

PROCÉDURE PRUD'HOMALE

Extraits de décisions sélectionnés et commentés par **Daniel Boulmier**,
Maître de conférences, Institut Régional du Travail, Université Nancy 2,
Co-auteur du Lamy Prud'hommes

Référé, préservation de la preuve

Référé – Preuve avant tout procès – Demande d'expertise – Communication à l'expert de pièces détenues par l'entreprise – Motif légitime – Référé prud'homal (oui) – Application de l'article 146 CPC (non).

MOTIFS DE LA DECISION :

Attendu que l'article 145 du Code de procédure civile dispose que "S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé".

Que le demandeur a un intérêt légitime à solliciter cette mesure d'expertise dès lors que l'employeur est le seul à détenir des pièces lui permettant éventuellement à étayer une demande fondée sur une discrimination syndicale.

Que la société défenderesse ne peut opposer au demandeur les dispositions de l'article 146 du Code de procédure civile dès lors que celles-ci ne sont applicables qu'aux mesures d'instruction ordonnées en cours d'un procès et non à celles ordonnées par le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

Qu'il sera en conséquence fait droit à la demande d'expertise, ainsi qu'il sera dit au dispositif de la présente ordonnance, étant rappelé qu'il n'y a pas lieu de couvrir de l'anonymat les pièces qui seront remises à l'expert dès lors que celles-ci ne sont pas couvertes par un secret professionnel quelconque. [...]

PAR CES MOTIFS :

Ordonne une expertise.

Commet pour y procéder avec la mission suivante : M. Xavier F.

- entendre les parties
- se faire communiquer la liste de l'ensemble des salariés embauchés par la société Hutchinson entre 1977 et 1982 aux coefficients 130 et 140,
- se faire communiquer l'ensemble des documents retraçant l'évolution de carrière de ces salariés,
- décrire dans son rapport l'évolution de leur classification et de leur rémunération et indiquer leur classification et rémunération actuelles ou celles dont ils bénéficiaient au moment de leur départ de l'entreprise,
- se faire communiquer la liste de l'ensemble des salariés actuellement en poste au sein de la société Hutchinson bénéficiant des coefficients 150 et 160,
- se faire communiquer l'ensemble des documents retraçant l'évolution de carrière de ces salariés
- décrire dans son rapport l'évolution de leur classification et de leur rémunération et indiquer leur ancienneté [...]

(Conseil de prud'hommes Paris, référé départage, 15 juillet 2008, F. c/ Sté Hutchinson, RG n° R 08/00996).

Note.

Voilà un genre de décision qu'il serait bon de voir plus souvent... mais pas seulement en départage...

La preuve

En cours d'instance, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention (1). Cependant, dans le cadre du procès prud'homal, les éléments permettant un tel succès sont le plus souvent détenus par l'employeur. Or, la simple production d'une photocopie de document est risquée pour le salarié, dès lors qu'il n'en a pas eu

communication dans l'exercice de ses fonctions ; la qualification de vol peut être retenue à son encontre, si l'employeur décide de se placer sur le terrain pénal (2). Aussi, est-il parfois utile d'agir en amont du procès pour solliciter l'intervention du juge.

Le Code de procédure civile offre, sous le contrôle du juge, des moyens de préserver et/ou d'obtenir les preuves utiles dans un procès. Ainsi, l'article 145 CPC dispose que : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement

(1) Art. 9 CPC.

(2) V. notre chronique : Vol de documents, mais hold-up sur les droits d'agir, Cass. crim. 11 mai 2004 et Cass. soc., 30 juin 2004, *JSL* 2004, n° 157, p. 4 (l'arrêt du 11 mai 2004 est également

reproduit au Dr. Ouv. 2004 p. 558 n.R. Marié). Pour la qualification de recel de vol pour la production devant le juge prud'homal d'un document déchiré abandonné dans une poubelle, et reconstitué : v. Cass. Crim. 10 mai 2005, 04-85349, *Bull. crim.*, n° 145.

admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

La première option offerte est le recours à une ordonnance sur requête. Cette procédure permet de saisir le juge du TGI à l'insu de la partie adverse pour voir ordonner une mesure d'instruction « par surprise », au cas où la preuve risquerait de disparaître si la partie adverse en était informée prématurément (3) ; cette option devant le TGI a toutefois comme inconvénient de contraindre la partie demanderesse à recourir à un avocat (4).

