

## Sommaire

### I. L'utilité de l'instrument

#### A. Un intérêt probatoire indiscutable

1. Objectif de la production forcée *in futurum* : conserver ou établir une preuve avant tout procès
2. La requête : une voie efficace

#### B. Une consécration jurisprudentielle : conséquence de l'utilité du procédé

1. Inopportunité de la distinction législative entre production forcée et mesure d'instruction
2. Extension de l'éventail des mesures probatoires préventives : la production forcée *in futurum* approuvée

### II. Les dangers de l'instrument

#### A. Le danger d'une instrumentalisation du procédé

1. Requête et respect du contradictoire
  - a. Obligation de caractériser les circonstances de nature à justifier la suppression du contradictoire
  - b. L'audience « d'ouverture de séquestre »
2. Requête et impartialité du juge : le référé-rétractation

#### B. Le danger d'une intrusion dans la vie d'autrui

1. L'immixtion dans la vie privée et la vie des affaires
  - a. Production forcée *in futurum* confrontée à la vie privée
  - b. Production forcée *in futurum* confrontée au secret des affaires
  - c. Production forcée *in futurum* confrontée au secret professionnel
2. La dérive vers une perquisition civile
  - a. Les données du danger
  - b. Un danger contrecarré par la jurisprudence : prohibition des mesures générales d'investigation

## Introduction

« La production forcée *in futurum* » est une expression qui n'existe pas. Voici le premier constat qui s'impose. Elle reste inconnue des bases de données et des dictionnaires juridiques. Quel est alors l'intérêt d'une telle étude ? L'expression n'est peut être pas présente dans le vocabulaire juridique, mais sa manifestation matérielle est largement perceptible dans la pratique judiciaire.

En effet ce terme est le fruit d'une fusion sémantique entre la production forcée des pièces et les mesures d'instruction *in futurum*, encore appelées mesures d'instruction préventives. Conséquence du fusionnement de deux textes du Code de procédure civile, l'article 138 et l'article 145, cet instrument hybride est devenu l'outil préféré des auxiliaires de justice quant à l'administration judiciaire de la preuve.

La production forcée des pièces a donc été perçue par les acteurs du droit comme devant être aux nombres des mesures d'instruction légalement admissibles de l'article 145 du Code de procédure civile. En effet cet article dispose que « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Mais pour avoir été engendrée par la pratique et affectionnée par elle, cet instrument a du être d'une certaine utilité. Que pouvait-il apporter de novateur quant à l'administration judiciaire de la preuve ? En effet n'y avait-il pas déjà assez avec la communication, l'obtention et la production des pièces ? N'y avait-il pas déjà assez avec la pléthore de mesures d'instruction, telles que les vérifications personnelles du juge, la comparution personnelle des parties, les déclarations des tiers, ou encore les mesures d'instructions exécutées par un technicien comme l'expertise ? Il semblerait que non.

Avant d'examiner la nouveauté apportée par la production forcée *in futurum*, il convient de rappeler en quoi consiste les deux instruments dont elle est issue.

Produire, tout d'abord, renvoie à l'action de verser aux débats un élément de preuve<sup>1</sup>. Cette action contient deux opérations distinctes mais associées. La première consiste en une opération intellectuelle par laquelle les moyens de preuve propres à établir la réalité des faits allégués sont invoqués. La deuxième est une opération matérielle qui consiste à soumettre à l'appréciation du juge les preuves annoncées. Ces deux opérations sont souvent confondues, cependant il se peut qu'elles soient séparées. En effet la production est en générale volontaire, mais il peut arriver qu'un plaideur invoque à son profit une preuve qu'il n'a pas en sa possession, soit parce que celle-ci est entre les mains d'un adversaire, soit parce qu'elle est entre les mains d'un tiers. Dans ce cas-là, vu qu'aucun des détenteurs n'a intérêt à produire spontanément la preuve, la production devient forcée car seule une contrainte judiciaire les poussera à obtempérer.

