

**TRIBUNAUX** Mesures d'instruction *in futurum* art. 145 CPC – Contribution à l'établissement de la preuve (deux espèces) – Conseil de prud'hommes – Pouvoirs de la formation de référé – Violation de l'obligation d'égalité de traitement – Motif légitime – Respect de la vie personnel et du secret des affaires – Obstacles (non) (première espèce) – Activité déficitaire – Filialisation – Cession – Procédure collective – Faute du cédant – Appréciation – Expertise économique – Portée – Évaluation de la crédibilité de la poursuite de l'activité (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 19 décembre 2012

Radio France contre P. (pourvoi n°10-20.526)

**Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 20 mai 2010), que Mmes P. et Noël ont été engagées par la société nationale Radio France en qualité de régisseur de production et occupent l'une et l'autre, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1987, un poste de chargée de réalisation radio ; qu'elles sont classées en groupe de qualification B. 21 de la convention collective de la communication et de la production audiovisuelles ; que soutenant que de nombreux chargés de réalisation placés dans une situation identique perçoivent une rémunération plus importante que la leur et sont classés dans une catégorie supérieure, elles ont saisi la juridiction prud'homale de référé d'une demande tendant, sur le fondement du motif légitime prévu par l'article 145 du code de procédure civile, à obtenir la communication par l'employeur de différents éléments d'information concernant ces autres salariés et susceptibles, selon elles, d'établir la discrimination dont elles se plaignent ;**

Sur le second moyen, pris en ses deux premières branches :

**Attendu que la société Radio France fait grief à l'arrêt de lui ordonner de communiquer aux salariées, avant tout procès et sous astreinte, les contrats de travail, avenants, bulletins de paie de certains autres salariés de l'entreprise, ainsi que le montant des primes de sujétion distribuées depuis 2000 à ces mêmes personnes, les tableaux d'avancement et de promotion des chargés de réalisation travaillant dans la même société, alors, selon le moyen :**

**1°/ qu'en vertu de l'article L. 1134-1 du code du travail, toute action fondée sur une discrimination n'est recevable que si le salarié est en mesure de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de celle-ci ; qu'en autorisant le salarié à obtenir, avant tout procès, la communication des pièces destinées, non pas à confirmer les présomptions de discrimination nécessaires à l'introduction de son action, mais simplement à révéler l'existence d'une éventuelle disparité de traitement, ce qui ne correspond pas " à une preuve dont pourrait dépendre la solution du litige ", mais à une preuve nécessaire à l'introduction**

**même de l'action, la cour d'appel a inversé les règles particulières de la preuve en matière de discrimination en violation tant du texte susvisé que de l'article 145 du code de procédure civile ;**

**2°/ que n'est pas légalement admissible au regard, ni de l'article 9 du code civil, ni de l'article L. 1121-1 du code du travail, ni de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, la mesure d'instruction ordonnant, avant toute procédure au fond, la communication des contrats de travail, bulletins de paie, calcul des primes et tableaux des avancements et promotions de douze salariés de la société Radio France entièrement étrangers au litige, au mépris du respect dû, tant à leur vie privée qu'au secret des affaires ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes et convention susvisés ainsi que, par fausse application, l'article 145 du code de procédure civile ;**

**Mais attendu que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ;**

**Et attendu que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer ;**

**D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;**

**Par ces motifs :**

**Rejette le pourvoi ;**

**(M. Lacabarats, prés. – M. Blatman, rapp. – M. Richard de La Tour, av. gén. – SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)**

Deuxième espèce :

COUR D'APPEL DE PARIS (Pôle 1 - Chambre 3) 4 septembre 2012

UPS SCS France contre SAS Maintenance Partner Solutions

Le groupe UPS est le leader mondial de la livraison de colis et l'un des premiers fournisseurs mondiaux de services de logistique et de transport spécialisé. Il est réparti en deux divisions : UPS Package, qui comprend l'activité historique de transports de petits colis et de documents, et UPS Supply Chain Solutions (UPS SCS), qui comprend l'ensemble des autres

activités logistique, fret, services financiers et conseils.

En France, l'activité de package est assurée par la société UPS SNC France et les autres activités le sont par la société UPS SCS France. Cette dernière exploitait également une activité de maintenance et de réparation d'équipements informatiques grand public, dont elle a cherché à se séparer en 2006.

En 2007, trois cadres en charge de cette activité, Messieurs Slimane B., Cyrille B. et Laurent I., ont proposé un projet de reprise. Ils ont constitué, avec la société NATIS, la SAS Maintenance Partner Solutions (MPS). Un projet de cession a fait l'objet d'une lettre d'intention en date du 26 mars 2009 entre la SAS UPS SCS France et la SAS MPS.

Le 25 juin 2009, la SAS MPS, représentée par M. Slimane B., a acquis de la SAS UPS SNC France la totalité des actions de la société MPS France, créée pour la réalisation du montage, et, le 21 juillet 2009, l'apport du fonds de commerce de réparation et maintenance de matériels informatiques et électroniques au profit de cette dernière a été réalisé par la société UPS SNC France.

Le 27 octobre 2010, le Tribunal de commerce de Bobigny a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la SAS MPS France et désigné Maître Bernard Houplain en qualité d'administrateur judiciaire, avec une mission d'assistance et la SCP Moyrand Bally, prise en la personne de Maître Jacques Moyrand, en qualité de représentant des créanciers.