La seconde option est la saisine du juge des référés (5) pour voir ordonner une mesure d'instruction en vue de la préservation et/ou de la communication de preuves, ce qui est le cas dans la décision rapportée. Cette demande en référé, se fait alors en présence de la partie adverse dûment appelée et donc dans le strict respect du principe du contradictoire.

Les faits

Un salarié syndicaliste, embauché en 1980 au coefficient 130 et exerçant divers mandats syndicaux depuis 1982, estime être victime de discrimination concernant son évolution de carrière. Sur le fondement de l'article 145 CPC, il saisit le juge des référés prud'homal d'une demande tendant à voir ordonner la désignation d'un expert chargé de décrire, après communication de toutes pièces utiles, l'évolution de sa classification et de sa rémunération. Pour ce faire il demande communication de l'évolution de carrière et de rémunération des salariés embauchés entre 1977 et 1982 aux coefficients 130 et 140 et communication de la liste des salariés actuellement en poste bénéficiant des coefficients 150 et 160.

La formation de référé s'étant déclarée en partage de voix, l'affaire est réexaminée en départage avec une formation complète.

L'argumentation

En référé départage, le salarié argumente son intérêt à agir dès lors que l'employeur détient seul des pièces lui permettant d'établir une évolution de carrière différente de celle des autres salariés. Il rappelle également qu'une

des pièces communiquées par l'employeur à l'occasion de cette instance fait apparaître que 58 salariés embauchés en même temps que lui avec des coefficients comparables, à savoir 125-130-135 et 140, ont à ce jour un coefficient de 189 alors qu'il n'a lui-même qu'un coefficient de 160

La société argumente alors sur le fondement de l'article 146 CPC, article qui dispose, d'une part, que « une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver » et, d'autre part, que « en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Pour l'employeur les documents remis par lui permettent au salarié de faire la démonstration devant le juge du fond lorsqu'il sera saisi. Par ailleurs, la société demande que, si une expertise était toutefois ordonnée, l'anonymat des situations individuelles soit préservé.

La solution

La formation de référé départage fait droit à la demande du salarié.

Après avoir rappelé que selon l'article 145 CPC, le juge des référés est compétent pour ordonner à la demande de tout intéressé une mesure d'instruction s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, le juge reconnaît que le salarié, dans l'affaire à lui soumise, a un intérêt légitime à solliciter cette mesure d'instruction. A l'appui de cette reconnaissance d'un intérêt légitime, le juge retient que l'employeur est le seul à détenir des pièces permettant éventuellement au salarié d'étayer une demande fondée sur une discrimination syndicale.

En outre, l'ordonnance de départage énonce, à juste titre, que l'article 146 CPC ne peut être opposé au salarié, cet article n'étant applicable qu'aux mesures d'instruction ordonnées en cours de procès et non à celles ordonnées avant le procès. Cette mise à l'écart de l'article 146 pour les mesures d'instruction avant tout procès est de jurisprudence constante (6) et encore récemment rappelée (7).

(3) La 2^{ème} Chambre civile précise que l'ordonnance sur requête ne peut être ordonnée qu'à la double condition qu'il soit justifié de l'urgence de la mesure sollicitée et de l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe de la contradiction (Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2008, n° 07-14.858 P). Il est depuis longtemps admis le recours à l'ordonnance sur requête en matière prud'homale : Cass. soc., 12 avril 1995, n° 93-10.982, *Bull. civ. V*, n° 134 ; *D.* 1995, I.R., p. 122 ; M. Jeantin, Pouvoirs du juge des requêtes en matière prud'homale, *Dr. soc.* 1995, p. 586 ; *RTD civ.* 1995, p. 953, obs. Perrot. Sur un exemple récent en droit du travail, à l'initiative de

l'employeur, pour un relevé de courriers électroniques échangés par un salarié, v. Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229 P.

(4) Art. 813 CPC.

(5) Ce qui comprend bien entendu le juge des référés prud'homal. V. Cass. soc., 27 mai 1997, n° 95-41.765.

(6) Cass. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, *Bull. Ch. Mixte* n° 2 ; *D.* 1982, p. 541, concl. Cabannes.

(7) Cass. civ. 2^{ème}, 10 juillet 2008, n° 07-15.369, P ; *D.* 2008, p. 2375, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis.

Il faut indiquer, en complément, que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que lorsque le juge des référés statue en application de l'article 145 CPC il n'est pas soumis aux conditions d'urgence ou de contestation sérieuse posées par l'article R. 1455-5 C. trav. (8).

