



# Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge

**Nathalie Bruché, Cédric Porin**

DANS **LE DROIT OUVRIER 2014/4 N° 789**, PAGES 247 À 262

ÉDITIONS **CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

ISSN 0222-4194

DOI 10.3917/drou.789.0247

Date de mise en ligne : 12/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-le-droit-ouvrier-2014-4-page-247?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Confédération générale du Travail.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## PROUVER LE FAIT QUI FAIT LE DROIT\*

Colloque en hommage à Tiennot Grumbach

# Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge

par *Nathalie BRUCHÉ* et *Cédric PORIN*, Avocats au Barreau de Marseille

### PLAN

- I. Les mesures *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile
  - A. Dispositions communes aux procédures d'ordonnances sur requête et au référé probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile
  - B. Dispositions propres aux ordonnances sur requête et aux référés probatoires
- II. La recherche de la preuve pendant le procès
  - A. Les preuves détenues par les tiers
  - B. Les moyens de la recherche de la preuve pendant le procès
- III. L'empêchement légitime
  - A. Les confidentialités d'ordre professionnel
  - B. La vie privée et le respect de la vie personnelle

L'arrêt du 12 juin 2013 (1) qui impose au salarié de ne pas se contenter d'alléguer que des éléments de preuve sont en possession de son employeur, mais de « demander au juge d'en ordonner » la production, pose cruellement la question de l'implication du salarié dans l'administration de la preuve dans le procès prud'homal et rend plus aiguë celle des moyens mis à sa disposition pour satisfaire à l'exigence nouvelle de la Haute juridiction. Si cette décision a pu heurter le « prud'homaliste », elle n'est pourtant ni nouvelle, ni juridiquement originale.

Dès 1977, en d'autres matières, la Cour de cassation était déjà amenée à sanctionner le plaideur qui s'était borné à faire observer dans ses écritures que son adversaire était en possession de pièces essentielles à la solution d'un litige sans en demander au juge la production (2). En matière de production de pièces, sans pour autant que la Cour de cassation ait rendu sa décision au visa de ce texte, elle n'est rien d'autre qu'une application de l'article 11 du Code de procédure civile, qui dispose que le juge peut ordonner la communication de pièces détenues par une partie ou un tiers uniquement s'il en est requis par un plaideur. Il n'a aucun pouvoir d'ordonner d'office cette production, à la différence de ce que le législateur a prévu, au terme de l'article 10 du même code, en matière de mesures d'instruction propres à l'éclairer.

Reste alors à définir ce qu'est « demander au juge ». D'évidence, il ne peut s'agir de simples allégations contenues dans des écritures. La sommation de communiquer en cours d'instance pourrait ne pas répondre non plus à cette exigence dès lors qu'elle n'est pas adressée au juge, mais à une partie au procès. C'est donc, dans la recherche d'une preuve loyalement et légalement obtenue, tout le panel des « demandes au juge » que le salarié devra déployer pour satisfaire aux exigences de la Cour de cassation aussi bien avant que durant le procès prud'homal, nonobstant le coût que peut générer l'engagement de certaines de ces procédures pour un salarié non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, avec l'espoir de jouir du contrôle et de la censure de la Haute juridiction lorsqu'il ne sera pas fait droit à sa requête.

Cette nécessité probatoire peut se faire sentir à différents moments de la vie du dossier prud'homal. Des mesures peuvent être sollicitées à chacun de ces moments, sur requête, en référé, ou directement auprès du juge en charge de trancher le fond. Avant tout engagement du procès au fond, le requérant peut obtenir des mesures probatoires sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile sur requête ou en référé (I). Le temps de l'article 145 est dépassé une fois que l'instance au fond est engagée (II).

\* La première partie de ce colloque a été publiée dans le numéro de mars 2014.

(1) Cass. Soc. n°11-14458, Dr. Ouv. 2013, p. 761, note D. Boulmier.

(2) Cass. Com. 19 décembre 1977, Bull. n°307.

**Pour autant, le salarié ne doit pas renoncer à obtenir ce qui peut être nécessaire à sa défense. Naturellement, aucune de ces actions ne doit se**

**heurter à un empêchement légitime qui serait opposé par celui contre lequel est dirigée l'action probatoire (III).**

## I. Les mesures *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile

C'est le décret du 17 décembre 1973 qui a consacré la mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile (3), contenu au livre I de ce code et dès lors applicable à la juridiction prud'homale. Si son utilisation vient immédiatement à l'esprit en matière de discrimination et de rupture d'égalité, elle ne doit pas être cantonnée à ces domaines spécifiques du droit du travail, tant le panel des mesures possibles peut être adapté à l'exigence probatoire en toute matière : licenciement, y compris pour faute grave, heures supplémentaires, litige au sein des institutions représentatives du personnel permettant d'y faire pénétrer un huissier à fin de constat...

Elle suppose, naturellement, qu'une instruction complète du dossier soit effectuée bien avant d'envisager la saisine du juge du fond pour ne pas se fermer la porte de la seule voie de procédure au cours de laquelle il ne sera pas possible de reprocher au salarié sa carence dans l'administration de la preuve.

La mesure *in futurum* peut prendre la forme d'une ordonnance sur requête ou d'une décision de référé (B) qui, si elles diffèrent quant à leurs formes et procédures, jouissent d'un tronc commun quant à leurs conditions d'application (A).

### A. Dispositions communes aux procédures d'ordonnances sur requête et au référé probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile

L'évolution de la jurisprudence relative aux conditions d'application des mesures *in futurum* (1<sup>ère</sup> condition) résulte de l'application combinée des dispositions des articles 10 du Code civil et 11 et 145 du Code de procédure civile. L'article 145 du Code de procédure civile fixe les 4 premières conditions d'application de ces mesures : « *S'il existe un motif légitime* (1<sup>ère</sup> condition) *de conserver ou d'établir* (2<sup>ème</sup> condition), *avant tout procès* (3<sup>ème</sup> condition), *la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction* (4-1 condition) *légalement admissibles* (4-2 condition) *peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ». L'article 11 ajoute une cinquième condition en consacrant la possibilité offerte au juge, à la demande

d'une partie, et non d'office comme en matière de mesures d'instruction, d'ordonner la production de pièces détenues par une autre ou par un tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime (5<sup>ème</sup> condition) à cette production.

L'article 10 du Code civil, enfin, donne au juge le pouvoir d'asseoir son autorité, en lui octroyant la possibilité de contraindre une partie comme un tiers à cette production en assortissant sa décision d'une astreinte dirigée contre celui qui refuserait d'œuvrer pour la manifestation de la vérité à laquelle chacun est tenu d'apporter son concours. Celui qui, sans motif légitime, se soustrairait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis pourrait également être condamné à une amende civile, sans préjudice de dommages-intérêts. Les principes applicables à toute instance demeurent cependant de mise à ce stade précontentieux (2<sup>o</sup>).

### 1. Les conditions d'application de l'article 145 du Code de procédure civile

L'examen minutieux de ces conditions est indispensable qu'il s'agisse de la requête ou de l'ordonnance qui y sera accolée. Elles devront être motivées sur l'ensemble de ces conditions afin d'éviter toute censure postérieure rendant inefficace la mesure ordonnée, et illicites les preuves récoltées. Il en va de même du référé dans le cadre duquel un débat ne manquera pas de s'instaurer, le requérant aura à justifier de ce qu'il se situe bien dans le champ d'application de l'article 145. Cet examen tient en quatre questions.

#### a. Quand saisir le juge ou la notion d'« avant tout procès » ?

La lecture de l'article 145 ne souffre aucune ambiguïté. Le juge ne peut être saisi sur ce fondement qu'« *avant tout procès* ». La jurisprudence en fait, d'ailleurs, une appréciation sans ambiguïté à l'instance en référé probatoire, en considérant que « *le juge des référés ne peut ordonner de mesure d'instruction sur 145 que si le juge du fond n'est pas saisi du procès en vue duquel la mesure est sollicitée* », si l'instance n'est pas pendante devant lui (4). Une solution identique sera retenue en matière de procédure sur requête.

(3) A.-M. Batut, Les mesures d'instruction *in futurum*, rapport annuel de la Cour de cassation, 1999, disp. sur le site de la Cour.

(4) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 4 avril 1990, Bull. n°69 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 juillet 1992, Bull. n°213.

Mais la Cour de cassation est allée au-delà de la simple lettre de l'article 145 en considérant que le référé dit probatoire ne pouvait être engagé qu'avant tout procès, de manière absolue, quand bien même le plaideur tenterait de se placer sur un autre fondement que celui de l'article 145 du Code de procédure civile. Ainsi, dans un arrêt du 10 février 1993 (5), la Haute juridiction a débouté un plaideur de sa demande de production de pièces, sur un autre fondement que l'article 145, au motif qu'une fois l'instance engagée, seul le juge du fond est capable d'apprécier les pièces nécessaires à la solution du litige. Il peut donc seul être saisi pour ordonner cette production. Là encore, la solution est évidente à la lumière de l'article 138 du Code de procédure civile, qui dispose qu'« une partie peut demander au juge saisi de l'affaire les pièces utiles à la solution du litige ». Le juge des référés n'étant pas le juge saisi de l'affaire, il n'a pas les pouvoirs, à ce stade, pour trancher un tel incident de communication de pièces. Cette solution adoptée dans un litige relatif à une communication de pièces paraît transposable, au regard de sa motivation, à toute autre mesure d'instruction que le plaideur pourrait être tenté d'obtenir en référé. La porte du référé est donc fermée, en matière probatoire, une fois l'instance au fond engagée (5 bis).

Quant à la notion d'instance au fond, elle n'est pas extensive. Ainsi, l'ouverture d'une information pénale ne fait pas obstacle à l'utilisation de l'article 145 (6), pas plus que l'existence d'une instance pendante en cassation (7).