La nouvelle procédure civile donne un sens technique particulier au mot production. En effet les textes distinguent la production forcée de la communication. La production est le préalable de la communication et la communication suppose la production. Les deux termes ne doivent cependant pas être confondus.

La communication porte sur les pièces produites au procès par un plaideur et vise au respect de la loyauté des débats. La production doit pouvoir permettre au juge de vérifier la réalité des faits allégués. C'est une application du principe de collaboration à la manifestation de la vérité en justice. La communication aide les plaideurs et la production aide le juge.

Le terme de production est celui le plus couramment utilisé, mais pas le seul en vigueur. En effet le nouveau code de procédure civile utilise deux mots différents : production et obtention. L'obtention est en relation avec des pièces détenues par un tiers et la production est en relation avec des pièces détenues par une partie. L'utilisation de deux vocables différents est certainement une recherche de style de la part du législateur afin d'éviter une répétition<sup>2</sup>. Cependant, il convient de relever que le terme production semble désigner une obligation plus lourde pour la partie que le terme communication qui semble moins exigeant pour le tiers. Le terme production peut malgré tout être utilisé dans les deux sens.

---

<sup>1</sup> Définition donnée par J.-J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, PUF, 1919, p.1.

<sup>2</sup> V°. J.-J. Daigre, *ibid.*

Une mesure d’instruction désigne « une mesure que le juge peut ordonner, d’office où la demande des parties, pour s’éclairer dans l’administration judiciaire de la preuve<sup>3</sup> », lorsque celle-ci est à futur (*in futurum* en latin), elle permet à « tout intéressé de faire administrer une preuve en justice avant tout procès<sup>4</sup> ».

Il a longtemps été question de savoir s’il était possible de demander à un juge qu’il ordonne une mesure d’instruction avant tout procès, dans le seul but de conserver certains éléments de preuve, en prévision d’un éventuel procès.

Face à cette question fortement controversée, il convient de préciser que la tradition juridique française était loin d’être favorable à ce type de mesures. Les mesures d’instruction *in futurum* ont été utilisées par l’ancien droit, mais une ordonnance de 1667 en a interdit la pratique au vu des abus auxquels elle avait conduit.

La jurisprudence traditionnelle s’est toujours montrée opposée à ces mesures. La doctrine quant à elle combattait cette solution en insistant sur l’utilité pratique de celles-ci. La solution de la jurisprudence était notamment gênante par ses résultats pratiques. En effet il y a des cas où l’on peut redouter de manière légitime le dépérissement de certaines preuves, et procéder immédiatement aux mesures d’instruction nécessaires serait du plus grand intérêt. Les tribunaux, sensibles à cette argumentation, avaient largement atténué le principe de leur prohibition.

Ayant pour but la redéfinition du rôle du juge en matière de preuve, les décrets destinés à s’intégrer dans le code de procédure civile ont modifié la situation. L’article 4 du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 abandonne définitivement le principe de la prohibition des mesures d’instruction *in futurum*, pour les réhabiliter dans l’article 145 du code de procédure civile.

La production forcée *in futurum* permet donc à toute personne de recourir à un juge pour obtenir avant tout procès, la production d’une pièce ou d’un élément de preuve, soit par l’adversaire, soit par un tiers, afin d’éviter le dépérissement des preuves.

---

<sup>3</sup> G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 8<sup>e</sup> édition. v° mesure d’instruction

<sup>4</sup> G. CORNU, *op.cit.*, v° Action in futurum

Notons que la production forcée de l'article 138 du Code de procédure civile ne pouvait être demandée qu'en cours d'instance, et, qu'en s'intégrant dans les mesures d'instruction *in futurum*, cette mesure a eu la possibilité de s'exercer plus en amont, c'est à dire avant tout procès.