Ne faut-il pas regretter que le recours au « *référé/mesure d'instruction/communication d'éléments de preuve* » soit trop souvent ignoré ? Certes, la partie demanderesse doit justifier d'un intérêt légitime pour que le juge la suive dans sa demande, mais l'argumentation sur l'intérêt légitime fournit par cette ordonnance en départage montre que cet intérêt légitime pourrait souvent être retenu, dès lors qu'il est des plus fréquents que les éléments de preuve sont en la possession de l'employeur seul (9).

Une interrogation

Une interrogation toutefois : la parité prud'homale permet-elle vraiment l'application de l'article 145, sans recourir systématiquement au départage, dès lors que la partie employeur est réservée sur la question du juge actif ? Même si le départage en référé allonge de façon significative le délai de traitement du dossier, il nous paraît préférable à une instance conduite dans un délai raisonnable mais qui sera perdue, faute d'avoir pris le temps d'obtenir les éléments probatoires. Vu du côté du conseiller prud'homme salarié, en cas d'opposition de la partie employeur sur l'application de l'article 145 CPC, l'entrée en départage devient une nécessité pour son effectivité. Le départage n'est pas l'échec de la formation prud'homale, mais devient la voie nécessaire pour rétablir l'égalité des armes qui fait défaut. Le départage devient alors la garantie de l'administration d'une bonne justice !

Une précision sur le coût de l'expertise

Il ne faut pas oublier que l'expertise a un coût. Le juge qui ordonne l'expertise fixe le montant d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert aussi proche que possible de sa rémunération définitive prévisible et il désigne la ou les parties qui devront consigner la provision (art. 269 CPC). Dans l'ordonnance rapportée,

le juge a fixé la provision à 3 000 euros et l'a mise à la charge exclusive du demandeur salarié. Ce n'est donc qu'au cas où ce salarié obtiendra gain de cause qu'il pourra voir cette dépense imputée à la partie adverse perdante, les frais d'expertise étant compris dans les dépens (art. 695 CPC). Toutefois, par une décision motivée, le juge peut mettre la totalité ou une partie des dépens à la charge d'une autre partie que la partie perdante (art. 696 CPC).

Observations complémentaires

Le numéro de *Droit Ouvrier* de janvier 2009 rapporte trois ordonnances de conciliation, dont l'une rendue en départage (10), qui ordonnent la production des documents réclamés par les salariés et nécessaires selon lui pour faire condamner l'employeur pour discrimination. D'une certaine manière on peut dire que ces décisions sont remarquables en ce que le bureau de conciliation a fait usage de ses pouvoirs juridictionnels (sans départage dans deux cas) prévus à l'article R. 1454-14 du Code du travail, ce qui n'est pas si fréquent, surtout dans le domaine visé.

Toutefois, il nous semble que l'action en référé sur le fondement de l'article 145 CPC est à privilégier au premier chef : d'une part, parce que le pouvoir du juge de référé n'est pas limité par une liste exhaustive de pouvoirs, comme l'est celui du juge conciliateur par l'article R. 1454-14 du Code du travail, d'autre part, parce que dans la procédure en référé de l'article 145 CPC, il ne peut être opposé au demandeur l'article 146 CPC, que nous avons présenté ci-dessus.

Comme argument complémentaire, nous pouvons signaler que s'il y a échec de la demande devant le bureau de conciliation, il ne sera plus possible d'engager l'une ou l'autre des actions visées par l'article 145 CPC (sur requête ou en référé), dès lors que l'article 145 CPC est mobilisable « *avant tout procès* » ; par contre, s'il y a échec de la demande sur le fondement de l'article 145 CPC, il sera toujours possible de solliciter les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation dans l'instance qui s'engagera devant le Conseil de prud'hommes.

(8) Cela a été jugé au cas de l'article 872 CPC applicable au référé du Tribunal de commerce (Cass. Ch. mixte, 7 mai 1982, préc.) et au cas de l'article 808 CPC applicable au référé du TGI (Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1983, *Bull. civ. I*, n°56). Les modalités étant similaires il ne fait aucun doute que l'article R. 1455-5 applicable au Conseil de prud'hommes doit également être écarté au cas du référé fondé sur l'article 145 CPC.

(9) V. notre chronique préc., sur le souhait de voir l'entreprise comme devant adopter une position impartiale dans la production des preuves qu'elle détient, sans qu'il ne soit nécessaire de passer par la procédure de l'article 145 CPC.

(10) Dr. Ouv. 2009, p. 43, note F. Clerc.