Dès lors, il devient essentiel pour le salarié, souvent pressé de saisir la juridiction prud'homale, de savoir à quel moment il y aura lieu d'apprécier si l'instance au fond a, ou non, été engagée. Certains auteurs, en s'appuyant sur un arrêt isolé (8), considèrent que c'est à la date où le juge statue qu'il convient de se placer pour apprécier si une instance a été engagée. Pourtant, la deuxième Chambre civile retient, au contraire, que

c'est à la date de saisine de la juridiction que doit être appréciée l'existence d'une instance pendante devant le juge du fond (9).

Depuis la loi du 17 juin 2008, l'article 2239 du Code civil a conféré un effet suspensif de prescription aux décisions faisant droit à une mesure d'instruction ordonnée avant tout procès (10). Le délai ne recommence alors à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois, qu'à compter du jour où la mesure a été exécutée. La prudence reste tout de même de mise, car l'effet suspensif peut être anéanti si la décision ordonnant la mesure est infirmée ou rétractée.

## b. Quel juge saisir ?

### • *Rationae materiae*

Le pouvoir d'enjoindre aux parties et aux tiers de produire des éléments de preuve est conféré à toute juridiction de l'ordre judiciaire (11) en ce compris la Cour de cassation (12).

Les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile ne font pas échec aux règles gouvernant la compétence respective des deux ordres de juridictions (13). Dès lors, si le litige est, au moins pour partie, de nature administrative, le juge administratif sera compétent pour ordonner une mesure d'instruction selon les règles régissant cette mesure dans l'ordre administratif (14). Si le litige est exclusivement administratif, il est impossible d'avoir recours à l'article 145 (15).

Cette jurisprudence laissait notamment en suspens la question du salarié protégé, dont le litige est scindé entre les deux ordres de juridictions. La Cour de cassation a tranché cette difficulté en considérant qu'il suffit que le litige soit, ne serait-ce que pour partie, de nature à relever des juridictions de l'ordre judiciaire pour que l'article 145 trouve à s'appliquer (16). Le salarié protégé ne peut donc être privé de l'application de l'article 145.

(5) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 février 1993, Bull. n°61.

(5bis) NDLR. La portée de cette décision ancienne, qui n'émane pas de la Chambre sociale, peut toutefois être discutée. Plusieurs décisions, en d'autres matières que probatoire, reconnaissent la faculté pour le juge des référés de statuer sur des demandes alors même que le juge du principal est saisi, ce afin de rétablir rapidement une situation (v. not. Cass. soc. 14 juin 1989 n°87-43817 ; Soc. 11 octobre 1990 n°89-44687 ; Soc. 14 mai 1992 n°88-42965 ; Soc. 12 janvier 1999 n°97-45209 ; Soc. 12 novembre 2002 n°00-46167 ; Soc. 24 mars 2010 n°09-40938 cités par T. Durand « Le juge prud'homal des référés, à saisir d'urgence ! » Dr. Ouv. 2012 p.533). La transposition de cette solution aux actions en vue de la préservation de preuves serait donc possible en application des textes généraux conférant ses pouvoirs au juge des référés.

(6) CA Paris 2 mars 1989, Gaz. Pal. 1990, n. Renard.

(7) CA Paris 26 février 1990, Bull. des avoués, 1990, 2.50.

(8) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 janvier 2004, n°01-14.933.

(9) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 2006, Bull. n°173 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 3 octobre 2002, Bull. n°205 ; également de portée plus large : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 2009, n°08-17485, D2010, chron. 532

(10) sur la prescription, on se reportera, dans la première partie de ce colloque, à M. Poirier « Eviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurité de l'emploi », Dr. Ouv. 2014 p. 182.

(11) CA Aix 18 octobre 1976, Gaz. Pal. 77-1.

(12) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1986, Gaz. Pal. 86-1.

(13) Tribunal des conflits 2 mai 1988, n°02532, Gaz. Pal. 1989, chron. 102, n. Plouvin.

(14) CE 30 octobre 1989, D. 90 somm. 250, obs. Terneyre ; également : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1985, Bull. n°51.

(15) CA Rennes 12 mars 2008, n°07-01787.

(16) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 février 1991, Bull. n°70 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2002, n°00-17.271, Bull. n°102.

Au sein de l'ordre judiciaire, les requêtes présentées par le salarié relèveront nécessairement de la compétence du Président du Tribunal de grande instance, car le Président du Conseil de prud'hommes n'a pas le pouvoir de rendre des ordonnances sur requête (v. *infra*). Quant au référé, il relèvera, en général, d'une dualité de compétence pour le salarié entre le Conseil de prud'hommes et le Tribunal de grande instance, selon que le défendeur à l'instance est l'employeur ou un tiers.

#### • Territorialement

S'agissant du juge territorialement compétent, une divergence de jurisprudence perdue entre chambres civile et commerciale, la Chambre sociale n'ayant pas été amenée à se prononcer à notre connaissance. En effet, selon la deuxième Chambre civile, est territorialement compétent le Président de la juridiction ou la juridiction territorialement appelée à connaître du litige éventuel au fond, mais également celui de la juridiction/celle du lieu où doit être exécutée la mesure (17). S'il existe plusieurs destinataires de la mesure, il suffit qu'un seul se situe dans le ressort pour que le magistrat ait compétence à trancher la difficulté probatoire qui lui est soumise (18). De son côté, la Chambre commerciale (19) retient que, lorsque les mesures sont à exécuter dans plusieurs ressorts, un seul tribunal est compétent, à la double condition que l'une des mesures soit exécutée dans le ressort de ce tribunal et que ce tribunal soit compétent pour connaître de l'instance au fond. Cette position de la Chambre commerciale est très contraignante pour le requérant, et particulièrement contradictoire avec l'extension de la mission territoriale de l'huissier par le biais des dispositions de l'article 249 du Code de procédure civile (cf. *infra*). En effet, s'il est admis qu'on puisse recourir à un même huissier sur l'ensemble du territoire pour exécuter une mesure d'instruction ordonnée, il ne saurait être justifié qu'il faille avoir recours à plusieurs juges pour ordonner les mesures exécutoires. Il y a donc lieu d'espérer que la jurisprudence de la deuxième Chambre civile soit rapidement élargie aux autres chambres de la Haute cour.

### c. À quelle fin ? Conserver ou établir la preuve ? Et pour quelles mesures ?

#### • L'inopposabilité des dispositions de l'article 146, alinéa 2 du Code de procédure civile : attrait majeur de la procédure sur 145

D'évidence, l'article 145 a pour objet de permettre à une future partie à un litige d'établir les faits qu'elle

allègue ou de soutenir ses moyens de droit ou de fait. Aussi, il ne saurait être excipé par un magistrat dans une ordonnance sur requête, ou par une partie en référé ou dans le cadre d'un référé rétractation, des dispositions de l'article 146, alinéa 2 et être opposé que la mesure sollicitée tente de suppléer la carence du demandeur dans l'administration de la preuve. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante depuis trente ans, ce qui n'empêche pas la Haute juridiction de devoir régulièrement rappeler à l'ordre les juges du fond qui refusent d'ordonner certaines mesures sur ce fondement (20).

Le requérant ne doit pas, pour autant, se sentir autorisé à procéder par voie de simples allégations lorsqu'il saisit une juridiction d'une demande fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile. Sa requête doit être au moins étayée et accompagnée d'éléments tangibles démontrant la probabilité des faits allégués dès son introduction, sans possibilité de régularisation postérieure. La Cour de cassation l'a récemment rappelé (21). Ainsi, la censure est encourue pour le plaideur qui n'établit pas « avoir étayé sa demande sur requête par la production d'éléments objectifs quelconques démontrant la probabilité des faits » dont il se plaint.

#### • La notion de mesure d'instruction légalement admissible

La définition de la mesure d'instruction, au sens de l'article 145 du Code de procédure civile, ne suscite aucune discussion lorsqu'il s'agit d'obtenir une expertise (22), un constat d'huissier ou des auditions, que la personne visée par la décision à intervenir soit un tiers ou la future partie au procès. Le débat est et a été, en revanche, plus nourri s'agissant de communications de pièces. Il est, en effet, tentant de faire usage des dispositions de l'article 145 pour obtenir communication de pièces en possession de l'employeur ou d'un tiers dès lors que, comme précédemment rappelé, le demandeur ne peut, en avant-procès, se voir opposer les dispositions de l'article 146, alinéa 2.

Cependant, cette communication *in futurum* se heurte à plusieurs obstacles. En premier lieu, le Code de procédure civile distingue, dans les titres consacrés à la preuve, la production de pièces et les mesures d'instruction, qui recouvrent deux notions juridiques différentes. Ensuite, l'article 145 du Code de procédure civile ne fait référence qu'aux mesures d'instruction pouvant être obtenues en justice, pas à la production

(17) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1998 Bull. n°200 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 avril 2009, Bull. n°105.

(18) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mai 2011, Bull. n°104.

(19) Cass. Com. 14 février 2012, n°10-25.665.

(20) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2011, n°10-11.732, Bull. n°65.

(21) Cass. Soc. 12 juillet 2012, n°11-18.399.

(22) Cass. Civ. 3<sup>ème</sup> 24 avril 2003, Bull. n°85, D. 2003, somm. 2998, obs. Bouyeure.

de pièces qui est visée à l'article 133 du Code de procédure civile pour l'injonction de communiquer, à l'article 138 pour la production par un tiers et à l'article 142 pour la production par une partie. Enfin, l'article 145 n'est pas, comme les textes précités, situé dans le chapitre consacré aux productions de pièces, mais dans celui consacré aux mesures d'instruction. A notre sens, tel qu'il est placé et rédigé, l'article 145 n'était donc pas destiné à régler, *in futurum*, un problème de communication de pièces.