Les atouts de la production forcée *in futurum* ne doivent pas faire oublier qu'elle peut aussi présenter des dangers auxquels il importe de veiller très attentivement. Le légitime souci de conservation des preuves ne doit pas servir de prétexte, à un moment où l'on ne sait pas encore si un procès sera engagé, à des immixtions intempestives dans les affaires d'autrui. Ce risque qui était à l'origine des réticences de la jurisprudence classique n'a pas disparu par la vertu d'un texte. C'est pourquoi l'utilité de l'instrument (I) se doit d'être confrontée à ses dangers (II), afin de mieux appréhender cet instrument dans sa globalité.

## I. L'utilité de l'instrument

Un instrument qui connaît un tel succès dans les prétoires, ne peut que contenir une utilité certaine. Cette utilité se traduit par son intérêt probatoire indiscutable (A), qui fut reconnu par la jurisprudence, puisque c'est cette dernière qui a consacré la validité de la production forcée *in futurum* (B).

### A. Un intérêt probatoire indiscutable

La consécration par la jurisprudence de cet instrument est opportune car celui-ci a un intérêt probatoire indiscutable. En effet son objectif est la conservation ou l'établissement d'une preuve avant tout procès (1). Il ne peut cependant pleinement s'épanouir que par la voie de la requête, c'est pourquoi cette voie constitue le cœur de l'efficacité de ce procédé (2).

#### 1. Objectif de la production forcée *in futurum* : conserver ou établir une preuve avant tout procès

Selon l'article 145 du Code de procédure civile : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressée, sur requête ou en référé »

La mesure ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, ne doit pas excéder ce que commande l'utilité, au regard de l'objet spécifique de ce texte, c'est à-dire la conservation ou l'établissement de la preuve en vue d'un éventuel procès.

L'expertise constitue de loin la mesure la plus souvent demandée sur le fondement de l'article 145. Cependant, ce texte a vocation à régir l'ensemble des situations où il est nécessaire de se ménager une preuve.

Il n'est pas illusoire de croire qu'un plaideur trouvera parfois intérêt à demander une production par la voie du référé ou sur simple requête, en dehors de tout litige déclaré. En effet, les raisons qui avaient présidé à l'admission des mesures d'instruction *in futurum* étaient

de deux ordres complémentaires : établir une preuve ou en assurer la conservation, en un mot éviter le dépérissement des preuves.

Les pièces, les documents ont la même fragilité que peuvent avoir les témoignages ou les situations contingentes. Ils peuvent risquer, comme toutes les choses, soit la destruction, soit la perte, soit le vol. Ils peuvent disparaître, volontairement ou non des mains de leur détenteur. A ce moment-là, pourquoi refuser à celui qui n'en n'a pas la possession et qui pourrait en avoir besoin plus tard, le droit d'en dresser une copie pour en conserver une trace ?

Ce sont les raisons qui autrefois avaient incité les juges à admettre de manière prétorienne, les mesures d'instruction *in futurum*, qui viennent aujourd'hui militer en faveur de la production forcée *in futurum*.

Le juge de l'article 145 peut donc ordonner toute mesure d'instruction, pourvu qu'elle permette d'établir ou de conserver des preuves. Les mesures doivent être utiles et pertinentes, non seulement pour le litige au fond, mais également au regard de la preuve visée. Si la mesure n'est pas nécessaire au demandeur pour établir ou conserver la preuve, ou si elle est insusceptible d'y parvenir, le rejet s'impose<sup>5</sup>. Il a été aussi jugé que cette procédure n'est pas seulement destinée à la conservation des preuves, mais peut tendre, aussi, à leur établissement<sup>6</sup>.

Cet instrument est une des armes les plus redoutables des procès en concurrence déloyale. L'objectif est de sauvegarder les preuves d'une infraction pour éviter que la partie adverse ne les fasse disparaître au moment de l'engagement de la procédure. Il s'agit de mettre une partie en mesure d'échapper au grief de carence dans l'administration de la preuve qui pourrait lui être adressé, sinon, en cas de procès ultérieur.

L'efficacité de la mesure réside donc dans son effet de surprise. