



**COUR DE CASSATION**

**RAPPORT DE M. SEGUY,  
CONSEILLER**

**Arrêt n° 2208 du 20 décembre 2023 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 21-20.904**

**Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens du 14 avril 2021**

**Mme [M] [N]**

**C/**

**La société Polyclinique [3]**

---

**Rapport comportant une proposition de rejet non spécialement motivée du pourvoi incident et du premier moyen du pourvoi principal, en application de l'article 1014 du code de procédure civile**

**1 - Rappel des faits et de la procédure**

Mme [N], d'origine roumaine, a été engagée par la société Polyclinique [3] en qualité d'agent de comptabilité à compter du 15 juin 2012 jusqu'au 14 septembre 2012 dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée.

Puis, aux termes d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein, elle a été engagée le 22 avril 2013 en qualité d'agent comptabilité, position I, niveau 3 employé hautement qualifié, groupe A, coefficient 193, de la classification des

emplois de la filière administrative de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002.

Soutenant que cette classification ne correspondait pas à ses fonctions mais qu'elle devait être reclassée technicienne comptable et qu'elle avait été victime de discrimination, elle a saisi le conseil de prud'hommes d'Amiens le 17 juillet 2015, après avoir vainement sollicité par lettre du 21 septembre 2014 la revalorisation de son classement professionnel.

Elle a été convoquée le 9 juin 2016 à un entretien préalable à un éventuel licenciement, fixé au 17 juin 2016, et a été mise à pied à titre conservatoire. Elle a été licenciée pour faute grave le 23 juin 2016, son employeur lui reprochant d'avoir transmis à son avocat, dans le cadre de la procédure prud'homale, des documents couverts par le secret médical révélant les identités de patients, de leurs médecins ainsi que des informations médicales directement en lien avec leur présence au sein de la clinique et ce alors qu'en octobre 2015 elle avait fait communiquer de la même manière des documents couverts par le secret médical.

La salariée a alors contesté cette rupture devant le conseil de prud'hommes, déjà saisi, et sollicité la requalification en contrat de travail à durée indéterminée de son contrat de travail à durée déterminée du 15 juin 2012.

Par décision du 17 octobre 2017, la juridiction prud'homale a requalifié ce contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, a jugé que la salariée devait être classée au coefficient 220 en qualité de technicienne comptable à compter du 22 avril 2013, avait été victime d'une discrimination en matière de qualification professionnelle eu égard à son origine étrangère, que son licenciement ne reposait ni sur une faute grave ni sur une cause réelle et sérieuse, a condamné l'employeur à lui verser diverses sommes à titre d'indemnité de requalification, d'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée requalifié, de rappels de salaire au titre du reclassement et des congés payés afférents, de dommages-intérêts pour discrimination, de rappel de salaire et de congés payés afférents au titre de la mise à pied, d'indemnité compensatrice de préavis outre les congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, d'indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, d'indemnité de procédure. Elle a ordonné à l'employeur de lui remettre sous astreinte l'ensemble des documents de fin de contrat conformes, de rembourser à l'organisme concerné le montant des indemnités chômage versées à la salariée dans la limite d'un mois de prestations et a condamné l'employeur aux entiers dépens.

Par arrêt du 14 avril 2021, la cour d'appel d'Amiens a :

- infirmé ce jugement sauf en ce qu'il a dit que l'emploi de Mme [N] relevait de la classification de technicienne comptable coefficient 220 à compter du 22 avril 2013, en ses dispositions relatives au rappel de salaire sur classification et congés payés afférents, en ce qu'il a débouté la salariée de sa demande de nullité de son licenciement et en ce qu'il a débouté l'employeur de sa demande de dommages-intérêts pour procédure abusive ;
- jugé prescrite la demande en requalification du contrat de travail à durée déterminée en date du 15 juin 2012 ;
- jugé légitime le licenciement pour faute grave de la salariée,
- jugé que la discrimination invoquée par la salariée n'est pas établie ;
- débouté la salariée de ses demandes d'indemnité de requalification, de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat requalifié, de dommages-

intérêts pour discrimination, d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, de rappel de salaire et congés payés pour la mise à pied conservatoire injustifiée et d'indemnité de procédure ;

- ordonné la remise par l'employeur à la salariée d'un bulletin de paie récapitulatif conforme à l'arrêt ;
- dit n'y avoir lieu à astreinte ;
- débouté les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure ;
- rejeté toute autre demande ;
- jugé que chacune des parties conservera la charge de ses dépens de première instance et d'appel.

Déclaration de pourvoi par Mme [N] le 9 août 2021, la décision attaquée lui ayant été signifiée le 11 juin 2021 ;

- dépôt du mémoire ampliatif le 9 décembre 2021 (demande formée par application de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros) ;
- dépôt d'un mémoire complémentaire (mémoire rectificatif du mémoire précédent) par la demanderesse au pourvoi le 13 décembre 2021 ;
- dépôt du mémoire en défense et d'un pourvoi incident par la société Polyclinique [3] le 11 février 2022 (demande formée par application de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros) ;
- dépôt d'un mémoire en réponse au pourvoi incident le 11 mars 2022 ;
- dépôt d'un mémoire complémentaire (mémoire rectificatif du mémoire précédent) par la demanderesse au pourvoi le 14 mars 2022.

La procédure paraît régulière

## 2 - Analyse succincte des moyens

Le **pourvoi principal de la salariée** comprend deux moyens de cassation :

le **premier moyen** de cassation, articulé en deux branches, fait grief à l'arrêt de dire que la discrimination invoquée par la salariée n'était pas établie et de la débouter de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination, alors :

1°/ « que, lorsque survient un litige portant sur l'existence d'une discrimination, il appartient seulement au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en énonçant, par conséquent, pour dire que la discrimination invoquée par la salariée n'était pas établie et pour la débouter, en conséquence, de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination, que s'il a été précédemment jugé que la classification de la salariée relevait effectivement de la classification de technicienne comptable, il y avait lieu de constater que la salariée ne produisait pas d'éléments tendant à établir que la classification d'agent comptable par l'employeur était en lien avec son origine, sa nationalité ou l'existence d'un diplôme étranger, que le seul fait pour la salariée de détenir un diplôme étranger ou d'avoir acquis une expérience professionnelle à l'étranger ne suffisait pas à laisser présumer qu'elle avait été victime de discrimination en raison de son origine, l'employeur justifiant avoir cherché à recruter dès l'origine un salarié au poste d'agent comptable, qu'il ne ressortait pas des éléments produits que les salariés de la société Polyclinique [3], d'origine française, effectuant les mêmes tâches que la salariée bénéficiaient de la

classification de technicienne comptable et qu'elle était seule, à raison de son origine, à ne pas en bénéficier, qu'en considérant que l'employeur, qui avait contesté dans ses écritures la valeur des pièces produites par la salariée au regard des exigences conventionnelles et avait soutenu que la salariée ne disposait pas d'un diplôme de comptabilité française de niveau III de l'éducation nationale ni d'expérience professionnelle d'au moins 3 ans en France, avait discriminé la salariée en raison de son origine étrangère, les premiers juges avaient dénaturé les faits et qu'au vu de ces éléments, la salariée n'a pas présenté des éléments de fait suffisants permettant de laisser supposer qu'elle avait été victime de discrimination à raison de son origine, quand, en se déterminant de la sorte, elle faisait peser sur la salariée seule la charge de la preuve et retenait qu'il lui appartenait d'apporter la preuve de la discrimination qu'elle invoquait, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;

2°/ qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de qualification et de classification, en raison de son origine ; qu'en considérant, dès lors, pour dire que la discrimination invoquée par la salariée n'était pas établie et pour la débouter, en conséquence, de sa demande de dommages et intérêts pour discrimination, qu'elle n'avait pas présenté des éléments de fait suffisants permettant de laisser supposer qu'elle avait été victime de discrimination à raison de son origine, quand elle avait retenu que la société Polyclinique [3] lui avait attribué une classification inférieure à celle qu'elle avait le droit de voir reconnaître par son employeur, quand elle constatait que la société Polyclinique [3] avait soutenu qu'elle ne disposait ni d'un diplôme français de niveau III de l'éducation nationale, ni d'une expérience professionnelle d'au moins 3 ans en France et, donc, avait contesté la valeur du diplôme universitaire roumain qu'elle avait obtenu et de l'expérience professionnelle qu'elle avait acquise en Roumanie et quand il en résultait l'existence d'éléments de fait laissant supposer que la salariée avait été victime, de la part de la société Polyclinique [3], d'une discrimination en raison de son origine roumaine, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail. »

Le **second moyen** de cassation, articulé en cinq branches, fait grief à l'arrêt de dire légitime le licenciement pour faute grave de la salariée par la société Polyclinique [3] et de la débouter de ses demandes d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et de rappel de salaires et congés payés pour la mise à pied conservatoire injustifiée, alors :