Les demandes de constats d'huissier ont, pendant longtemps, (mal) dissimulé de véritables demandes communications de pièces, au prétexte de constater différence de rémunération, mention sur un document... Puis, timidement d'abord, des communications d'informations sous la forme d'écrits ont été autorisées en ordonnance sur requête (23) et en référé probatoire (24). Cette production forcée *in futurum* a finalement été expressément consacrée, y compris s'agissant de tiers au futur procès (25). Enfin, la Chambre sociale a, elle aussi, validé cette interprétation (26), y compris s'agissant de tiers, en autorisant la production par consignation au greffe du Conseil de prud'hommes de tableaux horaires journaliers d'un salarié sous astreinte.

Récemment, la Cour de cassation a encore étendu la notion de mesure d'instruction par un arrêt particulièrement observé (27), en ouvrant la possibilité de faire nommer un huissier en qualité de constatant au sens de l'article 249 du Code de procédure civile. Dans ce cas de figure, l'huissier n'est pas désigné en qualité d'officier ministériel, mais comme « *constatant article 249* », c'est-à-dire comme mandataire de justice. Outre la compétence matérielle élargie dont il jouit (combinaison des articles 232 et 233), puisque c'est le juge qui définit sa mission, il n'est pas enfermé dans sa compétence territoriale habituelle. L'huissier, dans ce cas de figure, devrait pouvoir jouir d'un pouvoir de contrainte qui lui était dénié jusque-là par la jurisprudence.

Outre qu'elle doit répondre à la définition jurisprudentielle de la mesure d'instruction, pour

être ordonnée, ladite mesure doit encore être légale, admissible. Elle ne doit donc pas s'avérer inutile à la manifestation de la vérité (28) et le demandeur ne doit pas pouvoir disposer lui-même de la preuve qu'il réclame (29). Elle doit, surtout, faire partie des mesures visées à l'article 143 du Code de procédure civile et ne pas aboutir à la violation de prescriptions légales.

Quelques exemples éclairent l'exigence du législateur, mais également des juges du fond en ce domaine :

- validité de la désignation d'un huissier devant se faire remettre des pièces et entendre des personnes, mais sans pouvoir de contrainte (30) ;

- l'huissier peut être autorisé à se faire remettre des pièces ; mais on ne peut pas obtenir que l'huissier soit autorisé à appréhender des documents par la voie d'une saisie ou d'une confiscation (31) ;

- l'huissier ne jouit pas, non plus, d'un pouvoir d'enquête ou d'investigation ; il n'a pas pouvoir de donner un avis ou de se livrer à une expertise ; il ne peut pas non plus procéder à une fouille de locaux (32) ;

- il n'est pas non plus possible d'ordonner une mesure d'expertise devant se dérouler hors du territoire français, faute de lieu de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et le tribunal français (33) ;

- censure d'une CA dans la mission donnée à un huissier « *d'ouvrir tout placard, tiroir, meuble, aux fins de rechercher... tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve l'origine et l'étendue d'un détournement de clientèle* » (34), la mesure s'analysant en une véritable mesure d'instruction pénale et les recherches ne pouvant être générales, mais circonstanciées.

#### **d. L'exigence d'un « motif légitime » en lieu et place d'un « intérêt né et actuel » comme condition de l'action en justice**

Le motif légitime est une notion difficile à appréhender. D'aucuns le qualifient d'intérêt éventuel, par opposition à l'intérêt à agir proprement dit (35),

(23) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juillet 1987, n°85-16.436.

(24) TGI Paris 13 juillet 1984, Gaz. Pal. 851, somm. 118 ; CA Paris 5 février 1986, Gaz. Pal. 1986.244 pour une bande-vidéo ; CA Paris 24 janvier 1986, RTD civ. 1986.798, obs. Normand.

(25) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 mai 2011, n°10-20.048, Bull. n°118 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 1988, Bull. n°168.

(26) Cass. Soc. 22 mai 1997, n°95-41.765 – référé 145.

(27) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 juin 2011, n°10-18.540.

(28) Cass. Com. 18 février 1986, n°84-10.620.

(29) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1977 JCP 79 II, arrêt n° 19036.

(30) CA Versailles 11 mars 1988, Gaz. Pal. 2008, somm. 3528, obs. Vray – sous réserve de jurisprudence récente sur la désignation sur le fondement de l'article 249.

(31) Cass. Com. 16 juin 1998, Bull. n°192.

(32) CA Besançon 19 janvier 2011, D. 2011, 1901 – sous réserve de désignation sous 249 et jurisprudence précitée du 23 juin 2011.

(33) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 2001, n°00-18547, Bull. n°313.

(34) CA Besançon 19 janvier 2011, n°10/01667, D. 2011, p 2891, citée par J.-D. Bretzner et Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2012, n°11-17.129.

(35) Michel Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, chron. XXX p.206.

quand d'autres évoquent l'existence « *d'un différend présentant un caractère juridique* » (36). À tout le moins, un litige ultérieur doit être en germe. S'il n'existe pas de litige potentiel, une demande d'expertise *in futurum* doit être rejetée (37). Les faits invoqués à l'appui de la requête ne doivent pas relever de l'hypothétique (38). Le juge dans sa décision, comme le requérant dans sa demande, doit justifier de l'existence d'un tel intérêt (39).

Il s'avère souvent plus simple de définir le motif légitime par ce qu'il n'est pas. Ainsi, il ne peut s'agir d'une action vouée à l'échec : autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (40), requête dépourvue de sérieux (41) ou action prescrite. La jurisprudence ne va pas, pour autant, jusqu'à exiger, comme en référé de droit commun, une absence de contestation sérieuse (42). Il existe peu de jurisprudence en matière sociale et, lorsqu'elle existe, elle demeure à portée générale (43), à l'exception d'un arrêt refusant de faire droit à l'action d'un salarié tendant à la remise des documents sur la foi desquels l'employeur avait pris la décision de le licencier pour faute grave (44).

L'existence d'un motif légitime relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (45), mais le motif doit être caractérisé (46). Elle s'apprécie, même en appel, au jour où le premier juge a fait droit à la demande (47).

## 2. Les principes fondamentaux régissant les mesures *in futurum*

La nécessaire impartialité du juge (48), édictée par l'art 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, constitue le premier principe applicable à l'instance probatoire. Son application consiste essentiellement pour le plaideur à s'assurer que le magistrat qui a rendu une décision en matière probatoire ne figure pas dans la formation chargée de trancher le fond. Elle devient délicate dans le cadre du référé rétractation, voie de recours pour celui auquel elle est opposée contre la requête qui a fait droit à une mesure d'instruction. Comment, en effet, s'assurer du

respect de cette impartialité alors que c'est, selon la lettre même du texte, au même juge qu'il est demandé de revenir sur son ordonnance ? Dans un arrêt du 11 mai 2006 (49), la Cour de cassation a considéré que le magistrat saisi en rétractation n'avait pas à être nécessairement la même personne physique que celle qui a rendu la décision initiale. Le respect du principe d'impartialité est donc préservé.

La loyauté constitue le second principe directeur de l'instance probatoire. Une partie ne doit pas pouvoir, au moyen de l'article 145, en piéger une autre ou obtenir d'elle des informations sans lien avec le procès futur. La jurisprudence rejette, dès lors, les stratagèmes (50). C'est fréquemment cette idée de loyauté qui prévaut dans l'élaboration de la jurisprudence relative aux mesures légalement admissibles.

## B. Dispositions propres aux ordonnances sur requête et aux référés probatoires

Le salarié en recherche de preuve pourra se placer sur un terrain non contradictoire (2.) ou contradictoire (3.), mais sa liberté dans l'introduction de l'instance probatoire ne sera pas totale (1.).

### 1. Quel choix procédural pour le demandeur ? Subsidiarité de la requête ou concurrence indifférente ?

La doctrine a longtemps été partagée quant au choix qui s'offrait, éventuellement, au demandeur de se placer sur le terrain de la requête ou du référé. Certains (51) considéraient que l'autonomie de l'article 145 était totale et permettait un choix sans distinction et sans justification au plaideur. D'autres, comme Perrot, considéraient, au contraire, qu'il ne pouvait être recouru à l'ordonnance sur requête que si la procédure exigeait que la décision ne soit pas prise contradictoirement, conformément aux dispositions de l'article 812 du Code de procédure civile, qui fixe les pouvoirs du Président du TGI lorsqu'il statue sur requête.

La Cour de cassation a finalement entériné la thèse de Perrot (52), au visa de l'article 812, en considérant

(36) G. Cornu et Foyer, *Procédure civile*, PUF 3<sup>ème</sup> éd., 1996, n°82.

(37) Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 avril 2008, n°07-15.486, Bull. n°72.

(38) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juin 1978, n°77-10.346, Bull. n°228.

(39) Cass. Com. 14 février 2012, n°11-12.833.

(40) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1985, n°84-10.401, Bull. n°131.

(41) CA Orléans 4 mars 1983, D. 1983.343.

(42) CA Versailles 22 janvier 2004, JCP 2004, IV, 2399.

(43) Cass. Soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 et 10-20.528, Bull. n°341, Dr. Ouv. 2013 p.287 n. P. Riandey et S. Mazardo ; Revue Droit et procédures, mars 2013, J.12, obs. D. Boulmier.

(44) CA Limoges 13 septembre 2004, D. 2004, IR 2621, Gaz. Pal. 27-28 octobre 2004, p. 19, obs. Vray.

(45) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 1983, Bull. n°16.

(46) Cass. Com. 18 octobre 1988, n°87-11881.

(47) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 juillet 2012, n°11-18.399, Bull. n°132.

