et volatile d'un objet communicant. Cette malléabilité s'avère être, selon les auteurs, une source de « *fragilité probatoire qui ne peut avoir qu'une incidence directe sur leur force probante* »¹⁹⁹⁶.

753.- Dès lors, au Québec comme en France, l'instauration du principe de neutralité technologique¹⁹⁹⁷, selon lequel « *la valeur juridique d'un document, notamment le fait*

¹⁹⁹⁰ FERAL-SCHUL (Ch.), « Un courriel est-il une preuve fiable ? », 4 nov. 2010, En ligne [www.01netpro.com]. Il s'agissait en l'espèce de la preuve par courriel d'un bail donc d'un acte juridique : Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept.2010, n°09-68555.

¹⁹⁹¹ GAUTRAIS (V), GINGRAS (P.), « La preuve des documents technologiques », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, mai 2010, vol. 22, n°2, éd. Yvon Blais, p. 267-315, spéc. p. 309.

¹⁹⁹² Selon l'article 2832 C.c.Q., « *l'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur* ».

¹⁹⁹³ C.c.Q. art. 2857 C.c.Q. : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens ».

¹⁹⁹⁴ Art. 6 L. : « L'intégrité du document est assurée lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altéré et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure ma stabilité et la pérennité voulue ».

¹⁹⁹⁵ GAUTRAIS (V.), *op. cit.*, p. 310.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ Le principe de neutralité technologique est intimement lié à la notion d'interchangeabilité, il signifie que l'on peut utiliser tous les supports probatoires, pourvu qu'ils portent la même information et que leur intégrité

qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi »¹⁹⁹⁸ n'apparaît que théorique et superficielle, et ce aussi bien pour la preuve électronique des faits que celle des actes juridiques. D'un côté, les conditions d'authenticité de la preuve électronique d'un acte juridique sont, soit plus strictes que celles retenues pour la preuve sur support papier¹⁹⁹⁹, soit incohérentes ; d'un autre côté, et cela a été soutenu dans cette étude, la preuve électronique d'un fait dispose par postulat, d'une force persuasive plus faible que celle d'un témoignage ou d'un écrit manuscrit et nécessite d'être corroborée ou justifiée par d'autres moyens de preuve. Le principe d'interchangeabilité des supports n'est pas consacré en pratique et nécessite de trouver des solutions pour que la présence d'un support électronique entraîne une réponse judiciaire neutre. L'obligation de « documenter » la preuve électronique, proposée par la doctrine canadienne²⁰⁰⁰, offrirait des garanties simples et accessibles au salarié et serait aisément reçue par le juge initialement formé.

2. La mise en œuvre de la réforme : l'instauration législative d'une garantie de la preuve sur support électronique : « la documentation ».

754.- La documentation est une pratique largement plébiscitée au Canada et ce, quels que soient le type de preuve sur support électronique en cause. Elle consiste à « expliciter

soit assurée. Pour exemple concret : la preuve de l'achat d'un billet de train peut être faite sur papier, sur écran de téléphone mobile ou sur Internet.

¹⁹⁹⁸ L'article 2840 admet désormais à l'alinéa 3 à propos de l'acte juridique, que le document électronique puisse remplir la fonction d'un original sous couvert de remplir certaines conditions d'intégrité et de conservation. Le Code civil Québécois fait plusieurs fois explicitement référence à l'article 5 de la loi qui énonce : « *La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi* ».

¹⁹⁹⁹ L'article 1326 c. civ. édicte les conditions de recevabilité de la preuve littérale d'un acte sous seing privé « *L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la qualité en toutes lettres et en chiffres* En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ». Une sévérité est observée pour la preuve électronique et ce, contrairement à ce qu'annonçait l'ancienne Garde des Sceaux E. GUIGOU : « *cette disposition en doit pas être interprétée comme une marque de défiance à l'égard de l'écrit électronique puisque de telles conditions valent également pour le papier* ». Intervention à l'Assemblée Nationale à propos du projet de loi du 13 mars 2000, 29 fév. 2000. Dans les pays de Common Law cette règle rejoint le principe de non-discrimination selon lequel il ne faut pas dans la loi « *faire de différences entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique* » : CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001*, New York, Nations Unies, 2002, p. 14.

²⁰⁰⁰ GAUTRAIS (V.), *La preuve technologique, op. cit.*, n°26.

comment un document est géré, et ce pendant son cycle de vie »²⁰⁰¹. En d'autres termes, cette procédure justifie l'intégrité de l'information véhiculée par le support informatique par un autre élément rapporté au procès. Elle instaure sans ambages la théorie de la « *double preuve* ».

755.- Qu'est-ce que la « *documentation* » en droit du travail ? Envisagée dans un sens large et pratique - qu'il conviendrait de préciser dans une loi relative à la documentation de la preuve électronique - elle s'analyserait comme l'apport opportun au litige d'un document quelconque assurant l'origine et le contenu de l'objet électronique produit en qualité d'argument juridique au soutien de faits. Comme cela est parfois requis implicitement par les juges, celui qui l'invoque s'attacherait à présenter au juge « *le cadre structurel et organisationnel de l'environnement* »²⁰⁰² de la preuve sur support électronique.

Concrètement, l'action de documenter au procès prud'homal pourrait être entendue comme : étayer la preuve par un log ; fournir une copie d'écran assurant l'heure et l'origine du courriel ou de la page Internet produite ; produire le formulaire accompagnant une impression ou une numérisation, expliquer des métas donnés, ou mieux encore rapporter le témoignage du directeur réseau de l'entreprise.

756.- En théorie, la documentation aurait pour objectif de combler la perte de matérialité que subirait la preuve en passant du papier à un support technologique. La perte de garanties associées à la matière physique devrait pour certains auteurs, être compensée par « *la rédaction de procédures entourant le document numérique* »²⁰⁰³. Cette recherche d'équilibre trouverait sa source dans le postulat selon lequel « *la preuve papier était matérielle ; la preuve technologique est processuelle* »²⁰⁰⁴. En réalité, la finalité de la documentation n'est autre que de rassurer le juge au moyen d'un nouveau formalisme. Envisagé comme un outil intelligible aux mains des praticiens du droit, dans l'absolue confusion instaurée par la loi du 13 mars 2000, le principe de documentation de la preuve

²⁰⁰¹ *Ibid.*

²⁰⁰² GAUTRAIS (V.), *Ibid.*

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ HUET (J.), MAISL (H.), *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, n°587 : « *la disparition progressive de l'utilisation du support papier, pour la conservation de document ou leur transmission constitue un changement aux répercussions considérables. [...] Tout cela ne pourra qu'entraîner d'importantes modifications de nos habitudes. Et celles qui seront à prendre devront être modelées juridiquement de manière, précisément, à ce qu'une sécurité suffisante en résulte. Et l'une des solutions sera,*

sur support électronique aurait étonnement pour conséquences, d'un coté de réduire les risques de la trop grande technophilie des juges des pays de Common Law ; d'un autre côté de raviver la confiance des juges envers les TIC dans les pays de droit civil.

Au reste, il apparaît clair que l'action de documenter la preuve électronique ne peut être imposée comme une obligation, qui lorsqu'elle n'est pas remplie entraîne l'inadmissibilité de la preuve produite. Seule la gravité de la déloyauté ou de l'illicéité de la preuve justifie cette sanction. C'est pourquoi le terme « *au besoin* » devrait être ajouté dans la loi proposée²⁰⁰⁵. Cette nuance ne nuirait en rien à l'importance de la documentation au procès. Il a en effet été démontré que seule la présence d'un ou de plusieurs éléments auxiliaires, permet de révéler la force argumentative de l'élément électronique. A défaut, elle reste en sommeil.

souvent de substituer un véritable formalisme électronique aux exigences, passées, de la preuve et du formalisme classique ».

²⁰⁰⁵ Cf. annexe 2.

Conclusion du Chapitre II

757.- Au regard des différentes interprétations jurisprudentielles et doctrinales que connaissent les lois française et canadienne, la modernisation du droit probatoire, perçue comme la redéfinition de ses concepts et de ses classifications, fait sens. Portée par l'ambition de rendre les règles de preuve plus accessibles et plus intelligibles, la refonte d'ensemble proposée par le Professeur VERGES « *transcende les branches du droit et met en évidence l'unité profonde du droit de la preuve* »²⁰⁰⁶. A cette unité devant être considérée comme autarcique, s'incorporerait naturellement le droit de la preuve électronique.

Aussi, une réforme générale du droit de la preuve, permettant l'insertion d'une section consacrée à la preuve électronique des actes juridiques et des faits dans le Code civil²⁰⁰⁷, pourrait être envisagée. Parallèlement, se poursuivrait l'appréhension collective de la preuve sur support électronique dans le milieu du travail, dans laquelle le juge et les partenaires sociaux joueraient un rôle prépondérant.

Compte tenu des possibilités d'encadrement conventionnelles et législatives de la preuve électronique précédemment mentionnées, celle-ci pourrait alors être nouvellement définie comme une preuve dont le contenu et l'auteur sont authentifiables par l'apport d'un document supplémentaire, ou par l'archivage dont elle a fait l'objet et dont les modalités ont été définies par convention collective.

²⁰⁰⁶ VERGES (E.), *op. cit.*

²⁰⁰⁷ Si la mise en chantier d'une réforme générale de la preuve est sans conteste, un point essentiel de la modernisation du droit, le sujet de l'étude nous arrête pour le moment, aux simples propositions relatives à la preuve sur support électronique.

CONCLUSION DU TITRE II

758.- L'étude a démontré que la preuve électronique ne joue pas le rôle argumentatif qui lui était normalement dévolu dans le contentieux prud'homal. Elle représente une source décisionnelle relative.

759.- La stratégie décisionnelle adoptée par le juge du contrat de travail vise en effet à neutraliser ses effets dans le contentieux prud'homal²⁰⁰⁸. Lors de l'acquisition et du traitement de l'information juridique, on constate que le juge ne lui concède qu'une force persuasive relative et corroborative.

760.- Le contraste est saisissant entre la prise de décision judiciaire et l'administration de la preuve électronique. Alors que le juge du contrat de travail se réapproprie volontairement cet élément extérieur au système judiciaire et lui donne une « *juridicité* »²⁰⁰⁹, il refuse de subir son influence. Le processus d'apprentissage de la preuve électronique par le juge du contrat de travail est alors rompu et exige que soient proposées des solutions pour promouvoir son intégration effective dans le contentieux prud'homal.

²⁰⁰⁸ BOURGES (F.), *Théorie et modélisation de la décision de justice : l'exemple du juge judiciaire*, thèse Paris II, microforme, 2004, spéc. p. 3

²⁰⁰⁹ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Cerf, Paris, Presses de l'Université Laval, Laval, 2001.

Conclusion de la Partie II

761.- Les TIC créent un paradoxe : la méfiance envers les TIC est à l'origine d'une exigence particulière : « *on leur demande d'être fiable à 100% et de constituer un élément de preuve sans défaut* »²⁰¹⁰, le juge va au-delà de ce qu'on peut attendre de la preuve par écrit, alors que, de la même manière, cette dernière n'est pas exempte d'erreur ou de fraude possible.

762.- Habituellement il est convenu que la force probante d'une preuve juridique est inversement proportionnelle à sa probabilité de fraude, et en conséquence, une preuve est juridiquement supérieure à une autre, si sur le plan technique, la probabilité de fraude est inférieure.

763.- La logique et la philosophie offrent un nouvel éclairage à ce constat. Pour les logiciens et philosophes du droit, les liens entre la croyance et la fiabilité d'un élément probatoire sont en effet consubstantiels²⁰¹¹. Certaines attitudes, qualifiées par les logiciens, de « *dynamiques positives* » créent des croyances. A l'inverse, lorsque la source d'information est jugée non fiable, la personne qui traite cette information adopte une attitude de défiance : il s'agit d'une attitude « *dynamique négative* ». Celle-ci peut se mesurer selon une échelle dont les différents degrés sont définis de la manière suivante : « *défiance infaillible* », « *défiance forte* », « *défiance modérée* » et « *défiance minimale* ». Or si l'on se réfère à cette échelle logicienne de « *dynamique négative* » comme le juge n'estime pas la preuve électronique totalement non fiable mais s'en méfie, il serait dans une approche de « *défiance modérée* ». En effet, l'information n'est ni totalement acceptée ni totalement rejetée.

764.- Or la preuve scientifique est, sinon plus fiable, à tout le moins d'une sécurité identique à celle de la preuve papier. Rationnellement, il est donc logique d'envisager des

²⁰¹⁰ BENSOUSSAN (A.), « Contribution à théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique », Revue Expertise).

²⁰¹¹ V. les travaux en cours du groupe de réflexion « Argumentalis » de la MESHS de Lille et notamment FIUTEK (V.), « Force et valeur probante : une question de confiance », intervention au workshop du 30 juin 2014.

solutions pour diminuer les suspicions de fraude et donner pleine force probante à la preuve par TIC, pour donner à ce type de preuve légitime la confiance des juges²⁰¹².

²⁰¹² A titre d'exemple : l'intervention automatique d'un tiers pour la conservation du contenu d'un objet communicant à des fins de procès.

Conclusion générale

765.- Les rapports ambivalents qu'entretiennent le droit et la science se traduisent dans la démarche paradoxale des juges face à la preuve sur support électronique ou numérique.

766.- Dans un premier temps, il suit une logique pragmatique pour accepter la preuve et puise dans chaque système juridique les outils nécessaires à son adaptation au contentieux prud'homal. La preuve électronique révèle chez le juge du contrat de travail un « *dynamisme retrouvé, une volonté positive d'adaptation aux changements qui lui fait résolument occuper des champs nouveaux* »²⁰¹³. Ces champs nouveaux relèveraient aussi bien des outils juridiques mis au service de la vérité judiciaire que des processus cognitifs mis en œuvre pour prendre la décision de justice. Le rapport du droit et de la science peut alors être pensé « *comme un ajustement dont la mesure doit sans cesse être révisée* »²⁰¹⁴. Cependant, l'articulation des rapports entre le droit et la science ne peut se résumer à une simple adaptation du premier au second. La place centrale qu'occupe la preuve au procès et ce, quel que soit son support, oblige le juge à l'appréhender avec minutie. Si le juge, en présence d'une preuve technologique, doit suivre un raisonnement scientifiquement étayé, c'est-à-dire « *fondé sur une application objective de règles pour établir un lien déductif entre des données constatées et une solution* »²⁰¹⁵, il n'a d'autre choix que de se réappropriier le fait, empreint de technologie, à l'aide de la mesure d'instruction.

Dans un second temps, le juge construit un nouveau régime de recevabilité probatoire plus sévère, et rend la preuve électronique inopérante. Or l'exclure de son raisonnement, pour quelque raison que ce soit, consisterait à écarter un élément de vérité judiciaire et contreviendrait à l'enjeu même du procès²⁰¹⁶.

²⁰¹³ OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la dir. de PH. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FU Saint Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-70, spéc. p. 7.

²⁰¹⁴ CANIVET (G.), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ*, 2005, n°1, p. 33-46.

²⁰¹⁵ RIMBAUD (A.), *Le juge pénal et l'expertise numérique-Révolution au Palais*, Dalloz, Paris, 2007, p. 62.

²⁰¹⁶ CATALA (P.), « Le juge et l'ordinateur », in *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, p. 19-33.

Cette attitude paradoxale révèle à la fois l'attraction et la méfiance que suscite la preuve électronique chez le juge prud'homal. Il oscille face à ce nouvel enjeu probatoire entre modernisme et conservatisme. Ce dernier se fait ici vecteur de l'inconscient collectif et relaie le sentiment commun du *quidam* face au TIC : une fascination et une crainte face à un outil nouveau qui peut à la fois servir l'humanité et la perdre. Cette approche duale, adoptée par le juge, fondée sur des images et des considérations véhiculées par la société est critiquable car trop simpliste.

767.- La preuve électronique mérite une approche bien plus ambitieuse que celle actuellement adoptée par le juge. En effet, la pratique démontre que le régime juridique de la preuve n'est pas seulement ébranlé par la prolifération des moyens technologiques ; il peut et doit s'en aguerir. La preuve électronique renouvelle les concepts, les pratiques judiciaires et l'utilisation des outils juridiques existants. Ces évolutions doivent faire l'objet d'une réflexion construite et approfondie. Elles permettront ainsi d'œuvrer au progrès de la justice et à l'amélioration de la fonction de juger comme le préconisent, à juste titre, les philosophes partisans de la théorie de l'« *humanisme difficile* »²⁰¹⁷, selon laquelle c'est dans la maîtrise des TIC que l'humain trouve un intérêt indéniable.

768.- Si certains auteurs pensent comme Loïc CADIET que « *Les nouveautés d'aujourd'hui sont les antiquités de demain* »²⁰¹⁸, si d'autres s'effraient d'un « *danger d'une mise sous tutelle scientifique de la preuve* »²⁰¹⁹, cette thèse rend au contraire justice à la preuve électronique, dans sa capacité à révolutionner, dans un sens positif, le contentieux prud'homal et plus largement, le fonctionnement de la justice en général.

²⁰¹⁷ L'acception « *humanisme difficile* » a été créée par J-H BARTHELEMY, un philosophe contemporain largement influencé par la philosophie de SIMONDON. Selon lui, le couple droit et sciences pourrait être « *animée par un idéal d'harmonie, ou plus exactement de résonance entre la nature, les humains et leurs techniques* ». En pratique, cette conception se matérialise par le fait que la science et des techniques soient mis au service de l'humain et du savoir. Ces philosophes refusent la position de défiance envers les TIC et préfèrent mettre en avant leur ambivalence et le profit à en tirer dans chaque domaine de la connaissance. BARTHELEMY (J.-H.), *Simondon ou l'encyclopédisme génétique*, PUF, Paris, 2008. V. également : SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, éd. Aubier, Paris, 2001 ; STIEGLER (B.), *Réenchâter le monde- La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006 ; CHABOT (P.), *La philosophie de Simondon*, Vrin, Paris, 2003.

²⁰¹⁸ CADIET (L.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies : Rapport de synthèse », *Procédures* av. 2010, n° 4, p. 40-45.

Propositions de thèse

769.- Au regard de l'étude réalisée sur l'irruption de la preuve électronique dans le contentieux prud'homal, plusieurs propositions théoriques pourraient être émises.