Après licenciement de 103 salariés, ce même tribunal a ordonné, le 30 mai 2011, la cession de l'activité maintenance de la société MPS France et le transfert au repreneur de 65 salariés.

Reprochant à la SAS UPS SCS France d'avoir cédé délibérément à d'anciens cadres sa filiale, dont l'activité était déficitaire depuis plusieurs années, en sachant pertinemment que la pérennité de celle-ci n'était pas assurée, ce qui avait, *in fine*, abouti à une prise en charge par la collectivité de son passif social, Maître Houplain et Maître Moyrand, ès qualités, par actes des 31 janvier et 1<sup>er</sup> février 2011, l'ont fait assigner, ainsi que M. Slimane B., en désignation d'expert devant le juge des référés du Tribunal de commerce de Bobigny.

(...)

Par ordonnance du 24 mai 2011, la juridiction ainsi saisie a ordonné la jonction des causes et commis, aux frais avancés des demandeurs, M. Dominique L. en qualité d'expert, avec pour mission de faire remettre tous les documents et toutes les informations financières utiles permettant à la juridiction qui sera éventuellement saisie d'apprécier l'équilibre financier de l'exploitation du fonds de commerce de maintenance sur site et de maintenance en atelier de matériels informatiques, exploité par UPS SCS France dans les deux années qui ont précédé son apport à la société MPS en ce compris, les business plans et les déclarations faites auprès des institutions représentatives du personnel ; de décrire les mesures d'accompagnement prises par UPS SCS France accessoirement à la cession de sa participation dans MPS France et dire si ces mesures étaient de nature à garantir la viabilité de l'exploitation ; de se faire communiquer tous documents et informations sur les acquisitions ou constitutions de la société réalisées par le groupe MPS depuis la création de MPS France et analyser leur incidence sur les résultats de MPS France ; de se faire communiquer tous documents et informations utiles sur la ou les sociétés dirigées et/ou contrôlées, directement ou indirectement, par le président actuel de MPS France, M. Slimane B., et analyser l'interférence des activités de ces sociétés avec celles de MPS France ; d'analyser l'évolution des produits et charges de MPS France depuis le 31 juillet 2009, en comparaison avec le prévisionnel d'exploitation contenu dans le business plan présenté par les cadres repreneurs ; de décrire les causes de la non-réalisation des objectifs retenus dans le business plan arrêté entre les parties ; de rapporter tous éléments de fait permettant de déterminer l'origine et la date de cessation des paiements de la société MPS France et l'origine de ses difficultés et recueillir tous éléments permettant de décrire la chronologie et les différentes étapes du processus ayant conduit, tout d'abord, à

la présentation de l'offre de reprise, puis à l'apport du fonds de commerce par UPS SCS à MPS France, puis à la cession de MPS France par UPS SCS à MPS. Le juge a, par ailleurs, réservé les dépens. (...)

SUR CE, LA COUR

(...)

Au principal :

**Considérant qu'aux termes de l'article 145 du Code de procédure civile, 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, lorsqu'il statue en référé sur le fondement de ce texte, le juge n'est pas soumis aux conditions imposées par l'article 808 du Code de procédure civile, qu'il n'a, notamment, pas à rechercher s'il y a urgence, que l'existence de contestations sérieuses ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de la mesure sollicitée, l'application de cet article n'impliquant aucun préjugé sur la responsabilité des parties appelées à la procédure, ni sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé ;**

**Que l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile suppose que soit constaté qu'il existe un procès « en germe » possible, sur la base d'un fondement juridique suffisamment déterminé, et dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée, à condition que cette mesure ne porte pas une atteinte illégitime aux droits d'autrui ;**

**Considérant, en l'espèce, que l'organe de la procédure collective de la SAS MPS France fait valoir que, jusqu'à sa cession en 2009 et même après, l'activité de maintenance et de réparation était déficitaire, que l'opération de cession a fait l'objet de mesures d'accompagnement du groupe UPS et d'un business plan dont les objectifs n'ont pas été tenus, ce qui a conduit l'entreprise à connaître de graves difficultés financières malgré la dotation en capital réalisée par le groupe UPS ; que l'expert mandaté par les institutions représentatives du personnel avait relevé, peu avant la réalisation de l'opération, que le projet était risqué ; qu'il résulte du rapport du commissaire aux apports en date du 21 juillet 2009 que l'activité maintenance et réparation n'avait pas démontré de capacité à générer des bénéfices depuis plusieurs années, ce dont la SAS UPS SCS France avait parfaitement conscience ; que son analyse avait clairement mis en exergue les faiblesses de l'opération projetée ; que la SAS UPS SCS France a commis une faute en cédant délibérément à d'anciens cadres de sa filiale une activité dont elle savait pertinemment que la pérennité n'était pas assurée, et ce pour échapper à un plan social ; qu'elle a ainsi manifestement commis une faute au regard des dispositions de l'article 1382 du Code civil, en faisant en sorte que ce soit la collectivité qui prenne en charge les difficultés de la SAS MPS France ; que celle-ci et ses créanciers ont subi un dommage ; que les flux financiers croisés entre la SAS UPS SCS France et la SAS MPS France démontrent que celle-ci n'a pas disposé d'une totale autonomie et que les flux financiers ayant existé entre les différentes sociétés de M. Slimane B. sont susceptibles, également, d'être à l'origine des difficultés de la SAS MPS France et de**

révéler d'éventuelles fautes de gestion ;