(48) Cf. François Berard, « Les mesures d'instruction *in futurum* : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC » in Gaz. Pal., 8 décembre 2012, n°343, p. 19.

(49) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 mai 2006, n°05-16.678, Bull. civ. n°127.

(50) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 février 2011, n°10-13.894, Bull. n°36.

(51) Michel Jeantin, « les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, chron. XXX p.206.

(52) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 1987, n°86-11.098, Bull. n°112.

que des mesures d'instruction ne peuvent être ordonnées par voie de requête que lorsque « *dans un premier temps, le secret est indispensable à l'efficacité de la mesure sollicitée* » (53). Le recours concurrent entre la requête et le référé se résout toujours par la subsidiarité de la procédure sur requête, qui ne doit être utilisée qu'en cas de stricte nécessité de déroger au contradictoire (54). Cette jurisprudence fait donc de la nécessité de déroger au contradictoire une condition supplémentaire d'application de l'article 145, lorsque le justiciable entend user de la voie de la requête (55). Dès lors, l'ordonnance comme la requête doivent être motivées sur cette nécessaire dérogation au contradictoire (56). Le demandeur qui n'aurait pas motivé sa requête ne peut se retrancher, en cas de référé rétractation, derrière la réintroduction du contradictoire, sur cette seconde étape de la procédure, pour considérer que la question de l'absence de justification initiale de l'intérêt de déroger au contradictoire dans son acte introductif d'instance ne présente pas d'intérêt. Ce « raccourci procédural » est censuré par la Cour de cassation (57).

S'agissant de la motivation proprement dite, le législateur a expressément prévu les hypothèses dans lesquelles la nécessité de déroger au contradictoire, et d'agir à l'insu de la personne visée par la requête, est implicite, inhérente au cas. Ces requêtes dites « nommées » se retrouvent dans certaines matières. Il est alors simplement exigé du demandeur qu'il vise, en guise de motivation, le texte spécial et démontre se trouver dans son champ d'application. Dans tous les autres cas, la requête doit être clairement et précisément motivée, et il ne saurait être plaidé que la nécessité de déroger au contradictoire résulte implicitement de l'exposé des motifs (58). Le droit du travail ne connaît pas de domaine à requête nommée. La motivation s'y impose. Mais le juge doit également vérifier, et apprécier, l'existence des circonstances invoquées dans la requête, sans se contenter de considérer que la requête est motivée à ce titre (59). Il convient donc de lui fournir ces éléments d'appréciation au moment du dépôt de la requête. À titre d'exemples, la jurisprudence considère que les circonstances

du recours à la procédure non contradictoire sont caractérisées lorsqu'on relève que la mission confiée à l'huissier de justice avait plus de chances d'aboutir si elle était exécutée lorsque la partie adverse n'en n'était pas informée, s'agissant de la remise de documents et de l'audition de plusieurs personnes pouvant se concerter (60). Il en est de même lorsque le constat porte sur une chose mobilière facile à déplacer, notamment un logiciel (61), ou des documents constituant des preuves (62) ou encore lorsqu'il existe un risque de destruction des preuves (63).

Cette dérogation au contradictoire rend la tâche du juge plus difficile. Il convient d'avoir toujours à l'esprit que, lorsqu'il est saisi sur requête, « *le juge se met à la place de celui qu'il n'entend pas* » (64). Il appartient alors au demandeur qui entend être efficace de se mettre lui-même à la place du juge et d'anticiper, par une motivation rigoureuse et exhaustive, sur les moyens que celui-ci pourrait développer dans le cadre de son délibéré, sans non plus pouvoir, lui-même, bénéficier dans ce questionnement préalable au dépôt de la requête du contradictoire. Si le futur défendeur est privé du contradictoire lorsque la recherche probatoire est enclenchée par la voie d'une requête, le demandeur le sera tout autant, et c'est parfois là que réside la véritable difficulté du recours à l'ordonnance sur requête.

La défiance à l'égard de cette dérogation au principe du contradictoire s'observe d'ailleurs par la pratique d'un certain nombre de juridictions qui, si elles n'hésitent pas à autoriser la communication des pièces sollicitées à un huissier désigné, imposent qu'il les conserve sous séquestre et n'en délivre copie au requérant qu'autant que celui-ci se sera fait autoriser, en référé contradictoire, cette fois, à en obtenir copie (65). L'intention du juge est d'éviter que des pièces sans intérêt pour le demandeur se trouvent dans le débat et/ou que des actions non contradictoires permettent à une partie, en particulier en matière commerciale, d'obtenir des informations commerciales, confidentielles... sur une autre. Le plaideur prud'homal ne peut que craindre de tels procédés l'obligeant, après avoir obtenu satisfaction

(53) RTD civ. 87-181.

(54) Cass. Com. 26 janvier 1999, n°96-19.570, Bull. n°28.

(55) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 janvier 2003, n°01-01.128, Bull. n°25.

(56) Cass. Com. 4 mai 2010, n°09-66.513 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mai 2011, n°10-19.046 ; add. : CA Paris 25 mai 2010, n°2009/058826 et 08 avril 2011 n°10/10392 – CA Versailles 15 septembre 2010 n°09/084785 et 19 janvier 2011 n°09/10009 ; CA Aix en Provence 6 avril 2011, n°10/23052.

(57) Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mai 1998, n°96-13.173, Bull. n°111.

(58) CA Versailles 6 juillet 2010, n°10/00222.

(59) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 février 2011, n°10-16.737.

(60) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 janvier 2009, n°08-10771.

(61) CA Paris 14 avril 1994, Juris Data n°024740.

(62) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1999, n°95-21.430, Bull. n°4.

(63) CA Versailles 13 octobre 1988, D. 1989, somm. 288, obs. Julien ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 novembre 2004, n°02-21.252.

(64) Président Gentin, président du Tribunal de commerce de Paris dans *Le Nouvel Économiste*, 11 juillet 2012.

(65) Cf. « Les mesures d'instruction *in futurum* : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC », Gaz. Pal. 8 décembre 2012, p. 19, J. 1854 et « Requête *in futurum* et protection du futur défendeur », Gaz. Pal. 9 mars 2013, n°68, p. 17, obs. Foulon et Strickler.

sur requête au TGI, dans un référé prud'homal, à obtenir de deux conseillers aux intérêts divergents qu'ils ordonnent une telle communication. Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation a validé cette manière de procéder dans un litige commercial (66).

## 2. Dans un cadre non contradictoire : l'ordonnance sur requête

### a. Nécessité d'une urgence ou procédure autonome

Comme pour la question de la dérogation au contradictoire précédemment abordée, il y a lieu de s'interroger sur l'éventuelle transposition de la condition d'urgence édictée par l'article 812 du Code de procédure civile, donnant pouvoir au Président du TGI de rendre des ordonnances sur requête, à l'instance engagée sur le fondement de l'article 145 devant ce même Président. Autrement posée, l'urgence constitue-t-elle une sixième condition d'application de l'article 145 en cas de recours à la procédure d'ordonnance sur requête ? La position est constante depuis un arrêt du 7 mai 1982 de la Chambre mixte de la Cour de cassation (67) considérant que l'urgence ne constituait pas une condition d'application de l'article 145 : « *l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile* » ; cette interprétation a été réaffirmée (68). Il faut donc en conclure que, nonobstant l'obligation de justifier de l'impérieuse nécessité de déroger au contradictoire, comme sur 812, la requête 145 demeure un mode d'action autonome.

### b. La procédure de droit commun transposée à la matière sociale

Dès lors que le Président du Conseil de prud'hommes ne jouit pas du pouvoir de rendre des ordonnances sur requête, contrairement aux présidents des autres juridictions d'exception, devant lesquelles la représentation n'est pas obligatoire, le salarié demandeur devra nécessairement s'adresser au Président du Tribunal de grande instance. Devant

cette juridiction, la postulation est obligatoire (art. 751, CPC). Cependant, en procédure sur requête, l'assistance et la représentation ont été assouplies. Notamment, l'avocat ne jouit pas d'un monopole de représentation, aux termes de l'article 813 du Code de procédure civile, puisqu'il peut être supplanté par un officier public ou ministériel qui y serait habilité. En l'absence d'une telle habilitation, la requête doit nécessairement être présentée par un avocat, l'avocat constitué devant, par ailleurs, être signataire de la requête (69). La jurisprudence est venue préciser que la requête devait être présentée par un avocat postulant (70). C'est, sinon, une nullité de fond de la requête qui serait retenue.

La requête est nécessairement écrite, datée et signée et établie en double exemplaire (71). Elle devrait, sinon, être déclarée irrecevable. Elle doit préciser les pièces invoquées à l'appui des moyens développés (72) car, à défaut, l'ordonnance peut être rétractée (73). En effet, le défaut de liste des pièces ne permet pas d'assurer, ensuite, le respect du principe de la contradiction et constitue une condition de recevabilité de la requête (74). En pratique, dans un souci de rapidité, mais également pour éviter que la motivation de l'ordonnance ne soit remise en cause, il convient de la rédiger simultanément à la requête à laquelle elle est jointe et de viser et renvoyer aux motifs invoqués dans la requête. La jurisprudence valide comme constituant une motivation suffisante la référence faite à la requête dans les termes suivants : « *vu les pièces indiquées et les motifs adoptés par la requête* » ou « *vu la requête en adoptant les motifs* » (75). Ainsi, le magistrat saisi n'aura plus qu'à la signer. Là encore, des exigences minimales doivent être remplies : emplacement pour la date (76), emplacement pour la signature du magistrat (77).

La requête est ensuite remise au secrétariat-greffe de la juridiction, sauf urgence justifiant qu'elle soit remise au domicile du juge (78). Aucun texte ne régit l'instruction de l'ordonnance sur requête par le juge et la procédure proprement dite. Le juge jouit d'une certaine liberté. Il peut, et même doit, procéder à des investigations personnelles (79). On assiste,

(66) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 janvier 2010, n°09-10618.