Il pourrait être remédié au caractère facultatif et au manque de transparence de la formation des conseillers prud'hommes en lui conférant un caractère obligatoire et mixte.

Il pourrait être mis en place, à titre expérimental, la visioconférence lors de la phase de conciliation, pour tenir compte des impératifs professionnels de chacun, tout en instaurant la communication indispensable à la rencontre des intérêts de l'employeur et du salarié.

La preuve électronique pourrait être inscrite au centre d'une réforme substantielle du droit de la preuve des faits.

Le régime de la preuve des faits serait reconnu et encadré indépendamment de la preuve des actes juridiques, par l'ajout d'un article ainsi rédigé au Code civil : « *La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens* ».

Une réflexion pourrait être menée sur le mécanisme canadien de la documentation afin d'en déterminer les avantages à la lumière des difficultés que rencontrent les juges du contrat de travail pour déterminer la force persuasive d'une preuve électronique. Résulteraient de cette étude, les nouvelles conditions de son intégration dans le système argumentatif français.

²⁰¹⁹ LYON-CAEN (G.), « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229-248, spéc. p. 231.

La réalisation pratique de ces propositions théoriques pourrait prendre la forme de textes législatifs joints en annexes²⁰²⁰.

²⁰²⁰ Cf. Annexes 1 et 2.

Bibliographie

I/ OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

A. OUVRAGES DE DROIT DU TRAVAIL

AUZERO (G.), DOCKES (E.), Droit du travail, Dalloz, Paris, 28^e éd., 2014.

BATAILLE (E.), La procédure prud'homale. Guide pratique, Sofiac, Paris, 2003.

BOSSU (B.), Les arrêts fondamentaux en droit du travail, Artois Presses Université, 2007.

BOSSU (B.), DUMONT (F.), VERKINDT (P.-Y.), Droit du travail, T. I, Montchrestien, Paris, 3^e éd., 2011.

BOULMIER (D.), Conseil de prud'hommes : agir et réagir au procès prud'homal, Lamy, Rueil-Malmaison, 2011.

COUTURIER (G.), Traité de droit du travail, T. I, PUF, Paris, 3^e éd. 1996.

FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.), Droit du travail, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2014.

LAROCHE DE ROUSSANE (P.), La Procédure prud'homale : déroulement de l'instance, exécution des jugements, Paris, Éditions des Publications fiduciaires, 1976.

LYON-CAEN (G.), Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale, LGDJ, Paris, 1955.

LYON-CAEN (A.), FABRE (A.), Le nouveau code du travail, Dalloz, Paris, 2008.

PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.), Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, Paris, 4^{ème} éd., 2008.

PUIGELIER (C.), La pratique de la cassation en matière sociale, LexisNexis, Paris, 2012.

RAY (J.-E.), Droit du travail, droit vivant, éd. Liaisons-Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 22^e éd., 2013.

RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), Droit du travail, PUF, Paris, 1956.

ROUAST (A.), DURAND (P.), Précis de droit du travail, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1963.

SUPIOT (A.), Le droit du travail, PUF, Paris, 5^e éd., 2011.

B. OUVRAGES DE PROCEDURE ET DE CONTENTIEUX

1. Droit processuel

CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), Théorie générale du procès, 2^e éd., Thémis, Paris, 2013.

— Droit processuel civil de l'Union européenne, LexisNexis, Paris, 2011.

GUINCHARD (S.) et alii., Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, Dalloz, Paris, 2009.

GUINCHARD (S.) et alii., Droit processuel : droits fondamentaux du procès, Dalloz, Paris, 2013.

JEULAND (E.), Droit processuel : Une science de la reconstruction des liens de droit, LGDJ, 2007.

1. Droit processuel général, Montchrestien, Paris, 2^e éd., 2012.

LABEE (P.), introduction au droit processuel, PUL, 1995.

MARTIN (R.), Théorie générale du procès (droit processuel), EJT, 1984.

MOTULSKY (H.), Droit processuel, textes recueillis par M.-M. CAPEL, Montchrestien, Paris, 1973.

2. Procédures civile et pénale

BARBIERI (J.-J.), La procédure civile, PUF, Paris, 1995.

BENDJOUYA (G.), La procédure civile, PUG, 1995.

BENTHAM (J.), Traité des preuves judiciaires, Bossange, Paris, 1823, Vol. II.

BONNIER (E.), Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, A. Durand, Paris, 2^e éd., 1852.

CADIET (L.), JEULAND (E.), Droit judiciaire privé, Litec, Paris, 8e ed, 2013.

CAPPELLETTI (M.), Procédure orale et procédure écrite, Milano, Dtt A. giuffrè editore, studi di diritto comparato, 1971.

CATALA (P.), TERRE (F.), Procédure civile et voies d'exécution, PUF, 2^e éd., 1976.

CROZE (H.), Le procès civil, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004.

CROZE (H.), MOREL (C.), FRADIN (O.), Procédure civile, Litec, Paris, 4e éd., 2008

CONTE (Ph.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), Droit pénal général, 5^e éd., Armand Colin, Paris, 2000.

CORNU (G.), FOYER (J.), Procédure civile, PUF, Paris, 3e éd., 1996.

COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), Procédure civile, Sirey, Paris, 17e éd., 2014.

DESPORTES (F.), LAZERGES-COUSQUER (L.), Traité de procédure pénale, Economica, Paris, 2013.

DUCHARME (L.), Précis de la preuve, Wilson & Lafleur, Paris, 6e éd, 2005.

GARSONNET (V.) et CEZAR-BRU (C.), Précis de procédure civile, Sirey, Paris, 9e éd., 1923.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), Procédure pénale, 9e éd., LexisNexis, Paris, 2013.

HERON (J.), LE BARS (T.), Droit judiciaire privé, Montchrestien, Paris, 5^e éd., 2012.

JULIEN (P.), FRICERO (N.), Droit judiciaire privé, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2011.

LARGUIER (J.), CONTE (P.), BLANCHARD (Ch.), Droit judiciaire privé, Dalloz, Paris, 20^e éd., 2010.

MOREL (R.), Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, Paris, 2^e éd., 1949.

PRADEL (J.), Procédure pénale, éd. Cujas, Paris, 5^e éd., 2011.

RASSAT (M.-L.), Traité de procédure pénale, PUF, Paris, 2001.

ROBIN (C.), Droit judiciaire privé, Vuibert, Paris, 2005.

VERGES (E.), Procédure civile, Presses universitaires de Grenoble, 2007.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), Procédure civile, Dalloz, Paris, 27^e éd., 2003.

C. AUTRES OUVRAGES GENERAUX

ATIAS (Ch.), Philosophie du droit, PUF, Paris, 3^e éd., 2012.

AUBERT (J. L.), Introduction au droit, PUF, Paris, 10^e éd., 2007.

AUBERT (J. L.), SAVAUX (E.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Dalloz, Paris, 14^e éd., 2012.

AUBRY (C.), RAU (C.), Droit civil français, par ESMEIN (P), Librairies techniques, Paris, T. XII « Preuve, chose jugée, prescription », 1958.

- Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, LGDJ-Cosse, Marchal et Cie, 4^{ème} éd., T I, 1969.

BENABENT (A.), Droit civil : les obligations, Montchrestien, Paris, 12^{ème} éd., 2010.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYREN (V.), Droit civil, les obligations, Sirey, 2010.

CARBONNIER (J.), Droit civil, PUF, Paris, 2004, Vol. I.

CARBONNIER (J.), Droit civil 1. Introduction. Les personnes, PUF, Paris, 13^e éd., 1980.

CARBONNIER, Droit civil, Introduction, 27^{ème} éd., PUF, Paris, 2002.

- Droit civil, Les obligations, T. IV, Paris, PUF, 22^e éd., 2000.

CHEVALLIER (J.), Droit civil, 4^e éd., Paris, Sirey, 1970.

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), Droit des obligations-contrat et quasi-contrat, Litec, 2000.

DEMOGUE (R.), Traité des obligations en général, T. IV « Sources des obligations », Paris, Rousseau, 1924.

DOMAT (J.), Lois civiles, 1^{ère} partie, Livre 3, T. 6, éd. Rémy.

FABRE-MAGNAN (M.), Introduction générale au droit, Cours et méthodologie, PUF, Paris, 2009.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Droit civil. Les obligations, T.I « L'acte juridique », Sirey, Paris, 2012.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, Paris, 1977.

MALAUZIE (Ph.), MORVAN (P.), Introduction au droit, Defrénois, Paris, 2012.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), Droit civil Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, Paris, 2^{ème} éd., 1972.

- MOUGENOT (D.), Droit des obligations. La preuve, Larcier, Paris, 3^e éd., 2002.
- PELISSIER (J.), AUZERO (G.) et DOCKES (E.), Droit du travail, 26^e éd., Dalloz, 2012,
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), Traité pratique de droit civil français, LGDJ, Paris, 10^e éd., T. VII, « Obligations », 1931.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (P.) Traité de droit civil, vol. I, LGDJ, Paris, 1956.
- ROYER (J.-C.), LAVALLEE (S.), La preuve civile, éd. Yvon Blais, Paris, 4^e éd., 2008.
- SALEILLES (R.), De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit comparé sur les personnes juridiques, Paris, éd. la Mémoire du droit, 2003.
- SIBERT (M.), Traité de droit international public, Paris, 1951,
- SINAY (H.) et LANG (P.), Le droit collectif du travail, Francfort, 1993.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), Droit judiciaire privé, T. III, Sirey, Paris, 1991 ;
- TERRE (F.), Introduction générale au droit, 9^e ed., Dalloz, Paris, 2012.
- TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 10^e éd. 2009.

II/ OUVRAGES SPECIAUX

A. MONOGRAPHIES, THESES

1. Droit

- ACKERMANN (W.), BASTARD (B.), Innovation et gestion dans l'institution judiciaire, LGDJ, Paris, coll. Droit et société Vol 6, 1993.
- AL SANHOURY (A.A.), Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise, Giard, Paris, 1925
- AMBROISE-CASTEROT (C.), De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, thèse, Bordeaux, 2000.
- AMSELEK (P.), Méthode phénoménologique et théorie du droit, LGDJ, Paris, 1964.
- AMRANI –MEKKI (S.), Le temps et le procès civil, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, Vol. 11, Paris, 2002.
- ARNAULD (A.-J.), La logique de Port-Royal, éd. Nouvelle par Alfred FOUILLÉE, Paris, 1878.
– Le droit trahi par la sociologie, LGDJ, Paris, 1998.
- BANAT-BERGER (F.), CANTEAUT (A.), Intégrité, signature et processus d'archivage, Inra, Paris, 2013.
- BAREGE (A.), L'éthique et le rapport de travail, LGDJ, Dalloz, 2008.
- BERENGER (F.), La motivation des arrêts de la Cour de cassation, P.U.A.M., 2013.
- BERGEAUD (A.), Le droit à la preuve, LGDJ, Paris, 2010.
- BERNARD (E.), La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- BIZEUR (F.), L'information du salarié dans les relations individuelles de travail, Thèse Université Lille 2, 2013.

- BOBBIO (N.), *Teoria della norma giuridica*, Turin, 1958.
- BODIN (M.), *Les notions relatives en droit civil*, thèse Université de Bordeaux IV, 2011.
- BONGERT (Y.), *Recherches sur les cours laïques du Xe au XIIIe siècle*, L'Harmattan, Paris, 2012.
- BORGES (F. A.), *Théorie et modélisation de la décision de justice : l'exemple du juge judiciaire*, thèse Paris II (Panthéon-Assas), [microforme], 2004.
- BOULMIER (D.), *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Paris, 2002.
- BOURCIER (D.), *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Paris, Paris, 1995.
- BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Paris, 2003.
- CAÏDI (S.), *La preuve et la consécration de l'écrit dans la société de l'information*, thèse Université de Montréal, 2002.
- CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, éd. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, 2007.
- CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996.
- *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 2001.
 - *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972.
- CARDOZO (B. N.), *La nature de la décision judiciaire*, trad. CALVES (G.), Dalloz, Paris, 2011.
- CARON (M.), *L'expertise en droit social*, Université Lille II, 2008.
- CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, LGDJ, Paris, 2003.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014.
- CHEVALLIER (B.), *La motivation des actes juridictionnels*, Thèse, Université de Rennes, 1974.
- CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Paris, 2006
- CHOURAQUI (A.), *L'informatique au service du droit*, PUF, Paris, 1974
- COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, LGDJ, Paris, 2006.
- CONDEMINE (D.), *Les interventions du juge dans le contrat de travail*, Thèse Lyon Lumière, 2008.
- CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Paris, 1998.
- COUPILLAUD (M.-P.), *La preuve en droit du travail [microforme]*, dir. RADE (C.), thèse Université de Lille II, 2005.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952.
- DABOSVILLE (B.), *L'information du salarié, contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse Paris X Ouest Nanterre, 2011.
- DAIGRE (J.-J.), *La production forcée des pièces dans le procès civil*, PUF, Paris, 1979.
- DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004.
- DAURIAC (I.), *La signature*, thèse Paris II (Panthéon-Assas), 1997.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.
- *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994.

- DEMOULAIN (M.), Nouvelles technologies et droit des relations de travail. Essai sur une évolution des relations de travail, Paris, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012.
- DESPRES (I.), Les mesures d'instruction in futurum, 2004, Dalloz, Paris.
- DEVEZE (J.), Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, thèse Toulouse, 1980.
- DIESSE (F.), Le devoir de coopération dans le contrat, thèse Lille II, 1998.
- DOCKES (E.), Au cœur des combats juridiques-Pensées et témoignages de juristes engagés, Dalloz, Paris, 2007, p. 277-286.
- DUGUIT (L.), Le pragmatisme juridique, présentation S. Gilbert, éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2008.
- DUPONT (O.), Preuve et renouveau contractuel en droit du travail, thèse Université Lille 2, 2004.
- ESTOUP (P.), La Pratique des jugements en matière civile, prud'homale et commerciale : principes et méthodes de rédaction, Litec, Paris, 1990
- FABRE (A.), Le régime du pouvoir de l'employeur, LGDJ, Paris, 2010.
- FAVENNEC-HERY (F.), La preuve en droit du travail, thèse, Université Paris X Nanterre, 1983.
- FENOLL –TROUSSEAU (M.P.), HASS (H.), La cybersurveillance dans les entreprises et le droit, Litec, 2002.
- FERAL- SCHUHL (Ch.), Cyberdroit-Le droit à l'épreuve de l'Internet, Dalloz, Paris, 7e éd., 2013.
- FRIEDMANN (W.), Théorie générale du droit, LGDJ, Paris, 1965.
- FRYDMAN (B.), HAARSCHER (G.), Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2002.
- GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), Juger en Amérique et en France, Odile Jacob, Paris, 2003.
- GAUTRAIS (V.), La preuve technologique, Lexisnexis Canada inc., Montréal, 2014.
- Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, éd. Thémis, Montréal, 2012.
- GEA (F.), Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, LGDJ, Paris, 2009.
- GENIAUT (B.), La proportionnalité dans les relations de travail : de l'exigence du principe, Dalloz, Paris, 2009, p. 91.
- GENY (F), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Préf. SALEILLES (R), Paris, LGDJ, 2e éd., 1919, réé. 1954.
- Des droits sur les lettres missives, T. II, Sirey, Paris, 1911.
 - Science et technique en droit positif, 4 Tomes, Sirey, Paris, 1914-1924,
- GERRY-VERNIERES (S.), Les 'petites' sources du droit, Economica, Paris, 2012.
- GIRARD (F.), Essai sur la preuve dans son environnement culturel, PUAM, 2013.
- GOLTZBERG (S.), L'argumentation juridique, Paris, Dalloz, 2013.
- GUILLERMET, (C-J), La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice, L'Harmattan, bibliothèque de droit, Paris, 2006.
- GURVITCH (G), Eléments de sociologie juridique, Paris, Dalloz, 2012.

- HUET (J.), MAISL (H.), Droit de l'informatique et des télécommunications, Paris, Litec, 1989.
- HUNOUT (P.), Droit du travail et psychologie sociale, Meridiens Klincksieck, Paris, 1990.
- JAULNEAU (E.), La subjectivation du droit, thèse soutenue à l'Université d'Orléans, 2007.
- JACOB (R.), La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident, PUF, Paris, 2014.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2013.
- KOURAR (K.), La notion de licéité de la preuve en droit du travail face aux technologies de l'information et de la communication, mémoire de DEA, Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2006.
- KATSH (E.), The Electronic Media and the Transformation of Law, New York, Oxford University Press, 1989, p. 21.
- KELSEN (H.), Théorie pure du droit, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962.
- LAGARDE (X.), Réflexion critique sur le droit de la preuve, LGDJ, Paris, 1994, Préface GHESTIN.
- LE BALLE (R.), Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil, Dalloz, Paris, 1923.
- LECLERC (O.), Le juge et l'expert-Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, Lyon, LGDJ, Paris, 2005.
- LEGEAIS (R.), Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations, Thèse Poitiers, 1954.
- LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), Le juge des libertés et de la détention, thèse Paris II (Panthéon-Assas), 2011.
- LEVY (J.-P.), La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVE siècle, Sirey, Paris, 1939.
- LEVY-BRUHL (H.), La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique, éd. Marcel Rivière, Paris, 1964.
– Sociologie du droit, 7^e éd., PUF, coll. « Que sais-je? », Paris, 7^e éd., 1990.
- LUHMANN (N.), La légitimation par la procédure, Cerf, Paris, Presses de l'Université de Laval, Laval, 2001.
- MADER (L.), L'évaluation législative – pour une analyse empirique des effets de la législation, éd. Payot, Lausanne, 1985.
- MARTY (G.), La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Sirey, Paris, 1929.
- MEKKI (M.), L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004.
- MIAILLE (M.), Une introduction critique au droit, Paris, éd. François Maspero, 1976.
- MICHAUT (F.), La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine, L'Harmattan, Paris, 2000.
- MOLINA (E.), La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, PUAM, 2001.
- MORNET (M.-N.), La vidéosurveillance et la preuve, PUAM, 2004.
- MOTULSKY (H.), Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Paris, Dalloz, 2002.

OUATTARA (A.), La preuve électronique. Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2011.