Considérant que les sociétés MPS et MPS France font valoir que l'expertise sollicitée permettra de démontrer que la SAS UPS SCS France a pris une part plus que prépondérante dans l'élaboration et la validation du business plan ayant conduit à la détermination des besoins de financement de la société MPS France et des mesures d'accompagnement de la sortie du groupe auquel appartient l'appelante ; qu'elle a notamment et sciemment dissimulé aux repreneurs certaines informations essentielles, sans lesquelles l'opération n'aurait pas eu lieu dans les termes retenus ; qu'elle a transféré ses activités à la société MPS France qu'elle a elle-même constituée, selon des termes et dans des conditions juridiques plus qu'inhabituelles et contraires à l'intérêt social de celle-ci ; qu'elle a, ensuite, transféré la propriété des actions formant le capital social de la société MPS France à la société MPS, là encore dans des conditions juridiques étonnantes, et qu'elle a ensuite, une fois la cession intervenue, refusé de reconnaître sa responsabilité et écarté toute discussion avec la société MPS France, laquelle demeurait parallèlement son cocontractant et s'est retrouvée dans une situation difficile qui ne pouvait la conduire qu'à faire l'objet d'une procédure collective ;

Considérant que M. Slimane B. fait valoir que, salarié depuis 20 ans de l'activité maintenance et réparation, soit bien avant que la société UPS n'en fasse l'acquisition et avant qu'elle ne devienne déficitaire, il a tout intérêt à ce que les événements ayant mené à la cessation de paiement soient mis en exergue, d'une part, pour confirmer qu'ils ne lui sont pas imputables et, d'autre part, pour que la lumière soit faite sur l'éventuelle responsabilité de la société UPS ;

Considérant que la SAS UPS SCS France répond qu'il n'y a pas de motif légitime justifiant la mesure d'instruction sollicitée ; que sa prétendue obligation de permettre à MPS France de rester *in bonis*, pendant une période de 36 mois suivant la cession, ne repose sur aucun fondement juridique ; qu'elle s'est uniquement engagée à apporter en capital à MPS France une somme de 9,2 millions d'euros, évaluée par les cadres repreneurs, au terme de la préparation d'un business plan soumis à l'examen d'un cabinet d'audit indépendant, ainsi que d'un commissaire aux apports désigné par le président du Tribunal de commerce de Nanterre ; que les parties ont toujours su que l'activité maintenance et réparation était déficitaire lors de la cession ; que la cession d'une activité déficitaire n'est pas illicite ; qu'elle ne le devient que s'il y a eu dol, lequel n'existe pas en l'espèce ; que loin d'avoir agi avec déloyauté et fraude, elle s'est conduite de façon particulièrement constructive, transparente et responsable ; que le projet de reprise a été initié par les cadres repreneurs et non par elle-même ; que l'ensemble des parties prenantes au dossier a considéré le projet de reprise comme sérieux, ayant des chances véritables d'aboutir ; qu'il est faux de prétendre qu'elle aurait tenté d'éluder la mise en place d'un plan social pour l'emploi inévitable au moyen du transfert d'activité litigieux, alors qu'elle a pris un nombre d'engagements considérables à l'égard des salariés concernés par la reprise d'activité et que les activités se sont poursuivies aux termes des trois plans de cession partielle arrêtés successivement par le Tribunal de commerce de Bobigny et que, si elle a conservé des relations avec MPS France postérieurement à la

cession de l'activité aux cadres repreneurs, elles ont été de nature purement commerciales et ne constituent pas une immixtion dans sa gestion ;

Considérant qu'il n'appartient pas à la cour, statuant comme juridiction des référés, de trancher le débat de fond tenant à l'existence ou non d'une faute commise par la SAS SCS France lors de l'apport de son fonds de commerce de réparation et maintenance de matériels informatiques et électroniques à la SAS MPS France, et du préjudice qui en aurait résulté pour les créanciers de cette dernière ; qu'elle doit seulement déterminer s'il existe un fait plausible, ne relevant pas d'une simple hypothèse, et justifiant la mesure d'instruction sollicitée en vue d'un litige potentiel futur et envisageable, dont l'objet et le fondement juridique sont suffisamment déterminés et qui n'est manifestement pas voué à l'échec ;

Considérant que, dans son rapport d'activité du 1<sup>er</sup> décembre 2010, Maître Houplain, après avoir rappelé que l'opération de cession avait été réalisée sur la base d'un business plan dont il a détaillé les chiffres, et qu'elle avait fait l'objet de mesures d'accompagnement par UPS, qu'il a décrites, a indiqué que les objectifs de ce « business plan » initial n'avaient pu être tenus, ce qui avait conduit l'entreprise à connaître de graves difficultés financières malgré la dotation en capital réalisée par UPS ;

