

Comment se ménager des preuves avant tout procès commercial ?



L'actualité des mesures d'instruction probatoires (ou « *in futurum* ») avant procès : l'article 145 du Code de procédure civile

On le dit souvent avec raison : *“Le droit, c'est la preuve”*. Et c'est à chaque partie qu'incombe la charge de prouver les faits dont elle se prévaut (art. 9 du Code de procédure civile). Mais il est possible de se ménager des preuves qui sont détenues par des tiers, sous certaines conditions, même si l'on reste loin de la procédure Anglo-Saxonne de “discovery”.

Dans tous les cas, il faudra que la partie qui allègue du fait à démontrer ne dispose pas elle-même d'éléments suffisants pour prouver ce fait nécessaire à la résolution du litige. La mesure d'instruction ne doit pas uniquement suppléer la carence de celui qui la demande, alors qu'il aurait pu obtenir cette preuve autrement (art. 146 du Code de procédure civile).

L'article 145 du Code de procédure civile prévoit que les mesures d'instruction **légalement admissibles** peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, **sur requête ou en référé**, 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. Cette procédure permet ainsi soit de se ménager la preuve de faits complexes (notamment en matière de concurrence déloyale, de contrefaçon, de litiges entre associés, de baux commerciaux, etc.), soit d'assurer la protection de certaines preuves dont la conservation est menacée.

Les conditions dans lesquelles ces mesures conservatoires peuvent être obtenues sont très encadrées par la jurisprudence et peuvent également être revisitées depuis les nouvelles dispositions légales relatives au secret des affaires.

1. Quelles conditions faut-il réunir ?

Il faut bien entendu justifier d'un intérêt à agir et de sa qualité à agir (*Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2018, n°17-11.628*) pour être recevable à demander des mesures d'instruction probatoires. Mais il y a d'autres conditions de recevabilité, étant rappelé que même si toutes les conditions sont réunies, le juge a néanmoins la faculté de refuser la mesure demandée.

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficulté
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

► Condition n°1 : absence d'un procès déjà engagé

La mesure doit être demandée « *avant tout procès* ». L'article fait référence à l'absence de procès portant sur le fond du litige et il convient de se placer à la date de la saisine du juge pour apprécier l'absence de procès (*Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 2014, n°13-19.967*) et non à la date de la prise de décision du juge saisi de la demande.

Dès lors, la mesure peut être demandée même en cas de clause préalable obligatoire de conciliation ou même si le contrat prévoit un recours à l'arbitrage, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. De même, une clause contractuelle attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui formule une demande sur le fondement de l'article 145.

► Condition n°2 : nécessité d'un motif légitime

La demande doit justifier de l'existence d'un "*motif légitime*" pour "*conserver ou établir*" la "*preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige*" ; il s'agit de permettre une meilleure conservation et l'intangibilité de la preuve ; la pertinence de ces critères est souverainement appréciée par le juge.

Plusieurs éléments sont de nature à démontrer l'existence d'un motif légitime :

- **Le litige potentiel doit être crédible** : Certes, il ne saurait être question d'établir le bien-fondé d'une action encore éventuelle, mais l'objet du litige et son fondement juridique doivent être définis au moins approximativement, tandis que les faits qu'il est question d'établir doivent être plausibles.
- **Le litige potentiel ne doit pas être manifestement voué à l'échec** : C'est le cas lorsque les prétentions du demandeur à la future action se heurteraient à l'autorité de la chose jugée (*Cass. Civ. 1^{ère}, 29 avril 1985, n°84-10.401*) ou à la prescription de l'action ou encore à une transaction déjà signée.
- **Il doit exister un lien suffisant** entre la mesure sollicitée et le procès futur, c'est-à-dire que les faits dont la preuve est recherchée soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige.

► Condition n°3 : des mesures légalement admissibles

Seules les "*mesures légalement admissibles*", à savoir les mesures prévues par le Code de procédure civile peuvent être ordonnées. Ainsi, la demande ne peut conduire à diligenter une enquête déguisée qui porterait atteinte au secret des affaires, au secret professionnel et à l'intimité de la vie privée.

Les mesures demandées doivent être **ciblées** et précisément décrites, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier des données dans des fichiers informatiques, si bien que le juge contrôle la légitimité des mots clés à rechercher lors de l'exécution de l'ordonnance par l'huissier, souvent accompagné d'un expert destiné à faciliter la mise en oeuvre de la mesure. La Cour de cassation veille à ce que le juge se soit assuré que les mesures sollicitées ne portent atteinte à aucune liberté fondamentale. Il a notamment été jugé qu'excédait les mesures d'instruction légalement admissible l'ordonnance autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et à se saisir de tout document social,

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

LA LETTRE D'INFORMATION

Droit commercial

HOCHE
A V O C A T S

fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit permettant d'établir la preuve des faits allégués, permettant ainsi à l'huissier de fouiller à son gré les locaux de la société sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés (*Cass. Civ. 2ème, 16 mai 2012, n°11-17.229*).