PERELMAN (CH.), L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation, Paris, Vrin, 1997.

- Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Dalloz, Paris, 2e éd., 1979, rééd. 1999.
- Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, Bruylant, 1974.

PERRIN (J.-F.), Pour une théorie de la connaissance juridique, Librairie DROZ, Genève-Paris, 1979.

PHILLIPS (M.), La preuve électronique au Québec, Montréal, LexisNexis Canada Inc, 2010.

PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1989.

PIERRE (V.), Les notes d'Etienne Martin sur la preuve dans la 5ème édition du Traité d'Aubry et Rau, Mémoire de DEA, Nantes, 1994.

PLESSIX, (B.), L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 2003.

PONTHOREAU (M.-C.), Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), Economica, Paris, 2010.

PROBST (A.), Le droit du travail à l'épreuve du télétravail au domicile, thèse Paris I (Panthéon-Sobonne), 2005.

PUIGELIER (C.), La pratique de la cassation en matière sociale, LexisNexis, Paris, 2012.

RAWLS (J.), Théorie de la justice, 1971, trad. AUDARD (C.), éd. du Seuil, Paris, 1997.

RAY (J.-E.), Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, éd. Liaisons, Paris, 2001.

RENAULT (A.) et L. SOSOE (L.), Philosophie du droit, PUF, Paris, 1991.

RIALS (S.), Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, Paris, 1980.

RICOEUR (P.), Le juste, éd. Esprit, Paris, 1995.

RIMBAUD (A.), Le juge pénal et l'expertise numérique-Révolution au Palais, Dalloz, Paris, 2007.

RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994.

ROSS (A.), Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques, trad. MILLARD (E.), MATZNER (E.), Paris, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 2004.

ROULAND, (N.), Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1990.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat, LGDJ, Paris, 2014.

SCHEINGOLD (S. A.), The Politics of Rights: lawyers, Public Policy, and Political Change, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2e éd. , 2004.

SIBONY (A.-L.), Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2008.

SUPIOT (A.), Le juge et le droit du travail, Thèse Bordeaux I, 1979.

- L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, éd. Seuil, Paris, 2010.

TERRE (F.), Du juridique et du social, Mare et Marti, Paris, 2013.

TERROUX-SFAR (F.), Les règles de preuve et les évolutions du droit du travail, Thèse Paris X Ouest-Nanterre, 2012.

TOULMIN (S.), Les usages de l'argumentation, trad. BRABANTER (P.), PUF, Paris, 1998.

TOURNIER (C.), L'intime conviction du juge, PUAM, 2003.

TREPOS (J.-Y.), L'expert et le système suivi de quatre histoires de systèmes-experts, Economica, Paris, 1992.

– La sociologie de l'expertise, PUF, Paris, 1996.

TROPER (M.), La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF, Paris, 2001.

VANNIER (G.), Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman, PUF, Paris, 2001.

VAN RUYMBEKE (R.), Le juge d'instruction, PUF, Paris, 5e éd., 2008.

VILLEY (M.), Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2001.

VIRALLY (M.), La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1960.

WALLISER (B.), Systèmes et modèles. Introduction critique à l'analyse des systèmes, éd. du Seuil, Paris, 1977.

WAQUET (Ph.), L'entreprise et les libertés du salarié, éd. Liaisons, Paris, 2003.

2. Disciplines auxiliaires (histoire, sociologie, philosophie, etc.)

ANDRE (CH.), Psychologie de la peur. Craintes, angoisses et phobies, Odile Jacob, Paris, 2004.

ANSCOMBRE (J.-C.), DUCROT (O.), L'argumentation dans la langue, éd. Mardaga, Paris, 1983.

ARISTOTE, Ethique de Nicomaque, Flammarion, Paris, 1992, Livre V « La justice ».

– Rhétorique, trad. et notes CHIRON (P.), Flammarion, Paris, 2007.

BACH (J.-F.), HOUDE (O.), LENA (P.), TISSERON (S.), L'enfant et les écrans, Un avis de l'académie des sciences, éd. Le Pommier, Paris, 2013.

BACHELARD (G.), La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance, J. Vrin, Paris, 1993.

BACON (F.), Du progrès et de la promotion des savoirs, Gallimard, Paris, 1991.

BADINTER (R.), Le plus grand bien..., Fayard, Paris, 2004.

BARTHELEMY (J.-H.), Simondon ou l'encyclopédisme génétique, PUF, Paris, 2008.

BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), Produire l'homme, de quel droit ?, PUF, Paris, 1987.

BECK (U.), La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité, éd. Flammarion, 2008.

BOURDIEU (P.), Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action, Le Seuil, Paris, 1994.

– Science de la science et réflexivité, Raisons d'agir, Paris, 2001.

BOY (D.), Pourquoi avons-nous peur de la technologie ?, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2007.

- BRACOPS (M), Introduction à la pragmatique. Les théories fondatrices : actes de langage, pragmatique cognitive, pragmatique intégrée, De Boeck Supérieur, 2006.
- BRETON (P.), Le culte de l'Internet, La découverte, Paris, 2000.
- BRONNER (G.), La démocratie des crédules, PUF, Paris, 2013.
- CANGUILHEM (G.), Le normal et le pathologique, PUF, Paris, 11^e éd., 2009.
- CARFANTAN (S.), Philosophie et spiritualité, cours opus, 2002.
- CARR (N.), Internet rend-il bête ?, éd. Robert Laffont, Paris, 2011.
- CHABOT (P.), La philosophie de Simondon, Vrin, Paris, 2003.
- CHAMAYOU (G.), Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIIIe et XIXe siècles, La Découverte, Paris, 2008.
- CHARAUDEAU (P.), La médiatisation de la science dans les médias d'information (clonage, OGM, manipulations génétiques), Bruxelles, De Boeck-Ina, 2008.
- COMMAILLE (J.), L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit, Paris, PUF, 1994.
- DANBLON (E.), La fonction persuasive. Anthropologie du discours rhétorique. Origines et actualité, Colin, Paris, 2005.
- DESCARTES (R.), Discours de la méthode, Vrin, Paris, 2^e éd., 1939.
- Méditations métaphysiques, Flammarion, Paris, 1993.
 - Œuvres philosophiques. Tome I : « Les Règles pour la direction de l'esprit », Trad. SIRVEN (J.), Vrin, 1997.
- DUCROT (O.), BOURCIER (D.), Les mots du discours, éd. de Minuit, Paris, 1980.
- DUCROT (O.), Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique, Hermann, Editeurs des Sciences & des Arts, Paris, 1980.
- DUMOULIN (L.), L'expertise comme nouvelle raison politique ? Discours, usages et effets de l'expertise judiciaire, Thèse de Sciences politiques Grenoble II, 2001.
- ELLUL (J.), La Technique ou l'enjeu du siècle, A. Colin, Paris, 1954.
- Le Système technicien, Calmann-Lévy, Paris, 1977
 - Le bluff technologique, Hachette, Paris, 3^e éd., 2012.
- FARJAT (G.), Droit économique, PUF, Paris, 1971.
- FOUCAULT (M.), Dits et Ecrits II, « Structuralisme et poststructuralisme », Gallimard, Paris, « Quarto », 2001.
- GARDNER, VON DER LIETH (A.), An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning, MIT Press, Cambridge, 1987.
- GUILLAUME (G.), Structure sémiologique et structure psychique de la langue française, II, Les Presses de l'Université Laval, Québec et Librairie C. Klincksieck, Paris, 1974.
- HABERMAS (J.), La technique et la science comme « idéologie », Gallimard, Paris, 1973.
- HEIDEGGER (M.), La doctrine de Platon sur la vérité, in Question II, Paris : Gallimard, 1968.
- KUHN (T.), La Structure des Révolutions scientifiques, Flammarion, Paris, 2008.

- LATOURE (B.), *La science en action, La découverte*, Paris, 2002.
- LAURENCON (F.), *Généalogie et idéologie chez Nietzsche et Foucault : La fabrication du consentement dans les sociétés libérales*, thèse ENS Lyon, 2011.
- LEHRER (J.), *How We decide?*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2009
- LEIBNIZ (G. W.), *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, Garnier- Flammarion, Paris, 1990, livre IV, chap. XVI, p. 366-367.
- LEVY-LEBLOND (J.-M.), « Mais ta physique ? », *L'idéologie de/dans la science*, Le Seuil, Paris, 1977.
- MONTESQUIEU (C.), *Œuvres complètes*, T.1, *De la politique*, Gallimard, « La Pléiade », Paris, 1949.
- NICOLLE (J.-M.), *Histoire des méthodes scientifiques : Du théorème de Thalès au clonage*, Bréal, Paris, 2006.
- PLATON, *Phèdre*, trad. L. Brisson, Garnier-Flammarion, Paris, 1989.
- POPPER (K.), *La logique de la Découverte scientifique*, trad. N. THYSSEN- RUTTEN (N.), DEVAUX (PH.), Paris, Payot, 1988.
- RAYNAUD (PH.), *Le juge et le philosophe : essais sur le nouvel âge du droit*, Armand Colin, Paris, 2008.
- RIOU (C.), *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1987.
- ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, éd. du Seuil, Paris, 2006.
- SENEQUE, *Lettre à Lucilius*, Les Belles Lettres, Paris, 1957.
- SFEZ (L.), *Critique de la décision*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1992.
- SIMONDON (G.), *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, Paris, 1958.
- STIEGLER (B.), *Réenchanter le monde –La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2006.
- TURK (A.), *La vie privée en péril, Des citoyens sous contrôle*, Odile Jacob, Paris, 2011.
- URIEN (N.), WINSTON (M.), *La neutralité d'Internet*, éd. La Découverte, Paris, 2011.
- WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. FREUD, Plon, Paris, 1965.
- *Le savant et le politique*, (*Wissenschaft als Beruf*), trad. J. FREUD, Union générale d'éditions, Paris, 1963.
 - *Sociologie du droit*, trad. RAYNAUD (Ph.), PUF, Paris, 2007.

B. OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES ET RECUEILS D'ARTICLES

1. Dictionnaires

- ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003.
- ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, « preuve ».
- AUROUX (S.), WEIL (Y.), *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Hachette, Paris, 1991.
- BARAQUIN (N.), BAUDART (A.), DUGUE (J.), LAFFITTE (J.), RIBES (F.), WILFERT (J.), *Dictionnaire de philosophie*, 4e éd., Armand Colin, Paris, 2011.

BEAUMARCHAIS (DE) (J.-P.), COUTY (D.), REY (A.), Dictionnaire des littératures de langue française, Bordas, Paris, 3^e éd., 1998.

CHARAUDEAU (P.), MAINGUENEAU (D.), Dictionnaire de l'Analyse du discours, Paris, Seuil, Paris, 2002

CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 9^e éd., 2011

DRUON (M.), Académie française, Dictionnaire de l'Académie française, Fayard, Paris, 9^e éd., 2005.

DUCROT (O.), SCHAEFFER (J.-M.), et [alii], Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage, éd. du Seuil, Paris, 1999.

FERRIERES (J.-C.), Dictionnaire de droit et de pratique, éd. J. Saugrain, Paris, 1758.

GAFFIOT (F.), Le Gaffiot Dictionnaire Latin-français, Hachette, Paris, nouvelle éd., 2000.

JACOB (A.), Encyclopédie philosophique universelle, Art. « Preuve », PUF, Paris, 1978.

LALANDE (A.), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1991.

MOLES (A.), NOIRAY (A.) cités par BARAQUIN (N.), BAUDART (A.), DUGUE (J.), LAFFITTE (J.), RIBES (F.), WILFERT (J.), Dictionnaire de philosophie, 4^e éd. Armand Colin, Paris, 2011.

MORFAUX (L.-M.) et LEFRANC (J.), Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines, Armand Colin, Paris, 2007.

ROLAND (H.), BOYER (L.), Adages du droit français, 4^e éd., Paris, Litec, 1999,

- Locutions latines du droit français, Litec, Paris, 1998.

2. Actes de colloques et autres ouvrages collectifs

BOURDIEU (P.), « Quelques propriétés des champs », in Questions de sociologie, Les éditions de Minuit, Paris, 1984.

ASSOCIATION HENRY CAPITANT, La motivation, Travaux de l'Association Henry Capitant, tome III, 1998.

AUVERGNON (PH.), Les juges et le droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Comptresec, 2002.

BODIN (J.) (société), La preuve, Vol. XVI à XIX, Editions de la Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1963-1965.

BOURDIEU (P.), CHAMBOREDON (J.-C.), PASSERON (J.-C.), Le métier de sociologue, Ecole des hautes études en sciences sociales, Paris, 1968.

CADIET (L.), (dir.) Dictionnaire de la Justice, 2^e éd., à paraître.

CNRS, L'informatique juridique : du rêve à l'instrument, éd. Thémis, Montréal, 1977.

HAMMJE (P.), JANICOT (L.), NADAL (S.), L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités, Lextenso éd., Paris, 2013.

KAPTEIN (H.), PRAKKEN (H.), VERHEIJ (B.), Legal Evidence and Proof : Statistics, Stories, Logic, Farnham, Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series, 2009.

KELLER (M.) (dir.), Procès du travail, Travail du procès, LGDJ, Paris, 2008.

KOREN (R.) et AMOSSY (R.) (dir.), *Après Perelman : quelles politiques pour les nouvelles rhétoriques?*, L'Harmattan, Paris, 2002.

LEMESLE (B.) (dir.), *La preuve en justice, de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle, actes du colloque organisé du 13 au 15 octobre 2011 à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic, Paris, LGDJ, Paris, 2013.

OFFERLE (M.), ROUSSO (H.) (dir.), *La fabrique interdisciplinaire. Histoire et sciences politiques*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Le jeu : un paradigme pour le droit*, Droit et société, Paris, 1992.

PAUGAM (S.), *L'enquête sociologique*, Paris, PUF, 2^e éd., 2012.

PERELMAN (Ch.) et FRYDMAN (B.), « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, juil. 2011.

PERELMAN, (Ch.) (dir), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, , 1978.

PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherches de logiques, Bruxelles, 1981.

ROUVILLOIS (F.) (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, Litec, Paris, 2008.

PUIGELIER (C.) (dir.), *Vrai, véridique et vraisemblance*, Paris, Economica, 2004.

TEYSSIE (B.), CHEVILLARD (A.), DUBOEUF (A.), *Procédure prud'homale : oralité et contradiction*, Conseil supérieur de la prud'homie, Institut d'études européennes et internationales du travail, La Documentation française, Paris, 1993.

THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 2009

TROPER (M.), CHAMPEILS-DESPLATS (V.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 2005

VAN COMPERNOLLE (J.), TARZIA (G.) et alii, *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

III/ ARTICLES ET CHRONIQUES

ABOUCAYA (L.), « Les évolutions du droit de la preuve : perspective historique », RLDI, août 2009, NS 52, p. 5-9.

ALLARD (J.), « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p77.

ALLARD (J.), VAN WAEYENBERGE (A.), « De la bouche à l'oreille ? RIEJ, 2008, n° 61, p. 109-129, spéc. p. 119.

ALTERMAN (H.), « La preuve de la preuve », RJC juil. 2007, n°4, p. 257-270.

AMMAR (D.), « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », RTD civ. 1993, p. 499 s.

AMRANI-MEKKI (S.) : « L'avenir du nouveau Code de procédure civile », in De la commémoration d'un Code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France, L. CADIET et G. CANIVET(dir.), Litec, Paris, 2006, p. 241-259.

- « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », in La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?, Presses Universitaires de Limoges 2010, p. 157-196.
- « La déjudiciarisation », Gaz. Pal., 5 juin 2008, n°157, spéc. p. 2.

AMSELEK (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », D. 1997, Chron. p. 337-342 ; reproduit in Dans le regard de l'autre, ouvrage collectif sous la direction de NOREAU (P.), éd. Thémis, Montréal, 2007, p. 13-34.

ANTONMATTEI (P.-H.), « Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle », SJS, 2 mars 2010, n° 9, p. 1091 s.

ANDRE-HESSE (C.), D'ALLEN DE (M.), « Chartes éthiques, codes de conduite et dispositifs d'alerte professionnelle : aspects pratiques », JCP S 2010, 1213.

ARLIE (D.), « Pour une meilleure justice prud'homale », RJS 5/10, p. 347-356.

ARNAUD (D.), DRAI-PARKER (K.), VAN EECKHOUT (A.), « Les pratiques contractuelles du SMS », Revue des Contrats, avr. 2008 n° 2, p. 557.

ASTAIX (A.), « Facebook : dénigrement de l'employeur par le salarié », D. 9 déc. 2010, n° 43, p. 2846.

ATIAS (C.), « Admissibilité et pertinence ou force des preuves (pour un retour à la moralité des débats) », D. 2009, p. 2056.

- « La crise de la motivation judiciaire ? », Cycle droit et technique de cassation 2004-2005, colloque et activités de de la Cour de cassation, 2005, spéc. n° 6.
- « Crise de la motivation judiciaire ? », colloque de la Cour de cassation 2005. En ligne : [www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005/intervention_m_atias_1_8108.html].
- « La simple affirmation du juge », D., 2010, p. 221

AUROUX (J.-B.), « Droit du travail et nouvelles technologies : actualité législative et jurisprudentielle », Revue Lamy Droit de l'immatériel, mars 2006, n°14, p. 83.

AUZERO (G.), « Obligation d'information de l'employeur et clause de dédit-formation », Rev. Dr. Trav. 2007, p. 450.

AVELA (C.), « Le droit de la preuve en France », Gaz. Pal., 12 fév. 2012, n° 43-45, p.15-16.

BALLET (Ph.), BENSOUSSAN-BRULE (V.), « La lettre recommandée électronique, enfin ? », Gaz. Pal., 22 av. 2011, n° 112-113, p. 9-12.

BALLOUHEY (F.), « L'office du juge en matière de preuve », in Procès du travail, Travail du procès, ouvrage collectif dir. M. KELLER, LGDJ, Paris, 2008, p. 271-277.

BARBIER (H.), « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », RLDC, 1er mai 2010, NS71, p. 5-11.

BARTHELEMY (J.), « Droits du travail et de la sécurité sociale : une seule discipline », Les cahiers du DRH, nov. 2008, n° 148, p. 25-34.