Considérant qu'en effet, la SAS MPS France a enregistré des pertes de 2 764 157 € à la clôture de l'exercice 2009, d'une durée de 5 mois, et de 11 746 868 € au 31 décembre 2010 ; qu'au 15 octobre 2010, date de cessation des paiements, elle a fait état d'un passif de 4 374 822 € ; que la liste provisoire des créances au 10 octobre 2011 mentionne un passif de 6 120 727,46 € ; qu'après trois plans de cession ayant permis de transférer la totalité de ses branches d'activité, aucune perspective de redressement n'étant envisageable, son redressement judiciaire a été converti en liquidation judiciaire ; que le préjudice subi par ses créanciers est d'ores et déjà certain ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que l'activité cédée par SAS UPS SCS France à la SAS MPS France était déficitaire ; qu'il résulte du rapport du commissaire aux apports en date du 21 juillet 2009 qu'elle avait dégagé des pertes opérationnelles pour les exercices 2006 à 2008 s'élevant respectivement à 4 600 000 €, 5 772 000 € et 3 435 000 € ; qu'à la fin mai 2009, le résultat opérationnel était de - 2 144 000 € et que cette activité n'avait pas démontré de capacité à générer des bénéfices au cours des dernières années ;

Considérant qu'il résulte du même rapport que le business plan avait prévu des chiffres d'affaires prévisionnels en hausse de 11 % en 2009, 8 % en 2010, 5,8 % en 2011 et 5 % en 2012, cette hausse étant basée sur un fort développement de l'activité « on site », dont les taux de croissance attendus étaient, au titre des mêmes exercices, de 12,4 %, 21 %, 9,5 % et 1,2 % et que, sur le plan de la rentabilité, les prévisions d'activité indiquaient un retour à l'équilibre fin mai 2012 avec un résultat d'exploitation de + 110 000 € ; que le commissaire aux apports y a fait valoir que l'équilibre financier annoncé en 2012 reposait sur une croissance de l'activité forte sur les trois prochains exercices, en particulier en 2010 ; qu'il a souligné le caractère ambitieux de cet objectif, tout retard de chiffre d'affaires étant de nature à remettre en cause

cet équilibre financier ; qu'il a ajouté que l'activité du site de Goussainville dépendait fortement de son principal client, Sony (79 % du CA total en 2008), et que tout changement stratégique de ce dernier pouvait remettre en cause la pérennité du site ; qu'il a relevé, cependant, que le projet d'entreprise s'appuyait sur une équipe de direction expérimentée et reconnue pour ses compétences au sein du Groupe UPS, mais aussi dans le secteur d'activité : que le chiffre d'affaires observé au cours de cinq premiers mois de l'exercice en cours progressait de + 17,15 %, soit un taux de croissance supérieur à celui affiché dans le business plan ; que le cabinet Secafi, conseil du comité d'entreprise, avait donné un avis favorable au projet au cours de la réunion du 5 juin 2009, le compte rendu de celle-ci mentionnant que les chances de réussite du projet se situaient entre 70 et 75 % ; qu'il a précisé que ses travaux d'évaluation financière du business plan donnaient une valeur d'entreprise supérieure à la valeur du fonds de commerce, telle que proposée dans le traité d'apport et ce, y compris dans une hypothèse basse ;

Considérant que, si le rapport Secafi, établi suite à la mission d'examen du projet de reprise confiée par le comité d'entreprise de la SAS UPS SCS France, et présenté à celui-ci lors de sa réunion du 5 juin 2009, à l'issue de laquelle un vote favorable a été émis, avait indiqué, de son côté, qu'il s'agissait d'un vrai projet préservant l'emploi à court terme, présentant un intérêt économique et social réel, l'arrivée de nouveaux clients étant crédible, la volonté de réussir des repreneurs étant manifeste et leurs atouts réels, il n'en avait pas moins qualifié la probabilité de réussite d'incertaine ; qu'il avait conclu que la philosophie du projet fondé sur le développement du portefeuille clients était pertinente, tout en ajoutant, cependant, que la conservation du portefeuille de clients restait à valider dans les faits et que la réalité du client quasi unique Sony sur le site de Goussainville constituait une opportunité et un risque qu'il convenait de ne pas minorer : qu'une approche innovante dans le défrichage de nouveaux secteurs constituait une idée intéressante, mais très incertaine, cette approche dynamique et ambitieuse ne devant pas masquer l'incertitude que revêtait le timing de réalisation de ces différentes prospections, ; que si un apport de 9,6 M € de la société UPS SCS était prévu pour porter trois années d'activités, permettant de dépasser les pertes anticipées des trois exercices à venir (juin 2009 à juin 2012) et si, à l'issue de cette période, les repreneurs envisageaient de disposer de 2 462 000 € de trésorerie, il n'était pas, cependant, en mesure de valider ce chiffre compte tenu des incertitudes relevées précédemment ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments que la SAS UPS SCS France ne pouvait ignorer le caractère incertain du projet de cession et les faiblesses du business plan ; qu'il n'est pas exclu, dès lors, que le reproche qui lui est fait d'avoir cédé une activité dont elle savait la pérennité non assurée soit fondé et que sa responsabilité à l'égard des créanciers de la SAS MPS France puisse être engagée ; que l'expertise sollicitée est de nature à permettre d'établir les faits qui permettront aux juges du fond de se prononcer à cet égard ; que l'organe de la procédure collective justifie d'un motif légitime au sens de l'article 145 du Code de procédure civile ; que les conditions posées par celui-ci sont réunies ; que l'ordonnance sera, en

conséquence, confirmée ;

**Considérant que la SAS UPS SCS France, qui succombe, supportera les dépens d'appel et versera aux intimés les sommes précisées au dispositif du présent arrêt au titre des frais irrépétibles ;**