(67) Bull. Ch. mixte n°2, Gaz. Pal. 82.2.571, n. Viatte.

(68) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 janvier 2009, n°08-10.771, Bull. n°15 ; depuis : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 avril 2009, n°08-15.507 et 2 juillet 2009, n°08-15.508 et n°07-20.938 ; Cass. Com. 8 décembre 2009, n°08-21.253.

(69) Cass. Com. 14 novembre 2006, n°04-14.865.

(70) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 novembre 1985, Bull. n°171 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 février 2005, n°03-11.718, Bull. n°49.

(71) Art. 494 et 498 CPC.

(72) Art. 494, alinéa 1<sup>er</sup> CPC.

(73) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 février 2005, n°03-12.610, inédit.

(74) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 octobre 2010, n°08-21.469, Bull. n°34.

(75) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 1978, Bull. n°317 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1999, JCP 99, IV, 2153 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 2004, n°02-21.252.

(76) Formalité substantielle : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2010, n°09-10.061.

(77) Formalité substantielle : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2004, n°02-15.011.

(78) Art. 852 et 494 CPC.

(79) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1980, Bull. civ. n°153.

dès lors, à des pratiques très diversifiées selon la juridiction saisie. Un double de la requête doit être conservé au greffe afin que tout intéressé puisse en prendre connaissance (80). La remise de la requête et de l'ordonnance rendue au tiers contre lequel elle est utilisée est imposée par l'article 495, alinéa 3, du Code de procédure civile. Le défaut de remise de la requête avec l'ordonnance entache cette dernière de nullité (81).

### c. Les voies de recours particulières

Au terme de l'article 496 du Code de procédure civile, s'il n'est pas fait droit à la requête, l'appel est possible et constitue la seule voie de recours pour le requérant insatisfait, qui doit l'exercer dans les 15 jours de la date de l'ordonnance. Ce délai ne court pas lorsque la minute de l'ordonnance n'est pas délivrée (82). L'appel est formé et instruit comme en matière gracieuse, soit par déclaration faite ou adressée au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision par un avocat. Le juge peut alors, dans le mois, rétracter ou modifier sa décision sur la base de cette déclaration d'appel. Il informe la partie de sa décision et s'il la maintient, transmet le dossier à la Cour. En appel, la Cour est investie des seuls pouvoirs du juge qui a rendu l'ordonnance et doit statuer sur le mérite de la requête (83). Il est permis de s'interroger sur l'utilité pour le demandeur, souvent pressé, d'user de cette voie de recours. Rien n'interdit, en effet, expressément, la présentation d'une nouvelle requête, en particulier si le magistrat vise un défaut de motivation de la requête initiale. Certaines juridictions l'acceptent (84), malgré les critiques de quelques auteurs.

L'article 497 du Code de procédure civile offre à celui qui est visé par l'ordonnance de saisir le juge d'une demande de rétractation ou modification de l'ordonnance rendue, et fait, dès lors, de la tierce opposition devant un autre juge une voie de recours irrecevable (85). L'appel immédiat l'est

tout autant. L'appel ne redevient possible pour le « non demandeur en première intention » que sur la décision en rétractation/modification (86). Le recours en rétractation est un référé rétractation qui n'est assorti d'aucun délai de recours (87). Ce référé est autonome, la condition d'urgence n'est pas plus requise que l'absence de contestation sérieuse (88). Le juge a les mêmes pouvoirs que le juge initial et statue dans le cadre d'un débat contradictoire sur le mérite de la requête (89). Naturellement, le demandeur initial, devenu défendeur au recours en rétractation, doit être appelé à l'instance (90) par voie d'assignation (91). Le juge peut modifier, ou rétracter même, si, au moment où il statue, le juge du fond est saisi. Le demandeur initial ne peut pas, dans le cadre du recours en rétractation, modifier sa demande et/ou faire des demandes nouvelles, notamment en sollicitant la production de pièces nouvelles. La requête fixe les limites du litige (92). Dans le cadre de ce recours, le juge tranche le litige au jour où il statue, et doit prendre en compte d'éventuels éléments postérieurs à la requête initiale (93).

### 3. Dans un cadre contradictoire : le référé probatoire

On ne saurait trop insister sur l'irrecevabilité d'un référé probatoire, quel qu'en soit le fondement textuel, une fois l'instance au fond engagée (94). Ce n'est donc bien qu'avant tout procès que peut être intentée une action en référé à fin probatoire.

Le référé probatoire est autonome par rapport au référé de droit commun en ce qu'il n'est pas soumis à la condition d'urgence visée aux articles 872 (95) et 808 du Code de procédure civile (96). L'existence de contestations sérieuses n'est pas, non plus, un obstacle au succès d'un référé 145 (97). Il n'existe pas d'équivalent de jurisprudence en matière sociale, mais ces solutions sont, évidemment, transposables à la juridiction prud'homale.

(80) Art. 498 CPC.

(81) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 janvier 2008, n°06-21.816, Bull. n°6 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 février 2011, n°10-13.894, Bull. n°36, D. 2011 IR 600.

(82) CA Limoges 27 janvier 1992, D. 93, somm. 186, obs. Julien.

(83) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 2009, n°08-17.485, Bull. n°250.

(84) CA Toulouse 14 février 2002, D. 2003-160, n. crit. Strickler.

(85) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 novembre 2006, n°05-16.691, Bull. n°316.

(86) CA Paris 28 mars 1977, Gaz. Pal. 1977.2.446 n. Viatte.

(87) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 novembre 1990, n°89-18.207, Bull. n°247 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 février 2011 n°10-16.737.

(88) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 03 janvier 1979, Bull. n°39 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1988, Gaz. Pal. 1989, somm. 167, obs. Guinchard et Moussa ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 février 1980 n°78-16544.

(89) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 décembre 1987, Bull. n°262.

(90) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janvier 2010, Procédures 2010, n°113, n. Perrot.

(91) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 février 1980, Bull. n°39 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janvier 2010, n°08-16.486.

(92) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 septembre 2010, Bull. n°151, BICC 15 décembre 2010, n°1878.

(93) Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2001, n°99-12382, RTD civ. 2011, 146, obs. Perrot ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 novembre 1985, Bull. II, n°176.

(94) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 février 1993, Bull. n°61.

(95) Pour le Tribunal de commerce : Cass. Com. 25 octobre 1983, Bull. n°23.

(96) Référé TGI : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 1983, Bull. n°56 ; Cass. Ch. mixte, 7 mai 1982 (trois esp.), n°79-11.814, n°79-11.974 et n°79-12.006, D. 82-541, concl. Cabannes.

(97) CA Paris, 19 avril 2000, D. 2000. IR-193.

Surtout, il jouit d'une véritable autonomie quant aux mesures d'instruction qui peuvent y être ordonnées, dès lors qu'il n'est pas limité à la conservation des preuves, mais bien également à l'établissement de la preuve (98), sans possibilité d'opposition des dispositions issues de l'article 146, alinéa 2 (99). Avant tout procès, le juge des référés a vocation à aider une partie à administrer la preuve (100).

Enfin, l'autonomie de ce référé résulte des voies de recours susceptibles d'être exercées. Lorsque des mesures d'instruction sont prescrites, en application de l'article 150 du Code de procédure civile, la décision les ordonnant n'est, en principe, pas susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi, indépendamment

de la décision sur le fond, sauf dans les cas spécifiés par la loi. Dans les arrêts de la Chambre mixte susvisés de mai 1982, la Cour de cassation décide que, si le juge reste saisi d'une demande distincte de la mesure, l'article 150 s'applique et le recours immédiat est impossible. Dans le cas contraire, un recours immédiat est possible. Or, lorsque le juge est saisi en probatoire, il n'est saisi que de cela et dessaisi aussitôt après avoir rendu sa décision. Par conséquent, l'appel immédiat est toujours possible (101).

S'agissant de la procédure proprement dite, elle est commune à celle du référé de droit commun, en fonction des règles propres à la juridiction qui sera saisie : TGI, Conseil de prud'hommes (102) ou autre.

## II. La recherche de la preuve pendant le procès

Une fois l'instance engagée des dispositions particulières permettent de rechercher les preuves détenues par les tiers (A.). En toute état de cause, en cours d'instance de nombreuses règles régissent l'administration de la preuve qu'elles soient détenues par un tiers ou une partie (B.).

### A. Les preuves détenues par les tiers

#### 1. Qui sont les tiers concernés ?

L'obligation d'apporter son concours à la justice pour la manifestation de vérité s'impose à tous en application de l'article 10 du Code civil.

Cette obligation s'impose donc aux personnes publiques (103). Ainsi, selon la Cour de cassation, il n'y a pas violation du principe de la séparation des pouvoirs lorsque le juge des référés ordonne, sans astreinte, la production, par une Direction régionale de l'Action sanitaire et sociale, de documents dont il a estimé, en dehors de tout procès civil ou disciplinaire, que pouvait dépendre la solution du litige (104).

Le débat se pose évidemment avec acuité en ce qui concerne l'Inspection du travail : le Conseil de prud'hommes pourrait, en effet, enjoindre l'Inspection du travail de communiquer des documents en

sa possession comme les rapports d'enquête, les courriers ou les procès-verbaux. Il s'agit, cependant, d'un débat malheureusement théorique, car les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge à l'égard de l'administration sont très limités (105).

#### 2. Le type de preuves détenues par les tiers

En application de l'article 11, alinéa 2 du Code de procédure civile, le juge peut enjoindre, au besoin sous astreinte, à une partie de produire tout document détenu par lui. Le tiers, sauf empêchement légitime, ne peut refuser la communication de documents détenus par lui et qui sont utiles à l'une des parties au procès qui ne le concerne pas. Comme tout citoyen, il doit apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité en application de l'article 10 du Code civil.

Les articles 138 à 141 CPC, relatifs aux modalités de production de pièces détenues par des tiers, trouvent application devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant notamment en matière sociale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière en application de l'article 749 du Code de procédure civile. En principe, le juge compétent pour ordonner une production forcée de pièces est le juge saisi de l'affaire, c'est-à-dire le juge saisi au fond (106).

(98) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 mars 1982, Bull. n°47 et 17 juin 1998, n°95-10563.

(99) Cf. *supra* ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 mars 1982 Bull. n°47 ; Ch. mixte 7 mai 1982, prec.

(100) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 juillet 2008, n°07-15.369, Bull. n°179.

(101) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 juin 1995, RTD Civ. 1995, 679, obs. Perrot.

(102) pour des mises en œuvre de l'art. 145 lors d'un référé probatoire : CPH Metz 20 janv. 2011, Dr. Ouv. 2011 p.400 n. D. Boulmier ; CPH Paris, 15 juill. 2008, Dr. Ouv. 2009 p.256 n. D. Boulmier. Plus généralement : D. Boulmier, *Le conseil de prud'hommes – Agir et réagir au procès prud'homal*, Lamy 2011.

(103) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juillet 1987, n°85-16.436, Bull. n°248 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1988, n°86-19.658, Bull. n°201 ; Cass. Com. 15 octobre 1996, n°94-21.008, Bull. n°242.

(104) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1993, n°92-12.819, Bull. n°380.

(105) Les questions de secret professionnel de l'Inspecteur du travail et de saisine de la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) sont traitées par ailleurs v. l'intervention de G. Le Corre dans le numéro de mars 2014, p.218.

(106) Art. 138 CPC, concernant les pièces détenues par un tiers.

On rapprochera ces dispositions de celles inscrites, à propos des conseillers rapporteurs, au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article R. 1454-3 (« *Le conseiller rapporteur peut, pour la manifestation de la vérité, auditionner toute personne et procéder ou faire procéder à toutes mesures d'instruction* »). Le conseiller rapporteur ne dispose pas du pouvoir de forcer un tiers à communiquer des pièces, il n'a pas de pouvoir de coercition ou de sanction. La Cour de cassation a, en effet, jugé, dans deux arrêts en 1990 et 1995, que le conseiller rapporteur du Conseil de prud'hommes n'a pas le pouvoir de se faire remettre des documents contre le gré de leur détenteur (107). Il peut donc demander communication de documents, mais ne dispose pas du pouvoir de contraindre le tiers à communiquer les pièces.

Selon l'article 139 du Code de procédure civile la demande est faite sans forme, dans un cadre non contradictoire. Concrètement, cela signifie, lorsque l'instance est en cours, que la demande peut être faite par simple lettre adressée au juge saisi du litige, voire, la procédure étant orale, être formulée sans écrit. Il est cependant fortement conseillé d'établir un écrit afin de conserver une trace précise des pièces dont la production est sollicitée ; il est d'ailleurs souhaitable de déposer des conclusions.

Les pièces doivent être identifiables (suffisamment précises et limitativement énumérées) (108) et leur existence être établie sinon être vraisemblable (109).

« *La décision du juge est exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu* » (article 140 CPC). La délivrance ou la production peut être ordonnée sous astreinte. Une demande de rétractation ou de modification est possible par le tiers pour deux motifs : la difficulté ou l'empêchement légitime (110). Cette demande est faite sans forme. Le tiers qui s'est vu ordonner de produire une pièce ne peut faire directement appel, mais fait, au préalable, une demande de modification ou rétractation. S'il n'obtient pas rétractation ou modification, il peut faire appel de la décision rendue sur sa demande. Il dispose d'un délai de 15 jours pour faire appel, celui-ci étant régi par les règles de droit commun. Il n'est pas prévu d'appel par le demandeur.

(107) Cass. Soc. 17 octobre 1990, n°87-45.853, Bull. n°482 ; Cass. Soc. 12 avril 1995, n°93-10.982, Bull. n°134.

(108) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 mars 1979, n°77-15.381, Bull. n°88 : pas de demande trop générale ; CA Aix en Provence 21 novembre 1995, Juris Data n°1995-6000065, qui rejette une demande en raison de l'ignorance de la nature de l'origine et du nombre exact de documents.

(109) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 novembre 1993, n°92-12.922, Bull. n°330.

(110) sur cette notion v. *supra*.

## B. Les moyens de la recherche de la preuve pendant le procès

Au cours de l'instance, l'administration de la preuve obéit à un certain nombre de règles, fixées tant par le Code du Travail que par le Code de procédure civile. Entre la saisine du Conseil de prud'hommes et la signification d'un arrêt par la Cour d'appel, d'assez nombreuses voies de recherche de la preuve sont ouvertes dans un cadre contradictoire ou non-contradictoire.

À l'égard des parties comme des tiers, le Conseil de prud'hommes dispose de pouvoirs propres (1.). De plus, la voie de l'ordonnance sur requête devant le Tribunal de grande instance est toujours possible au cours de la procédure (2.). Le Code de procédure civile prévoit également le recours aux ordonnances sur requête à hauteur d'appel, en application de l'article 958 (3.).

### 1. La recherche de la preuve par le Conseil de prud'hommes (111)

#### a. Les pouvoirs spécifiques du bureau de conciliation (112)

En charge de rapprocher les parties, le bureau de conciliation est également investi du pouvoir juridictionnel, en application des dispositions de l'article R. 1454-14 du Code du travail (délivrance de pièces, versement de provisions et d'indemnités, mesures d'instruction ou nécessaires à la conservation des preuves).

#### • Sur la recherche de preuve proprement dite

##### 1° Le pouvoir d'ordonner la remise par l'employeur de tout document autre que ceux qu'il est légalement tenu de délivrer (113)

La Cour de cassation a notamment reconnu au Bureau de conciliation le pouvoir d'ordonner la délivrance :

- de la fiche de pointage journalier (114),
- d'un cadencier de commande de marchandise et d'un cahier d'instruction (115),
- d'un protocole d'accord ou tout acte juridique relatif à une opération de transfert d'un établissement (116).

(111) D. Boulmier, *Le conseil de prud'hommes – Agir et réagir au procès prud'homal*, Lamy 2011.

(112) S. Guinchard "L'audience initiale : le Bureau de conciliation au cœur des droits de la défense" ; Dr. Ouv. 2006 p.259.

(113) Cass. Soc. 7 juin 1995, n°91-42.604, Bull. n°187.

(114) Cass. Soc. 7 juin 1995 prec.

(115) Cass. Soc. 7 juillet 2004, n°02-44.182.

(116) Cass. Soc. 3 novembre 2010, n°09-67.493.

On peut également trouver de nombreux autres exemples devant les juges du fond, ces derniers ordonnant la remise des pièces suivantes (souvent afin d'établir un panel comparatif dans le cadre de contentieux en discrimination) :

- liste des salariés de même qualification que le demandeur et leur évolution de carrière (117) ;
- liste des salariés d'une catégorie professionnelle et leur rémunération (118) ;
- contrats de travail et bulletins de paie de salariés (119) ;
- contrats de travail des salariés de même catégorie (120) ;
- cahiers récapitulants les actes réalisés par les infirmières salariées (121) ;
- montant moyen mensuel d'une prime catégorielle (122) ;
- registre du personnel (123).

## 2° Ordonner des mesures d'instruction

Dans le Code de procédure civile, on entend par mesures d'instruction :

- les vérifications personnelles du juge comme le transport sur les lieux, se faire assister d'un technicien, entendre les parties ou toute personne intéressée (124) ;
- l'expertise (125) doit être exceptionnelle et ordonnée dans les cas où des constatations ou consultations ne pourraient suffire pour éclairer le juge (126) ;
- l'enquête, qui consiste en l'audition de témoin par le Conseil de prud'hommes ou le conseiller rapporteur (127) ; elle peut intervenir sur le champ (128) dès lors que le principe du contradictoire est respecté (129).

Au titre des mesures d'instruction, le bureau de conciliation peut également nommer des conseillers

rapporteurs ou un expert (130). La nomination d'un ou plusieurs conseillers rapporteurs est prévue par l'article R. 1454-1 du Code du travail afin de mettre l'affaire en état d'être jugée.

## 3° Ordonner des mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux

Par mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux, on entend séquestre, saisie, conservation par huissier par exemple. Le champ des possibles est donc très vaste.

Il est reconnu que ces mesures peuvent être assorties d'une astreinte, notamment en ce qui concerne la délivrance de pièces, que le bureau de conciliation peut se charger de liquider lui-même (lorsqu'il l'a ordonnée) (131).

La phase judiciaire de l'audience de conciliation doit obéir aux règles communes du déroulement de l'instance notamment un débat contradictoire (132). Si le défendeur est défaillant, une nouvelle demande implique qu'il en soit informé, même s'il s'agit d'une réclamation relative à la remise d'une attestation ASSEDIC (133). Cependant, les mesures d'instruction peuvent être ordonnées d'office.

### • Le régime de ces mesures

Les mesures sont provisoires (elles n'ont pas autorité de la chose jugée), elles ne s'imposent donc pas au bureau de jugement, qui peut ordonner, par exemple, la restitution d'une provision ou confirmer la décision du bureau de conciliation et lui conférer alors l'autorité de la chose jugée (134). Les décisions sur ce point sont cependant exécutoires par provision et, le cas échéant, sur minute (135). Un renvoi à une audience ultérieure présidée par le juge départiteur est possible en application de l'article R. 1424-29 du Code du travail.

(117) CPH Lille 7 mars 2008, Dr. Ouv. 2009 p.43 n. F. Clerc.

(118) CPH Paris, 15 juill. 2008, Dr. Ouv. 2009 p.256 n. D. Boulmier.

(119) CPH Strasbourg 9 mai 2008, Dr. Ouv. 2009 p.43 n. F. Clerc ; CPH Paris 12 janv. 2007, Dr. Ouv. 2007 p.473 n. D. Joseph.

(120) CPH Bayonne 2 déc. 2010, Dr. Ouv. 2011 p.397 n. D. Boulmier.

(121) CPH Orléans 2 avr. 2010, Dr. Ouv. 2010 p.492 n. J.-M. Saglier.

(122) CPH Villeneuve Saint-Georges 25 mai 2004, Dr. Ouv. 2005 p.262 n. P. Moussy.

(123) CA Chambéry, 19 déc. 2013, Dr. Ouv. 2014 p. 233 obs. D. Boulmier.

(124) Art. 179 à 182 CPC.

(125) Art. 263 CPC.

(126) Art. 263 CPC.

(127) Art. 199 à 204 CPC.

(128) Art. 231 CPC.

(129) Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mai 1980.

(130) CA Pau, 10 mai 2004, Dr. Ouv. 2005, p. 60.

(131) Cass. Soc. 18 mai 1995, Cahiers sociaux du Barreau de Paris 1995, chron. p.211 : en l'espèce, la date dont il convenait de tenir compte pour apprécier le retard était celle du paiement, qui pouvait être celle de la remise du chèque entre les mains de l'huissier habilité à le recevoir.

(132) Sur l'audience de conciliation, on se reportera utilement aux actes du colloque du SAF « L'audience initiale : le bureau de conciliation au coeur des droits de la défense du salarié » Dr. Ouv. mai 2006 p.233 s. disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier>

(133) Cass. Soc. 25 juin 1989, Bull. n°63.

(134) Cass. Soc. 6 juillet 1976, Bull. ; Cass. Soc. 10 juin 1982, Bull. 1982, V, n°391.

(135) Art. R. 1454-16, alinéa 1<sup>er</sup> C. trav. ; Cass. Soc. 10 juin 1982, Bull. n°391.

Les ordonnances ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond (136).

L'appel immédiat est souvent possible lorsque les décisions prises par le bureau de conciliation excèdent les pouvoirs qui lui sont conférés. Il s'agit d'un appel en nullité pour violation d'un principe fondamental (principe du contradictoire violé, par exemple). L'appel immédiat est possible, donc, lorsqu'est invoqué un excès de pouvoir commis par le bureau de conciliation, par exemple lorsque la décision excède les montants autorisés (137) ou qu'elle ne relève pas des pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation (138). A l'inverse, la méconnaissance de ses pouvoirs par le bureau de conciliation qui, saisi d'une demande de production de pièces, n'y répond même pas justifie également l'exercice d'une telle voie de recours, l'indifférence du juge conciliateur caractérisant un déni de justice (139).

La contestation sérieuse a pu être reconnue par la Cour de cassation lorsqu'elle porte sur l'existence même du droit. Autrement elle n'est pas suffisante pour justifier d'un appel nullité. L'appel immédiat est également possible en matière d'expertise sur autorisation spéciale du premier Président lorsqu'il est justifié d'un motif légitime (140). À noter que l'absence de motivation de l'ordonnance du bureau de conciliation n'est pas un cas d'ouverture d'appel immédiat (141). La Cour de cassation, aujourd'hui, ne reconnaît pas l'existence d'une contestation sérieuse pour justifier d'un appel immédiat lorsque le bureau de conciliation statue dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article R. 1454-14 du Code du travail (142).

## **b. Le pouvoir inquisitorial du juge prud'homal (143)**

Le pouvoir inquisitorial du bureau de jugement du Conseil de prud'hommes se manifeste notamment lors de l'examen du licenciement. Selon l'article

L. 1235-1 du Code du travail, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux du motif du licenciement forme sa conviction sur les éléments fournis par les parties et, au besoin, après toute mesure d'instruction qu'il estime utile.

Le Juge dispose également du pouvoir inquisitorial en cas de litige sur le nombre d'heures travaillées, en application de l'article L. 3171-4 du Code du travail (« *Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.* ») (143 bis).

Une autre manifestation du pouvoir inquisitorial réside dans la désignation de conseillers rapporteurs par le bureau de conciliation (144), le bureau de jugement ou la formation de référé pour qu'ils mettent l'affaire en état d'être jugée (R. 1454-1 s.).

Le Conseil de prud'hommes peut désigner un ou deux conseillers rapporteurs. S'il en désigne deux, la parité s'impose. La Cour de cassation a reconnu qu'ils ne sont pas contraints de déposer un rapport unique (145). Ils ne sont pas non plus tenus d'appartenir à la formation de jugement appelée à statuer sur le fond du litige après le rapport des conseillers (146). La décision de désignation de conseillers rapporteurs n'est pas susceptible de recours.

Les pouvoirs du conseiller rapporteur sont larges. Il a pour mission de mettre l'affaire en état d'être jugée (entendre les parties ou toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité), il peut procéder lui-même ou faire procéder à toute mesure d'instruction (voir ci-dessus).

En pratique, les pouvoirs du conseiller rapporteur sont importants : il peut prescrire toutes les mesures relevant de la compétence du Conseil de prud'hommes. Il ne dispose cependant pas de pouvoir de coercition ou de sanction (147), contrairement les

(136) Article R. 1454-16 C. trav. ; Cass. Soc. 2 mai 2001, n°98-45.541 ; Cass. Soc. 10 octobre 1985, Bull. n°456.

(137) Cass. Soc. 3 octobre 1985, Bull. n°439.

(138) Cass. Soc. 29 janvier 1981, Bull. n°491 ; CA Aix-En-Provence 9 juin 1999, *Compagnie générale de nettoyage c/ Maurel* ; v. également CA Paris 17 mai 2005, Dr. Ouv. 2005 p.480 n. P. Moussy.

(139) CA Paris, 18 juin 2009 (deux esp.), Dr. Ouv. 2009, p.469, note E. Serverin et T. Grumbach ; add. Cour d'appel Chambéry (deux esp.), 19 déc. 2013, Dr. Ouv. 2014 p.231, obs. D. Boulmier.

(140) Art. 272 CPC.

(141) Cass. Soc. 7 juin 1995, n°91-42.604, Bull. n°187 ; Cass. Soc. 21 novembre 1990, n°87-44.047, Bull. n°579.

(142) Cass. Soc. 6 juillet 1993, n°90-40.318, Bull. n°193 ou

3 mai 1995, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1995.

(143) M. Henry « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », Dr. Ouv. 1997 p. 401, spec. III.

(143 bis) Cass. Soc. 20 novembre 1996, RJS 1997 ; Cass. Soc. 27 octobre 1998, RJS 1998, n°1493.

(144) CPH Strasbourg 9 mai 2008, Dr. Ouv. 2009 p.43 n. F. Clerc ; CPH Evreux 29 sept. 2004 et 6 avr. 2005, Dr. Ouv. 2005 p.589 n. E. Baudeu ; CA Pau 10 mai 2004, Dr. Ouv. 2005 p.60 ; CPH Grenoble 25 mars 2005, Dr. Ouv. 2005 p.441 n. P. Moussy.

(145) Cass. Soc. 11 décembre 1990, RJS 1991, n°234.

(146) Cass. Soc. 16 juillet 1987, *Doucet c/ Patissou*.

(147) Cass. Soc., 17 octobre 1990, Bull. n°48.

parties à remettre une pièce (148) ; il peut simplement les inviter à fournir des explications ou les mettre en demeure de produire, dans un délai qu'il détermine, les documents ou justifications propres à éclairer le Conseil (149). Si les parties ne s'exécutent pas, il renvoie la cause devant le bureau de jugement, qui en tire les conséquences nécessaires.

Les décisions du conseiller rapporteur sont provisoires et exécutoires, elles ne font pas l'objet de recours si ce n'est concernant le jugement sur le fond.

## 2. La recherche de la preuve par l'ordonnance sur requête

Devant le TGI, « *Le président du Tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* » (art. 812 CPC). Devant la Cour d'appel « *Le premier Président peut, au cours de l'instance d'appel, ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* » (art. 958).

Il a été rappelé que le juge prud'homal ne dispose pas du pouvoir de rendre des ordonnances sur requête (150) et que le juge de référé ne peut (normalement) être saisi en cours d'instance.

Pourtant, en cours de procédure, il peut être utile, si des circonstances justifient que les mesures ne soient pas prises contradictoirement, et que les mesures demandées soient urgentes, de recourir à l'ordonnance sur requête, selon la procédure prévue par l'article 812, alinéa 2 du Code de procédure en première instance et celle de l'article 958 devant la Cour d'appel.

Dans les deux cas, deux conditions doivent être réunies : les circonstances qui justifient que soit dérogée à la contradiction et l'urgence.

### • L'absence de contradiction nécessaire

L'instance étant en cours dans le cadre d'un procès contradictoire, seule l'ordonnance sur requête est possible. Il doit donc exister un impératif que les mesures ne soient pas prises contradictoirement.

L'article 493 du Code de procédure civile précise expressément que l'ordonnance sur requête est une

décision « *rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ». Le requérant doit apporter la preuve que cette condition est remplie, faute de quoi la requête doit être déclarée irrecevable et la mesure demandée ne peut être obtenue que par un renvoi au fond en l'espèce. (151).

La légitimité de l'absence de contradiction est requise lorsque l'efficacité de la mesure le requiert : à noter, sur ce point, un arrêt célèbre de la Cour d'appel de Versailles du 13 octobre 1988 (152), lorsqu'il y a lieu de craindre que des documents soient détruits ou que des pressions soient exercées pour autoriser un huissier de justice à faire des recherches et constatations. Dans le même sens, un constat d'huissier peut être demandé en cas de risque de dissimulation ou de suppressions de preuves ou des faits litigieux (153).