- BARY (M.), « Les nouveaux défis de la loyauté de la preuve », Droit et procédures, juil.-août 2008, n°4, p. 195.
- BATUT (A.-M.), « IV Les mesures d’instruction in futurum » in France. Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation, Documentation française, Paris, 2001.
- BAUDOUIN (J.-L.) et LABRUSSE-STROWEL (A.), IDE (N.), VERHOESTRAETE (F.), « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l’Internet », Journal des Tribunaux, 17 février 2001, n° 6000, p. 133-145.
- BEAL (S.), « Réseaux sociaux et confusion des sentiments », Personnel, sept. 2011, n° 522, p. 96 s.
- BELIER (G.), « Le tumulte des NTIC et des libertés », SSL, 10 oct. 2011, supplément n° 1508, p. 151-152.
- BELOULOU (V.), « Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l’Etat », AJDA, 20 juil. 2001, n° 7, p. 624-627
- BENSOUSSAN (A.), « Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique : Aspect juridique et solutions techniques », GP, 2, Doctr. p. 361.
- BENSOUSSAN (A.), « La Belgique inaugure le contrat de travail électronique », 13/04/2007.
- BERGEL (J.-L.), « La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice », Cahiers de méthodologie juridique, n°15, RRJ n° spéc., 2000 ; ARNAUD (A.-J.), La modélisation de la décision complexe en droit, quelques pistes de recherches, Les Cahiers du CIRESS, Toulouse, n°2, déc. 1996, p. 7.
- « Informatique et légistique », D. 1987, chron. p. 171-176, spéc. p. 172
 - « Justice et modélisation (Essai de synthèse exploratoire », in La modélisation des actes de procédures et des décisions de justice, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2000, Cahiers de méthodologie juridique, n° 15, p. 1991-1996.
- BERNARD (S.), « Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », Dr. ouv. avr. 2010, n° 741, p. 187-194, spéc. p. 187.
- BITAN (F.), « Le courrier électronique », JCL comm., fasc. n°4740.
- BLANDIN-OBERNESSER (A.), « Le principe de neutralité technologique », in Le droit de l’Union européenne en principes. Liber amicorum en l’honneur de Jean RAUX, éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 243-259, spéc. p. 244.
- BOMBO-LAY, « La preuve en droit du travail », Jur. Soc. Lamy, 24 déc. 2008, n° 246, p. 4-8.
- BOSSU (B.), « Les initiales d’un prénom ne peuvent donner un caractère personnel à un fichier informatique », JCP S 2010, 1026.
- « Chapitre IV. La loyauté », in Standards, principes et méthodes en droit du travail, (dir.) TEYSSIE (B.), Economica, Paris, 2010, p. 185-207.
 - « L’utilisation du courrier électronique comme mode de preuve », JCP S. 17 déc. 2013, n° 51, p. 1488.
 - « La consultation par l’employeur de la clé USB du salarié », JCP S, 21 mai 2013, n° 21, p. 23-25.
- BOULANGER (F.), « Réflexion sur le problème de la charge de la preuve », RTD civ. 1966, p. 736.
- BOULMIER (D.), « La preuve et l’huissier de justice en droit du travail », Droit et Procédures, n° 6 nov-déc. 2008, p. 304.
- « Bureau de conciliation : la nouvelle sanction du demandeur absent pour motif légitime », Dr. Ouvrier, janv. 2009, n° 726, p. 1-6.
 - « Oralité de la procédure et mesure d’instruction : pour un juge prud’homal metteur en scène des affaires inscrites au rôle », Dr. Ouvr. août 1999, n° 612, p. 309-316.
- BOURCIER (D.) et TAUZIAC (V.), « Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux », Rapport final Ministère de la justice, Mission de recherche droit et justice, 1995.

- BOURDIEU (P.), « Les juristes gardiens d'une hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Paris, 1991, p. 95-99.
- BOURGEOIS (M.), « Bilan de dix années d'application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile relatif aux mesures d'instruction in futurum », LPA 1984, n°80, p.21
- BOUZAT (P.), « La loyauté dans la recherche des preuves », Mélanges HUGUENAY, in Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, Paris, 1964, p. 155 et s.
- BOY (L.), « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », LPA 8 janv. 1997, p.4.
- BRAUNSCHWEIG (A.), « L'enregistrement et la diffusion télévisée des débats judiciaires », in Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication, Economica, 1980, p. 163 et suiv.
- BREDIN (J.-D.), « La loi du juge » in Etudes offertes à Berthold Goldman – Le droit des relations économiques internationales, Litec, Paris, 1987, p. 21.
- BROYELLE (C.), DEBET (A.), GRIMALDI (C.), MEKKI (M.), « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mots ou changement de cap ? », LPA, mai 2013, n° 109, p. 5-9.
- BUFFET (J.), « La nouvelle procédure prud'homale », Dr. soc. avr. 1975, n°4, p. 251-263, spéc. p. 259.
- BUGADA (A.), « La comparution en personne en matière prud'homale », SSL 11 déc. 2006, n° 1286.
- « Production de photocopies hors litige prud'homal : le vol est caractérisé », Sem. jur. soc. n° 40, 29 sept. 2009, 1447
 - « clé USB connectée à l'ordinateur : présomption d'utilisation à des fins professionnelles », Procédures, n°5, mai 2013, comm. p. 152.
 - « Les conseillers rapporteurs soumis à l'impartialité fonctionnelle », JCP S, 22 sept. 2009, n° 39, p. 38-40.
- BUNGE (M.), « Game Theory is not a Useful Tool for the Political Sevenkst », Cahiers d'épistémologie, 9015, Université du Québec, 1995 ; OST (F.), APD, t. 31, Le système juridique, Sirey, Paris, 1986, p. 133-162, spéc. p. 150
- CABANNES (X.) ; BATUT (A.-M.), « IV Les mesures d'instruction in futurum » in France. Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation, Documentation française, Paris, 2001.
- CADIET (L.), « Ouverture », in Procès du travail, travail du procès, Paris, LGDJ, 2008, p 28.
- « Culture et droit processuel », in Droit et culture, journées Louisianaises, La Nouvelle Orléans, 19-23 mai 2008, Association Henri Capitant.
- CAHEN (M.-I.), « La loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 », Droit-tic, n° 31, p. 16-25.
- « Le consentement sur Internet », Rev. Droit-TIC, 1/03/2004, n° 27, p. 6-9 ; émergence actuellement aussi bien dans la presse spécialiste que non spécialiste V. le site en ligne : [<http://www.echos-judiciaires.com/high-tech/internet-le-consentement-et-la-signature-electronique-a5181.html>].
- CAILLOSSE (J.), « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », Droits et société, n°26, 1994, p. 127-154.
- CANAL (G.) et SARAGOUSSI (A.), « Perspectives et enjeux de la signification dématérialisée au regard de l'expérience de la Cour de cassation », Gaz. Pal. 23 juil. 2011, n° 204, p. 9.
- CANIVET (G.), « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », Mélanges offerts à P. Draï. Le juge entre deux millénaires, Paris, Dalloz, 2000, p. 251.
- « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in De l'injuste au juste, dir. M.-A. Frison-Roche et W. BARANES, Paris, Dalloz, 1997, p. 101-107.

- CAPRIOLI (E.), « Variations sur le thème de l'archivage dans le commerce électronique », LPA., 18 août 1999, p. 4, LPA, 19 août 1999 p. 7
- « La dématérialisation des bulletins de paie », Cahiers de droit de l'entreprise, juill. 2009, n°4, p. 61-63.
 - « Les lettres recommandées électroniques », Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2011, n° 3, p. 68-72
- CAPRIOLI (E.A.), « Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information (SSI) », in Droit et technique, Litec, Paris, 2006, p. 84-87.
- CARBONNIER (J), « Sociologie juridique : effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in L'Année sociologique, 1958, p. 3 et s. ;
- CASTELLI (M. D.), « sciences et droit : relation et rapports de force », Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119, spéc. p. 119.
- CASTETS-RENARD (C.), « Gare aux SMS ! » D. 20 sept. 2007, n° 32, p. 2284-2287.
- CATALA (P.), « L'informatique et la rationalité du droit », APD 1968, V. XIII, p. 295-321.
- « Le formalisme et les nouvelles technologies », Defrénois., 2000, p. 897
 - « Le juge et l'ordinateur », in Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, Paris, 1996, p. 19-33, spéc p.32.
- CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), « L'audace technologique de la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle », JCP E, 1998.
- CAVERS (D.F.), « Law and science, some points of confrontation », in Law and the social role of science, Rockefeller University Press, New York, 1966.
- CHABOT (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », D. 2000, n°16, p. 256-260.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », Théorie des contraintes juridiques, op. cit., p. 11-23, spéc. p. 12.
- « Introduction », Théorie des contraintes juridiques, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 1-7, spéc. p.2.
- CHARAUDEAU (P.), « L'argumentation dans une problématique d'influence », Argumentation et Analyse du Discours, mis en ligne le 02 octobre 2008, [URL : <http://aad.revues.org/193>].
- CHASSAGNARD-PINET (S.), « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux », in Vidéo-surveillance et détection des comportements anormaux, Presses Universitaires du Septentrion, 2011, p. 119 -131.
- « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in La force normative : naissance d'un concept, THIBIERGE (C.) et alii, LGDJ, Paris, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153-163.
- CHOQUET (L.), « L'intervention de l'huissier de justice dans les espaces professionnels », Droit et procédures, nov-déc, n° 6, p.32.
- CLARK (Ch.), "The answer to the machine is in the machine", in The future of Copyright in the Digital Environment, éd. P. BerntHugenholtz, The Hague, 1996, p. 139.
- COLLOMP (E.), « L'office du juge en droit du travail », in L'office du juge, Paris, Les colloques du Sénat, 2006, p. 83-96, spéc. p. 83
- « L'office du juge en droit du travail », Justice et Cassation, Dossier « L'office du juge », Dalloz, 2010, p. 83-96.
- COMMAILLE (J.), « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », Droit et Société, n°76, 2010, p. 710.

- COMMARET (D.), « Les métamorphoses de la preuve », rev. Pénitentiaire et de droit pénal, 2003, n°4, p. 735-744.
- CORNU (G.) : « L'imagination à bon droit? », 2e conférence Albert-Mayrand, Montréal, éd. Thémis, 1998, p. 15.
- « La vérité et le droit », in L'art du droit en quête de sagesse, 1998, p. 211.
- CORRIGNAN-CARSIN (D.), « La preuve à l'insu de...une logique de Chambres ? », in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges I. Pradel, Cujas, 2006, p. 291-315.
- COSTE (F.-L.), DANET (J.), « Le sens de l'erreur judiciaire », Les cahiers de la justice, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 149-160.
- COSTES (L.), « Licenciement de salariés qui avaient dénigré leur hiérarchie sur Facebook », Revue Lamy droit de l'immatériel, déc. 2010, n°66, p. 42 s.
- COTTIER (B.), « Les concepts juridiques indéterminés : un oreiller de paresse pour le législateur ? », in Notions-cadres, concepts et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Schulthess, Genève, 2008, p. 611-628.
- COUTURIER (G.), « Discours final », in Procès du travail, travail du procès, Paris, LGDJ, 2008, p. 437-450, spéc. p. 438
- « Les techniques civilistes et le droit du travail-Chroniques d'humeur à partir de quelques idées reçues », D. 1975, chron. p. 151.
- CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative », Revue française de droit constitutionnel, n°56, 2003/4.
- CROZE (H.), « Informatique, preuve et sécurité », D. 1987, chron. p. 165-170, spéc. p. 166.
- « Les organes de la procédure », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz, Paris, 1996, p. 49-62, spéc. p.50.
 - « Adaptation des règles de preuve aux technologies de l'information », Procédures, avr. 2000, n° 4, p. 10
 - « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE, Defrénois, Paris, 2005, p. 181.
- DAMBLON (E.), « Ethique et rhétoriques : Entre les faits et les normes », in AMOSSY (R.), KOREN (R.), SARFATI (G.-E.), Après Perelman : quelles politiques pour les nouvelles rhétoriques ?, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 99.
- D'ORNANO (P.-H), « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », JCP S, n° 38, 16 sept. 2008, p. 18-21.
- DE LAPRADELLE (A.), « La guerre après la nouvelle conférence de la paix », Revue des Deux Mondes, 1908, n° 46, p. 708.
- DE SENG A. (A.), « Libertés fondamentales », Dr. ouvr., fév. 2002, n° 642, p. 76-78.
- DELEBECQUE (PH.), BRETZNER (J.-D.) et VASSEUR (T.), « Droit de la preuve », chron. annuelle publiée au Recueil Dalloz, cité par VERGES (E.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privée » in Mélanges J.-H Robert, Lexisnexis, 2012, p. 853.
- DELEBECQUE (Ph.), BRETZNER (J.-D.), GELBARD-LE DAUPHIN (I.), « Droit de la preuve-juillet 2010-oct. 2011 », D. 2011, p. 2891 ; D. 2007, 1901, obs. BRETZNER (J.-D.).
- DELL'ASINO (O.), « La mission d'information des conseillers rapporteurs », Gaz. Pal. 1988, 2, doct. p. 636.
- DELMAS-MARTY (M.), « Justice télévisée ou médiats justiciers ? », in Mettre l'homme au cœur de la justice, Hommage à André Braunschweig, Paris, Litec, 1997, p. 152-161, spéc. p. 161.

- « La grande complexité juridique du monde », in Mélanges Gérard TIMSIT, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 89
- « La mondialisation et la montée en puissance des juges », in Le dialogue des juges, Bruylant, Bruxelles, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p. 95-114.
- « L'ambivalence des nouvelles technologies », Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?, LexisNexis, Paris, 2011, p. 3-15

DEMOGUE (R.), « Un nouveau livre d'enseignement du Droit civil ; Les lettres missives d'après un livre récent », RTD civ, 1913, p. 156

DERRIDA (J.), « Le supplément de copule. La philosophie devant la linguistique », Langages, 1971, vol. 6, n°24, p. 14-39, spéc. p. 16.

DESDEVISES (Y.), « Comparution en personne et représentation des partie en matière prud'homale », Dr. soc. 1985, p. 504.

- « Le particularisme de la procédure prud'homale », Justices, n°8, Oct./déc. 1997, p. 23-31.

DEVEZE (J.), « Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », in Etudes offertes à P. Catala, Litec, Paris, 2001, p. 529 s.

« Perseverae diabolicum. A propos de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information par le décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 », Comm. com. élect. 2003, chron. 8.

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », APD, 1999, n° 43, p. 259-302.

DION (N.), « Le juge et le désir du juste », D. 1998, chron. p. 195.

DOCKES (E.), « Le pouvoir dans les rapports de travail », Dr. soc. 2004, p. 620.

DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur ? », SSL, n° 1592, p. 94.

DRAI (P.), « Portrait d'un juge », in Le juge entre deux millénaires cité par WOOG (J.-C.), Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 149-158»,

- « Le délibéré et l'imagination du juge », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges Pérrot, Dalloz, 1996, p.118.

DREIFUSS-NETTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », colloque La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, 4 et 5 oct. 1996, Paris II et Paris V, publ. PUF, coll. Droit et société, 1999 ;

DUMON (F.), « De la motivation des jugements et arrêts et de la fi due aux actes », J.T., 1978, p. 486, n°35.

DUNES (A.), DESCHE (B.), « De la logique à l'informatique : système des structures conceptuelles », Gaz. Pal., 1973, II, p. 606

DUPEYROUX (J.-J.), « Avant-propos – Droit civil et droit du travail : l'impasse », Dr. soc. mai 1988, n°5, p. 371-373.

DUPICHOT (J.), « L'adage 'Da midi factum, dabo tibi jus' », in Mélange AUBERT (J.-L.), Dalloz, Paris, 2005, p. 425 s.

DUPRET (B.), « L'expertise en justice : le regard des sciences humaines », Revue Droit et Justice, novembre 2010, n° 35.

DURAND (P.), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944, p. 73 ; « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », JCP G 1944, vol. I, p. 387

- « Le particularisme du Droit du Travail », Dr. soc. 1945, p. 298

EWALD (F.) « L'expertise, une illusion nécessaire », éd. Autrement, Paris, 1992, p. 204-209, spéc. p. 204.

- FABIEN (C.), « La preuve par document technologique », R.J.T., 2004, n° 38, p. 533.
- FABRE –MAGNAN (M.), « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC, av. 2004, p. 573-579.
- FABRI (M.), « Information and communication technology for justice: the Italian experience », in IT support of the judiciary, éd. Oskamp, Lodder, Apistola, TMC Asser Press, La Haye, 2004, p. 130, cité par JEULAND (E.), op. cit., n° 62.
- FANTONI-QUINTON (S.), LEBORGNE-INGELAERE (C.), « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, 26 nov. 2013, n°48, p. 16-21
- FAVENNEC-HERY (F.), « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », Dr. soc. 1985, p. 173 s.
 – « La preuve en droit prud'homal : la charge de la preuve », CSBP, 1991, n°35, p. 261.
 – « Conditions d'ouverture par l'employeur des fichiers identifiés comme personnels par le salarié », JCP S, 2005, 1031.
- FERAL –SCHUHL (Ch.), « Facebook et la vie privée », D. 2010, n°42, p. 2824.
- FERRAND (F.), « Preuve », Rép. proc. civ. janv. 2006, Dalloz, Paris.
- FERRAND (L.), « ICT and a New Judicial Culture », in Les Technologies de l'Information et de la Communication au service de la justice du XXI^e siècle, Paris, LGDJ, 2013, p. 29-32,
- FOUBERT (A.), « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du don », in L'argumentation des juristes et ses contraintes, vol. 1, Droits, n° 54, 2012, PUF, Paris, p. 96-108, spéc. p. 106.
- FOUCAULT (M.), « L'écriture de soi », « Corps écrits », n°5, L'Autoportrait, fév. 1983, p. 3-23 in Dits et écrits, 1976-1988, T.II, Gallimard, Paris, 2001, p. 1234-1249, spéc. p. 1239.
- FRANCOIS (B.), « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », Théorie des contraintes juridiques, op. cit., p. 169-176.
- FREITAG (M.), « Combien de temps le développement peut-il encore durer ? », Les ateliers de l'éthique, Revue du CRÉUM, vol. 1, n° 2, 2006, pp. 114-133.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure injuste », in De l'injuste au juste, Paris, Dalloz, 1997, p. 77-87
 – « Chronique de droit économique », journal Le Monde, 23 mai 2000.
 – « Jouissance des droits civils-Protection de la vie privée », JCl. civ. 2002, art. 9, fasc. 10 ;
- FROUIN (Ch.), Gaz. Pal., n° 81-82, p. 29-30.
- GARDIN (A.), « Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal », RJS 2008, p. 867 ;
- GASSER (J.-M.), « La preuve des heures supplémentaires », RJS 2005, p. 175-183.
- GAUDU (F.), « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC, av. 2004, p. 566-573.
- GAUTIER (P.-Y.) et LINANT DE BELLEFONDS (X.), « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP E, aout 2000, n° 31.
- GAUTIER (P.-Y.), « Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique », D. 2000, n°12.
 – « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », LPA, 5 mai 2000, n° 90
 – « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la vie privée », D. 8 nov. 2001, n° 39, p. 3148-3153

GAUTRAIS (V.), GINGRAS (P.), « La preuve des documents technologiques », Les cahiers de propriété intellectuelle, mai 2010, vol. 22, n°2, éd. Yvon Blais, p. 267-315, spéc. p. 309.