« 1°/ qu'un licenciement est nul comme portant atteinte à la liberté fondamentale constitutionnellement garantie du salarié d'ester en justice et, donc, a fortiori, dépourvu de cause réelle et sérieuse, lorsqu'il est en lien avec l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice ; qu'en disant, dès lors, légitime le licenciement pour faute grave de la salariée, quand elle relevait que, dans la lettre de licenciement, la société Polyclinique [3] lui reprochait d'avoir communiqué à son avocat, puis versé aux débats, dans le cadre de la présente procédure, des documents couverts par le secret médical, et donc, que son licenciement pour faute grave était en lien avec l'exercice par la salariée de son droit d'agir en justice, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1221-1, L. 1232-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail et de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique et des stipulations de l'article 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2° / qu'un licenciement est nul comme portant atteinte à la liberté fondamentale constitutionnellement garantie du salarié d'ester en justice et, donc, a fortiori, dépourvu de cause réelle et sérieuse, lorsqu'il est intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ; qu'en disant, dès lors, légitime le licenciement pour faute grave de la salariée, sans rechercher, ainsi qu'elle y avait été invitée par elle, si, en réalité, la société Polyclinique [3] n'avait pas prononcé son licenciement en raison de ses revendications salariales et de la procédure prud'homale qu'elle avait introduite pour voir ces revendications aboutir, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'alinéa premier du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, des articles L. 1221-1, L. 1232-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail et de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique et des stipulations de l'article 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que lorsqu'un litige porte sur le bien-fondé d'un licenciement pour faute grave, la charge de la preuve de la faute grave incombe à l'employeur, de sorte que le salarié n'a rien à démontrer ; qu'en énonçant, par conséquent, pour dire légitime le licenciement pour faute grave de la salariée, qu'elle n'établissait pas que la communication des pièces litigieuses produites en l'état était strictement nécessaire à sa défense en ce qu'elle n'expliquait pas les raisons pour lesquelles elle n'avait procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, quand c'était à la société Polyclinique [3] qu'il appartenait d'apporter la preuve que la communication des pièces litigieuses, sans qu'il ait été antérieurement procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, n'était pas strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense de la salariée, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé les dispositions des articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail et de l'article 1315, devenu 1353, du code civil ;

4°/ que la production en justice par un salarié, dans le litige l'opposant à son employeur, de documents couverts par le secret professionnel est justifiée lorsqu'elle est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié ; qu'en énonçant, pour dire légitime le licenciement pour faute grave de la salariée, qu'elle n'établissait pas que la communication des pièces litigieuses produites en l'état était strictement nécessaire à sa défense en ce qu'elle n'expliquait pas les raisons pour lesquelles elle n'avait procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, quand, dans ses conclusions d'appel, elle avait expliqué la raison pour laquelle elle n'avait pas procédé à l'anonymisation des pièces en cause et à la suppression des données permettant l'identification des patients, en exposant que, si elle avait procédé à une telle anonymisation et à une telle suppression, la société Polyclinique [3] n'aurait pas hésité à prétendre alors que les documents en cause avaient été falsifiés ou fabriqués, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des conclusions d'appel de la salariée, en violation des dispositions de l'article 4 du code de procédure civile ;

5°/ que la production en justice par un salarié, dans le litige l'opposant à son employeur, de documents couverts par le secret professionnel est justifiée lorsqu'elle est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié ; qu'en énonçant, pour dire légitime le licenciement pour faute grave de la salariée,

qu'elle n'établissait pas que la communication des pièces litigieuses produites en l'état était strictement nécessaire à sa défense en ce qu'elle n'expliquait pas les raisons pour lesquelles elle n'avait procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, quand, compte tenu des contestations soulevées par la société Polyclinique [3], seules la production et la communication des pièces litigieuses, sans qu'il ait été antérieurement procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, étaient de nature à apporter la preuve de la véracité des allégations de la salariée quant aux tâches relevant de la classification de technicienne comptable qu'elle accomplissait, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1221-1, L. 1232-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail et de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique et des stipulations de l'article 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Le **pourvoi incident** de la société Polyclinique [3] est composé d'un unique moyen en une seule branche : il fait grief à l'arrêt de juger que l'emploi de la salariée relevait de la classification de technicienne comptable coefficient 220 à compter du 22 avril 2013 et de lui allouer des sommes à titre de rappel de salaire sur classification et de congés payés afférents, alors : « que la classification de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 définit le niveau 1 de la position II (technicien) comme l'emploi consistant, sous contrôle de l'employeur ou d'une personne hiérarchiquement supérieure (agent de maîtrise ou cadre), à exécuter et/ou élaborer une ou plusieurs opérations ou tâches devant répondre à des exigences de technicité et de conformité impliquant une formation sanctionnée par un diplôme correspondant au niveau 3 de l'éducation nationale ou une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité ; qu'il appartenait donc à la salariée, qui revendiquait ce positionnement, de rapporter la preuve que ses attributions habituelles répondaient effectivement à de telles exigences de technicité et de conformité, c'est-à-dire qu'elles nécessitaient une formation sanctionnée par un diplôme correspondant au niveau 3 de l'éducation nationale ou une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité ; que, pour faire droit aux demandes de la salariée, les juges du fond ont relevé que la salariée disposait du niveau de diplôme et de l'expérience requise, et qu'elle exerçait diverses tâches en affirmant que certaines étaient celles d'un technicien comptable, mais ils n'ont pas caractérisé que les tâches qui occupaient habituellement la salariée répondaient effectivement à des exigences de technicité et de conformité nécessitant une formation sanctionnée par un diplôme correspondant au niveau 3 de l'éducation nationale ou une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité ; qu'il en résulte que la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 91 de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002. »

**Sur le pourvoi incident, qui est préalable.**

**Proposition de rejet non spécialement motivé**

La qualification professionnelle d'un salarié dépend des fonctions qu'il exerce réellement (Soc., 30 juin 1988, pourvoi n° 86-40.818, Bull V n° 398).

Les conventions collectives déterminent des niveaux de qualification pour chaque secteur d'activité professionnelle. Des hiérarchies de salaire sont adossées à ces niveaux et coefficients.

En cas de contestation, le salarié qui estime que les fonctions réellement exercées correspondent à un niveau de qualification supérieur à celui qui lui est attribué par l'employeur dans le contrat de travail ou sur les bulletins de salaire et donc faire l'objet d'un sous classement peut demander à la juridiction prud'homale de trancher sur sa demande de versement d'un rappel de rémunération et d'avantages associés à sa juste qualification conventionnelle.

C'est au salarié qui revendique un niveau conventionnel de rapporter la preuve qu'il remplit les conditions pour en bénéficier (Soc., 10 juin 1992, n° 88-40.701, Bull V n° 377 ; Soc., 27 novembre 2007, n° 06.41-808 ; Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-26.653).

Le juge du fond recherche les fonctions que le salarié exerce réellement correspondent la classification revendiquée (Soc., 13 juin 2018, n°16-23.969).

Quand une convention collective subordonne, par une clause précise, le bénéfice de la classification revendiquée par le salarié au respect d'une condition supplémentaire, comme la possession d'un diplôme, il est nécessaire pour le salarié de remplir également cette condition :

Soc., 21 juillet 1986, pourvoi n° 85-41.171, Bulletin 1986 V n° 399 ;

Soc., 24 janvier 2001, pourvoi n°98-45.055 ;

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-21.583, Bulletin 2018, V, n°93, sommaire : « *Selon la convention collective nationale des casinos du 29 mars 2002, le classement des agents de maîtrise ou techniciens au niveau IV concerne des emplois exigeant des connaissances générales et techniques qualifiées ainsi qu'une expérience professionnelle permettant au titulaire de prendre des initiatives et des décisions pour adapter, dans les cas particuliers, ses interventions en fonction de l'interprétation des informations et requiert des diplômes ou connaissances équivalentes acquises par une formation initiale ou professionnelle (BTS, DUT, DEUG, niveau III de l'éducation nationale. Doit en conséquence être censurée une cour d'appel qui retient qu'un salarié relève du niveau IV de cette classification sans rechercher si l'intéressé était titulaire des diplômes prévus par ce texte ou s'il avait acquis les connaissances équivalentes à ces diplômes par une formation initiale ou professionnelle* »,

Soc. 11 septembre 2019, 18-13.447, cité par le MDPI. : <sup>1</sup>

*« Vu l'annexe I du protocole d'accord relatif au dispositif de rémunération et à la classification des emplois du 30 novembre 2004 ;*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, engagée le 23 novembre 1994 par la Caisse d'allocations familiales (CAF) de la Moselle en qualité d'aide éducatrice, Mme [X] occupait, dans le dernier état de leurs relations contractuelles, le poste de responsable de halte-garderie, emploi classé au niveau 5B de la grille figurant à ladite annexe ;*

*Attendu que pour faire droit à la demande de classification de la salariée au niveau 6 de cette grille et condamner la CAF au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire et de droits à congés payés afférents, la cour d'appel retient que la salariée exerçait effectivement les fonctions de manager opérationnel responsable d'un établissement, définies par le*

---

<sup>1</sup> (Dans l'annexe I du protocole d'accord du 30 novembre 2004, le niveau 6 est ainsi défini :

*“Activités de management de premier niveau ou activités complexes requérant un niveau d'expertise confirmée. Les fonctions requièrent : - la mise en oeuvre d'un ensemble de connaissances de haute technicité, accompagnées de bonnes connaissances générales permettant l'organisation, la coordination et le contrôle d'un ensemble d'activités complexes.*

*La fonction exige les connaissances du niveau I de l'Education nationale acquises soit dans le cadre d'une formation continue externe ou interne, soit par l'expérience professionnelle validée”.*

*référentiel local des emplois et pour lesquelles elle disposait d'une qualification spécifique, outre ses compétences acquises par l'expérience ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les fonctions réellement exercées par la salariée requéraient la mise en oeuvre d'un ensemble de connaissances de haute technicité, accompagnées de bonnes connaissances générales permettant l'organisation, la coordination et le contrôle d'un ensemble d'activités complexes et si la salariée justifiait de connaissances du niveau I de l'Éducation nationale acquises soit dans le cadre d'une formation continue externe ou interne, soit par l'expérience professionnelle validée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».*

La chambre sociale s'assure que le juge a procédé à la recherche des fonctions réellement exercées (Soc., 15 octobre 1987, pourvoi n° 85-41.351, Bulletin 1987 V n° 577 ; Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 08-40.095, Bull. 2009, V, n° 43 ; Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-26.651; Soc., 21 juin 2018, n°16-21.299, cité par le MDPI).

