

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

Frédéric Guiomard

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

SOMMAIRE : SECONDE PARTIE – LE DROIT À LA PREUVE EST-IL VÉRITABLEMENT UTILE À LA RÉOLUTION DES LITIGES RELATIFS AUX DISCRIMINATIONS. – 2.1. L'incertitude théorique du droit à la preuve. – 2.1.1. Un rattachement improbable aux droits de la personne. – 2.1.2. Un droit-créance au statut mal identifié. – 2.2. Les incertitudes pratiques du droit à la preuve.

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

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

* La première partie de l'essai a été publiée sur le n. 2 de 2024.

SECONDE PARTIE

LE DROIT À LA PREUVE EST-IL VÉRITABLEMENT UTILE À LA RÉOLUTION DES LITIGES RELATIFS AUX DISCRIMINATIONS ?

La jurisprudence française s'est référée à l'idée d'un droit à la preuve des justiciables pour interpréter les règles probatoires relatives aux discriminations, tant en ce qui concerne la production de preuves que leur sollicitation.

L'idée d'un droit appartenant au justiciable paraît a priori satisfaisante, car elle permet de mettre l'accent sur ses besoins en vue de faire valoir des droits substantiels.

Toutefois, la construction de cette notion provient avant tout d'un usage *défensif* de l'idée d'un droit à la preuve : celui-ci n'est invoqué que dans la perspective de dépasser les restrictions à la production de preuves susceptibles de porter atteinte à la vie privée de la partie adverse. Le droit à la preuve n'existe pas indépendamment de cet usage, pour mesurer l'étendue de ces propositions de preuve recevables ou de celles dont on peut demander la production forcée en justice. Il n'est donc pas directement utilisé en tant qu'outil d'action positif afin de promouvoir l'effectivité des droits substantiels. Le droit à la preuve souffre alors d'une double faiblesse congénitale : les incertitudes théoriques qui entourent le concept (1) et l'imprécision des garanties qu'il fournit au justiciable (2).

2.1. L'incertitude théorique du droit à la preuve

Du point de vue de la théorie juridique, l'idée même qu'il existerait un droit à la preuve est surprenante. Bien que la notion ne semble pas entièrement spécifique au droit français¹, elle semble assez symptomatique d'une tendance des juristes français de traduire dans le langage des « droits » les facultés offertes par les règles du droit positif. Pour autant, ce rattachement aux droits subjectifs semble illusoire (2.1.1), et la question mériterait d'être mieux traitée au travers la protection de l'effectivité des droits et la promotion d'un droit-créance à l'égard du service public de la justice (2.1.2).

2.1.1. Un rattachement improbable aux droits de la personne

Des auteurs ont déjà présenté les différents arguments qui montrent le caractère trompeur de la référence d'un droit à la preuve qui serait conçu comme un droit subjectif. Si l'idée de droits subjectifs processuels n'est pas à exclure, c'est sans doute au prix d'une déformation de l'idée classique de droit subjectif, qui suppose que puisse être identifié clairement le débiteur d'une obligation².

¹ Cf. MEKKI, *Vérité et preuve. Rapport français*, in AA.Vv., *La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique*, coll. Travaux Henri Capitant, vol. LXIII, LB2V et Bruylant, 2015, 825.

² CADIEF et JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11e éd., LexisNexis, n° 317.

Ces auteurs doutent donc aujourd'hui de la pertinence de cette référence à un droit à la preuve. Le droit à la preuve ne confère aucune prérogative à l'encontre de l'adversaire, elle ne fonde ni une prérogative à l'égard d'une chose ni un rapport d'obligation entre les personnes³. Selon Xavier LAGARDE, le droit à la preuve est ainsi caractérisé par son absence de consistance, et sa mobilisation dans le procès n'oblige guère le juge : « le supposé droit à la preuve se dissout intégralement dans la décision de justice⁴ ».

Tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue, et l'appellation « droit à la preuve », conçue, à tort ou à raison comme une prérogative du plaideur demeure une référence jurisprudentielle utilisée pour évaluer les productions ou demandes de production forcée de preuve.

À vrai dire, l'analyse de l'indétermination de la signification du droit à la preuve ne fait que reprendre une leçon bien connue du réalisme juridique tel que le conçoit Alf ROSS⁵. La désignation des prérogatives juridiques en termes de « droits » (à l'instar du droit de propriété) n'a pas une signification déterminée. En soi, le droit constitue un « simple mot, un mot vide dépourvu de tout référent ». Disposer d'un « droit à la preuve » ne signifie donc rien de particulier en dehors des différentes prérogatives qui sont reconnues dans la production des preuves.