- « La preuve des documents technologiques », Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, 2012, p. 6.

GAUTRAIS (V.), « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », in Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage ?, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

GELINEAU-LARRIVET (G.), « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale », in Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000, p. 343-354.

GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1981, chron. p. 3.

GILLET (J.-L.), MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), « L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style et structure », in La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, dir. HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.), Bruylant, Bruxelles, p.167-182.

GIUDICELLI (A.), « Approche disciplinaire : les objectifs en droit privé » in Les objectifs dans le droit, dir. FAURE (B.), p. 137-138, spec. p. 138.

GOSSELIN (H.), « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », Dr. ouvr. mars 2014, n° 788, p. 197-204.

GOUBEAUX (G.), « Le droit à la preuve », in La preuve en droit, Bruylant, 1981, p. 277-301, spéc. p. 279.

GOULET (J.), « La machine et le droit et la machine du droit », Les Cahiers de droit, 1973, V. 14, n°3, p. 473-498.

GRIMALDI (W) « A note on the PISTEIS in Aristotle's Rhetoric 1354-1356 », AJPh 78, 1957, p. 188-192.

GRUMBACH (T.), « La mise en état devant la juridiction prud'homale », in Le nouveau Code de procédure civile vingt ans après, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation les 11 et 12 décembre 1997, 1998, 332 p.

- « La prud'homie face aux enjeux du procès équitable », Dr. ouvr. 2004, p. 114 s.
- « De l'audience initiale : un rappel à l'ordre public social pour le déroulement régulier de l'audience initiale incluant le Bureau de conciliation, devant les conseils de prud'hommes », Dr ouvr. 2006, p. 235.
- « Conciliation prud'homale. Une architecture processuelle bouleversée, SSL, 21 janv. 2008, n° 1337, p. 14 s.

GRUMBACH (T.), SERVERIN (E.), « L'audience initiale devant le Conseil de prud'hommes », Dr. ouvr. oct. 2009, n° 735, p. 469-483 ;

GUASTINI (R.), « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in Théorie du droit et science, dir. AMSELEK (P.), Paris, PUF, 1994, p. 262.

GUEVEL (D.), « Contrats et obligations. – Preuve testimoniale – Commencement de preuve par écrit », JCI proc. civ., fasc. 50.

GUINCHARD (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in Mélange J. Van Compernelle, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 201-248 ;

- « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », LPA 5 juin 2002, n° 112, p. 6.

GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), LAGARDE (X.), DOUCHY (M.), Droit processuel-Droit commun du procès, Dalloz, éd, 2001, n° 546, p. 649.

GUIOMARD (F.), « Quelles réformes pour la justice sociale ? Deuxième partie : les procédures », RDT n°3, mars 2014, p. 200-204.

- HABERMAS (J.), « La modernité, un projet inachevé », Critique, oct. 1981, n°413.
- De l'éthique de la discussion, trad. HUNYADI (M.), Cerf, Paris, 1992 ; Morale et communication : Conscience morale et activité communicationnelle, Paris, Cerf, 1986, p. 110.
- HALPERIN (J.-L.), « La preuve judiciaire et la liberté du juge », in Communications, 84, 2009, p. 21-32.
- HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit », RTD civ. 1926, pp. 265 et s.
- HEBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in Mélanges offerts à Paul Couzinet, Université des sciences sociale de Toulouse, 1974, p. 333.
- « Rapport introductif », in La logique judiciaire, PUF, Paris, 1969, spéc. p. 31.
- HENRY (M.), « Présence des parties et diligence du juge dans l'administration de la preuve », CSBP, 1991, n°35, spéc. p. 268.
- Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », Dr. ouvr., oct. 1997, p. 401-405.
- HORY (A.), « Mesures d'instruction in futurum et arbitrage », rev arb 1996, p. 191, spéc. p.221
- HOUBRON (H.), Loyauté et vérité, thèse soutenue à l'Université de Reims, 2004 ; ALI (S.), La loyauté de la preuve dans la recherche de la preuve pénale, thèse soutenue à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille, 2010
- HUDON (R.) et PELLETIER (R.), « L'engagement intellectuel », in Mélanges en l'honneur de Léon DION, Québec, PUL, 1991, p. 173.
- « Les sociétés technologiques, la culture et le droit », in L'engagement intellectuel, Mélanges en l'honneur de Léon Dion, Québec, P.U.L., 1991, p. 173 ;
- HUET (J.) et LECLERCQ (P.), « La CNIL a-t-elle accompli ses missions dévolues par le législateur ? », Légicom, 1er avr. 2009, n°42, p. 12-21.
- HUET (J.), « Aspects juridiques du télépaiement », JCP E n° 39, 25 sept. 1991, I, 3524.
- « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique », D. 2000, chron. p. 6
 - « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP G., 17 nov. 2004, n° 47, p. 2081-2088.
 - « La preuve électronique », RLDA, n°61, 2011, p. 60-61.
 - « Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », RLDI, n° 72, 2011, p. 30-31
- HUREAU (J.) et PECKELS (B.), « Essai de définitions et de classifications », Experts, mars 2006, n° 70.
- HUTCHESON (J. C.), « The judgment intuitive ; the function of the 'hunch' in judicial decision », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Paris, Recueil Sirey, 1934, Vol. II, p. 531 et suiv.
- JACOTOT (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in Au cœur des combats juridiques-Pensées et témoignages de juristes engagés, Dalloz, Paris, 2007, p. 277-286.
- JAVILLIER (C.), « Ambivalence et effectivité et adéquation du droit pénal du travail », Dr. soc., n°7, 1975, p. 375-395.
- JEAMMAUD (A.), « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in Le droit collectif du travail, Francfort, 1993, p. 347-368.
- « La règle de droit comme modèle », Dalloz 1990, chron. p. 199-210.
- JEANTIN (M.) : « Incidents de procédure – Mesures d'instruction – Dispositions générales », JCl. Proc. civ. Fasc. 634.
- « Les mesures d'instruction 'in futurum' », D. 1980, chr. p. 205-210.
 - « Les mesures d'instruction », JCl proc. civ, 1994, fasc 657, n°3, p. 2.

- « Pouvoirs du juge des requête en matière prud'homale », Dr. soc. 1995, p. 586.

JEULAND (E.), « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », Cass. soc. 1^{er} fév. 2000, JCP 2001, II, p. 10541 ;

- « La place de l'écrit dans la procédure orale, la recherche de piste pour améliorer la procédure orale », BICC hors-série 2004, n°3, p. 45.
- « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », in CADIET (L.), CANIVET (G.) (dir.), 1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France, Litec, Paris, 2006, p. 101 s.

KAUFMANN (L), « Les institutions du sens », Réseaux, V. 15, n°85, 1997, p. 241-246. .

LABRUSSE- RIOU (C.), « Preuve 'scientifique', preuve 'non scientifique' », in Preuve scientifique, preuve juridique, Paris, Larcier, p. 79-95, spéc. p.82

LACABARATS (A.), « La jurisprudence en droit social », Sem. soc. Lamy n° 1598, 23 sept. 2013, p. 9 ; Sem. soc. Lamy n° 1614, 20 janv. 2014 ;

LAGARDE (X.), « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD civ. 1er juil. 2002, n°3, p. 435-53.

- « D'une vérité à l'autre-Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », Gaz. Pal. 21-22 juil. 2010, p. 6
- « Finalités et principes du droit de la preuve : ce qui change » ; JCP G, n°17, 27 av. 2005, p.771-777
- « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », in La preuve, Droits, n°23, 1996, PUF p. 31-36

LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), « Le droit comme activité sociale, pour une approche wébérienne des activités juridiques », in LASCOUMES (P.) (dir), Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit, Paris, LGDJ, 1978, p. 155-177.

- « Théories et pratiques de l'effectivité de Droit », Droit et Société, n°2, 1986, p. 127-150 ;

LASCOUMES (P.), « La précaution un nouveau standard de jugement », Esprit, nov. 1997, p. 129 s.

- « Foucault et les sciences humaines, un rapport de biais : L'exemple de la sociologie du droit », in Criminologie, Vol. 26, n°1, 1993, p. 35-50.
- « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », RFAP 3/2002, n° 103, p. 369-377.

LASSERRE-KIESOW (V.), « Les livres verts et les livres blancs de la Commission européenne, Le droit souple », D., 2009, p.75-89.

LAULOM (S.), « L'interdiction des discriminations », Sem. soc. Lamy n° 1582, 29 avr. 2013, p. 25-47.

- « Les droits sociaux fondamentaux rempart des déconstructions des droits du travail », Rev. dr. trav. n°6, juin 2013, p. 410-412.

LE MASSON (J-H.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », Droit et Société, 1998, n°38, p. 24 ; « Vérité du terrain, vérité judiciaire : la preuve en droit social », Dr. Ouvr., avr. 2010, p. 165 s.

LE TROUNEAU (Ph.), « Le droit et l'éthique », in Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur LINANT DE BELLEFONDS (X.), Litec, p. 291-312.

LEBOIS (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.

LEBON-BLANCHARD, « Office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », Dr. ouv. avr. 2010, n° 741, p. 195-198.

LEBORGNE (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », RTD civ. 1^{er} juil. 1996, n° 3, p. 535-550.

LECLERC (O.), « La distinction entre la 'preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente? », in Preuve scientifique, preuve juridique, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 55-77.

LEMERCIER (C.), « Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution des frontières juridiques », in H. Michel et L. Willemez (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF-CURAPP, 2007.

- « Prud'hommes et institutions du commerce à Paris, des origines à 1870 », in *Histoire d'une juridiction d'exception : les prud'hommes (XIXe – XXe siècle)*, intervention au colloque Université Lyon 3, 16 au 18 mars 2008 ;

LEMONDE (M.), « Le rôle des médias », in *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 607.

LEVY (J.-P.), « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », in *La preuve, Droits*, n°23, 1996, p. 3-11.

LOKIEC (P.), « La mesure du travail-Du quantitatif au qualitatif », *Dr. soc.* n°7/8, juil.-août 2011, p. 771-775.

LYON-CAEN (G.), « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951, p. 1 s.

- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229-248.

MAINGUY (D.), « La jurisprudence avant la doctrine : la place des données et la place des constructions théoriques dans la recherche juridique », Université de Lille II, 18 juin 2013. Séminaire doctoral du CRDP 2013/n°5.

MARRAUD (C.), « La production forcée des preuves en justice », *JCP*, 1973, I, 2572.

- « La doctrine et la réforme de la procédure civile, A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces », *JCP* 1981, I, 3020.

MARRON (F.), « Le mode de preuve des heures supplémentaires », *Gaz. Pal.*, 10 sept. 2011, n° 252-253, p. 37-39.

MARSHALL (D.), LAGESSE (P.), BECKERS (M.), « Réformer le Conseil des prud'hommes ? », *RDT* n° 2, fév. 2014, p. 85-93 ;

MARTIN (G.), « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, p. 300.

MAYMAT (J.-Ch.), « L'effet injuste d'un jugement juste », in *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 89-100.

MAZEAUD (A.), « Proportionnalité en droit social », *LPA*, 30 septembre 1998 n° 117, p. 64.

MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », 1ère partie, *RDC* mars 2008, p. 681-701

- « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple, Journées nationales, T. XIII/Boulogne-sur-mer*, Dalloz, Paris, 2009, p. 1-23.
- « Une approche renouvelée de l'objet droit ? », propos recueillis lors du colloque « Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières », 20 mai 2011, Université de Lille 2.

MEL (J.), « TIC et droit du travail », in *Droit et Technique*, Litec, Paris, 2006, p. 345-353.

MEMMI (D.), « Savants et maîtres à penser, La fabrication d'une morale de la procréation artificielle », *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, 1989, n° 76-77, p. 82-103.

MESNARD (C.), « 3 question à Eric A. Caprioli », *JCP éd. G*, n°20, 19 mai 2014, 601.

MESTHENE (E. G.), « Some General Implications of the Research of the Harvard University Program on Technology and Society », *Technology and Culture*, oct. 1969.

MICHAUD (C.), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, 2012, 1481, p. 13.

MICHEL (H.), « Les carrières prud'homales au prisme de la justice. Distance aux rôles judiciaires et redéfinition des pratiques sociales », in H. Michel et L. Willemez (dir.), *La justice au risque des profanes*, Dalloz, p. 165-179.

MICHEL (H.), WILLEMEZ (L.), *Les Conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d'une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007.

MIGAYRON (S.), « La preuve numérique : quel coût pour quel enjeu ? », in *La preuve informatique – Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques ?*, Lexbase Hebdo éd affaires, n° 280, 18 janv. 2012.

MILLARD (E.), « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in *Théorie des contraintes juridiques*, TROPER (M.), CHAMPEIL-DEPLATS (V.), (dir.), Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 143-154.

MINET (C.), « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E*, 2013, spéc. p. 897.

MINGANT (N.), « L'ordonnance relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », *Lexbase Hebdo éd. soc. juil.* 2005, n° 175.

MOATTI NEUER (L.), « Justice en ligne, justice de demain ? », *L.P.A.* 5 déc. 2001, n° 242, p. 7-12.

MOLINA (E.), GUINCHARD (S.), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1184 s.

MONJEAN-DECAUDIN (S.), « La traduction du droit dans la procédure judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°2, 2012, ENM Dalloz, p. 127-140.

MORVAN (P.), « Le respect du contradictoire au cours de l'expertise technique spécifique », *JCP S.*, 27 juin 2006, n° 26, p. 43.

MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Librairie Dalloz-Sirey, Paris, T. II, 1961, n° 22.

NAYRAL DE PUYBUSQUE (J.), « La preuve en droit du travail », *Gaz. Pal.* 1983, p. 440.

NICOLET (S.), « Candidats et recruteurs : les nouvelles connections », *Les cahiers du DRH*, déc. 2007, n° 138, p. 18-23.

NOREAU (P.), « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », Professeur à Montréal, en ligne : [www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/0014.pdf].

OPPÉTIT (B.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve », *X^e colloque des IEJ Poitiers*, 26-28 mai 1975, Paris, PUF, 1976, p. 53-66

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonnes conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ. juil.-sept.* 1995, p. 509-531.

OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, t. 31, *Le système juridique*, Paris, Sirey, 1986, p. 133-162, spéc. p. 150

- « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-69.
- « L'amour de la loi parfaite », in *L'amour des lois*, PU Laval et l'Harmattan, 1996, p. 53.
- « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, Bruxelles, p. 103-129.
- « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *APD*, *La jurisprudence*, t. 30, Sirey, Paris, 1985.
- « La légitimité dans le discours juridique ; cohérence, performance, consensus ou dissensus », *ARSP*, *beihft*, n° 25, 1984, p. 191-204.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit ? » in F. CHAZEL (F.) et J. COMMAILLE (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris, LGDJ, 1991, p. 72-73.

LOUDIN (M.), « Preuve. Règles générales », J. Cl. Civil, art. 1315 et 1315-1, fasc. 10, n° 59 et s.

PANSIER (F.-J.), « La représentation des parties en matière prud'homale », CSBP 1999, n°113, p. 268 s.

PELISSIER (J.), « La loyauté dans la négociation collective », Dr. ouvr. 1997, p. 502.

PENNEAU (A.), « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n°2002-535 du 18 avril 2002) », D. 2002, n°26, p. 2065-2068.

PERROCHEAU (V.), « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », LPA 17 mai 2002, n° 99, p. 6-17.

PERROT (R.), « Le droit à la preuve », in Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order, the general Reports, 1983, p. 91s.

PERROT, JEANTIN (M.), « Pouvoirs du juge des requête en matière prud'homale », Dr. soc. 1995, p. 586.

PERROUD (T.), « Droit des administrés et téléservices publics », RFAP, avr. 2013, n° 146, p. 419-431.

PETEV (V.), « Une conception socio-axiologique du droit », Droits, n°10, 1989, p.70 s.

PEYRE (J.-C.), « Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », JCP 1984, I, n° 3158.

PIGACHE (Ch.), « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), Presses Universitaires de Rouen, 2004, p. 107-109.

PIGNARRE (G.), « Sur la répartition de la charge de la preuve de l'accomplissement des heures supplémentaires : vers un retour aux principes directeurs du procès ? », RDT 2012, p. 503 s.

PILLET (S.), « Variations autour de la rupture du contrat de travail », Lexbase hebdo 20 oct. 2011, n° 458.

POLI (J.-P.), « Le bureau de conciliation : un juge qui écoute et qui conseille », Dr. ouvr. 2006, p. 246.

POUND (R.), « The theory of Judicial Decision », in Harvard Law Review, vol. 36, 1923, p. 954-955
 – « The Ideal Element in American Judicial Decision », in Harvard Law Review, vol. 45, 1931, p. 136-148.

PROUST (O.), BURTON (C.), « Le conflit de droits entre les règles américaines de « e-discovery » et le droit européen de la protection des données à caractère personnel...entre le marteau et l'enclume », RLDI 2009/46, n° 1531.

RADE (Ch.), « Information des salariés et usage de l'intranet », Lexbase Hebdo éd. soc., 5 mai 2005, n°166.
 – « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. janv. 2002, n° 1, p. 26.
 – « La contrainte en droit du travail », in La contrainte, Economica, 2007, p. 83-100.