Elle vérifie si le juge a bien appliqué les critères relatifs au niveau de classification revendiqué (Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-19.958).

L'appréciation des éléments de fait quant aux fonctions réellement exercées par le salarié comme l'analyse des fonctions effectivement exercées par lui relèvent du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 7 février 2007, n°05-44.097 ; Soc., 27 juin 2012, n°11-11.090 ; Soc., 3 novembre 2016, n° 15-23.055 ; Soc 22 mars 2018, pourvoi n° 16-23.195).

\*\*\*\*\*

Au cas présent, l'article [91.1.2.1](#) de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002, étendue par arrêté du 29 octobre 2003, consacré à la **position II (technicien, agent de maîtrise)** de la grille de classification des emplois par filière, définit le **niveau 1 de technicien** (dont le groupe A est rémunéré sur la base du coefficient 220), comme l'emploi consistant, sous contrôle de l'employeur ou d'une personne hiérarchiquement supérieur (agent de maîtrise ou cadre), à exécuter et/ou élaborer une ou plusieurs opérations ou tâches devant répondre à des exigences de technicité et de conformité impliquant une formation sanctionnée par un diplôme correspondant au niveau 3 de l'éducation nationale ou une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité.

La cour d'appel a constaté que la salariée devait inscrire des opérations d'achat de matériel dans le compte de charges analytique approprié, intervenait régulièrement directement dans le système de comptabilité générale de la société où elle imputait des opérations comptables et où elle saisissait les écritures comptables et les imputait dans différents comptes, avait effectué des tâches précédemment dévolues à un technicien comptable et, lors de son premier contrat de travail, avait été recrutée pour remplacer une technicienne comptable.

Ayant souverainement analysé les fonctions effectivement exercées par la salariée, retenu qu'elles étaient de nature comptable et que l'intéressée justifiait de la possession d'un diplôme correspondant au niveau 3 de l'éducation nationale ou d'une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité, requise par la convention collective, elle en a déduit que ces tâches et responsabilités exercées relevaient de la classification de technicienne comptable.

La cour d'appel, qui a examiné la situation de la salariée au regard de l'ensemble des dispositions de la convention collective relatives à la qualification revendiquée, a légalement justifié sa décision.

**Sur le premier moyen du pourvoi principal.  
Proposition de rejet non spécialement motivé**

Il résulte de l'article L. 1132-1 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur à la date du licenciement litigieux, qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison, notamment, de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Il résulte de l'article L. 1134-1 du même code que, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions précitées, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

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.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il n'y a de discrimination que si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du code du travail ; un des ces motifs doit donc être invoqué (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-41.091 ; Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 16-15.199 ; Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.226).

S'agissant de la preuve de la discrimination, la jurisprudence est fixée ainsi qu'il suit (Soc., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-42.643, Bull. 2000, V, n° 151; Soc. 29 juin 2011, n° 10-14.067 et n°10-15.792, Bull. 2011, V, n° 166) :

il appartient au juge du fond :

- 1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié ;
- 2°) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;
- 3°) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, Bull. 2011, V, n° 166 déjà cité).

L'appréciation par les juges du fond de la matérialité des éléments de fait fondant la demande au titre de la discrimination est souveraine <sup>2</sup> (Soc., 17 novembre 2015, n°14-14.839 ; Soc. 23 novembre 2016, n° 15-17.496 ; Soc. 25 mars 2020, n°18-18.887 cité par le mémoire en défense, Soc., 2 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.360).

La chambre sociale exerce un contrôle sur la déduction opérée par les juges du fond à partir des faits établis : Soc. 1er juillet 2009, n° 08-40.988, Bull. n° 166 ; Soc., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-20.695.

Elle contrôle ainsi que les juges du fond ont pu déduire de leurs constatations que le salarié présentait des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination (Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-17.163 ; Soc. 9 mai 2018 n° 16-22.263), ou, au contraire, qu'il ne présentait pas de faits laissant supposer une discrimination (Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.720, Bull. 2014, V, n° 225 ; Soc. 3 avril 2019 n° 17-28.888). Pour exemple de censure pour défaut de base légale d'une décision ayant retenu que le salarié n'établissait pas de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination fondée sur ses origines : Soc., 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-15.099.

La chambre sociale vérifie également que l'ensemble des éléments présentés par le salarié a été pris en compte (Soc. 20 juin 2018, pourvoi n° 16-25.511 ; Soc., 25 mars 2020, pourvoi n° 18-18.061, 18-19.673).

Lorsque les juges du fond ont retenu l'existence d'éléments laissant supposer une discrimination, elle contrôle s'ils ont vérifié que la décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc. 28 janvier 2010, n° 08.44-486 ; Soc., 4 mai 2017, pourvoi n° 15-50.051, 15-19.375 ; Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2020, pourvoi n°19-11.458 ; Soc., 17 février 2021, pourvoi n° 19-20.276 - pour les conséquences du constat d'une inégalité salariale en présence d'une allégation de discrimination).

En revanche, l'appréciation de l'existence d'éléments objectifs et étrangers à toute discrimination est souveraine (Soc. 2 juin 2017, pourvoi n°16-10.755 ; Soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-17.885), sous réserve que les juges du fond ne statuent pas par des motifs impropres (Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.283).

\*\*\*\*\*

Au cas présent, la cour d'appel n'a pas constaté que l'employeur avait contesté la valeur en elle-même du diplôme universitaire roumain obtenu par la salariée et de l'expérience professionnelle qu'elle avait acquise en Roumanie mais qu'il avait contesté leur valeur au regard des exigences conventionnelles, ce dont elle a déduit que le jugement du conseil de prud'hommes était entaché de dénaturation. Elle fait ressortir que la circonstance que la salariée détienne un diplôme étranger ou ait acquis une expérience professionnelle à l'étranger ne suffisait pas pour laisser présumer qu'elle avait été victime de discrimination en raison de l'origine. Le moyen manque donc partiellement en fait en sa seconde branche.

---

<sup>2</sup>Emprunts au rapport de Mme la conseillère Ollivier pour le pourvoi n°21-15.372

La cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de fait et de preuve, que, si la salariée relevait de la classification de technicienne comptable revendiquée en raison des opérations qu'elle effectuait et de la justification d'un diplôme de niveau 3 de l'éducation nationale ou d'une expérience professionnelle équivalente d'au moins 3 ans dans la spécialité, d'une part, son employeur justifiait avoir cherché à recruter dès l'origine sur un poste d'agent comptable et non pas sur un poste de technicien comptable et, d'autre part, qu'il n'était démontré ni que les salariés d'origine française de la société et effectuant les mêmes tâches que l'intéressée bénéficiaient de la classification de technicien comptable, ni qu'elle était la seule, à raison de son origine, à ne pas en bénéficier.

La cour d'appel a pu retenir, sans faire peser sur la seule salariée la charge de la preuve de la discrimination, qu'elle ne présentait pas des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination à raison de son origine. Le moyen n'est donc pas fondé.

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

atteinte à la liberté d'agir en justice ; licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ou en lien avec une telle action ;

production en justice par le salarié, dans le cadre d'un litige l'opposant à son employeur, de documents couverts par le secret médical et sans la suppression des données permettant l'identification des patients ; exercice des droits de sa défense

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

**4-1 atteinte à la liberté d'agir en justice ; licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ou en lien avec une telle action**

**(première et deuxième branches du second moyen de cassation du pourvoi principal)**

En droit interne, le droit au juge est garanti par l'article XVI de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Le droit d'accès à un tribunal est garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation juge que, si l'article 6 § 1 de la Convention permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but : Ass. Plén., 7 avril 2006, pourvoi n°05-11.519, Bull. Ass. Plén. 2006, n° 3 ; 3<sup>e</sup> Civ., 20 mai 2009, pourvoi n°08-13.813, Bull. III. n°117.

Les causes de nullité du licenciement sont désormais énumérées à l'article L.1235-3-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 (non applicable au litige) ratifiant diverses ordonnances prises sur le

fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. <sup>3</sup>

La chambre sociale a affirmé que le principe d'égalité des armes s'opposait à l'utilisation par l'employeur de son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès engagé entre eux : Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n°12-17.882, Bull. 2013, V, n°2260.