Cette consistance très malléable du droit à la preuve permet de comprendre qu'il est assez difficile de trouver un véritable fil directeur à l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle. Sans doute, le sens général est-il de garantir avec fermeté le respect d'un équilibre entre la protection du respect de la vie privée et le droit de la preuve. La mise à l'écart de l'exigence de loyauté dans la production des preuves ne signifie donc pas nécessairement que la Cour de cassation va offrir une interprétation plus vigoureuse de la production forcée des preuves, notamment dans les litiges relatifs aux discriminations ou au harcèlement⁶ ; elle ne présage pas non plus véritablement de l'étendue des atteintes au secret professionnel ni des restrictions à l'appropriation des documents de l'entreprise.

Pour autant, l'indétermination du contenu ne signifie pas que le concept de droit à la preuve n'aurait aucune portée en droit. Le droit à la preuve est pensé comme l'instrument de la résolution d'un conflit entre différents intérêts juridiquement protégés⁷. Le droit à la preuve, rattaché au droit à un procès équitable permet alors de mettre sur un plan équivalent les droits du justiciable avec des droits fondamentaux opposés par la partie adverse. Il comporte en ce sens une double dimension, à la fois processuelle, délimitant l'étendue des prérogatives des justiciables dans le procès, et substantielle, en assurant la protection

³ Cfr. HOFFSCHIR, *Périsse le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve !*, Dalloz actualité, 9 janvier 2024.

⁴ LAGARDE, *Le droit à la preuve. Réflexions sur une notion bancaire*, Rec. Dalloz, 2023, 1526.

⁵ ROSS, *Tû-Tû*, in ROSS (trad. E. Matzner & E. Millard).

⁶ V. HUGLO, *Ouvrir le droit à la preuve en sauvegardant des intérêts contradictoires*, in *Sem. Soc. Lamy*, 29 janvier 2024, n° 2077, 13.

⁷ Cfr. VERGES, VIAL, LECLERC, *Droit à la preuve*, PUF, Themis, 2015, n° 275.

des droits substantiels, à l'instar du droit à la non-discrimination, qui se verraient privés de garantie sans un accès aux preuves nécessaires⁸.

2.1.2. Un droit-créance au statut mal identifié

Si le droit à la preuve trouve difficilement à être rattaché à la pensée des droits subjectifs, il semble tout aussi difficile à intégrer dans la classification des droits fondamentaux ou des droits de l'homme.

Il existe différentes typologies des droits fondamentaux, selon la finalité que l'on peut donner à cet exercice⁹. Le droit à la preuve entre difficilement dans cette typologie en raison de son caractère hybride d'un droit procédural au service de la protection des autres droits. Il peut être classé d'abord au titre des droits civils et politiques, qui garantissent l'état des personnes dans une société. La liberté de produire des preuves, spécialement, est l'une des dimensions de la garantie des droits et libertés en justice, il est donc tout à fait logique de l'inclure dans les droits fondamentaux du procès équitable, comme le fait implicitement la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel ne proclame pas directement ce droit, mais reconnaît la protection des droits de la défense assez généralement sans en préciser le contenu, en les rattachant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰.

Mais le propre des droits de l'homme est d'être indivisibles et difficiles à séparer les uns des autres¹¹. Les droits du procès équitable constituent un soutien indispensable à la garantie de tous les autres droits. Ainsi, le droit à la preuve est-il indispensable pour garantir le droit à l'égalité et à la non-discrimination, mais aussi un support essentiel pour permettre la mise en œuvre des droits de seconde génération, les droits économiques, sociaux et culturels : l'accès à l'assurance chômage et à tous les dispositifs de l'État providence exige une protection juridictionnelle. Et même les droits dits de troisième génération ou de solidarité (droit à l'environnement, à la paix, au développement) ne peuvent se faire sans une garantie juridictionnelle des droits. Il est dès lors impossible de rattacher le droit à la preuve à une catégorie ou l'autre des droits fondamentaux, et ce d'autant plus qu'il est

⁸ Cf. pour la reconnaissance d'une dimension hybride (processuelle et matérielle) et fondamentale au droit à la preuve LARDEUX, *Le droit à la preuve : tentative de systématisation*, in *RTD Civ.*, 2017, 1.