RAISON- REBUFAT (L.), « Le principe de loyauté en droit de la preuve », Gaz. Pal. 26 juil. 2002, n°207, p. 3-9.

RAY (J.-E.), « une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. soc. 1993, 103, spéc. p. 105.
 – « Actualité des TIC », Dr. soc. mars 2010, n°3, p. 267-279, spéc. p. 270 : « Nikon est mort ? ».
 – « De la subordination (sub-ordination) à la suborganisation (sub-organisation) », Dr. soc., janv. 2002, n°1, p. 5-9.

- « Le chef injuste. L'exemple du chef d'entreprise », in De l'injuste au juste, Paris, Dalloz, 1997, p. 19-25.
- « Little Brothers are watching you », SSL, 6 déc. 2010, n° 1470, p. 10-13.

RAYNAUD (J.), « Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail », JCP S, 29 janv. 2013, n° 5, p. 19-22.

RAYNOUARD (A.), « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique-Observations critiques », Defrénois, 30 mai 2000, n°10, p. 593 s.

RAYROUX (M.), « Un siècle de droit social », Gaz. Pal. 4 janv. 2000, n° 4, p. 78.

RENARD (I.), « Le courrier recommandé électronique : une alternative au recommandé postal ? », JCP E, 19 mai 2011, n°20, p. 9-10.

REROLLE (N.), « Contrôle de l'activité des salariés et respect de la vie privée », Les Cahiers Lamy du C.E., 2008.

REVEL (T.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC, av. 2004, p. 579-588.

ROQUEPLO (Ph.), « L'expertise scientifique, consensus ou conflit ? » in La Terre outragée, éd. Autrement, Paris, 1992, p. 157-169.

ROZES (S.), « Un profil nouveau pour les juges » in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 435-441, spéc. p. 437.

- « Une entreprise en activités judiciaires », RFAP, 1991, n°57, p. 5.

RUDIER (N.), « Variations de la force probatoire de la lettre recommandée », Revue juridique de l'Ouest, oct. 2011, n° 4, p. 417-448.

SAILLARD (J.-P.), « La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies – Position de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris », JCP E, 3 fév. 2000, n° 5, p. 149-150.

SAINT-JOURS (Y.), « La prud'homie française à la croisée des chemins », Dr. soc. 1972, n° 2, p.105.

SALAS (D.), « Les enjeux de la formation des juges », entretiens, Sistemas Judiciales, n°1, p3.

SAMPER (CH.), « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », APD, t. 43, Sirey, Paris, 1999, p. 327-348.

SAVATIER (J.), « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », Dr. soc. 1991, 485,

- « La liberté dans le travail », Dr. soc. 1990, p. 49.

SERVERIN (E.), « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », Droit et société, n°50, 2002, p. 59-68.

SERVERIN (E.), VENIN (F.), « Les conseils de prud'hommes à l'épreuve de la décision : la départition », Dr. soc. n°11, nov. 1995, p. 904-913.

SIRINELLI (P.), « Introduction », in France, Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation, La Documentation française, Paris, 2006, p. 46.

SOLUS (H.), « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », in Travaux de l'association Henry Capitant, T. V 1949, Dalloz, 1950, p. 130.

SORDET (E.), « Facebook, néfaste pour la vie privée (des salariés) ? », JCP G., 29 nov. 2010, n° 48, p. 2228. SSL, 20 janv. 2014, n° 1614, p. 2-4.

STROMHOLM (S.), « Essai de morphologie juridique », in Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Pik Malmstrem, Stockholm, Forlag, 1972.

SUIRE (E.), « La preuve devant le juge prud'homal (2^e partie). Obligations des parties, rôle du juge, moyens de preuve », RPDS avr. 2014, n° 828, p. 121-133, spéc. p. 127.

SUPIOT (A.), « Administration de la preuve- L'équitable dans la preuve », Sem. soc. Lamy, 24 mai 1988, n° 410, p. 62-75.

- « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) » in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON. SUPIOT (A.), « Travail, droit et technique », Dr. soc. janv. 2002, n° 1, p. 13-25.
- « Le rôle de la doctrine en droit social », Bulletin d'information, n° 787, Les éditions des Journaux Officiels, 15 sept. 2013.
- « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. févr. 2000, n° 2, p. 131-145, spéc. p. 131 ;

TARZIA (G.), « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, Paris, 1995, p. 469-475 ; CPC art. 146 al. 2.

TERRE (F.), « Lettres à un jeune juriste », Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre CATALA, Litec, Paris, 2001 p. 989- 1002.

- « Le droit et l'immatériel », APD, T. 43, Sirey, Paris, 1999.

TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », Dr. soc. 1990, p. 577.

- « Introduction à la première partie », Les sources du droit du travail, PUF, Paris, 1998.
- « La jurisprudence en droit du travail », APD, n° 50, 2006, p. 163-178, spéc. p. 165.
- « La preuve en droit du travail », in La preuve, Economica, Paris, 2004, p. 73 et s. ;

THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », in La preuve, PUF, 1996, spéc. p.41.

THEYS (J.) et KALAORA (B.), in La Terre outragée, Les experts sont formels, dir. éd. Autrement, Paris, 1992, p. 204-209.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple- Réflexion sur les textures du droit », RTD civ. oct. 2003, n° 4, p. 599-628.

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 362 s.

THOMINETTE (R.), « Procédure de mise en état : pour un respect efficace du principe de contradiction », D. 2006, 1764.

TILMAN (L.), FRIMAT (P.), « TIC et santé au travail : la protection des données de santé », JCP S, 26 nov. 2013, n°48, p. 22-26.

TOURNAUX (S.), « Régularité de la convocation à l'entretien préalable de licenciement par Chronopost », Lexbase hebdo éd sociale, 24 fév. 2011, n° 429.

TRICOIT (J.-Ph.), « Recrutement, rupture du contrat de travail et TIC », JCP S., oct. 2013, n°40, p. 9-14.

TROPER (M.), « Argumentation et explication », in L'argumentation des juristes et ses contraintes, vol. 1, Droits, n° 54, 2012, PUF, p. 4-26, spéc. p. 5

TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS, « introduction », In Théorie des contraintes juridiques, op. cit., p. 2.

TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », Revue internationale de droit comparé, 1972, Vol. XXII, n°2, p. 247-269.

VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. RIGAUX, Bibliothèque de l'Université catholique de droit de Louvain, XXII, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.

VATINET (R.), « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail », in Standards, principes et méthodes en droit du travail, (dir.) TEYSSIE (B.), Economica, Paris, 2011, p. 207-229, spéc. p. 209.

- « Sur la valeur probatoire d'un constat d'huissier dressé à la demande de l'employeur », note sous arrêt Cass. soc. 28 avr. 2006, JCP S, 27 juin 2006, n°26.

VERGES (E.), Lexisnexis, 2012, p. 853.

- « L'évolution scientifique et technologique au prisme du droit : aperçu d'une relation à plusieurs facettes », in Variations, évolutions, métamorphoses, PU Saint Etienne – Institut universitaire de France, 2012, p. 312 s.
- « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », D. 2007, n° 21, p. 1441-1447.

VERKINDT (P.-Y.), « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise », Dr. soc. janv. 2002, n° 1, p.54-64.

- « Les sources possibles d'inspiration du droit social », in Remédier aux défaillances du contrat, Colloque organisé par le centre Demogoe, MESHS de Lille, 12 décembre 2008.
- « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », JCP S n°5, 27 janv. 2009, p. 3-5.
- « Le raisonnable en droit du travail », in Standards, principes et méthodes en droit du travail, dir. TEYSSIE (B.), Economica, Paris, p. 43- 55, spéc. p.52.
- « Les 'amis' de nos 'amis'... », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 48, 2 déc. 2010, act. 641.

VERMEREN (P.), « La preuve philosophique », in La preuve, dir. Catherine PUGELIER, Economica, 2004.

VIDONNE (P.), « Preuve juridique, preuve scientifique : un cas de no bridge ? », communication in Preuve juridique, preuve scientifique, colloque. Paris, 8 décembre 2011.

VILLACEQUE (J.), « A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », D. 23 fév. 2006, n°8, p. 539-544.

VIVANT (M), « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information », RLDA nov. 1999, n° 21, p. 12-14.

VOGLIOTTI (M.), « De l'auteur au 'rhapsode' ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2003-50, p. 81-95.

VULLIERME (J. L) : « l'autorité politique de la jurisprudence », APD, 1985, T. 30, p. 95-103

WALLE (E.), « A nouvelles technologies, nouvelles causes de licenciement, Gaz. Pal., 23 av. 2011, n° 113, p. 20-23.

WAQUET (PH), « Halte aux stratagèmes », Sem. soc. Lamy, 7 av. 2008, n° 1348, p. 5-9.

- « Retour sur l'arrêt Nikon », Sem. soc. Lamy, 4 mars 2002, n° 1065, p. 5-10

WEBER (A.) « Pratiques : danse avec les juges », in La justice. L'obligation impossible, dir. W. Baranès, M.-A. Frison-Roche, éd. Autrement, Paris, 1994, p. 187-193.

WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation », Bulletin d'information de la Cour de Cassation, 15 mai 2009, n° 702, p. 1-34.

WEILL (L.), JCP G, n°30, 25 juil 2007, p. 43.

WEILLIER (L.), « Les SMS adressés à une salariée sont recevables comme moyen de preuve d'un harcèlement », JCP G. 25 juil. 2007, n° 30, p. 41-44 ;

WIJFFELS (A.), « La motivation des décisions judiciaires », in La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, dir. HOUQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 141-166

WILLEMEZ (L.), « Activités judiciaires et trajectoires juridiques – Les conseillers prud’hommes et le droit du travail », in *Les Conseils de prud’hommes entre défense syndicale et action publique : actualité d’une institution bicentenaire*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2007.

- « Une justice ‘normale’ ? La réforme des conseils de prud’hommes entre légitimité syndicale, contraintes corporatives et impératifs juridiques », in *Opinion et système judiciaire : modes et pratiques d’argumentation judiciaire et extrajudiciaire, du Moyen Age à nos jours, colloque organisé à la MESHS de Lille le 14 novembre 2013*.

WROBLEWSKY (J.), « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l’application du droit », *RRJ – Droit prospectif*, 1988-4, p. 848-870.

IV/ CONCLUSIONS ET RAPPORTS

BOUCHET (H.), *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, (Rapport CNIL du 5 fév. 2002), La Documentation Française, Paris, 2004.

CEZARO (J.-F.) : *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La documentation française, 2013.

CNIL, *La cybersurveillance des salariés*, rapport, Droit et Technologies, 2001.

CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001*, New York, Nations Unies, 2002.

COUR DE CASSATION, *Rapport de la Cour de cassation, L’innovation technologique*, La Documentation française, 2006.

- *Rapport de la Cour de cassation, La preuve*, La Documentation française, 2012.

« Débat sur le fonctionnement des juridictions prud’homales après la réforme de la carte judiciaire » à l’Assemblée nationale. *Compte rendu intégral des débats*, 2^e séance 28 février 2013, *JORF*, n°27, 1^{er} mars 2013.

GUINCHARD (S.), *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée*, La documentation française, Paris, 2008.

JEULAND (E.), « Nouvelles technologies et procès civil, Rapport général pour les pays de droit civil », in *Direito procesual comparado*, PELLEGRINI GRINONVER (A.) et CALMON (P.) (dir.), éd. Forense, Rio de Janeiro, 2007.

KRETOWICZ (S.), *Compte rendu intégral des débats*, 2^e séance 28 février 2013, *JORF*, n°27, 1^{er} mars 2013.

LEGER (Ph.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Ministère de la justice, Paris, 2009.

LEYENBERGER (S.), « Propos introductifs », *La qualité des décisions de justice*, éd. du Conseil de l’Europe, 2008, p. 5-10.

LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l’emploi : rapport pour le Ministre du travail, de l’emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, Paris, 1992

MAGENDIE (J.-C.) et alii., *Célérité et qualité de la justice devant la cour d’appel : rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, Paris, La Documentation française, 2008.

MARSHALL (D.), *Les juridictions du XXI^e siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s’adapte à l’attente des citoyens et aux métiers de la justice*, Ministère de la justice, déc. 2013, 476 p.

MORIN (E.), Sur l'interdisciplinarité, Bulletin Interactif du Centre International de Recherches et Études transdisciplinaires n° 2 - Juin 1994, publié dans Carrefour des sciences, Actes du Colloque du Comité National de la Recherche Scientifique.

NADAUD-CASTANIE (M.-L.), Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français (France, Angleterre et Pays de Galles, Etats-Unis), rapport du Ministère de la Justice, 19 oct. 2005.

OBERTO (G.), Recrutement et formation des magistrats en Europe. Etude comparative, éd. du Conseil de l'Europe, 2003, p. 35.

ODENT (B.) et BALAT (J.-C.), La communication dans le procès, Justice et Cassation, 2006.

PONSARD (V.), Vérité et justice (la vérité et le procès), rapport français, in La vérité et le droit, Trav. Ass. Capitant, Journées canadiennes, T. XXXVIII, 1987, éd. 1989, p. 673 s;

Rapport français sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires : mission d'audit de modernisation, La Documentation Française, 2006.

RICHARD (J.), PASCAL (A.), Pour le renforcement de la légitimité de l'institution prud'homale : quelle réforme de désignation des conseillers prud'hommes ?, Rapport au ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique, La Documentation française, 2010.

SAVATIER (R.), La science et le droit de la preuve (rapport), Travaux de l'Association Henry Capitant, T. VII, 1952, Dalloz, Paris, p. 607-620.

SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES ET INTERNATIONALES, Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français, Rap. Ministère de la Justice, 19 oct. 2005. En ligne : [www.gip-recherche-justice.fr].

STIVALA (A.), Rapport pour le compte de la mission Droit et Justice, dans le cadre du projet « Les discriminations dans les relations de travail devant les Cours d'appel : la réalisation contentieuse d'un droit fondamental ». En ligne : [crdp.univ-lille2.fr].

V/ PRINCIPAUX SITES INTERNET

DOBKINE (M.), « La formation du bon juge », directeur de l'ENM depuis 2005, allocution du 26 juin 2006. En ligne : [asmp.fr/travaux/communication/2006/dobkine.html].

GAUTRAIS (L.), « Changer la loi canadienne en matière de vie privée », 17 av. 2013. En ligne : [http://www.gautrais.com/Changer-la-loi-canadienne-en].

KLEIN (G.), « Le droit à la preuve : une étude comparée de la procédure civile allemande et française », mis en ligne le 2 juin 2009 par LECLERC (O.) sur le site du laboratoire de droit comparé de l'Université Paris Ouest-Nanterre. En ligne : [http://m2bde.u-paris10.fr].

LAMBERTERIE DE (I.), Préconstitution des preuves, présomptions et fictions, in Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP /CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003. En ligne : [http://www.lex-electronica.org/docs/articles_106.pdf].

MARSHALL (D.), Les juridictions du XXIe siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens et aux métiers de la justice, En ligne : [www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf].

LEVENEUR (L.), « La Commission, source de droit ? », Contribution au colloque de la Cour de cassation intitulé « La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire », 20 mars 2009. En ligne : [www.courdecassation.fr/colloques_actvites_formation_4/2009_2854/abusives_action_12097.html].

PEIHAO (Y.), « L'admission de la preuve électronique dans le droit français et le droit chinois ». En ligne [<http://m2bde.u-paris10.fr/content/ladmission-de-la-preuve-%C3%A9lectronique-dans-le-droit-fran%C3%A7ais-et-le-droit-chinois-par-peihao-y>].

PERROCHIA (D.), Les notions de système et de modèle (aspects épistémologiques et philosophiques), Cours de philosophie Université Lyon III. En ligne : [<http://parrochia.wifeo.com/documents/systeme-et-modle.pdf>].

Rapport du Ministère de la Justice, 19 oct. 2005. En ligne : [www.gip-recherche-justice.fr].

Rapport de la Commission du Sénat. En ligne : [www.senat.fr/rap/107-036/107-03612.html].

Rapport du Conseil supérieur de la prud'homie du 27 fév. 2013. En ligne : [www.cfdt.fr/portail/le-cartnet-juridique/les-prud-hommes/vu-du-conseil-superieur-de-la-prud-homie/conseil-suoerieur-de-la-prudhomie-du-27-fevrier-2013-1/2-prod_134719].

STIERGLER (B.), Cours de philosophie, 10 nov. 2012, Ecole de philosophie d'Epineuil-le-Fleuriel. En ligne : [pharmakon.fr].

TAUBIRA (Ch.), Garde des sceaux, séance en hémicycle du 28 fév. 2013 à 15h, Assemblée nationale XIVe législature, Compte rendu intégral, JO n°27 du 1^{er} mars 2013. En ligne : [<http://www.assemblee-nationale.fr>].

- Projet de loi n° 175 déposé au Sénat le 27 novembre 2013 « relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ». En ligne : [www.senat.fr/dossier-legislatif/pj113-175.html].

Table des annexes

Annexe 1 : Le dispositif de la proposition de réforme de l'instance prud'homale 581

Annexe 2 : Le dispositif de la proposition de réforme sur la preuve électronique 587

Annexe 1

LE DISPOSITIF DE LA PROPOSITION DE REFORME DE L'INSTANCE PRUD'HOMALE

1.- La question au Gouvernement

« M... attire l'attention de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, sur les perspectives d'évolution de la formation des conseillers prud'hommes, en accord avec les préconisations européennes en la matière. En effet, l'article 56 de la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres en date du 17 novembre 2010 préconise de leur offrir « *une formation initiale et continue théorique et pratique, entièrement prise en charge par l'Etat* ». Cette formation devant inclure les questions économiques, sociales et culturelles nécessaires à l'exercice des fonctions judiciaires ; l'intensité et la durée de cette formation devant être fixées en fonction de l'expérience professionnelle antérieure. En outre, une réflexion approfondie sur les moyens à mettre en œuvre pour redonner à cette institution une plus grande considération et une plus solide efficacité, est largement plébiscitée par l'ensemble des acteurs de l'institution prud'homale française. L'accès à cette légitimité passe par une formation renforcée, de meilleure qualité et dispensée par des acteurs à l'expertise et aux compétences complémentaires et s'inscrit dans le cadre des débats actuels portant sur le fonctionnement des juridictions prud'homales. C'est pourquoi, il lui demande de bien vouloir lui faire part des mesures qu'elle entend prendre pour améliorer la formation des conseillers prud'hommes et des intentions qui sont les siennes quant à possible transformation d'un simple droit à la formation vers une obligation de formation »²⁰²¹.