La chambre sociale censure depuis 2013<sup>4</sup> les ruptures intervenues en raison de l'action en justice intentée par le salarié à l'encontre de l'employeur et elle juge nul, comme portant atteinte à une liberté fondamentale, le licenciement fondé sur l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice. Elle attribue à ce grief un effet contaminant, les juges du fond n'ayant pas à examiner le bien fondé des autres motifs de licenciement formulés par l'employeur :

Soc. 3 février 2016, n° 14-18.600, Bull. 2016, V, n° 18 :

*Mais attendu qu'ayant retenu, hors toute dénaturation, que l'employeur reprochait au salarié **dans la lettre de licenciement** d'avoir saisi la juridiction prud'homale d'une demande en résiliation de son contrat de travail, la cour d'appel, qui a ainsi implicitement mais nécessairement écarté la preuve d'un abus ou d'une mauvaise foi de ce dernier dans l'exercice de son droit d'ester en justice, en a exactement déduit que **ce grief, constitutif d'une atteinte à une liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement**, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les autres griefs invoqués par l'employeur pour vérifier l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589, Bull. 2016, V, n° 50 :

*« Vu les articles L. 1221-1 du code du travail et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*Attendu qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié ;*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [Y] a été engagé, selon contrat à durée déterminée du 1er juillet 2009, par la société Areva T & D production en qualité de technicien sur ligne de production puis d'approvisionneur gestionnaire ; qu'avant le terme de ce contrat il a été engagé le 29 décembre 2010 par la société Panda services en qualité de gestionnaire approvisionneur de production et mis à la disposition de la société Areva T & D production, dont l'activité a été reprise par la société Schneider electric protection et contrôle ; qu'il a conclu le 29 juin 2011 avec cette société un contrat à durée déterminée portant sur le même poste et ayant pour terme le 31 décembre 2012 ; que le salarié a saisi au fond la juridiction prud'homale aux fins notamment d'obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée ; que par ordonnance de référé du 20 décembre 2012, le conseil de prud'hommes de Montpellier a ordonné à l'employeur de maintenir le contrat de travail jusqu'à la décision à intervenir au fond ; que le 22 mars 2013, l'employeur a remis au salarié une lettre l'informant de ce qu'il accédait à sa demande de requalification de la relation de travail et le convoquant à un entretien préalable à un éventuel licenciement ; qu'il a licencié le salarié pour insuffisance professionnelle le 19 avril 2013 ;*

---

<sup>3</sup> Ce rapport contient des emprunts à celui de Mme Duvallet, conseillère, pour le pourvoi T1913593.

<sup>4</sup> Soc, 6 février 2013 n°11-11740, 11-11742 à 11-11748 Bull. V, n°27, rapport annuel, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention.

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes principales tendant à la nullité du licenciement, à sa réintégration et au paiement de sommes à titre de salaire et de dommages-intérêts pour absence d'exécution de bonne foi du contrat de travail, l'arrêt retient, d'abord que si l'ordonnance de référé du 20 décembre 2012 avait prévu, à titre de mesure conservatoire, que la société devait sous astreinte, maintenir le contrat de travail de M. [Y] jusqu'à décision au fond à intervenir du bureau de jugement concernant la demande en requalification des relations contractuelles en contrat à durée indéterminée, les conditions de cette ordonnance ont été respectées durant l'instance de sorte que les dispositions de celle-ci ont épuisé leurs effets et que les droits fondamentaux de ce salarié ont été respectés, ensuite que la réintégration après le licenciement d'un salarié ne bénéficiant pas d'une protection légale ne peut être ordonnée en l'état de la législation et que les droits fondamentaux du salarié n'ont pas été compromis par la volonté unilatérale de l'employeur de mettre fin au contrat à durée indéterminée dans les conditions de forme prévues par la loi avec l'énonciation d'un motif précis par une lettre alors en effet que tout contrat à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'un ou l'autre des cocontractants sauf à répondre d'un abus par la sanction de dommages intérêts ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations que l'employeur n'avait pas, en licenciant le salarié le 19 avril 2013, respecté les dispositions de l'ordonnance de référé qui prescrivaient la poursuite du contrat de travail jusqu'à intervention de la décision au fond du conseil de prud'hommes, prononcée le 23 juillet 2013, **la cour d'appel, qui s'est abstenue de rechercher si l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice du salarié, a violé les textes susvisés ;**

Et attendu que la cassation de l'arrêt, en ce qu'il rejette la demande d'annulation du licenciement, entraîne par voie de dépendance nécessaire la cassation des chefs de dispositif condamnant l'employeur au paiement d'une somme en réparation du préjudice consécutif au licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et ordonnant le remboursement des indemnités de chômage ».

Ces arrêts ont donné lieu aux commentaires suivants, dans le Rapport annuel 2016, pages 201 et ss :

« Selon une jurisprudence constante, la chambre sociale reconnaît au juge prud'homal le pouvoir de prononcer la nullité d'un licenciement et d'ordonner la poursuite des relations contractuelles, même en l'absence de dispositions le prévoyant, en cas de violation d'une liberté fondamentale (Soc., 13 mars 2001, pourvoi no 99-45.735, Bull. 2001, V, no 87).

Cependant, la Cour de cassation affirmait que le licenciement intervenu en raison de l'action en justice intentée par le salarié sur le fondement d'une violation du principe « à travail égal, salaire égal » n'encourait pas la nullité (Soc., 20 février 2008, pourvois no 06-40.085 et no 06-40.615, Bull. 2008, V, no 38). Cette décision s'expliquait par le refus d'étendre, en l'absence de texte, la nullité du licenciement faisant suite à l'action en justice introduite par un salarié invoquant une discrimination prévue par l'article L. 1134-4 du code du travail. Elle avait fait l'objet de réserves de la part de la doctrine (voir notamment C. Radé, « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" », Dr. soc. 2008, p. 530 ; F. Guiomard, « Droit d'agir en justice du salarié discriminé : une protection inachevée », Rev. dr. tr. 2008, p. 330).

C'est sur cette jurisprudence que la Cour de cassation revient, par l'arrêt objet du présent commentaire, ainsi que par un arrêt approuvant une cour d'appel d'avoir déclaré nul un licenciement que l'employeur avait motivé, entre autres griefs, par la saisine par le salarié de la juridiction prud'homale d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat de travail (Soc., 3 février 2016, pourvoi no 14-18.600, Bull. 2016, publié au Bulletin).

Ces deux décisions se fondent sur le caractère fondamental du droit d'agir en justice, élément du droit à un procès équitable.

Un tel droit est de longue date reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, plén., arrêt du 21 février 1975, Golder c. Royaume-Uni, no 4451/70), qui a ainsi jugé que l'expulsion d'un ressortissant étranger empêchant l'examen de son recours par le tribunal

saisi constituait une atteinte à l'exercice du droit à un recours effectif (CEDH, gde ch., arrêt du 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, no 22689/07).

L'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant le « droit à un tribunal » protège l'action en contestation d'un licenciement (CEDH, gde ch., arrêt du 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, no 34869/05 ; voir aussi CEDH, arrêt du 6 novembre 2012, *Redfearn c. Royaume-Uni*, no 47335/06). La jurisprudence de la Cour de cassation sur le fondement de ce texte est également protectrice du droit d'agir en justice (Ass. plén., 7 avril 2006, pourvoi no 05-11.519, Bull. 2006, Ass. plén., n° 3 et 1re Civ., 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, Bull. 2013, I, n° 66). Ainsi, la chambre sociale affirme que le licenciement prononcé en raison d'un écrit produit en justice ou d'une attestation est nul (Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.695, Bull. 2006, V, n° 127 et Soc., 29 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.447, Bull. 2013, V, n° 252).

Par trois décisions commentées au Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation (p. 568 et p. 572), la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que l'employeur ne pouvait pas rompre un contrat à durée déterminée en violation du droit du salarié à un procès équitable (Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740, Bull. 2013, V, n° 27 ; Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, Bull. 2013, V, n° 226 et Soc., 18 décembre 2013, / Arrêts rendus par les chambres Droit du travail pourvoi n° 13-10.908, Bull. 2013, V, no 311). Si l'arrêt ici commenté s'inscrit dans le prolongement de cette jurisprudence, la situation d'espèce est sensiblement différente.

En effet, l'arrêt du 6 février 2013 précité statuait sur une rupture par l'employeur d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme pour un motif non prévu par l'article L. 1243-1 du code du travail alors que le salarié avait introduit une action tendant à la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée.

La rupture ainsi intervenue étant illicite, la Cour de cassation affirmait qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice.