En revanche, doit être rejeté un arrêt tendant à ordonner la désignation d'un huissier de justice pour assister aux séances d'un comité d'entreprise et établir des procès-verbaux des événements survenus et des propos échangés (154). Il s'agissait, en l'espèce, d'une secrétaire de comité d'entreprise chargée de la rédaction de procès-verbaux qui, selon la direction, ne dressait pas de compte rendu fidèle des délibérations : la société a demandé sur requête au président du TGI la désignation d'un huissier de justice pour assister aux réunions du comité d'entreprise. L'ordonnance qui fait droit à cette demande a été rétractée. La société a relevé appel de cette rétractation. La Cour a considéré que l'ordonnance sur requête était « *parfaitement légale* ». La Cour de cassation casse : « *la Cour d'appel aurait dû rechercher si la mesure sollicitée exigeait une dérogation à la règle du contradictoire* ».

### • L'urgence

Tant en ce qui concerne la procédure devant le TGI (article 812) que devant la Cour d'appel (article 958), à la différence du référé, le juge des requêtes est soumis à la condition d'urgence pour statuer, en raison précisément du caractère dérogatoire au principe du contradictoire. L'urgence est laissée à l'appréciation souveraine du juge des requêtes comme au juge des référés. Comme en référé, il n'est pas nécessaire de motiver particulièrement l'urgence (qui doit se déduire de la situation dans laquelle se trouve le demandeur).

(148) Rapp. CPH Bobigny 11 oct. 2005, Dr. Ouv. 2006 p.592.

(149) Art. R. 1454-3 C. trav.

(150) cf. *supra*, Soc. 12 avril 1995, n°93-10.982, Bull. n°134.

(151) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1993, D. 1993.

(152) CA Versailles 13 octobre 1988, D. 1989, somm. p.278.

(153) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mai 2000, n°97-17.768.

(154) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 1987, n°86-11.098, Bull. n°112.

### III. L'empêchement légitime

L'empêchement légitime est invocable par les tiers et la partie (pendant et avant le procès) pour s'opposer à la mesure ou la remise de pièce demandée. Le tiers au procès a l'obligation de concourir à la justice et à la manifestation de la vérité, ce qui suppose l'absence d'empêchement légitime opposé par ce tiers (art. 11 et 141 prec.) (155). Toutefois un arrêt isolé (156) a reconnu, *contra legem*, la possibilité par une partie d'opposer un tel empêchement.

#### A. Les confidentialités d'ordre professionnel

Il convient en premier lieu de distinguer les véritables « secrets professionnels » dont la violation est pénalement réprimée (art. 226-13 C. Pén.) d'obligations de confidentialité diverses dont la source peut-être aussi bien légale que contractuelle. La portée de ces dernières est évidemment encore moindre (157).

##### 1. Le secret médical

Il s'agit d'un motif indiscutablement légitime (notamment en tant que secret professionnel). Un document médical concernant un patient ne peut être divulgué qu'avec son accord (157 bis). Un établissement de santé ne peut le communiquer sans l'accord du patient ou de ses ayants droit (158). Cependant, le juge apprécie si l'opposition du patient tend à respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve (159). Le patient ou le tiers doit, par contre, déférer à l'ordonnance de la mise en état pour les besoins d'une expertise judiciaire confiée à un expert (160).

Il convient toutefois de mentionner un arrêt important, certes rendu non en matière de communication de pièces mais dans le cadre de leur utilisation, où la Cour de cassation a énoncé que : « constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour

le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; qu'en l'espèce, la question posée étant de savoir si M. René X..., dirigeant d'une entreprise, n'avait pas été empêché d'exercer ses fonctions en raison de son état de santé, et si certains de ses proches avaient exercé à sa place des pouvoirs dont ils ne disposaient pas, la production de pièces relatives à la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires ; qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (161).

C'est ce même argument du principe d'égalité des armes (162) qui a conduit, dans une ordonnance de conciliation très fortement motivée, le Conseil de prud'hommes d'Orléans à ordonner la production de pièces couvertes par ledit secret : « Attendu qu'il convient de rappeler qu'il ne peut exister de violation du secret médical lorsque la communication d'une pièce qui y est soumise est ordonnée par décision de justice ; Qu'en outre, le moyen de [l'employeur] tiré du secret médical est inopérant en l'espèce dans la mesure où ce secret était partagé par [la salariée] qui était infirmière au sein de ses établissements ; que tant le conseil de [la salariée] que les membres de la juridiction sont soumis au secret professionnel ; Qu'en toute hypothèse la nécessaire protection du secret médical ne peut avoir pour effet d'assurer à une partie un avantage au détriment de la partie adverse qui ne pourrait le surmonter à l'aide d'autres moyens de preuve ; Qu'en l'espèce, le litige se situe au sein d'établissements de santé ; qu'opposer le secret médical à la salariée qui souhaite apporter des éléments à la juridiction sur la nature des faits reprochés conduit à octroyer à l'employeur un avantage démesuré au détriment de la salariée dans

(155) Art. 11, alinéa 2 et 141 CPC.

(156) Cass. Soc. 27 janvier 1999 n°96-44.460.

(157) S. Bernard « Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », Dr. Ouv. 2010 p. 187.

(157 bis) Une pièce couverte par le secret médical ne peut être communiquée qu'à la demande du patient intéressé : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 novembre 2010, n°09-69.721, Bull. n°246.

(158) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2004.

(159) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2005 et 11 juin 2009.

(160) TGI Paris 8 janvier 2002, Gaz. Pal. 27-29 octobre 2002, p.28, concernant l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris.

(161) Cass. Com. 15 mai 2007, n°06-10606, Bull. n° 130, RTDC 2007.637 obs. Perrot.

(162) v. A. Chirez et F. Chirez « Egalité des armes et pouvoir de licencier », Dr. Ouv. 2014 p.158.

la mesure où la cause du licenciement repose sur la prise en charge médicale des patients et, partant, rompt l'égalité des armes qui doit présider à un procès équitable ; que la protection des droits de la défense et la nécessité d'assurer un procès équitable ne peut en l'espèce que primer sur les règles relatives au secret médical » (163).

Le refus opposé par le patient est habituellement contourné par la désignation d'un médecin-expert, lui-même tenu par le secret, chargé, par exemple, d'éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale. Le secret médical n'est pas opposable à un médecin-expert (164).

## 2. Le secret bancaire

Le secret bancaire (Article L. 511-33 du Code monétaire et financier) est appliqué de façon stricte par la Cour de cassation, il est souvent invoqué en matière commerciale et opposable même lorsque la banque est partie à l'instance (165), par exemple pour obtenir la copie d'un chèque (166) ou des informations figurant au dos d'un chèque (167). Le secret ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie et s'étend aux personnes qui gèrent son compte (168). Le secret bancaire est toutefois loin d'être absolu et sa levée peut être ordonné (168 bis).

## 3. Le secret professionnel juridique

Les avocats et les notaires soumis au secret peuvent l'invoquer comme empêchement légitime. La Cour d'appel d'Orléans a ainsi reconnu qu'un notaire pouvait invoquer le secret professionnel (169).

## 4. Le secret des affaires

Le secret des affaires est une notion fréquemment mobilisée par certaines juridictions pour des contentieux de nature commerciale (Tribunaux de commerce et Autorité de la concurrence mais également juridictions administratives dans le cadre de la commande publique). Il ne fait toutefois pas l'objet d'un encadrement législatif et, *a fortiori*, n'est pas protégé pénalement. Il a pu être opposé à des mesures d'instruction (170).

Néanmoins, le juge de cassation a solennellement affirmé que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau 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 » (171).

## 5. Le secret de l'instruction

Les juges ne peuvent écarter des débats des pièces couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence sans s'assurer que leur production n'était pas nécessaire à l'exercice des droits de la défense (172).

## B. La vie privée et le respect de la vie personnelle

En matière sociale, a été reconnu, au visa de l'article 145 (donc ordonnance avant procès) qu'il pouvait être porté atteinte à la vie personnelle de salariés dans plusieurs arrêts dont l'arrêt *Radio France* « 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 ; 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 » (173).

**Nathalie Bruché et Cédric Porin**

(163) CPH Orléans 2 avr. 2010, Dr. Ouv. 2010 p.492 n. JM. Saglier.

(164) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 novembre 2007, n°06-18.250.

(165) Cass. Com. 25 janvier 2005, n°03-14.693, Bull. n°13

(166) Cass. Com. 13 juin 1995.

(167) Cass. Com. 8 juillet 2003.

(168) Cass. Com. 25 février 2003.

(168 bis) Com. 16 déc. 2008, n°07-19.777, Bull. n° 206.

(169) CA Orléans 4 mars 1992, Juris Data n°1992, 604436, au sujet de pourparlers consignés dans les correspondances reçues par un notaire.

(170) Cass. Com. 16 juin 1998, Bull. n°192 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janv. 1999, Bull. n°3

(171) Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janv. 1999, Bull. n°4 ; réitéré par Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 fév. 2006, n°05-14198, rapp. ann. C. cass. 2006 p.431 ; Cass. Soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526, Bull. n° 341, Dr. Ouv. 2013 p.287 n. P. Riandey et S. Mazardo.

(172) Cass. Com. 19 janv. 2010, n°08-19.761, Bull. n°8.

(173) Cass. Soc. 19 déc. 2012, n°10-20.526 préc. ; v. dans la première partie de ce colloque (Dr. Ouv. mars 2014 p. 197) l'intervention de H. Gosselin spec. I/B/.