²⁰²¹ Question au Gouvernement rédigée par nos soins et déposée le 03 déc. 2013 par M. Le député F. VANNONSON. En ligne : [<http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-44328QE.htm>]. En attente de réponse au 6 fév. 2013.

2.- Le dispositif législatif et réglementaire

N° ...

—
ASSEMBLÉE NATIONALE
CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958
QUATORZIÈME LÉGISLATURE
PROPOSITION DE LOI

**portant diverses dispositions visant à améliorer les conditions d'exercice de la
justice prud'homale**

présentée par

.....,

député.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

L'instance prud'homale traverse depuis quelques années une véritable crise de légitimité.

L'échec qu'endure la procédure de conciliation ainsi que la faible participation des conseillers prud'hommes à une formation juridique de qualité, contribuent à nourrir l'idée véhiculée dans l'opinion commune que ces juges manqueraient de professionnalisme, de rigueur, de connaissances juridiques et de compétences procédurales.

La forme unique que revêt la formation continue, actuellement assurée par les entités spécialisées des organisations syndicales, s'est révélée insuffisante pour faire des conseillers de « solides magistrats » et exige d'être rapidement complétée par une formation initiale. Les débats à l'Assemblée nationale le 28 février 2013 ont d'ailleurs mis en lumière que le fort taux d'appel des décisions des conseils de prud'hommes (58%) résulterait du manque de formation des conseillers à la procédure civile.

Le taux insignifiant de conciliation devant les conseils de prud'hommes (entre 8% et 10% avec une tendance à la baisse) évoqué dans le rapport MARSHALL de décembre 2013, participe également à la perte de considération que connaissent actuellement les conseils de prud'hommes.

L'ensemble des acteurs juridiques et politiques, dont les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, sont conscients de ces difficultés et ont émis le souhait unanime d'apporter des améliorations à la phase de conciliation et à la formation prud'homales, piliers de la qualité de la justice prud'homale.

Une réflexion approfondie sur les moyens à mettre en œuvre est donc largement plébiscitée autant par les magistrats professionnels que par les conseillers prud'hommes eux-mêmes. Les débats se cristallisent autour de la nécessité d'agir en urgence pour « *redonner à cette institution la considération et l'efficacité qui lui font de plus en plus défaut* ».

Aussi, la proposition qui vous est soumise a pour objectif de supprimer le caractère facultatif et le manque de transparence de la formation des conseillers prud'hommes en lui conférant un caractère obligatoire et mixte. Elle vise en parallèle, à mettre en place, à titre expérimental, la visioconférence lors de la phase de conciliation, pour tenir compte des impératifs professionnels de chacun, tout en instaurant la communication indispensable à la rencontre des intérêts de l'employeur et du salarié.

Telles sont les raisons pour lesquelles je vous demande d'adopter la présente proposition de loi.

PROPOSITION DE LOI

CHAPITRE I.

Conciliation

Article 1^{er}

Après l'article L. 1411-1 du code du travail, ajouter un article ainsi rédigé :

« A titre expérimental, pour une durée de cinq ans, afin d'assurer le bon déroulement de la phase de conciliation et lorsque la comparution en personne du défendeur n'est matériellement pas envisageable, les discussions devant le bureau de conciliation, peuvent, par décision du président du conseil de prud'hommes, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles reliées directement, par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission.

L'une de ces salles peut se trouver dans l'entreprise pour être plus aisément accessible au défendeur. Si les intéressés sont assistés d'un conseil, ce dernier est physiquement présent près d'eux. Ces opérations donnent lieu à l'établissement d'un procès-verbal de l'enregistrement audiovisuel.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article et détermine les conditions dans lesquelles il sera procédé à une évaluation au terme de la période d'expérimentation ».

CHAPITRE II.

Formation

Article 2. La formation continue

A l'article L. 1442-1 du code du travail, ajouter un alinéa ainsi rédigé :

« La formation professionnelle continue est obligatoire pour les conseillers prud'hommes en exercice.

Un décret en Conseil d'Etat détermine la nature et la durée des activités susceptibles d'être validées au titre de l'obligation de formation professionnelle continue. Le Conseil de la prud'homie détermine les modalités selon lesquelles elle s'accomplit ».

Article 3. La formation initiale

« Les conseillers prud'hommes suivent une formation initiale obligatoire préalable à leur entrée en fonction. Les modalités selon lesquelles elle s'accomplit et les personnes habilitées à la dispenser sont définies par un décret en Conseil d'Etat ».

Article 4

La perte de recettes résultant pour l'État des articles ci-dessus est compensée à due concurrence par la création d'une taxe additionnelle aux droits prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

DECRET

Décret n°... du ... 2014 fixant les caractéristiques techniques des moyens de télécommunication audiovisuelle susceptibles d'être utilisés à titre expérimental pour la tenue de la procédure de conciliation dans les juridictions prud'homale

Le premier ministre,
Vu la Constitution, notamment son article 37-1 ;
Vu le code du travail, notamment son article L1411-2 (nouveau) ;
Le Conseil d'Etat entendu,
Décrète :

CHAPITRE UNIQUE : EXPERIMENTATION DE CERTAINES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DE LA VISIOCONFERENCE DANS LA PROCEDURE DE CONCILIATION PRUD'HOMALE

Article 1

Les dispositions de l'article 1^{er} sont applicables à titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2017, dans les conseils de prud'hommes désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice.

Article 2

Quatre mois avant le terme de l'expérimentation prévue par l'article 2, les greffiers en chef des juridictions prud'homales désignées par l'arrêté mentionné au même article adressent au garde des sceaux, ministre de la justice, un rapport faisant le bilan de cette expérimentation, comportant notamment le taux de conciliation atteint et les difficultés de mise en œuvre rencontrées.

Annexe 2

LE DISPOSITIF DE LA PROPOSITION DE REFORME SUR LA PREUVE ELECTRONIQUE

N° ...

—
ASSEMBLÉE NATIONALE
CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958
QUATORZIÈME LÉGISLATURE
PROPOSITION DE LOI

**portant diverses dispositions visant à encadrer l'utilisation de la preuve
électronique des faits**

présentée par

.....,

député.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

La loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique n'a pas rempli les objectifs juridiques qui lui étaient fixés. Bien au contraire elle a contribué à complexifier le droit probatoire existant.

Les acteurs du procès, praticiens et théoriciens, ont émis le souhait de trouver dans les futures réformes législatives, de nouveaux outils juridiques leur permettant d'appréhender la preuve sur support électroniques et numériques.

La structure générale du droit probatoire actuel manque profondément de cohérence et de modernité. Elle requière, outre la mise en chantier d'une réforme générale du droit de la preuve pouvant aboutir à la création d'un livre entièrement dédié à la preuve, l'insertion

d'une section consacrée à la preuve électronique des actes juridiques et des faits dans le code civil.

Aussi, la proposition qui vous est soumise a pour objectif d'inscrire la preuve électronique au centre d'une réforme substantielle du droit de la preuve des faits.

Telles sont les raisons pour lesquelles je vous demande d'adopter la présente proposition de loi.

PROPOSITION DE LOI

CHAPITRE UNIQUE

Article 1^{er}

Après l'article ... du Code civil, ajouter un article ainsi rédigé :

« La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens ».

Article 2

Après l'article ... du Code civil, ajouter un article ainsi rédigé :

« Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'Information et de la Communication, il est appuyé, au besoin, de la documentation visée à l'article... de la Loi... [autre loi définissant la documentation] ».

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

- **action en justice** : 196, 356, 247
- **administration de la justice (*bonne*)** : 64
- **administration de la preuve** : 423, 478
- **appréciation du juge** : 104
 - recevabilité : 405-408, 410, 413, 415, 436, 442, 455, 467, 472, 480, 485, 489, 491-494, 497, 499-501, 508, 515-516, 520-521, 524-525, 527, 530-531, 533, 537, 542, 545-546, 548-550, 562, 570, 576, 624, 648, 744, 764
 - force probante : 18, 25, 99-100, 103, 159, 407, 555, 594, 597, 599, 601, 603-604, 608-609, 615, 742, 761
 - valeur probatoire : 555, 558-563, 568, 570, 573-574, 586, 593, -594, 605, 631, 726
- **aptitude probatoire** : 111, 189, 192-193, 204, 223, 562
- **article 1315 du Code civil** : 188, 193, 201, 224, 500
- **article 1316-1 du Code civil** : 154, 257-258, 546, 548, 643-644, 721, 751-752
- **astreinte** : 302, 307-308, 310-311, 313, 316, 319, 323, 328-329, 343, 516
- **attestation** : 494, 529, 575, 583, 605-607
- **aveu** : 398, 602-603, 609, 627, 746, 819
- **avocat** : 59-60, 68-67, 82, 593, 646

-B-

- **balance probatoire** : 187, 227

- **bureau**
 - de conciliation : 300, 308, 316, 329, 370, 640
 - de jugement : 300, 312, 314, 328, 642

-C-

- **CEDH** : 63, 423
- **célérité du procès** : 23, 399
- **certification** : 610, 726, 728-730
- **charge de la preuve** :
Voir aussi : doute, fardeau de la preuve, risque de la preuve
108, 183-184, 187, 189, 191, 194, 196, 199, 201-201, 205, 216, 220, 246, 264, 331, 361, 570, 574
- **clé USB** : 141, 363, 450, 562
- **CNIL** : 129-131, 133
 - avis : 129
 - délibération : 130, 461
 - rapport : 132, 142
- **communication de la preuve** : 335
- **comparution personnelle des parties** : 352, 367, 687
- **conseil des prud'hommes** : 588, 642
- **conseillers**
 - prud'hommes, prud'homaux : 1, 34, 36, 299, 314, 521, 603, 643, 653, 658, 664, 643
 - rapporteur : 312, 371-372, 399, 687
- **conservation des preuves** : 159, 215, 318, 371, 729
- **constat d'huissier** : 359, 463, 527
- **contrat de travail électronique** : 152-155
- **convention sur la preuve** : 261, 725-726
 - régime général : 261
 - convention sur la preuve électronique : 264-268, 725
- **convergence des procédures** : 395, 456

- **coopération à l'administration de la preuve** : 243, 251
- **courriel** : 20, 101, 117, 142, 208-209, 212, 231, 237, 258, 281, 433, 441-445, 452, 467, 489, 530, 545, 575, 583-584, 588, 592, 610, 663, 686, 725, 755

-D-

- **débat judiciaire** : 340, 580
- **décision judiciaire** : 35, 76, 87, 257, 343, 403, 512, 553, 566, 616, 654, 659-660, 669, 676
- **délai raisonnable** : 62, 707
- **dématérialisation** : 53, 55, 56, 63, 68, 335, 339, 65
- **discrimination** : 195-196, 203-204, 212, 342, 352, 371
- **documentation (*notion canadienne*)** : 754-756
- **doute** : 666
- **droit à la preuve** : 322
 - contour de la notion : 284-285, 287
 - droit à la preuve électronique : 283

-E-

- **échevinage** : 708
- **effectivité** : 2, 6, 105, 195, 216, 236, 284, 428, 437
- **efficacité** : 428, 442, 446, 485, 553-554, 560, 594, 610, 614-615, 619, 622, 630, 634, 648-654, 663, 678, 688, 690, 698, 706-707, 711
- **égalité des armes** : 159, 247, 284
- **équité dans la preuve** : 178
- **européens (*textes*)**
 - directives : 125
 - recommandations : 93, 124-127, 707
- **expert en informatique** : 322, 324, 541, 652, 717

-F-

- **Facebook** : 101, 116, 146, 208, 448-449, 531-532
- **fardeau de la preuve** : 185, 192-195, 200, 204, 342, 731
- **fonction ad probationem de la preuve** : 96 et s.
- **fonction ad validitatem de la preuve** : 113 et s., 750
- **formalisme** : 164, 167, 756
- **formalisme électronique** : 139, 151
- **formation (*des conseillers prud'hommes*)** : 664, 705-707

-G-

- **géolocalisation** : 460-461

-H-

- **harcèlement** : 195-196, 204, 210, 226, 342, 493, 526, 611
- **histoire de la preuve** : 9
- **huissier de justice** : 259, 323, 358, 363, 367, 373-374, 445, 465, 525, 527, 532, 610

-I-

- **image** : 47, 142, 398, 400, 460, 480, 504, 675, 677, 767
- **impartialité du juge** : 651
- **implication du juge** : 345, 366, 394, 436
- **indemnisation** : 654, 675
- **injonction** : 301-304, 329, 334, 342
- **instruction** : 346 et s.

-J-

▪ **juge du contrat de travail**

Voir aussi : impartialité du juge, implication du juge, office du juge

6, 24, 31, 35-40, 56, 71, 76, 81, 86, 89-91, 125, 129, 137-138, 141, 168, 170, 174-175, 178, 252, 293, 298-304, 313, 317, 327, 331-333, 344-345, 348-352, 356, 360, 362, 366-368, 394, 398, 401-408, 427, 480, 496-497, 506, 508, 557, 611, 628, 633, 640, 643, 659, 670, 766

▪ **juge des référés** : 276, 329

-L-

▪ **lettre recommandée électronique** : 60, 119-120, 151, 161, 163-167

▪ **liberté d'expression** : 145-146, 433

▪ **loi du 13 mars 2000** : 8, 22, 75, 94, 97, 103, 112, 122, 260728, 735, 741, 749-751

▪ **loyauté de la preuve** : 416 et suiv.

-M-

▪ **matière** :

- civile : 67, 420, 743
- pénale : 65, 415, 420, 743

▪ **mesure d'instruction** : 272, 276, 348, 352, 362, 368

- ordinaire : 352
- in futurum : 354, 356, 364

▪ **modèle**

Voir aussi : schématisation

- définition générale : 487 et suiv.
- modèle du « bon utilisateur des technologies » : 516
- notion de mesure : 506
- notion de moyenne : 507

▪ **motivation de la décision judiciaire** : 78, 553-554

-N-

- **nature de la preuve électronique :**
 - contingence : 23, 89
 - volatilité : 144
 - ubiquité : 205, 277, 448
 - malléabilité : 372, 663
- **Néocel (arrêt) :** 470, 477
- **Nikon (arrêt) :** 437, 440
- **normalité :** 505-508
- **normativité :** 45, 173, 385, 514, 516, 518, 522
- **nullité :** 66, 226, 641

-O-

- **objectif du procès :**
Voir aussi : célérité du procès, qualité de la justice, vérité judiciaire
381
- **obligation des parties**
Voir aussi : communication de la preuve, coopération à l'administration de la preuve
- **office du juge :** 181 et s., 292 et s., 643
- **oralité de l'instance :** 31, 400, 649
- **ordonnance**
 - sur requête : 281, 324, 354
 - de clôture : 338

-P-

- **pourvoi en cassation :** 490, 551, 583
- **pouvoir souverain des juges :** 576
- **préconstitution de preuves :** 235
- **preuve électronique**
Voir aussi : clé USB, courriel, Facebook, SMS
- **preuve littérale :** 8, 42, 99-100, 103, 262, 738

- **principe de proportionnalité** : 436, 464, 497
- **principes directeurs du procès**
Voir aussi : oralité de l'instance, principe du contradictoire, procédure orale, procès équitable
- **principe du contradictoire** : 333 et s.
- **procédure**
 - accusatoire : 7, 396
 - inquisitoire : 395-396
 - orale : 338, 651
 - avant dire droit : 318
- **procès équitable** : 66, 181, 284
- **proportionnalité** : 429 et s.

-Q-

- **qualification** : 116, 210, 237, 521
- **qualité de la justice** : 46, 484, 534, 628

-R-

- **raisonnable (*notion de*)** : 538
- **réseaux sociaux** : 146, 449, 531
- **responsabilité** : 8, 303, 368, 707
- **risque de la preuve** : 216 et suiv.