Dans la situation d'espèce de l'arrêt du 16 mars 2016, le salarié avait également agi en justice pour obtenir la requalification du contrat à durée déterminée le liant à son employeur en contrat à durée indéterminée. Cependant, selon les constatations de l'arrêt attaqué, pendant le cours de l'instance prud'homale, le contrat de travail était devenu à durée indéterminée par l'effet de sa poursuite après l'échéance du terme. L'employeur a licencié le salarié en invoquant un motif prévu par la loi. L'apparence de licéité que présente la rupture du contrat de travail ainsi intervenue conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à faire peser sur le salarié la charge de la preuve de ce que le licenciement procédait d'une mesure de rétorsion à l'action en justice qu'il avait engagée. »

Cette jurisprudence a été réaffirmée :

- Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n°15-10.263 (utilisation par l'employeur de son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice introduite par le salarié) ;
- Soc., 8 février 2017, pourvoi n°15-28.085 (peu importe que la décision de rupture du contrat de travail ne repose pas sur le seul motif que le salarié a pris l'initiative de saisir le conseil de prud'hommes) ;
- Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-23.720 (la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir saisi le juge des référés en résiliation judiciaire du contrat de travail) ;
- Soc., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-21.932 (la lettre de licenciement reprochait notamment à la salariée d'avoir saisi le conseil de prud'hommes à l'encontre de la société et de ses dirigeants et, après le rejet de ses demandes, d'avoir interjeté appel);

- Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-21.196 (la lettre de licenciement évoquait un climat de tension et de défiance à l'occasion du retard pris en raison des absences de la salariée, et mentionnait « cela s'est développé en parallèle à l'action judiciaire » et « la salariée constitue des pièces pour alimenter son dossier judiciaire », ce dont il résultait que le licenciement était en lien avec l'action introduite par la salariée) ;

- Soc., 23 juin 2021, pourvoi n° 19-25.338 (la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir engagé une procédure à l'encontre de la société Tecumseh Europe pour demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de cette dernière).

Deux cas de figure doivent être distingués :

1) celui où la lettre de licenciement formule un grief relatif à l'action en justice :

la seule référence, dans la lettre de rupture, à une procédure contentieuse engagée par l'intéressé est constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice entraînant à elle seule la nullité de la rupture :

- Soc., 8 février 2017, pourvoi n°15-28.085 déjà cité ;

- Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-23.720 ( **la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir saisi le juge des référés en résiliation judiciaire du contrat de travail à l'encontre de la société**, la cour d'appel devait en déduire que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse engagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice et que le licenciement ne pouvait dès lors être fondé sur une cause réelle et sérieuse);

- Soc., 3 juillet 2019, n° 17-31.793 (la lettre de licenciement énonçait que le salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail) ;

- Soc. 9 octobre 2019, n° 18-14.677 (publié), cité par le MA :

*Mais attendu qu'ayant constaté que l'employeur reprochait au salarié dans la lettre de licenciement d'avoir produit dans le cadre de l'instance prud'homale des documents internes falsifiés ainsi que des attestations de salariés obtenues par abus de sa position hiérarchique et que ces faits n'étaient pas établis, la cour d'appel en a, sans méconnaître les termes du litige, exactement déduit que le licenciement était en lien avec l'exercice par le salarié de son droit d'ester en justice et était nul ; que le moyen, inopérant en sa deuxième branche et manquant en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;*

- Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-13.593 (la lettre de licenciement faisait grief au salarié d'avoir engagé des manoeuvres visant à faire pression sur son employeur et à influencer sur la procédure de licenciement engagée en saisissant la juridiction prud'homale d'une procédure de contestation du licenciement qui n'avait même pas été prononcé) ;

- Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-11.101 :

*Vu l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 :*

4. Il résulte de ces textes qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur.

5. Pour débouter le salarié de ses demandes formées au titre de la nullité du licenciement, l'arrêt retient qu'il est manifeste que c'est à l'occasion de l'action en justice de l'intéressé que l'employeur a constaté notamment la production sans autorisation de bulletins de salaire de cinq de ses salariés, constitutive selon lui de manquements du salarié à ses obligations contractuelles. Il ajoute que les motifs du licenciement sont suffisamment explicites pour que les circonstances de la découverte des bulletins de salaire litigieux - et donc d'une fraude induite par l'employeur - ne soient pas confondues avec eux.

6. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que **la lettre de licenciement reprochait au salarié d'avoir produit dans le cadre de l'instance prud'homale les bulletins de salaires de cinq de ses collègues obtenus frauduleusement, la cour d'appel, qui devait en déduire que la seule référence dans la lettre de rupture à la procédure contentieuse engagée par le salarié contre son employeur était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice, a violé les textes susvisés.**

Cette solution a été appliquée au cas où la lettre de licenciement reprochait au salarié d'avoir **menacé** l'employeur d'entamer des procédures à l'encontre de la société :

- Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122 :

sommaire : « il résulte de l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ».

La chambre sociale a pu toutefois juger que la seule mention d'une action en justice dans la lettre de licenciement n'emportait pas obligatoirement comme conséquence la nullité dudit licenciement, si les juges du fond ont retenu que les motifs étaient autres :

- : Soc., 6 octobre 2017, pourvoi n°16-11.682

*Mais attendu qu'ayant relevé qu'aux termes de la lettre de licenciement, le salarié avait été licencié, non pour avoir saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, mais pour avoir manifesté, depuis cette saisine, un désinvestissement complet de ses fonctions, allant jusqu'à cesser toute activité commerciale au cours du premier trimestre 2015, ainsi que pour non-respect des procédures internes, absence de suivi des formations internes obligatoires, et comportement inacceptable à l'égard de ses collègues et de sa hiérarchie, **griefs dont elle a constaté la réalité et la gravité, écartant par là-même toute autre cause de licenciement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.***

2) Celui où la lettre de licenciement ne formule pas le reproche d'avoir engagé une action prud'homale et repose sur d'autres griefs <sup>5</sup> :

Le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice :

- Soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-12.367, 19-12.369 :

---

<sup>5</sup> Emprunts au rapport de Mme la conseillère L. Duvallet sous pourvoi n° P1820439

10. La cour d'appel a constaté, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les actions en justice engagées portaient sur la question du lieu de pause, soit sur une question sans rapport avec le motif de licenciement, que la lettre de licenciement ne contenait pas de référence à ces actions en justice, que la procédure de licenciement avait été régulièrement suivie et que la lettre de notification du licenciement était motivée en ce qu'elle contenait l'exposé de faits circonstanciés dont il appartient à la seule juridiction du fond de déterminer s'ils présentent un caractère réel et sérieux notamment au regard de la pratique antérieure, des consignes et de la formation reçues et qu'enfin, pour avoir été inopiné, le contrôle terrain n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté n'était pas en l'état manifeste s'agissant de celui du 29 janvier 2018, ce dont il résultait que le licenciement ne présentait pas de caractère manifestement illicite. Elle en a, sans inverser la charge de la preuve et procédant à la recherche prétendument omise, exactement déduit l'absence d'un trouble manifestement illicite.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

Même si la lettre de licenciement ne vise pas la procédure en cours, la nullité d'un licenciement expressément fondé sur un autre motif peut être prononcée s'il apparaît que la rupture est en lien avec une instance opposant concomitamment l'employeur et le salarié.

(a) si la rupture est illicite :

c'est sur l'employeur que pèse la charge de la preuve d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ; un rapport de causalité est présumé.

Lorsque le licenciement ou la rupture sont dépourvus de cause réelle et sérieuse, pour échapper à la nullité, la décision de licencier ou de mettre un terme au contrat doit alors être justifiée objectivement par l'employeur, lors d'une bascule probatoire, par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice.

En ce sens :

- Soc., 6 février 2013, n° 11-11.740 Bull. 2013, V, n° 27, rapport annuel, pour le cas d'une rupture illicite d'un contrat de travail à durée déterminée avant l'échéance :

*Attendu que pour rejeter leur demande, l'arrêt énonce que si une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice peut être alléguée, c'est à la condition pour les salariés de rapporter concrètement la preuve que la rupture du contrat de travail était en réalité une mesure de rétorsion de la part de l'employeur découlant de la seule saisine de la juridiction ; que la preuve du lien de causalité entre la rupture et l'action en requalification ne peut résulter des seules modalités des démarches mises en oeuvre par l'employeur ou d'une décision de rupture anticipée du contrat à durée déterminée et qu'au stade du référé, la prétention du caractère manifestement illicite de la mesure prise par l'employeur doit être indubitable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la rupture anticipée des contrats à durée déterminée qui ne reposait sur aucun des motifs prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, faisait suite à l'action en justice de chacun des salariés pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve a violé les textes susvisés ;*

- Soc., 5 décembre 2018, pourvoi n°17-17.687 (licenciement pour insuffisance professionnelle intervenant alors qu'une instance prud'homale est en cours) :

*Mais attendu d'abord qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié, peu important que la demande du salarié soit non fondée ;*

*Attendu ensuite qu'ayant retenu que le licenciement pour insuffisance professionnelle était dépourvu de cause réelle et sérieuse et constaté qu'il faisait suite au dépôt par le salarié d'une requête devant la juridiction prud'homale tendant à voir reconnaître une situation d'inégalité de traitement ou de discrimination, la cour d'appel en a exactement déduit, sans méconnaître les règles de preuve, qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ;*

*Et attendu enfin, qu'ayant constaté que l'employeur se limitait à soutenir que les griefs invoqués au soutien du licenciement étaient antérieurs à la requête et qu'il serait trop facile pour un salarié de se prémunir d'un licenciement en saisissant les juridictions prud'homales, la cour d'appel a estimé qu'il ne rapportait pas la preuve qui lui incombe, en sorte qu'elle en a exactement déduit que le licenciement prononcé en réaction à l'action en justice introduite par le salarié était nul ;*

- Soc., 14 octobre 2020, pourvoi n°18-26.833 :

*« 12. Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur.*

*13. La cour d'appel, qui a constaté que la salariée, dont le dernier jour travaillé était le 27 juin 2011, avait saisi le conseil de prud'hommes aux fins de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée le 22 août 2011, que par la suite l'employeur ne lui avait plus confié de missions et que ce dernier ne justifiait pas que cette décision était sans lien avec l'action en justice engagée par la salariée, en a exactement déduit, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et sans se contredire, que la rupture du contrat de travail était nulle. »*

