

La recevabilité des témoignages à visage (dé)couvert  
Note sous Soc., 19 avril 2023, n° 21-20.308, publié

Le droit *de* la preuve est actuellement à l'honneur. C'est essentiellement le droit fondamental à la preuve qui fait parler de lui (Soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798, inédit ; n° 21-12.492, publié ; n° 20-21.848, publié ; n° 21-17.802, publié. Sur ce dernier, v. not. *BJT*, avril 2023, p. 13 note S. RANC), incitant les commentateurs à focaliser l'attention sur le droit exceptionnel de la preuve illicite (v. not. G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *JCP S* 2023, 1095). Il ne faudrait pas pour autant oublier le droit commun en vertu duquel seule la preuve licite reste recevable. Un arrêt rendu le 19 avril 2023 de la Cour de cassation (Soc., 19 avril 2023, n° 21-20.308, publié : *D. actualité*, 12 mai 2023, note F. GABROY) a été l'occasion de rappeler ce principe en matière de témoignage.

**L'espèce.** Un salarié a fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire d'une durée de 15 jours. L'employeur reprochait notamment au salarié d'être l'auteur d'insultes, de dénigrements, d'humiliations en public, de bizutages et d'humiliation à caractère sexuel à l'encontre de ses collègues de travail. Le salarié a contesté les faits reprochés et a donc saisi la juridiction prud'homale aux fins d'annulation de la sanction. Les juges du fond lui ont donné raison considérant que les faits incriminés n'étaient pas suffisamment étayés par l'employeur (CA Toulouse, 28 mai 2021, n° 18/04203). Ce dernier se pourvoit en cassation et reproche aux juges du fond d'avoir écarté plusieurs preuves des débats, en l'occurrence une attestation établie par l'une des prétendues victimes du salarié intervenante volontaire à la procédure, une attestation établie anonymement par un salarié craignant des représailles de la part de ses collègues de travail dont il dénonçait le comportement et le compte-rendu de son entretien avec un membre de la direction des ressources humaines. Pour la Cour de cassation, ces témoignages nominatif et anonyme – à visage découvert et à visage couvert – sont bel et bien licites, donc recevables.

**Le témoignage à visage découvert.** C'est d'abord au visa du principe de la liberté de la preuve que la Cour de cassation rappelle solennellement qu'« *en matière prud'homale, la preuve est libre* » (V. déjà Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ. V*, n° 108 ; 23 octobre 2013, n° 12-22.342, *Bull. civ. V*, n° 245). Pour mémoire, « *hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* » (C. civ., art. 1358). En droit commun, seul « *l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant [1.500 euros] doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique* » (C. civ., art. 1359). En droit du travail, l'ensemble des contrats précaires autres que le CDI doit également être prouvé par écrit. Ces dispositions législatives concernent la preuve d'actes juridiques. En revanche, la loi ne dit rien s'agissant de la preuve d'un fait juridique. La preuve de ce dernier reste par conséquent parfaitement libre en matière civile et prud'homale. Autrement dit, un fait juridique peut être établi par tout mode de preuve, et pour ce qui nous intéresse, par un témoignage que celui-ci soit anonyme ou non. Mais à l'instar de toute liberté, la liberté de la preuve testimoniale n'est pas pour autant absolue.

La première limite à la liberté de la preuve testimoniale découle de l'adage suivant lequel « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ». En effet, admettre la possibilité de se constituer une preuve à soi-même revient à ce qu'une partie soit crue en ses seules affirmations. C'est

ainsi que pour écarter l'attestation remise à l'employeur par un des salariés se prétendant victime, intervenant volontaire à la procédure d'appel, les juges du fond avaient retenu qu'« *en raison de sa position de partie à la procédure en cause d'appel, l'attestation n'a plus de valeur de témoignage mais uniquement de dire puisqu'une partie ne peut, par définition, témoigner de façon impartiale en sa faveur* ». Cette solution est critiquable au moins pour deux raisons.