2. Quel juge saisir ?

► Le juge matériellement compétent

Selon la matière, civile ou commerciale, le juge saisi sera, respectivement, le Président du Tribunal de grande instance ou le Président du Tribunal de commerce. Il existe deux modes de saisine :

- **Par voie de référé, procédure contradictoire** : Lorsqu'il statue en application de l'article 145, le juge n'est pas soumis aux conditions de droit commun des référés. Ainsi, l'urgence n'est pas nécessaire, pas plus que l'absence de contestation sérieuse, ce qui se conçoit aisément dans la mesure où c'est précisément l'existence d'une contestation, encore éventuelle à ce stade, qui justifie la mesure ordonnée ;
- **Par voie de requête, procédure non contradictoire** : La voie de la requête n'est ouverte que lorsque les circonstances exigent que les mesures d'instruction ne soient pas prises contradictoirement (articles 493 et 812 du Code de procédure civile) ; il faut donc démontrer au juge que **l'effet de surprise** est nécessaire à l'efficacité de la mesure. Ces circonstances sont appréciées au jour où le juge saisi statue sur la requête et doivent être motivées dans l'ordonnance.

Recours : La partie "victime" d'une mesure d'instruction ordonnée sur requête peut assigner le requérant en référé-rétractation aux fins de rétablir le débat contradictoire devant le juge ayant ordonné la mesure et qui devra vérifier d'office si les circonstances évoquées pour justifier la mesure non contradictoire étaient justifiées (*Cass. Civ. 26 juin 2014, n°13-18.895*).

Il est important de soulever qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives, le juge saisi d'une demande de mesure d'investigation ne peut ordonner une telle mesure que dans les limites du pouvoir juridictionnel du tribunal. Ainsi, le Président d'un tribunal dénué de pouvoir juridictionnel en matière de contentieux de la concurrence ne peut pas ordonner de mesure d'investigation sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (*Cass. com., 17 janvier 2018, n°17-10.360*). De même, seul le juge commissaire (ou éventuellement le tribunal de commerce dont il dépend) peut ordonner des mesures d'instruction directement en lien avec la procédure collective.

► Le juge territorialement compétent

Le juge territorialement compétent pour statuer sur une mesure d'instruction avant tout procès est le Président du tribunal susceptible de **connaître de l'instance au fond** ou celui du tribunal dans le ressort duquel **les mesures sollicitées doivent**, même partiellement, **être exécutées** (*Cass. Civ. 2ème, 15 octobre 2015, n°14-17.564 et n°14-25.654*), **nonobstant une clause attributive de compétence contraire** (*Cass. com. 13 septembre 2017, n°16-12.196*).

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

LA LETTRE D'INFORMATION

Droit commercial

HOCHE
A V O C A T S

► Quel juge saisir en cas de litige transfrontalier ?

Depuis un arrêt important récemment rendu dans le cadre d'un **litige européen**, les mesures d'instruction de l'article 145 sont considérées comme des "*mesures provisoires ou conservatoires*" au sens de l'article 35 du règlement Bruxelles I bis. Il en résulte que même si les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du litige au fond (en l'espèce, une clause attributive de juridiction donnait compétence au fond au juge allemand), les juridictions françaises restent compétentes pour ordonner des mesures d'expertise devant être exécutées en France (*Cass. Civ. 1ère, 14 mars 2018, n°16-19.731*).

3. Quid de l'impact de la loi sur le secret des affaires sur les mesures d'instruction avant procès?

Jusqu'à la **loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018** qui a transposé la directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret des affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, la Cour de cassation a jugé de façon constante que le secret des affaires ne constituait pas en lui-même un obstacle à l'exercice d'une mesure d'instruction *in futurum* dès lors que les mesures ordonnées procédaient d'un motif légitime et étaient nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (*Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 2016, n°15-20.495*). Le secret bancaire n'est ainsi pas opposable à une demande concernant la responsabilité personnelle de la banque et non ses obligations de tiers confident (*Cass. Com., 29 novembre 2017, n°16-22.060*).

La Cour de cassation a toutefois anticipé la loi nouvelle en réitérant récemment **l'exigence de proportionnalité des mesures d'instruction** ainsi que la place du secret des affaires face au droit de la preuve dans la mise en oeuvre de l'article 145 (*Cass. Com., 6 décembre 2016, n°15-12.437 ; Cass. Civ. 2ème, 5 janvier 2017, n°15-27.526 et Cass. Civ. 1ère, 22 juin 2017, n°15-27.845*).

Depuis la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 et son décret d'application n°2018-1126 du 11 décembre 2018, le défendeur à une mesure probatoire devra sans doute, s'il veut utilement opposer le secret des affaires, démontrer qu'il avait préalablement pris les mesures nécessaires pour conserver le caractère secret de l'information et que cette information secrète revêt une valeur commerciale effective ou potentielle (article L. 153-1 du Code de commerce).

La loi prévoit que le juge peut notamment, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, prendre connaissance seul de cette pièce, solliciter l'avis d'un expert, décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en restreindre l'accès, décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil.

La jurisprudence aura rapidement à traiter de ces nouvelles conditions.

Catherine Ottaway, Fanny Seroka, Déborah Viaud

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

HOCHE
A V O C A T S



*(DECIDEURS 2015)-CREDIT PHOTO : Y. DERET •DESIGN : CARTON ROUGE

Un cabinet d'avocats français **indépendant**
Plus de **70 avocats** à l'écoute de leurs clients
Une expertise reconnue dans tous les secteurs du **droit des affaires**
Classé au top 50 des **meilleurs cabinets français**

- ▶ Fusions & Acquisition / Private Equity
- ▶ Droit des sociétés
- ▶ Droit boursier et financier
- ▶ Entreprises en difficulté
- ▶ Fiscalité des entreprises
- ▶ Fiscalité du patrimoine

- ▶ Droit des Affaires
- ▶ Droit social
- ▶ Propriété intellectuelle
- ▶ Technologies de l'information
- ▶ Droit Immobilier
- ▶ Contentieux, Arbitrage et Médiation

www.hocheavocats.com