(b) si la rupture est licite :

il appartient au salarié de démontrer que la fin de la relation de travail résulte de la volonté de l'employeur de porter atteinte au droit de l'intéressé de contester la rupture ou, lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits :

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.460, Bull. 2017, V, n° 146 :

*Sommaire : « En l'absence de rupture du contrat de travail pour un motif illicite, il appartient au salarié de démontrer que la fin de la relation de travail intervenue par le seul effet du terme stipulé dans le contrat à durée déterminée résulte de la volonté de l'employeur de porter atteinte au droit du salarié d'obtenir en justice la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée » ;*

- Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 17-24.773 ;

*Mais attendu que lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, il appartient au salarié de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits ;*

*Et attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part, que les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient caractérisés, et, d'autre part, procédant implicitement mais*

*nécessairement à la recherche prétendument omise, que le déplacement à l'agence de deux supérieurs hiérarchiques avait pour but de trouver une solution concernant les mauvais résultats commerciaux de l'agence, lesquels étaient établis par la production d'extraits informatiques, ce dont il résultait que le salarié ne démontrait pas l'existence d'éléments permettant de rattacher les événements du 29 septembre 2011 à la procédure prud'homale précédemment engagée ;*

- Soc., 4 novembre 2020, n° 19-12.367 publié:

*9. Le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice.*

*10. La cour d'appel a constaté, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les actions en justice engagées portaient sur la question du lieu de pause, soit sur une question sans rapport avec le motif de licenciement, que la lettre de licenciement ne contenait pas de référence à ces actions en justice, que la procédure de licenciement avait été régulièrement suivie et que la lettre de notification du licenciement était motivée en ce qu'elle contenait l'exposé de faits circonstanciés dont il appartient à la seule juridiction du fond de déterminer s'ils présentent un caractère réel et sérieux notamment au regard de la pratique antérieure, des consignes et de la formation reçues et qu'enfin, pour avoir été inopiné, le contrôle terrain n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté n'était pas en l'état manifeste s'agissant de celui du 29 janvier 2018, ce dont il résultait que le licenciement ne présentait pas de caractère manifestement illicite. Elle en a, sans inverser la charge de la preuve et procédant à la recherche prétendument omise, exactement déduit l'absence d'un trouble manifestement illicite » ;*

voir aussi

- Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.633 ;

- Soc., 17 février 2021, pourvoi n° 18-23.989 ;

- Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 18-23.494 .

Au cas présent, la lettre de licenciement reproche à la salariée les faits suivants :

*« Le 20 mai 2016, nous avons été informés par notre conseil qu'il avait été destinataire d'une communication de pièces émanant de votre avocat, dans le cadre d'une procédure prud'homale.*

*Lors de l'étude de ces documents, nous avons constaté avec stupéfaction que vous aviez transmis à votre avocat de nombreux documents couverts par le secret médical.*

*Les dates d'édition démontrent que vous avez intentionnellement extrait des outils informatiques mis à votre disposition dans l'exécution de votre contrat de travail des documents révélant les identités de patients, de leurs médecins et des informations médicales directement en lien avec leur présence au sein de notre établissement.*

*En agissant ainsi, vous vous êtes volontairement et fautivement affranchie de vos obligations contractuelles et professionnelles ainsi que des règles de discipline prévues dans le règlement intérieur, propres à un établissement hospitalier et plus généralement des dispositions législatives du code de la santé publique... ».*

La cour d'appel s'est prononcée en ces termes, après avoir constaté qu'à hauteur d'appel la salariée ne demandait plus que son licenciement soit déclaré nul mais seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse :

*« En l'espèce, il ressort de la lecture de la lettre de licenciement reproduite ci-dessus que l'employeur reproche à la salariée d'avoir communiqué à son conseil puis versé aux débats, dans le cadre de la présente procédure, des documents couverts par le secret médical.*

*L'employeur établit que la salariée, soumise à une obligation de confidentialité, a communiqué à son conseil puis produit au cours de l'instance prud'homale des pièces couvertes par le secret médical en ce qu'elle a produit des documents portant les noms des patients, leurs pathologies, le nom de leur médecin traitant, la date de leur intervention chirurgicale.*

*Il n'est pas contesté par la salariée la production de ces documents, Madame [N] soutenant d'une part que ces pièces étaient strictement nécessaires à sa défense en ce qu'elles lui permettaient de se voir reconnaître la qualité de technicienne comptable et d'autre part que la mesure de licenciement a été prise par son employeur en raison de l'action en justice qu'elle avait introduite.*

*L'article L 1110-4 du code de la santé publique dispose notamment que toute personne prise en charge par un service de santé a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant.*

*Toutes les pièces couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées qu'avec le consentement du patient.*

*En matière prud'homale, la preuve est libre et 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.*

*En l'espèce, il ressort des éléments produits que les pièces produites par la salariée étaient couvertes par le secret médical, Madame [N] étant elle-même, aux termes de son contrat de travail et du règlement intérieur dont elle ne conteste pas avoir eu connaissance, soumise à une obligation de discrétion et de confidentialité au regard des données médicales de patients dont elle avait connaissance au cours de l'exécution de ses missions.*

*La salariée n'établit pas que la communication des pièces produites en l'état étaient strictement nécessaires à sa défense en ce qu'elle n'explique pas les raisons pour lesquelles elle n'a pas procédé à leur anonymisation, à la suppression des données permettant l'identification des patients.*

*Si les avocats et les magistrats ayant connaissance du contenu de ces pièces sont eux mêmes soumis au secret professionnel, ils ne peuvent prendre connaissance de données relevant du secret médical hors consentement des patients, étant en outre observé que ces pièces ont été communiquées au cours de l'instance prud'homale qui est publique.*

*L'employeur établit que la salariée avait produit le même type de pièces en 2015.*

*A supposer établi le fait que la Polyclinique [3] ait pu elle-même violer le secret médical en publiant au sein d'un journal local un encart publicitaire comportant une capture d'écran d'un dossier médical d'un patient ne limite en rien l'établissement par l'employeur des faits qui sont reprochés à Madame [N].*

*Au vu de ces éléments, les faits reprochés à la salariée au soutien du prononcé du licenciement sont matériellement établis, lui sont imputables à raison des fonctions exercées et, au regard de leurs conséquences relatives à la mise en cause de la responsabilité de l'employeur, de l'importance du secret médical violé par la salariée, revêtent un caractère de gravité justifiant le licenciement pour faute grave prononcé.*

*Le jugement entrepris qui a dit le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse est donc infirmé de ce chef. »*

Le mémoire ampliatif considère que la cour d'appel devait juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse par le seul fait qu'elle avait relevé que, dans la lettre de licenciement, la société reprochait à la salariée d'avoir communiqué à son avocat puis versé aux débats dans le cadre d'une procédure prud'homale des documents couverts par le secret médical ; il lui reproche en outre de n'avoir pas

recherché si le licenciement n'avait pas été prononcé en raison des revendications salariales et de la procédure prud'homale engagée de ce chef.

Le mémoire en défense fait valoir que l'espèce est différente de celle de l'arrêt Soc., 9 octobre 2019 n°18-14.677 cité par le mémoire ampliatif, où l'employeur reprochait à tort au salarié d'avoir produit en justice des moyens de preuve illicites, alors qu'au cas présent la cour d'appel, qui avait procédé à la recherche, avait écarté toute cause de licenciement attentatoire aux droits fondamentaux de la salariée en retenant que le licenciement était bien fondé sur sa faute grave, consistant à avoir violé le secret médical sans que cela soit nécessaire à sa défense en justice.

#### **4-2 production en justice par le salarié, dans le cadre d'un litige l'opposant à son employeur, de documents couverts par le secret médical ; exercice des droits de sa défense**

##### **Le secret médical**

Selon l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, dans sa rédaction en vigueur à la date des faits :

*« I.-Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou un des services de santé définis au livre III de la sixième partie du présent code, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.*

*Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.*

*II.-Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social.*

*III.-Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.*

*Le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable, recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée, dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

*IV.-La personne est dûment informée de son droit d'exercer une opposition à l'échange et au partage d'informations la concernant. Elle peut exercer ce droit à tout moment.*

*V.-Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*

*En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations.*

*Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. Toutefois, en cas de décès d'une personne mineure, les titulaires de l'autorité parentale conservent leur droit d'accès à la totalité des informations médicales la concernant, à l'exception des éléments relatifs aux décisions médicales pour lesquelles la personne mineure, le cas échéant, s'est opposée à l'obtention de leur consentement dans les conditions définies aux articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1.*

*VI.-Les conditions et les modalités de mise en œuvre du présent article pour ce qui concerne l'échange et le partage d'informations entre professionnels de santé et non-professionnels de santé du champ social et médico-social sont définies par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »*

Selon l'article 4 du code de déontologie médicale (**article R.4127-4 du code de la santé publique**) :

*« le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.*

*Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris » ;*

selon l'**article R. 4127-72** du même code :

*« Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment.*

*Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle ».*

Selon l'**article 226-13 du code pénal**, incriminant la violation du secret professionnel, la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Selon l'article 226-14 du même code, dans sa version à la date des faits :

« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi. ».