⁹ HENNEBEL, *Classement et Hiérarchisation des Droits de L'Homme (Typology and Hierarchy of Human Rights)*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica*, 2010, 26, in <https://ssrn.com/abstract=1981256>; DE SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis*, in BRIBOSIA, HENNEBEL, *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, 315-349, <http://hdl.handle.net/2078.1/96941> ; LOCHACK, *Mutation des droits de l'homme et mutation du droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, 2, 49.

¹⁰ C. Const. Cons. 14 sept. 2018, M. Mehdi K., no. 2018-730 QPC § 5.

¹¹ BELAND, A. HANSEN, *La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne ?*, in *DS*, 1998, 11, 918.

appréhendé dans les litiges à travers la recherche de l'effectivité de la garantie des droits de la défense, ce qui exige de protéger des dimensions variées de ces droits¹².

Toutefois, si le droit à la preuve est difficile à situer dans les différentes générations de droits fondamentaux (de manière significative, sa reconnaissance est assez tardive d'ailleurs), il peut plus clairement être classé non pas dans la catégorie des libertés, qui exigent une abstention de l'État, mais celle des droits-créance, qui exigent de l'État une action positive afin de garantir leur exercice effectif. La liberté de produire des preuves suppose que l'État garantisse que les juges ne fassent pas de restriction à la production des preuves, et le droit de demander la production forcée des preuves exige une action positive des juges, et l'organisation d'un service public de la justice capable d'assurer la garantie effective des droits du justiciable.

Plutôt que de penser le droit à la preuve sur le mode d'un droit subjectif du plaideur qui permettrait d'exiger quelque chose de précis, il semble donc plus pertinent de penser le droit à la preuve sur le mode d'un droit-créance, comme l'indique d'ailleurs sa désignation même de « droit à... ». Il renforce la place faite à la quête de la vérité dans le procès, que n'assurent pas toujours les règles classiques d'administration de la preuve¹³. Il impose au juge non seulement d'admettre largement les propositions de preuve, sous réserve de la préservation des droits fondamentaux dans le cadre d'un contrôle de finalité et de proportionnalité, et il l'astreint à jouer un rôle actif dans la procédure afin de garantir les droits des justiciables. Le droit français est encore à mi-chemin en ce sens. D'un côté, le rôle actif des juges dans la recherche des preuves est énoncé dans les textes généraux de la procédure civile et rappelé dans les textes spéciaux relatifs aux discriminations. De l'autre, ces pouvoirs judiciaires demeurent pour l'essentiel des facultés laissées à la libre appréciation du juge, maître de déterminer ce que sont les insaisissables « motifs légitimes » du recours à une mesure d'instruction pour conserver ou établir une preuve. La jurisprudence qui a été présentée précédemment sur la déclinaison de l'article 145 montre que certaines preuves peuvent être exigées dès lors qu'elles apparaissent comme indispensables, mais cette exigence est très souple, car elle dépend de l'appréciation de la légitimité de la demande et du caractère indispensable de la mesure à l'issue du contrôle de proportionnalité. La jurisprudence sur l'utilisation des pouvoirs d'instruction au cours des autres litiges continue de protéger le caractère discrétionnaire des choix du juge.

Il faudrait dès lors aller plus loin si l'on souhaite protéger le droit à la preuve comme un droit-créance. Celui-ci requiert une organisation de la justice au service du justiciable, garantissant l'accès à l'ensemble des preuves nécessaires au respect d'un droit, le juge étant tenu de répondre aux demandes qui sont portées devant lui, sauf à justifier de raisons, tenant à l'inutilité des demandes ou à l'atteinte que cela porte à d'autres droits.

¹² Voir pour une réflexion sur la signification de la garantie de l'effectivité des droits ODOUL-ASOREY, *L'effectivité dans le droit des relations collectives de travail dût par la Cour de cassation*, in *RT*, 2024, 2, 89.

¹³ LAGARDE, *op. cit.*; MEKKI, *op. cit.*

On mesure immédiatement les réserves que pourrait susciter une telle perspective si elle n'encadre pas davantage les pouvoirs d'instructions des magistrats. La particularité des droits-créances est en effet de déterminer avec précisions les conditions des droits à des prestations publiques, alors que la garantie des droits et libertés appelle une pesée fine des droits et des intérêts en présence.

Le droit à la preuve prend dès lors difficilement place dans les catégories juridiques habituelles, soit comme un droit subjectif, soit comme un droit-créance : l'appellation « droit à la preuve » traduit davantage une facilité de langage qu'un concept juridique clairement défini.