-S-

- **sanction** : 331 et s.
- **schématisation**
Voir aussi : modèle
539
- **sécurité juridique** : 72, 125, 381, 426, 400, 724
- **serment** : 7-8, 602, 609

- **signature électronique** : 8, 22, 66, 104, 110, 115, 238, 729, 748
 - définition : 107-108, 155, 159
 - fonction : 610
- **SMONDON (G.)** : 761
- **SMS** : 101, 141, 207, 210, 267, 456, 492, 526-527, 589, 610, 663, 667
- **standard juridique** : 412, 507, 533, 535
- **STIEGLER (B.)** : 448
- **stratagèmes** : 462
- **subtilisation de documents** : 223-225
- **système expert** : 511, 624

-T-

- **technicien** : 19, 352, 377, 386, 391, 683
- **téléphone** : 20, 23, 129, 267, 278, 379, 489, 507, 527-529, 670
- **télétravail** : 150
- **témoignage** : 605 et s.
- **traitement de données** : 233, 279
- **transfert d'informations électroniques (*notion canadienne*)** : 232
- **transparence** : 459

-U-

- **unicité de l'instance** : 31, 650

-V-

- **vérité judiciaire** : 625-626
- **vidéosurveillance** : 34, 233, 281, 436, 623
- **vie personnelle** : 340, 440, 442

- **vie privée** : 439 et s.
- **visioconférence** : 691
 - conciliation : 699
 - procédure : 697

-W-

- **whistleblowing** : 129

Table des matières

<i>Introduction</i>	13
Section I. Prolégomènes : La preuve électronique aux confins du droit et de la science	15
A. L'apparition d'une notion juridique	15
B. Les contours d'une notion juridique	21
C. La recherche d'une définition de la preuve électronique	26
Section II. Axiome : Le contentieux prud'homal révélateur des caractéristiques juridiques de la preuve électronique	31
A. Le choix d'une étude de la procédure française	31
B. Le choix d'une étude du contentieux prud'homal	32
C. Le choix d'une étude du contrat de travail	36
Section III. Hypothèse : la réponse mitigée du juge du contrat de travail à l'invocation d'une preuve électronique	39
<i>Partie I. La reconnaissance de la preuve électronique</i>	41
TITRE I. L'implantation de la preuve Électronique dans le contentieux prud'homal	45
Chapitre I. La rationalisation du cadre juridique du procès prud'homal	49
Section I. L'impact des TIC sur la forme du droit : la dématérialisation	51
§ I. La dématérialisation de l'information juridique	52
§ II. La dématérialisation de la procédure	55
Section II. L'impact des TIC sur la substance du droit : la cohérence juridique	63
§ I. Les TIC, facteurs de qualité législative	64
§ II. Les TIC, aides à la décision judiciaire	65
Conclusion du chapitre I	69
Chapitre II. La composition du cadre juridique de la preuve électronique en droit du travail	71
Section I. Le cadre juridique de la preuve moderne en général	73
§ I. La législation de la preuve électronique	75
A. La fonction ad probationem de l'écrit électronique	75
1. Les mesures législatives générales	76
2. Les mesures réglementaires	81
B. La fonction ad validitatem de l'écrit électronique	84
1. La consécration de l'acte juridique électronique	85
2. La dématérialisation des formalités contractuelles	87
§II. Le rayonnement des autres textes non législatifs	90

A.	Les recommandations et interventions européennes _____	91
B.	Les recommandations pratiques et rapports de la CNIL _____	95
Section II.	Le cadre juridique de la preuve moderne en droit du travail _____	101
§I.	L'appropriation des preuves modernes par le droit du travail _____	103
A.	Le contentieux lié au temps de communication _____	105
B.	Le contentieux lié à la teneur des communications _____	107
§II.	L'implantation du formalisme électronique en droit du travail _____	110
A.	Le formalisme électronique des actes juridiques en droit du travail _____	111
B.	Le paradoxe de la lettre recommandée électronique _____	118
Conclusion du Chapitre II	_____	125
Conclusion du Titre I	_____	127
TITRE II. L'implication des acteurs juridiques dans l'administration de la preuve		
Électronique	_____	131
Chapitre I.	La collaboration des parties à l'administration de la preuve électronique _____	135
Section I.	La répartition de la charge de la preuve électronique _____	137
§I.	Le fardeau de la preuve électronique _____	139
A.	Les dérogations à l'obligation de prouver du salarié _____	140
1.	Le régime des exceptions d'attribution de la charge de la preuve _____	142
2.	La nomenclature des exceptions d'attribution de la charge de la preuve _____	144
B.	La résurgence de l'aptitude probatoire du salarié _____	151
1.	L'aptitude probatoire du salarié en raison de la nature de la preuve électronique _____	151
2.	L'aptitude probatoire du salarié en raison des circonstances de production et de conservation de la preuve électronique _____	154
§II.	Le risque de la preuve électronique _____	156
A.	Les dérogations à l'attribution du risque de la preuve en droit du travail _____	157
1.	L'attribution du risque de la preuve à l'employeur _____	157
2.	Les mécanismes de facilitation probatoire _____	158
B.	L'intensification du risque probatoire attribué à l'employeur _____	161
1.	La fin du monopole probatoire de l'employeur _____	162
1.1.	La reproduction d'un document électronique au soutien des droits du salarié _____	162
1.2.	La préconstitution de la preuve électronique par le salarié _____	165
2.	Le risque électronique alloué à l'employeur _____	167
Section II.	Les droits et obligations des parties dans l'administration de la preuve électronique _____	171
§I.	Le devoir de coopération des parties à la preuve électronique _____	172
A.	Le principe de coopération à la preuve électronique _____	173
1.	La nature du principe _____	173
2.	La teneur du principe _____	175
B.	La mise en œuvre de la coopération à la preuve électronique _____	177
1.	La communication de la preuve électronique _____	177

2. La preuve de la preuve électronique _____	179
§II. Les droits des parties dans l'administration de la preuve électronique _____	183
A. Les conventions sur la preuve électronique _____	183
1. La transposition des conventions sur la preuve électronique en droit du travail _____	184
2. L'inadéquation des conventions sur la preuve électronique au droit du travail _____	186
B. Le droit à la preuve électronique _____	188
1. La preuve électronique comme objet du « droit à » _____	189
2. L'intensité du pouvoir conféré par le droit à la preuve électronique _____	196
Conclusion du Chapitre I _____	199
Chapitre II. L'office du juge du contrat de travail dans l'administration de la preuve électronique ____	201
Section I. L'autorité du juge dans la communication de la preuve électronique _____	203
§I. La contrainte exercée par le juge dans la délivrance de la preuve électronique _____	204
A. La récurrence de l'exercice du pouvoir d'injonction des juges _____	205
1. L'augmentation des décisions d'injonction en matière prud'homale _____	206
2. Le recours à l'astreinte dans le contentieux prud'homal _____	208
B. Les prérogatives des juges dans l'exercice du pouvoir d'injonction _____	210
1. La nouvelle logique de répartition des pouvoirs judiciaires _____	211
1.1. La procédure classique _____	211
1.2. Les procédures avant dire droit _____	213
2. La complexité de la répartition des pouvoirs judiciaires _____	217
§ II. La sanction attribuée par le juge au défaut de délivrance de la preuve électronique _____	219
A. La sévérité du juge dans l'appréciation de l'atteinte portée au principe du contradictoire lors de la communication des pièces sur support électronique _____	220
1. Le support électronique des pièces, facteur supplémentaire d'atteinte au principe du contradictoire. _____	220
2. La caractérisation de l'atteinte au principe du contradictoire _____	221
B. La souveraineté du juge dans la caractérisation du défaut de production de la preuve électronique _____	224
1. L'interprétation des justifications exonératoires à la production de la preuve électronique _____	224
2. Les sanctions du défaut de délivrance de la preuve électronique _____	225
Section II. La contribution du juge à l'instruction de la preuve électronique _____	229
§I. L'exercice intensifié du pouvoir d'instruction _____	231
A. Les incitations légales à l'utilisation judiciaire des mesures d'instruction _____	231
B. L'extension du champ d'application des mesures d'instruction « in futurum » _____	234
1. La dénaturation du motif légitime _____	236
2. L'interprétation restrictive de la carence des parties à la preuve. _____	237
§II. L'exercice dépersonnalisé du pouvoir d'instruction _____	241
A. Les formes de la dépersonnalisation de l'exercice du pouvoir d'instruction _____	241

1. Le conseiller rapporteur symbole des limites au particularisme probatoire du droit du travail	242
2. Les acteurs principaux de l'instruction de la preuve électronique : l'huissier et l'expert	245
B. Les risques de la dépersonnalisation de l'exercice du pouvoir d'instruction.	248
Conclusion du Chapitre II	255
Conclusion du Titre II	257
Conclusion de la Partie I	259
Partie II. La neutralisation de la preuve électronique	263
Titre I. La recevabilité de la preuve Électronique	265
Chapitre I. Les critères d'appréciation de la preuve électronique	269
Section I. Le critère exogène de recevabilité de la preuve électronique	271
§I. La nature juridique de la loyauté de la preuve	273
A. La loyauté : un instrument processuel porteur de morale	274
1. Un instrument juridique au service du procès	275
2. Un instrument juridique au service du sujet	278
B. La loyauté : un concept juridique indéterminé	279
§II. Les désinences juridiques de la loyauté de la preuve	282
A. L'exigence de proportionnalité	283
1. Le contenu de l'exigence de proportionnalité	284
2. L'ambivalence de l'exigence de proportionnalité	287
B. La création d' « un socle processuel de bonne conduite probatoire »	288
1. Le respect de la vie privée, facteur principal de loyauté probatoire	290
2. L'insuffisance du critère subjectif de la loyauté de la preuve	297
Section II. Le critère endogène de la recevabilité de la preuve électronique	305
§I. L'apparition du critère objectif de loyauté	307
A. L'exigence de transparence du dispositif de contrôle en droit du travail	308
1. La double information	308
2. La précision des informations	309
B. Le rejet généralisé des techniques manipulatoires et vexatoires	311
1. Le rejet du stratagème en droit du travail	311
2. Le rejet du stratagème en droit processuel	314
§II. L'affirmation du critère objectif de loyauté	317
A. La composition du critère objectif de recevabilité de la preuve électronique	318
1. L'élément technique du critère	319
2. L'élément cognitif du critère	321
B. Le déploiement du critère objectif de recevabilité de la preuve électronique	323
Conclusion du Chapitre I.	327

Chapitre II. La méthode d'appréciation de la recevabilité de la preuve _____	329
Section I. L'identification du modèle du « bon utilisateur des technologies » _____	333
§ I. Le facteur d'identification du modèle : la rupture dans le discours juridique _____	335
A. La technique juridique adoptée par la Cour de cassation _____	336
B. L'architecture du nouveau mécanisme décisionnel _____	341
1. La structure binaire de la logique judiciaire _____	341
2. La rationalisation de la logique judiciaire _____	343
§II. Les marqueurs d'identification du modèle : la présence d'un objet d'imitation dans la technique judiciaire _____	345
A. La normalité du modèle _____	348
1. La notion de mesure _____	349
2. La notion de moyenne _____	350
B. La reproductibilité du modèle _____	352
1. La présence d'un référent _____	352
2. L'« automatique » du raisonnement _____	354
Section II. La portée du modèle du « bon utilisateur des nouvelles technologies » _____	357
§I. L'ampleur de l'application du modèle du bon utilisateur des technologies _____	360
A. L'application qualitative du modèle _____	361
1. L'instance de contrôle _____	361
2. La nature du contrôle _____	363
B. L'application quantitative du modèle _____	364
1. La recevabilité des éléments probatoires issus de la téléphonie _____	365
2. La recevabilité des éléments probatoires issus de l'informatique et de l'Internet _____	369
§ II. La marge d'interprétation du modèle _____	372
A. La précision du modèle du bon utilisateur des technologies _____	373
1. Le degré de précision du modèle du « bon utilisateur des technologies » _____	373
2. La scientificité du modèle du « bon utilisateur des technologies » _____	374
B. La schématisation du modèle du « bon utilisateur des technologies » _____	375
1. La représentation schématisée du modèle _____	376
2. L'interprétation des données _____	377
Conclusion du Chapitre II _____	379
Conclusion du Titre I _____	381
Titre II. La force persuasive de la preuve Électronique _____	383
Chapitre I. L'appréciation des faits au regard de la preuve électronique _____	389
Section I. La valeur probatoire de la preuve sur support électronique : essai de description d'un régime d'évaluation autonome _____	393
§I. La valeur relative de la preuve sur support électronique _____	395
A. La faible crédibilité de la preuve sur support électronique dans le raisonnement judiciaire _____	397
B. La marginalité de la preuve sur support électronique dans le raisonnement judiciaire _____	400

1. Le monopole des preuves traditionnelles _____	400
2. La mise en concurrence des moyens de preuve _____	402
§II. La valeur « corroborative » de la preuve sur support électronique _____	405
A. Les manifestations de la qualité corroborative de la preuve _____	406
B. Les effets de la qualité corroborative de la preuve _____	408
1. La subordination de la preuve sur support électronique aux moyens traditionnels de preuve _____	409
2. L'assimilation de la preuve sur support électronique au commencement de preuve _____	410
Section II. La force probante de la preuve électronique : esquisse d'une échelle argumentative des preuves en droit du travail _____	415
§I. La place de la preuve électronique dans l' « échelle argumentative » des procédés probatoires _____	417
A. L'ordre des preuves en droit du travail _____	418
1. La place prépondérante des attestations et témoignages dans l'ordre des preuves _____	420
2. La place dérisoire des autres moyens probatoires _____	423
B. L'élaboration de l'échelle argumentative des éléments probatoires _____	425
§II. Les effets de l' « inefficacité argumentative » de la preuve sur support électronique _____	429
A. L'appréciation sélective des faits _____	430
1. L'influence de la nature du fait à prouver _____	430
2. Les transformations de l'argumentation judiciaire _____	432
B. L'étiollement des liens entre la science et le droit _____	434
1. Les points de concordance entre vérité scientifique et vérité judiciaire _____	435
2. L'opposition des preuves scientifiques et juridiques _____	436
Conclusion du Chapitre I _____	439
Chapitre II. L'intégration de la preuve électronique dans le processus d'argumentation judiciaire _____	441
Section I. Les justifications à l'absence d'intégration de la preuve électronique dans le processus décisionnel _____	445
§I. Les facteurs internes au procès _____	447
A. Les facteurs « systémiques » _____	448
1. Paramètre statutaire : le rôle alloué au juge _____	450
2. Paramètre relationnel : le comportement des autres acteurs juridiques _____	454
B. Les facteurs matériels _____	456
1. Paramètre temporel : la célérité du procès _____	458
2. Paramètre économique : le coût du procès _____	461
§II. Les facteurs externes au procès _____	463
A. Les facteurs psychologiques _____	465
1. Paramètre cognitif : le sens de l'erreur _____	467
2. Paramètre émotionnel : la part du doute _____	471
A. Les facteurs sociaux _____	474
1. Paramètre sociétal : la « 'crise' de la fonction sociale des sciences et techniques » _____	477
2. Paramètre politique : la fonction politique des sciences et techniques _____	480

Section II. Les réponses à l'absence d'intégration de la preuve électronique dans le processus décisionnel _____	481
§I. Les solutions relatives au contexte de l'argumentation _____	485
A. Le levier procédural : faire du procès prud'homal un espace de « confiance décidée » dans les TIC _____	486
1. Le sens de la proposition de réforme : la promotion d'une éthique de la communication et de la discussion au sein des conseils de prud'hommes _____	487
2. La mise en œuvre de la proposition de réforme : le recours expérimental à la visioconférence lors de la phase de conciliation _____	492
1.1. Les conditions de mise en place de la proposition _____	492
1.2. Le mécanisme de la proposition _____	496
B. Le levier individuel : faire du juge « un décideur informé » en matière de TIC _____	501
1. Le sens de la proposition : l'intégration de la preuve sur support électronique dans une réforme générale de la formation prud'homale _____	502
2. La mise en œuvre de la proposition : l'allocation de moyens juridiques et financiers visant à faire de la formation prud'homale une formation parachevée et innovante _____	506
1.1. La consécration d'une formation prud'homale obligatoire et mixte _____	507
1.2. L'enseignement pluridisciplinaire des caractéristiques juridiques et techniques de la preuve sur support électronique _____	510
§ II. Les solutions relatives à la définition de l'argument juridique _____	511
A. Le levier conventionnel : la participation des instances représentatives dans l'encadrement de l'utilisation de la preuve sur support électronique _____	514
1. Le sens de la proposition : la prévision par convention ou charte des modalités de recours aux TIC dans l'entreprise _____	514
2. La mise en œuvre de la proposition : l'instauration conventionnelle d'une nouvelle forme de préconstitution de preuve _____	517
B. Le levier législatif : la nouvelle définition de la preuve électronique des faits _____	521
1. L'esprit de la réforme : inscrire la preuve sur support électronique au centre d'une réforme substantielle du droit probatoire. _____	521
1.1. La nécessité d'offrir à la preuve des faits un véritable cadre probatoire _____	522
1.2. La nécessité d'offrir au droit probatoire électronique une réelle substance _____	529
2. La mise en œuvre de la réforme : l'instauration législative d'une garantie de la preuve sur support électronique : « la documentation ». _____	534
Conclusion du Chapitre II _____	537
Conclusion du TITRE II _____	539
Conclusion de la Partie II _____	541
Conclusion générale _____	543
Propositions de thèse _____	545

<i>Bibliographie</i>	547
<i>Table des annexes</i>	579
<i>Index</i>	589
<i>Table des matières</i>	599

LE JUGE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET LA PREUVE ÉLECTRONIQUE

Essai sur l'incidence des Technologies de l'Information et de la Communication sur le contentieux prud'homal

Résumé : Le contentieux prud'homal est le point d'entrée le plus significatif pour observer la réception judiciaire de la preuve électronique. Le pragmatisme et la flexibilité de la juridiction prud'homale offre un terrain d'étude propice à la confrontation axiologique des TIC et du droit du travail et à l'étude pratique des conséquences de l'insertion d'une telle preuve dans l'argumentation des plaideurs. La présente étude s'attache à démontrer qu'à l'invocation d'une preuve électronique, le juge du contrat de travail offre une réponse mitigée. Il adopte en effet, un comportement paradoxal : d'un côté ; il fait preuve d'audace et prend part à la reconnaissance de la preuve électronique lors de la phase d'administration de la preuve, d'un autre côté, il adopte une position de défiance et la rend inopérante. Le bilan de la recherche est proche de la désillusion : le crédit alloué à la preuve électronique n'est pas à la hauteur de son utilité processuelle, elle mérite une approche plus ambitieuse et doit faire l'objet d'une réflexion générale et approfondie.

Mots clefs français : Preuve électronique – dématérialisation – Technologies de l'Information et de la Communication – juge – recevabilité – loyauté – Conseil de Prud'hommes – force persuasive.

THE JUDGE OF EMPLOYMENT CONTRACT AND THE ELECTRONIC PROOF

Essay about the effect of ICT on the procedure in labour contentious matters

Abstract : Procedure in labour contentious matters is the most significant place to observe the judicial reception of e-proof. Pragmatism and flexibility of the elected industrial tribunal offers a field of study which is suitable to observe the axiological confrontation between ICT and labour law and to observe the practical consequences of the inclusion of such proof in the litigants' argumentation. This research endeavours to demonstrate that the use of e-proof receives a mixed appreciation from the Judge of the contract of employment. Indeed, he adopts a paradoxical behaviour: on the one hand, he shows boldness and takes part in the recognition of the e-proof during the phase of producing evidence; but on the other hand, he seems to be reluctant to make use of it in an effective manner. The result of this study is disappointing when considering the credibility given to e-proof is not equal to its procedural utility; it deserves to be the subject of a more ambitious approach and of a general and more in-depth reflexion.

Keywords : Electronic Proof – dematerialization – ICT – judge – admissibility – loyalty – the elected industrial tribunal – persuasive force.

Unité de recherche/Research unit : Equipe Demogue – CRDP, 1 place Déliot – BP 69 – 59024 LILLE cedex, <http://crdp.univ-lille2.fr/>

Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctorale74.univ-lille2.fr>

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>