**Par ces motifs**

**Met hors de cause Maître Bernard Houplain, pris en sa qualité d'administrateur judiciaire au redressement judiciaire de la SAS MPS France ;**

**Dit n'y avoir lieu à annulation de l'ordonnance entreprise ;**

**Confirme l'ordonnance entreprise (...)**

**Condamne la SAS UPS SCS France à verser, au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, à :**

- la SCP Moyrand Bally en la personne de Maître Jacques Moyrand et Maître Bernard Houplain, **ès qualités, la somme de 8 000 (huit mille) €,**
- les sociétés MPS et MPS France la somme de 3 000 €,
- M. Slimane B. la somme de 3 000 € ;

**(Mme Bourquard, prés. - Me Morelli, Me Zambrowski, Me Bergheimer, Me Gayral, av)**

#### Note.

Le droit à la preuve, consacré comme un attribut essentiel du droit à un procès équitable et des droits de la défense, nous invite à prendre la mesure, encore et toujours, de la phase préparatoire du procès.

Certes, bien en amont du procès, les travailleurs appartenant à des entreprises dotées de comités d'entreprise, disposent, d'ores et déjà, de dispositifs légaux permettant à leur représentant d'accéder à l'information. L'accès aux informations économiques et financières dépend, en effet, en grande partie, des larges pouvoirs d'investigation dont disposent les experts des comités d'entreprise, eu égard à leur liberté d'appréciation des documents utiles à l'accomplissement de leur mission légale.

Mais la fourniture forcée des informations économiques, à l'occasion d'un procès sur la responsabilité de l'entreprise quant aux conséquences de ses choix de gestion, risque souvent de se heurter au pouvoir discrétionnaire du juge de recourir aux mesures d'expertise. Il en va, en réalité, de même dans tout contentieux du travail, caractérisé par l'inégalité objective des parties dans l'accès aux documents de l'entreprise, sauf si ceux dont le salarié est destinataire dans le cadre de ses fonctions, sont suffisants pour établir les faits nécessaires au soutien de ses prétentions. À supposer, toutefois, que celui-ci ait eu la clairvoyance de les conserver... Ne sous-estimons pas un autre avantage dont l'entreprise dispose, celui de l'effet de surprise, en décidant à n'importe quel moment d'évincer son collaborateur de son poste de travail.

Ce pouvoir discrétionnaire du juge est-il compatible avec le droit à un procès équitable, fondé sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, mais aussi avec le nécessaire respect des droits de la défense ?

La reconnaissance d'un droit à la preuve (1.) invite à consolider plus encore la phase préparatoire du procès (2.), le pouvoir d'investigation du juge pouvant être très approfondi (3.).

### 1. La reconnaissance d'un droit à la preuve

Cette question est nécessairement sous-jacente lorsque la première Chambre civile consacre, le 5 avril 2012, un véritable droit à la preuve (1) : au visa des articles 9 du Code civil et du Code de procédure civile, ainsi que des articles 6 et 8 de la Convention européenne précitée, la Cour casse un arrêt qui avait écarté des débats une lettre supposée valoir donation immobilière, au motif que sa production violait le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, selon l'attendu de principe suivant : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* ».

Le droit à la preuve, tel que se déduisant du droit à un procès équitable, est donc susceptible de prévaloir sur d'autres droits fondamentaux dans le cadre d'un nécessaire examen de proportionnalité. Une telle conciliation entre droit de produire une preuve, rattaché au procès équitable, et le respect de la vie privée n'est pas une première, y compris dans les arrêts de la Haute juridiction (2). Et il est certain que le secret des affaires, dont le projet de consécration est d'ailleurs très critiqué (3), devrait être écarté de la même manière lorsqu'il ferait, de manière disproportionnée, obstacle à la recherche de la responsabilité de l'entreprise engagée lors de ses décisions de gestion.

Ce qui est, par contre, ici, assez remarquable, c'est l'existence d'un droit subjectif à la preuve dont le salarié est fondé à obtenir l'exécution en justice. Ce

droit à la preuve justifierait, dès lors, qu'avant même l'action au fond, une action *in futurum* soit engagée par une partie qui ne dispose pas des preuves nécessaires pour mener une procédure qui n'est pas vouée à l'échec.

### 2. Droit à la preuve et mesures *in futurum*

Et nous voulons donc voir un lien logique entre la proclamation de ce droit à la preuve et l'important arrêt *Radio-France* prononcé le 19 décembre 2012 par la Chambre sociale de la Cour de cassation (4) en matière d'inégalité de traitement : des salariés affirmant faire l'objet d'une différence de traitement injustifiée saisissent, avant tout procès au fond, le Conseil de prud'hommes en référé, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, pour l'obtention de différents éléments d'information concernant d'autres salariés (des contrats de travail, bulletins de paie, calcul des primes et tableaux des avancements et promotions de douze salariés).

Rappelons 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.* »

Il était établi depuis longtemps que faute de pouvoir en ce sens de son président, le Conseil de prud'hommes ne peut pas être saisi sur requête (5). Et les articles R.1455-5 à R.1455-7 du Code du travail, sur la compétence de la formation de référé, ne font pas référence aux mesures d'instruction *in futurum*. Dès lors, la possibilité pour cette formation d'ordonner des mesures d'instruction avant l'engagement du procès était discutée, l'intervention du juge étant présentée comme prématurée ou empiétant sur la charge probatoire des parties, comme celle, par exemple, du salarié en matière de discrimination, à qui revient la charge d'établir l'existence de faits laissant en présumer l'existence (5 bis).