La chambre criminelle déduit de la rédaction de l'article L. 1110-4 alinéas 1 et 2 du code de la santé publique que le secret médical a été instauré dans le seul intérêt des patients et non des médecins (Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 16-83.816 ; Crim., 13 octobre 2020, pourvoi n° 19-87.341 publié).

Notre chambre s'est prononcée dans le même sens : Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-21.090 sommaire : « Le secret professionnel est institué dans l'intérêt des patients. Il s'agit d'un droit propre au patient instauré dans le but de protéger sa vie privée et le secret des informations le concernant. Un salarié professionnel de santé, participant à la transmission de données couvertes par le secret, ne peut donc se prévaloir, à l'égard de son employeur, d'une violation du secret médical pour contester le licenciement fondé sur des manquements à ses obligations ayant des conséquences sur la santé des patients ».

### **Exercice des droits de la défense**

La faute grave, qui peut seule justifier une mise à pied conservatoire, est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Soc. 27 septembre 2007, n° 06-43.867, Bull. N° 146).

La preuve est libre en matière prud'homale. Selon l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

La charge de la preuve de la faute grave pèse sur l'employeur, le salarié n'ayant, dès lors, rien à démontrer (Soc., 9 octobre 2001, n°99-42.204, Bull. V n°306 ; Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 19-20.950).

La chambre sociale contrôle la qualification de faute grave des faits reprochés au salarié. Ce contrôle s'apparente à un contrôle léger qui peut être rapproché de celui de l'erreur manifeste d'appréciation exercé par les juridictions administratives (pour exemple Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-11.696). Elle laisse aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il a été jugé que la violation du secret médical par un salarié est constitutive d'une faute grave :

Soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170 :

*Attendu que la salariée reproche encore à l'arrêt de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses constatations, alors que, la cour d'appel a retenu la faute grave tout en constatant que Mme [Z] avait pris soin d'occulter les noms des clients, que la violation du secret professionnel avait été plus théorique que réelle et que l'intéressée avait fait preuve de prudence dans le maniement du cahier de paillassse ;*

*Mais attendu que la cour d'appel a relevé que, **pour les besoins de l'instance qu'elle avait diligentée devant le conseil de prud'hommes pour obtenir une meilleure rémunération, Mme [Z] avait sorti du laboratoire, à l'insu de son employeur, le "cahier de paillassse" dans lequel elle consignait les résultats d'analyses, pour en photocopier les pages, alors que les renseignements contenus dans ce cahier étaient couverts par le secret professionnel ; qu'elle a pu en déduire que la salariée avait commis une faute grave***

Soc., 1er décembre 2015, n°14-22.133 :

*« Mais attendu qu'ayant constaté que le salarié avait communiqué au conseil de l'ordre des médecins, dans le seul but de faire valoir sa position sans égard à l'intérêt de la patiente en faveur de laquelle la règle du secret est édictée, un tirage papier du **dossier médical informatique d'une personne dont la suppression du nom ne garantissait pas un parfait anonymat**, qu'il n'avait pas respecté l'interdiction que lui avait faite le directeur de l'établissement de prendre en charge les patients du chirurgien avec lequel il était en conflit, **la cour d'appel a pu retenir, abstraction faite des motifs critiqués à la deuxième branche du moyen, d'une part, une violation du secret médical en ce que le salarié avait, en dehors des cas autorisés par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique porté atteinte au secret d'informations concernant une personne pouvant être identifiée**, en ayant agi dans un but étranger à la continuité des soins ou à la détermination de la meilleure prise en charge sanitaire possible et, d'autre part, une insubordination du salarié dès lors que celui-ci ne pouvait se prévaloir de l'indépendance professionnelle que lui reconnaît l'article R. 4321-56 du code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes qui ne porte que sur l'exercice des soins à prodiguer, pour ne pas respecter les directives de son employeur sur le choix des personnes à prendre en charge ; que le moyen n'est pas fondé ».*

Si le salarié et l'employeur ne peuvent exciper d'éléments de preuve obtenus de manière déloyale ou par fraude, la production en justice par un salarié de documents appartenant à l'entreprise est permise lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur et lorsqu'il a connaissance de ces documents à l'occasion de ses fonctions :

Crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521 Bull. crim. 2004, n° 117, sommaire :

*Justifie sa décision la cour d'appel qui relaxe du chef de vol le salarié qui, sans l'autorisation de son employeur, a appréhendé ou reproduit des documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors qu'il se déduit des motifs de l'arrêt que leur production était strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier.*

Cette analyse a été reprise dans les mêmes termes par notre chambre :

Soc., 2 décembre 1998 n°96-44.258, Bull. 1998, V, n° 535, sommaire :

*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*

Soc., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-41.720, Bull., 2004, V, n° 187 sommaire :

*Un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits en justice dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice les documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions*

Soc., 21 décembre 2006, n° 05-41.180 :

*Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave et rejeter les demandes d'indemnités de la salariée, l'arrêt retient que l'intéressée a été condamnée pour vol après s'être emparée de documents appartenant à l'entreprise, qu'elle n'établit pas que ces pièces étaient utiles à sa défense puisqu'elles ont été soustraites avant le licenciement, et que cette soustraction marque une défiance de sa part à l'égard de son employeur*

*Qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme elle y était invitée, si les documents en cause n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la salariée dans le litige qui l'opposait alors à son employeur à l'occasion de la mise à pied, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés*

Soc. 18 novembre 2009, n° 08-42.498, cité par le MA :

*Mais attendu que la production en justice de documents couverts par le secret professionnel peut être justifiée par l'exercice des droits de la défense ;*

*Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait été contraint, pour se défendre des manquements qui lui étaient reprochés, de produire des éléments de nature à démontrer l'ampleur et la multiplicité des tâches qui lui étaient demandées, en a exactement déduit que cette production, justifiée par la défense de ses droits, était légitime ; que le moyen n'est pas fondé*

Soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, Bull. 2015, V, n° 68, sommaire :

*Un salarié ne peut s'approprier des documents appartenant à l'entreprise que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur, ce qu'il lui appartient de démontrer.*

Pour le cas d'une salariée licenciée pour faute grave pour avoir communiqué au conseil de prud'hommes des documents couverts par le secret professionnel : Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 09-42.959 :

*Vu l'article L. 1234-1 du code du travail, ensemble l'article L. 1110-4 du code de la santé publique ;*

*Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt énonce que le fait d'avoir produit dans le cadre de la procédure prud'homale des documents contenant des informations sur la vie privée des patients telles que leur nom, leur date de naissance, leurs pathologies et les diagnostics médicaux, en violation du secret professionnel auquel elle était astreinte, n'était pas contesté par Mme [V], et le fait que cette production réponde à une interrogation du*

bureau de jugement lui ôtait son caractère fautif, même s'il eût été préférable que certaines mentions soient biffées ;

**Attendu, cependant, que la production en justice de documents couverts par le secret professionnel ne peut être justifiée que lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur ;**

**Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si la production de tels documents couverts par le secret professionnel était strictement nécessaire aux droits de la défense de la salariée et seuls de nature à justifier des fonctions exercées par celle-ci avant son changement d'affectation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;**

La cour a toutefois pu juger, pour marquer les limites du fait justificatif, Soc., 8 décembre 2015 n° 14-17.759 :

*qu'ayant retenu que le salarié s'était emparé, pour en faire des copies, de bulletins de paie appartenant à l'entreprise et le concernant mais dont il n'avait plus les originaux, la cour d'appel a estimé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, que, du fait de cette atteinte au droit de propriété, son licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse.*

La Cour européenne des droits de l'Homme a consacré le droit à la preuve sur le fondement du principe du procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

- dans l'arrêt CEDH du 27 octobre 1993 n°14448/88, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, elle juge que chaque partie doit avoir la possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions ne la plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ;

- dans l'arrêt CEDH 10 octobre 2006 n° 7508/02, *L. L. c/ France*, elle met en balance le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée.

### Droit à la preuve et atteinte à la vie privée

Le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi : 1<sup>re</sup> Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, Bull. 2008, I, n° 230 ; 1<sup>er</sup> Civ., 5 avril 2012 n°11-14.177 Bull n°85 secret des correspondances ; 1<sup>re</sup> Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, Bull. 2016, I, n° 48.

Ce principe a été repris par la chambre sociale :

- Soc. 9 novembre 2016 n°15-10.203 Bull. 2016, V, n° 209 sommaire :

*« L'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice.*

*Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.*

*Encourt la cassation l'arrêt qui retient que constitue un mode de preuve illicite la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application de l'article L. 3171-2 du code du travail et qui ont été reproduits sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés, alors que la cour d'appel a constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les*

*documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche, ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi ».*

Le droit au respect de la vie privée d'un salarié peut être, dans l'intérêt du salarié ou de l'employeur, mis en balance avec le droit à la preuve également protégé : le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du 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 (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, Bull. 2007, V, n° 84 ; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, Bull. 2008, V, n° 129.)