D'abord, et comme l'a rappelé la Cour de cassation, c'était confondre l'intervention d'un tiers à un procès à titre accessoire (CPC, art. 330) de celle à titre principal (CPC, art. 329) : « *alors que l'intervenant volontaire à titre accessoire n'émet aucune prétention à titre personnel mais se limite à soutenir celles d'une partie principale, de sorte qu'il ne peut être considéré qu'il a témoigné en sa propre faveur et qu'il appartient dès lors aux juges du fond d'apprécier la portée et la valeur de l'attestation remise par lui à l'employeur, de même que les autres éléments se rapportant à ce salarié* ». Dit autrement, ce salarié prétendument victime ne pouvait pas se constituer de preuve à lui-même car il n'avait pas à proprement parler de prétention en tant que partie prenante accessoire au procès. Il avait seulement intérêt au succès des prétentions de l'employeur en ce que la sanction disciplinaire soit considérée comme justifiée.

Ensuite, c'était oublier que l'adage découle de l'article 1363 du Code civil uniquement applicable à la preuve par écrit. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a décidé que « *le principe selon lequel nul ne peut se constituer un titre à lui-même n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques* » (Soc., 19 mars 2014, n° 12-28.411, *Bull. civ. V*, n° 80). Plus généralement et selon une doctrine autorisée, « Si la chambre sociale admet bien l'existence de "l'adage" ou du "principe" que "nul ne peut se constituer de preuve à lui-même", elle en restreint la portée à la preuve des actes juridiques. [...]. Dans les contentieux du travail, rares sont donc les situations dans lesquelles cette règle trouverait à s'appliquer et l'invocation de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer de preuve à soi-même est le plus souvent écartée » (O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », *Rép. Trav.*, janvier 2022, spéc. n° 220).

**Le témoignage à visage couvert.** La seconde limite à la liberté de la preuve testimoniale résulte des droits de la défense. Plus précisément, un témoignage anonyme ne peut pas constituer à lui seul et en lui-même la preuve d'un fait juridique. On le comprend bien car le défendeur ne peut alors pas exercer effectivement ses droits de la défense face à une accusation anonyme. Cela ne signifie pas pour autant que les témoignages anonymes sont irrecevables. Dans un subtil équilibre entre droits de la défense issus de l'article 6§1 et §3 de la CEDH et principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale (tous deux visés), la Cour de cassation rappelle que « *le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes* » (V. déjà Soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241, publié : *Dr. soc.* 2018, p. 951, note J. MOULY ; *Lexbase Social*, n° 751, 26 juillet 2018, note M. SWEENEY ; *Gaz. Pal.*, 27 novembre 2018, note L. MAYER ; 18 février 2014, n° 12-17.557, *Bull. civ. V*, n° 52 ; 23 septembre 2003, n° 01-43.595, inédit). Dit autrement, le témoignage anonyme est par principe recevable mais le juge ne peut en tenir compte que s'il est corroboré par d'autres modes de preuve. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation décide, et c'est ici l'apport de l'arrêt par rapport à celui de 2018, que le juge « *peut néanmoins prendre en considérations des témoignages anonymisés, c'est-à-dire rendus anonymes a posteriori afin de protéger leurs auteurs mais dont l'identité est néanmoins connue par l'employeur, lorsque ceux-ci sont corroborés par d'autres*

*éléments permettant d'en analyser la crédibilité et la pertinence* ». On approuvera cette solution car elle ménage la possibilité aux employeurs d'appuyer partiellement leurs prétentions sur des déclarations anonymes, ce qui est utile lorsque sont allégués des harcèlements ou des discriminations, comportements que les salariés hésitent parfois à dénoncer à visage découvert. En l'espèce, les témoignages nominatif et anonymisé seront remis dans les débats devant une autre cour d'appel qui devra en apprécier souverainement la force probante (Soc., 10 juin 1965, *Bull. civ. V*, n° 443). Rien n'est gagné pour l'employeur car le salarié à qui est reproché les faits produit plusieurs attestations et évaluations en sa faveur. D'autant plus qu'en matière disciplinaire, le doute profite au salarié (C. trav., art. L. 1333-1, al. 3).

**Mots-clés** : droit de la preuve, témoignage d'un tiers intervenant à titre accessoire, témoignages anonymes, liberté de la preuve, licéité de la preuve, recevabilité de la preuve, force probante.