La Chambre sociale balaie ces critiques en ne retenant que les conditions prévues par le droit commun en

(1) N°11-14.177, publié au Bulletin, Rec. Dalloz 2012, p. 1596, n. G. Lardeux et p. 2826, n. J-D. Bretzner ; RTD civ. 2012, p. 506, obs. J. Hauser.

(2) Cass. Com., 15 mai 2007, n°06-10606, Bulletin n°130.

(3) Voir le communiqué commun du Syndicat des Avocats de France et du Syndicat de la Magistrature, « Secret des affaires : pour une concertation large sur un projet de réforme sensible et controversé », Dr. Ouv., février 2013, pp. 112 à 117.

(4) Première espèce ci-dessus, publiée au Bulletin ; voir déjà, en matière d'ordonnance sur requête (TGI), sur la conciliation entre la vie personnelle du salarié et la protection des

droits de l'entreprise en matière de recherches de faits de concurrence déloyale, pour accéder à l'ordinateur mis à sa disposition, Cass. Soc. 23 mai 2007, n°05-17818, Bulletin n°84.

(5) C'est-à-dire pour ordonner une mesure d'instruction non contradictoire ; dans ce cas, le salarié ne peut saisir que le président du Tribunal de grande instance, Cass. Soc. 12 avril 1995, n°93-10982, Bulletin n°134.

(5 bis) Heureusement ces critiques étaient parfois surmontées : CPH Paris, 15 juillet 2008, Dr. Ouv. 2009, p. 256 n. Dr. Boulmier.

matière de mesures d'instruction *in futurum*, dont on ne voit pas, en effet, pourquoi elles seraient privées d'application en matière prud'homale. Et elle en profite pour faire primer le droit à la preuve des faits « nécessaires à la protection des droits » sur les atteintes prétendues à la vie personnelle des salariés et le secret des affaires (6) : « Mais attendu que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas, en eux-mêmes, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ;

*Et attendu que la procédure prévue par l'article 145 du Code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer. »* (ci-dessus).

L'article 145 permet ainsi de rétablir l'égalité des armes entre les parties (7), dont le juge doit être garant non seulement lors de sa sentence sur le fond, mais également lors de la phase préparatoire du procès. Le salarié, qui a légitimité à faire valoir la protection de ses droits, devrait être en mesure d'accéder aux documents et information dont il est objectivement privé pour préparer sa défense, ou même seulement pour apprécier l'opportunité d'engager l'action au fond.

Cet impératif de rééquilibrage initial entre les parties au contrat de travail avait été magistralement exposé dans une décision du Bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes d'Orléans du 2 avril 2010 (8), dont il suffit de reproduire des extraits :

*« Attendu que le droit à un procès équitable s'entend non seulement du déroulement procédural du procès, mais également de la préparation de celui-ci, notamment quant au rassemblement des pièces nécessaires au succès d'une prétention ;*

*Attendu qu'il découle de l'article 6 de la Convention*

*européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et du principe de l'égalité des armes que les parties doivent disposer de l'égal accès aux moyens de preuve ; que cette égalité, afin de ne pas être purement théorique par l'affirmation de droits garantis par le Code de procédure civile, nécessite, pour préserver son effectivité, que le juge assure lui-même cette égalité, tant dans la préparation du procès qu'en cours de son déroulement ;*

*Que l'impartialité du juge au sens de l'article 6 ne signifie pas que celui-ci doit se limiter à un rôle passif de réception des pièces qui lui sont soumises, dès lors que les parties ne disposent pas de l'égalité d'accès aux moyens de preuve ;*

*Attendu qu'il y a lieu de rappeler que les litiges entre employeurs et salariés se déroulent soit au cours de l'exécution du contrat de travail, alors que ces derniers se trouvent sous un lien de subordination avec leur employeur, soit après la rupture du contrat de travail, lorsque le salarié ne peut plus accéder aux documents relevant de sa profession afin de rapporter devant la juridiction prud'homale la preuve de ses allégations ;*

*qu'en raison de cet état de fait, les salariés se trouvent dans une situation désavantageuse, par rapport à l'employeur, au regard de l'accès aux moyens de preuve des faits soumis à la juridiction ; que cette situation appelle un devoir de vigilance du juge quant au respect de l'égalité des armes dont il peut assurer l'effectivité, notamment, en ordonnant à une partie la production des pièces nécessaires à l'exercice des droits de la partie adverse et à la préparation du procès ; que le respect de l'égalité des armes participe de la recherche de la manifestation de la vérité, qui doit être l'un des objectifs de la mission du juge ».*

Tout est dit. Le droit à la preuve ne conduit pas tant à s'interroger sur « qui **doit** prouver », mais sur « qui **peut** prouver ». On se situe, manifestement, à un stade initial d'instruction de l'affaire, celui de l'administration de la preuve : les parties doivent collaborer loyalement à la manifestation de la vérité, sous le contrôle du juge. Et, en formant sa conviction, le juge pourra prendre en compte le refus de production d'une partie d'éléments en sa possession (9). La véritable charge de la preuve, par exemple dans le contentieux de l'égalité de

(6) En reprenant une jurisprudence tout à fait classique sur le sujet (Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 7 janvier 1999, n°95.21.934, Bull. n°4 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 8 février 2006, n°05-14.198, Bull. n°44, que synthétise le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation sur *Le droit de savoir*, et pour une application en matière de rémunération variable, étant précisé que le secret des affaires ne saurait dispenser l'employeur de communiquer l'ensemble des bases de calcul, compte tenu de l'impossibilité pour les salariés de vérifier la justesse de leur rémunération : Cass. Soc. 18 juin 2008, n°07-41.910, publié au Rapport annuel, Dr. Ouv. 2008, p.533, Avis F. Deby).