Peut-être le vocabulaire choisi par les cours européennes est-il à cet égard moins trompeur : le terme « droit à la preuve » n'est jamais évoqué comme tel (sauf décisions isolées). La référence à une « possibilité raisonnable de présenter sa cause » situe exactement le débat du côté des garanties qui doivent être procurées aux justiciables. Elles doivent inclure à la fois le droit de présenter ses preuves, le droit de solliciter la production de preuves par le juge, et l'exigence du rôle qu'il joue un rôle actif dans la procédure.

Plus précisément, ces garanties doivent être orientées vers une finalité déterminée, qui est possibilité d'établir la véracité des faits afin d'obtenir une protection effective des droits reconnus. La Cour européenne des droits de l'Homme a, en ce sens, constamment rappelé depuis l'arrêt Perez la nécessité de ne pas « garantir des droits théoriques ou illusoire, mais des droits concrets et effectifs¹⁴ », ce qui justifie d'accueillir largement les preuves produites. Elle admet le recours à des modes de preuve variés, incluant des faisceaux de preuve et des statistiques¹⁵. Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme ne va pas jusqu'à affirmer clairement que l'effectivité de la garantie de certains droits comme la non-discrimination exige que le juge joue un rôle actif dans la production des preuves, question relevant pour l'essentiel du juge national. De son côté, le droit de l'Union européenne s'est octroyé de longue date une importance à la garantie des normes antidiscriminatoires¹⁶, ce qui justifie une construction particulière de l'administration de la preuve. Pour ce qui est du rôle du juge, la Cour de justice considère que l'allégation d'une discrimination au cours du recrutement ne suffit pas pour contraindre le juge à ordonner la production d'informations concernant les autres candidats¹⁷. Toutefois, elle mentionne dans le même temps la garantie de l'effectivité des droits et la nécessité de ne pas priver les justiciables de l'effet utile des directives. Dès lors, il est laissé aux juridictions le pouvoir d'apprécier si le refus de produire les preuves par l'adversaire porte atteinte à l'effectivité

¹⁴ CEDH, grande ch., 12 février 2004, n° 47287/99, Perez c/ France, n° 80.

¹⁵ CEDH, grande ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, DH et autres c/ République tchèque.

¹⁶ CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. 14/83.

¹⁷ CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10, Meister.

du droit à la non-discrimination, en dépassant si besoin la protection de la confidentialité provenant du droit au respect de la vie privée ou des données personnelles¹⁸.

Au total, on peut conclure que la protection du droit à la preuve souffre d'une faiblesse conceptuelle, permettant de tracer un cadre clair protégeant l'étendue des droits reconnus aux justiciables et la mission du juge. Sans reprendre l'expression « droit à la preuve », le droit européen protège des prérogatives comparables à travers l'idée d'une effectivité de la garantie des droits substantiels, sans apporter de garantie plus précise.

On mesure que ces différentes approches peinent à cerner clairement les droits des parties et les devoirs des juges confrontés à une demande de production de preuves.

2.2. Les incertitudes pratiques du droit à la preuve

Le droit à la preuve est tributaire d'une appréciation subtile des droits des justiciables, à travers le contrôle du caractère indispensable de la production des pièces, et du caractère proportionné des atteintes portées aux autres droits de la partie adverse, combinée avec l'appréciation de la légitimité de la demande de production de pièces dans le cadre de l'article 145 CPC.

Classiquement, ce type de contrôle peut se voir reprocher son imprévisibilité quant à l'issue du contrôle opéré : tout est affaire d'une pesée d'intérêts qui n'est pas sans laisser place à la subjectivité du juge. L'effectivité de la protection d'un droit fondamental est alors tributaire de cette dernière.

Selon la formule avancée par l'Assemblée plénière, « le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

Elle imbrique ainsi un certain nombre de formules laissées à l'appréciation du juge : on ne sait pas par exemple si le juge doit porter une attention séparée au « caractère équitable de la procédure dans son ensemble » ou si celle-ci ne dépend que de la mise en balance des deux droits en présence.

La formule ne livre pas non plus aucune indication sur la manière dont se fait une mise en balance, qui est une simple image. L'importance des intérêts en jeu est alors un facteur déterminant : les atteintes à la vie privée de la partie adverse par la production de preuves ne sont admissibles qu'au nom d'intérêts légitimes supérieurs. Mais la démarche n'est pas d'une grande précision. Certains arrêts conduisent à caractériser ces intérêts : les preuves de l'employeur sont jugées recevables si elles sont faites au nom de la protection du droit

¹⁸ CJUE, 21 juillet 2011, aff. C-104/10, Kelly, n° 54.