Ce principe a été appliqué pour des mesures d'instruction demandées dans le cadre de l'exercice du droit à la preuve d'une discrimination Soc. 7 décembre 2016, n°14-28.391 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.648 et suivants ; Soc., 16 mars 2021, pourvoi n° 19-21.063 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-26.144 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-26.146 :

*En statuant ainsi, sans rechercher, d'abord, si la communication des pièces demandées par la salariée n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et ensuite, si les éléments dont la communication était demandée étaient de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, sans vérifier quelles mesures étaient indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (145 du code de procédure civile, 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile) ;*

et dans l'exercice du droit à la preuve d'une inégalité de traitement : Soc., 11 décembre 2019, n° 18-16.516 :

*Attendu cependant que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;*

*Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la mesure demandée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.*

Il a été jugé qu'il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi (Soc., 30 septembre 2020, pourvoi no 19-12.058 ;

voir aussi Soc., 25 novembre 2020 n°17-19.523 pour la collecte des adresses IP).

De même, s'agissant du respect de la vie personnelle du salarié, il a été jugé qu'il résulte des articles 8 de la Convention, 9 du code civil et L. 2315-15 du code du travail que le respect de la vie personnelle d'un salarié n'est pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article L. 2315-15 du code du travail, nonobstant l'obligation de discrétion à laquelle sont tenus les représentants du personnel à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel, dès lors que l'affichage

par un membre de la délégation du personnel du comité social et économique d'informations relevant de la vie personnelle d'un salarié est indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, lequel participe des missions du comité social et économique en application de l'article L. 2312-9 du code du travail, et que l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle est proportionnée au but poursuivi : Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-14.416.

Le principe selon lequel le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi a été appliqué pour des éléments de preuve portant atteinte :

- au **secret bancaire** : il peut céder si la production est justifiée (est « indispensable » dans les décisions les plus récentes) et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence (Com. 4 juillet 2018 n°17-10.158 ; Com., 15 mai 2019, n°18-10.491) ;

- au **secret médical** : Com. 15 mai 2007 n°06-10.606 Bull., n°130<sup>6</sup> sommaire : « Méconnaît les dispositions des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel qui retient que la production en justice de pièces relatives à la santé du dirigeant d'une société constitue une atteinte à la vie privée de celui-ci sans rechercher si cette atteinte pouvait être justifiée par l'exigence de la protection des droits de la défense de la société et de ses actionnaires et restait proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ».

- au **secret professionnel** :

- Soc. 28 avril 2000, n° 97-45.905 (préparatrice de pharmacie)

*Attendu, ensuite, que la cour d'appel, ayant relevé que la salariée, qui était astreinte, par l'exercice de sa profession, au secret professionnel, avait produit **des documents médicaux d'une cliente de l'officine dans le cadre d'un différend disciplinaire, sans que cette production ne soit justifiée par les besoins de sa défense**, a pu décider que le comportement de la salariée était de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ;*

Soc., 30 juin 2004, n°02-41.720 :

*Mais attendu qu'un salarié, lorsque cela est **strictement nécessaire** à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions ; que les énonciations de l'arrêt attaqué caractérisant cette nécessité, le moyen ne peut être accueilli ;*

Soc., 18 novembre 2009 n° 08-42.498 (directeur juridique)

*Mais attendu que la production en justice de documents couverts par le secret professionnel peut être justifiée par l'exercice des droits de la défense ;*

*Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait été **contraint, pour se défendre des manquements qui lui étaient reprochés, de produire des éléments de nature à démontrer l'ampleur et la multiplicité des tâches qui lui étaient demandées**, en a exactement déduit que cette production, **justifiée par la défense de ses droits**, était légitime ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 09-42.959, cité par les mémoires (salariée psychologue)

---

<sup>6</sup> Emprunts au rapport de Mme la conseillère Marguerite pourvoi n° 20-20.648

Vu l'article L. 1234-1 du code du travail, ensemble l'article L. 1110-4 du code de la santé publique ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt énonce que le fait d'avoir produit dans le cadre de la procédure prud'homale des documents contenant des informations sur la vie privée des patients telles que leur nom, leur date de naissance, leurs pathologies et les diagnostics médicaux, en violation du secret professionnel auquel elle était astreinte, n'était pas contesté par Mme [V], et le fait que cette production réponde à une interrogation du bureau de jugement lui ôtait son caractère fautif, même s'il eût été préférable que certaines mentions soient biffées ;

Attendu, cependant, que la production en justice de documents couverts par le secret professionnel ne peut être justifiée que lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur ;

**Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si la production de tels documents couverts par le secret professionnel était strictement nécessaire aux droits de la défense de la salariée et seuls de nature à justifier des fonctions exercées par celle-ci avant son changement d'affectation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;**

- Soc., 12 mai 2017 pourvois n° 15-28.943 et n° 15-29.129, Bull. 2017, V, n° 82 cité par les mémoires, sommaire :

*« En application des articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 et 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, un avocat ne peut, dans le cadre d'un litige prud'homal l'opposant à son employeur, produire des pièces couvertes par le secret professionnel que sous réserve des strictes exigences de sa propre défense.*

*Encourt la cassation un arrêt qui, alors qu'il avait constaté que le salarié avait la qualité d'avocat, n'a pas, peu important les conditions d'exercice de sa profession, recherché si les pièces qu'il produisait étaient couvertes par le secret professionnel et si leur production répondait aux **strictes exigences de sa défense dans le cadre du litige prud'homal l'opposant à son employeur.** »*

Il a toutefois été jugé que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait faire échec à l'intangibilité du **secret professionnel du notaire**, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret (Civ., 4 juin 2014 n°12-21.244, Bull. 2014; I n°101).

Au cas présent, dans ses conclusions d'appel (MA production n° 2, p. 27 et 28), dont la dénaturation est reprochée à la cour d'appel, la salariée faisait valoir :

*« Dans le cadre de la procédure initiée par Madame [N], devant le Conseil de Prud'hommes d'Amiens tendant à se voir reconnaître la qualité de technicienne comptable, celle ci avait le 28 octobre 2015, par l'intermédiaire de son conseil, adressé ses premières conclusions ainsi que les pièces numérotées 1 à 36, à la POLYCLINIQUE [3].*

*Cette dernière avait répondu à ses écritures mi février 2016, commentant abondamment et sans objecter de difficulté en ce qui concerne la production de ces premières pièces, notamment les pièces 22-Lettrage des comptes de prothèses nominatives et 23-Lettrage des comptes de prothèses non nominatives (relatives à la comptabilité des prothèses), en faisant valoir qu'en fait les documents produits aux débats par Madame [N] donnaient simplement l'illusion d'un travail de comptable.*

*Dans ses écritures, la POLICLINIQUE DE PICARDIE, pour tenter d'échapper aux légitimes demandes de Madame [N], n'avait pas craint d'affirmer de façon totalement mensongère que Madame [N] ne travaillait jamais sur le logiciel de comptabilité générale de l'entreprise, ce qui bien évidemment l'a contrainte à organiser sa défense par une illustration concrète des tâches qu'elle*

*effectuait en produisant les exemples matériels, démontrant l'inanité des assertions de la SA POLYCLINIQUE [3], et justifiant qu'elle travaillait bien sur le logiciel de comptabilité générale.*

*Ainsi, dans ses écritures du 19 mai 2016, accompagnées de pièces complémentaires...*

*Madame [N] s'est attachée à faire la démonstration qui lui incombait de ce que contrairement à ce que faisait valoir son employeur, la réalité de ses fonctions correspondaient bien à celles d'une technicienne comptable telle que définies tant dans la fiche de poste de l'entreprise que dans celle établie par les services de pôle emploi. Cette démonstration détaillée dans ses écritures est justifiée par les pièces indispensables produites.*

*Venir prétendre qu'il suffisait pour la concluante de masquer l'identité des patients pour que la production de ces pièces ne soit pas fautive, n'est pas sérieux, l'appelante n'aurait pas hésité à prétendre alors que ces documents avaient été falsifiés ou fabriqués.*

*Aussi, non seulement ces documents, ainsi que le reconnaît expressément l'employeur dans la lettre de licenciement, proviennent de l'exercice des fonctions de Madame [N], mais surtout sont strictement indispensables à l'exercice des droits de sa défense, ainsi que l'ont justement retenus les premiers juges.*

*A titre surabondant, il importe de relever qu'en toute hypothèse, et contrairement à ce qu'indique l'employeur dans la lettre de licenciement, les documents produits par Madame [N], s'ils mentionnent pour certains des noms, ils ne permettent en aucune façon d'identifier les patients, faute d'autres éléments, tels les prénoms, date de naissance ou adresse. »*

Selon le mémoire ampliatif, compte tenu des contestations soulevées par la société Polyclinique [3], seules la production et la communication des pièces litigieuses sans qu'il ait été antérieurement procédé à leur anonymisation et à la suppression des données permettant l'identification des patients, étaient de nature à apporter la preuve de la véracité des allégations de la salariée quant aux tâches relevant de la classification de technicienne comptable qu'elle accomplissait.

Selon le mémoire en défense, la cour d'appel a bien fait peser la charge de la preuve sur l'employeur et a apprécié souverainement la nécessité des productions litigieuses au regard du fait justificatif invoqué par la salariée, que l'employeur qualifie de procès d'intention et d'hypothétique en objectant que la salariée n'évoquait pas une raison effective justifiant qu'elle était dans l'obligation de produire des « données brutes » relatives à des patients identifiables et comportant des informations couvertes par le secret professionnel.

Ces au regard de ces éléments que la chambre se prononcera sur le moyen.