(7) La notion d'égalité des armes est déjà employée dans Cass. Com. 15 mai 2007, précité.

(8) CPH Orléans, Conciliation Département, 2 avril 2010, Dr. Ouv., septembre 2010, pp. 492 et s., obs. Jean-Marc Saglier.

(9) Article 11 du Code de procédure civile.

traitement, celle pour le salarié d'établir l'existence d'une différence de traitement, ne doit être examinée qu'au moment de la sentence sur le fond, lorsque l'on tirera les conséquences des éléments de fait recueillis selon la conviction du juge (10).

Quelle est, alors, la limite à la mesure d'instruction *in futurum*? S'il ne peut être mené concomitamment à une procédure au fond, mais nécessairement avant celle-ci, la carence d'une partie ne peut être un obstacle au référé instruction, puisque l'ordonnance du juge n'a d'autre objet que d'éviter, précisément, la carence du demandeur (11). Mais il semble prudent de s'attacher à motiver, autant que possible, l'impossibilité dans laquelle le demandeur se trouve de prouver lui-même les faits pertinents. Il est indispensable de justifier le motif légitime, lequel est souverainement apprécié par les juges du fond, en exposant, selon les premiers éléments de preuve en sa possession, qu'il existe une réclamation fondée juridiquement et susceptible de prospérer. Le salarié devrait, ensuite, exposer de manière circonstanciée pourquoi il ne peut pas ou ne peut plus accéder aux informations déterminantes, tandis que l'entreprise les conserve à sa disposition, en s'opposant à leur partage.

Le terrain d'exploration de l'article 145 du Code de procédure civile paraît, dès lors, inépuisable.

### 3. Illustration : expertise économique en matière de cession d'une filiale déficitaire

Une intéressante illustration est donnée par l'affaire *UPS Package-MPS France* ayant donné lieu à un arrêt du 4 septembre 2012 de la Cour d'appel de Paris (12).

L'arrêt rapporte que le groupe UPS est composé de UPS Package, qui comprend l'activité historique de transports de petits colis et de documents, et UPS Supply Chain Solutions (UPS SCS), qui rassemble l'ensemble des autres activités logistique, fret, services financiers et conseils. Celle-ci dispose également d'une activité de maintenance et réparation de matériel informatique grand public, déficitaire depuis plusieurs années, qu'elle cherche à céder en 2006.

Cette société imagine, avec 3 de ses cadres un montage de cession de cette branche très déficitaire : filialisation de l'activité sous une société MPS France,

avec engagement de la doter en capital à hauteur de 9,2 millions d'euros, puis cession de sa participation à une société MPS.

Conformément à un scénario très rôdé (13), la société fait rapidement l'objet d'une procédure collective. Mais les mandataires judiciaires de la société MPS France considèrent que la société UPS SCS a souhaité transférer une activité compromise afin de se dédouaner d'un important passif social ; ils font assigner cette dernière, les dirigeants et les sociétés du groupe constitué pour la reprise, afin de faire désigner un expert judiciaire sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Il s'agit, certes, ici, d'une action des mandataires judiciaires, mais rappelons que la possibilité pour les salariés d'agir dans un cadre similaire a été ouverte à l'occasion de l'affaire *Bull/Act Manufacturing France* : « les salariés invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi, ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective » (14).

La Cour d'appel de Paris rappelle que, pour prospérer, la demande exige de « seulement déterminer s'il existe un fait plausible, ne relevant pas d'une simple hypothèse, et justifiant la mesure d'instruction sollicitée en vue d'un litige potentiel futur et envisageable dont l'objet et le fondement juridique sont suffisamment déterminés et qui n'est manifestement pas voué à l'échec » (ci-dessus).

La faute de l'entreprise cédante n'est, dès lors, pas déclarée constituée, mais seulement considérée comme plausible, compte tenu du caractère avéré de l'état déficitaire de l'activité, mais aussi de l'aspect très aléatoire du business plan, fondé sur une forte croissance liée à l'acquisition de nouveaux clients, tandis que l'activité dépendait, en réalité, d'un nombre de clients très limités, voire d'un client unique et important pour l'un des sites concernés.

Par ailleurs, sans que le motif soit repris par la Cour pour son compte, les organes de la procédure font

(10) Sur la distinction, désormais bien établie, entre administration de la preuve et risque de la preuve, voir H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse 1947 ; R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, Thèse Poitiers 1955.

(11) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 17 mars 1982, Bull. n°47 ; l'article 146 n'est pas applicable lorsqu'une mesure d'instruction est ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

(12) Deuxième espèce ci-dessus.