à la santé des patients d'un hôpital¹⁹, la protection du secret des affaires²⁰, ou la protection de la santé et de la sécurité des salariés²¹. A contrario, la protection exigée par un droit fondamental comme la non-discrimination devrait exiger qu'on ne lui oppose que des intérêts ou droits essentiels, et non la simple protection d'intérêts économiques indistincts. Cette démarche de pondération est perceptible dans les différents arrêts rendus, mais elle laisse place à une marge d'appréciation considérable, qui la rend incertaine. Par ailleurs, la Cour de cassation se réfère au caractère « indispensable » de la preuve pour qu'elle puisse être produite, c'est-à-dire à ce qui est « absolument nécessaire (objectivement ou subjectivement) pour répondre à une certaine fin²² », mais elle ne livre aucune indication sur la manière de l'interpréter.

La chambre sociale de la Cour de cassation a donc essayé de présenter une méthode à destination du juge : celui-ci doit d'abord « s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci. Il doit ensuite rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié. Enfin, le juge doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi²³ ».

Cette méthode permet de mieux comprendre les opérations de contrôle auquel le juge doit se livrer en présence d'une preuve illicite. Elle ne dissipe pas toute équivoque ou marge d'appréciation, mais elle permet de mieux cerner le type d'arguments que peuvent présenter les parties.

Il existe toutefois une dyssymétrie importante entre la position du salarié et celle de l'employeur. Celui-ci dispose dans l'entreprise de toutes sortes d'informations sur le salarié dans l'entreprise. En cas de soupçon de faits illicites (vol, attitude déloyale, divulgation d'informations...), il lui suffit de mettre en place un dispositif de surveillance précis à l'insu du salarié pour accéder à des informations qui pourront apparaître a posteriori comme indispensable. A contrario, le salarié ne peut mettre en place des dispositifs de surveillance systématiques, et il n'a aucun droit d'accès aux informations détenues par l'employeur. Les contentieux montrent donc que la question se pose rarement de la production de documents obtenus à l'insu de l'employeur. Le salarié est obligé de solliciter du juge qu'il ordonne la production de documents. La jurisprudence n'a pas évolué en la matière de façon aussi significative que sur le terrain de la liberté de produire ses preuves. Le

¹⁹ Soc. 4 octobre 2023, n° 22-18.217, F-D ; voir aussi sur la protection de personnes handicapées prises en charge par une association Poitiers 4 mai 2016, n° 15/04170, RJS 11/2016, n° 672.

²⁰ Soc. 30 Septembre 2020, n° 19-12.058 :P.

²¹ Cfr. Soc. 22 mars 2023, n° 21-24.729, RJS 5/2023, n° 295 (l'argument est ici celui retenu par la Cour d'appel).

²² Trésor de la Langue Française Informatisé, V° Indispensable (adjectif).

²³ Soc. 14 février 2024, 22-23.073, P, Dalloz actualités 4 mars 2024 obs. PAGNERRE ; Soc. 8 mars 2023, 21-17.802, P, RJS 4/2024 n° 235 ; la formule ne mentionne que le licenciement illicite, ce qui laisse dans l'incertitude la méthode en cas de preuve déloyale, pour laquelle la Cour de cassation ne reprend pas cette indication Cf. Soc. 17 janvier 2024, 22-17.474, P.

contrôle de proportionnalité met un frein à la quête de preuves trop nombreuses dès lors que les informations potentiellement utiles sont difficiles à identifier à l'avance. L'évolution a toutefois été considérable ces dernières années pour ce qui est de l'accès aux données sur les rémunérations. Il reste que certains contentieux, comme ceux relatifs aux refus d'embauche pour des raisons discriminatoires, s'avèrent plus difficiles à engager. Peut-être faudrait-il aussi développer en la matière la preuve par statistique.

En conclusion, l'exploration de la reconnaissance d'un droit à la preuve en France montre une certaine ambivalence dans l'évolution de la preuve des discriminations. D'un côté, ce droit traduit une volonté de favoriser la transparence des choix des entreprises pour mieux cerner les pratiques discriminatoires, sans pouvoir opposer systématiquement la vie privée ou les secrets du monde professionnel. À ce titre, le droit à la preuve présente un potentiel de mieux protéger l'accès aux preuves. Mais de l'autre, l'expression est trompeuse et trouve difficilement sa place dans les catégories juridiques, ce qui se traduit par un régime juridique qui ne garantit pas suffisamment clairement l'effectivité de la garantie des droits substantiels.