(13) Rapp. : S. Ducrocq, *Externalisation de l'activité ou sous-traitance des licenciements ?*, Dr. Ouv. mars 2013, p. 187.

(14) Cass. Soc. 14 novembre 2007, Bull. n°188, Dr. Ouv. mars 2008, p. 106, rapport M-L. Morin, obs. J-P. Bougnoux ; add. obs. E. Peskine, *La responsabilisation des sociétés-mères*, Dr. Ouv. mars 2013, p. 157, spéc. pp. 160 et s.

part de leurs soupçons au sujet de flux financiers entre les sociétés du groupe repreneur, susceptibles de caractériser des fautes de gestion au préjudice des créanciers de la société MPS France.

Les premiers juges, confirmés par les juges d'appel, ordonnent une mission d'expertise particulièrement complète :

- mission de faire remettre tous les documents et toutes les informations financières utiles permettant à la juridiction qui sera éventuellement saisie d'apprécier l'équilibre financier de l'exploitation du fonds de commerce de maintenance sur site et de maintenance en atelier de matériels informatiques, exploité par UPS SCS France dans les deux années qui ont précédé son apport à la société MPS en ce compris, les business plans et les déclarations faites auprès des institutions représentatives du personnel ;
- de décrire les mesures d'accompagnement prises par UPS SCS France accessoirement à la cession de sa participation dans MPS France, et dire si ces mesures étaient de nature à garantir la viabilité de l'exploitation ;
- de se faire communiquer tous documents et informations sur les acquisitions ou constitutions de la société réalisées par le groupe MPS depuis la création de MPS France et analyser leur incidence sur les résultats de MPS France ;
- de se faire communiquer tous documents et informations utiles sur la ou les sociétés dirigées et/ou contrôlées, directement ou indirectement, par le président actuel de MPS France, M. Slimane B., et analyser l'interférence des activités de ces sociétés avec celles de MPS France ;
- d'analyser l'évolution des produits et charges de MPS France depuis le 31 juillet 2009, en comparaison avec le prévisionnel d'exploitation contenu dans le business plan présenté par les cadres repreneurs ;
- de décrire les causes de la non-réalisation des objectifs retenus dans le business plan arrêté entre les parties ;
- de rapporter tous éléments de fait permettant de déterminer l'origine et la date de cessation des paiements de la société MPS France et l'origine de ses difficultés
- et recueillir tous éléments permettant de décrire la chronologie et les différentes étapes du processus ayant conduit, tout d'abord, à la présentation de l'offre

de reprise, puis à l'apport du fonds de commerce par UPS SCS à MPS France, puis à la cession de MPS France par UPS SCS à MPS.

L'étendue de la mission de l'expert est impressionnante, puisqu'elle porte tant sur le caractère crédible de la poursuite d'activité (caractère obéré ou non de celle-ci, crédibilité des mesures d'accompagnement prises par le cédant), que sur les suspicions qui entourent les conditions de reprise, avec investigations approfondies sur le groupe de reprise, « *l'interférence des activités* » au sein de ce groupe, et recherche des causes objectives de non-réalisation du prévisionnel.

Autrement dit, s'agit-il de l'externalisation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, qui aurait dû être conduite par UPS SCS, avec tous les moyens dont dispose son groupe, ou d'une dilapidation des actifs ou de l'activité au sein du groupe de reprise, voire les deux dans le cadre d'une collusion frauduleuse du cédant et du cessionnaire, au préjudice des créanciers en général ? S'agissant d'un contentieux entre entreprises, c'est tout naturellement le juge des référés du Tribunal de commerce qui a été saisi et a diligencé une expertise, confirmée par la Cour d'appel. Or, ce que peut décider le Tribunal de commerce, le Conseil de prud'hommes le peut tout autant, y compris en formation paritaire.

L'affaire en rappelle d'autres, dans lesquelles était recherchée la faute du cédant ou la collusion frauduleuse avec le cessionnaire, et ce afin d'échapper au passif social important (15).

Certes, se pose la question du coût de l'expertise et des moyens financiers des demandeurs, qui devront en faire l'avance, voire les conserver à leur charge si le procès ne prospère pas. Il n'en reste pas moins que le recours aux mesures *in futurum* dans le cadre de l'affirmation d'un véritable droit à la preuve des parties en infériorité de connaissances permet un développement complémentaire de la phase de préparation initiale. Ce contentieux essentiel de la preuve pourra, au demeurant, plus facilement se poursuivre en appel que dans la pratique actuelle, souvent liée à l'arbitrage parfois aléatoire des bureaux de conciliation.

**Sylvie Mazardo et Paul Riandey,**  
*Avocats au Barreau d'Orléans*

(15) Affaires *BEMA Ingénierie*, TGI Bobigny (référé) 18 décembre 2006 et *Airbonne Steelcase*, Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, Département, 11 septembre 2006, Dr. Ouv. juillet 2007, pp. 331 et s., obs. A. de Senga ; affaire *Bull-Act Manufacturing France*, Cass. Soc. 14 novembre 2007,

précitée ; affaire *Samsonite*, TGI de Béthune 24 juin 2008, Dr. Ouv. juin 2009, pp. 276 et s., obs. J.-P. Bougnoux : dans les trois cas, dépôt de bilan d'une filiale peu après sa cession d'un groupe épargné pour la mise en œuvre de la procédure de licenciements collectifs ; add. S. Ducrocq, préc.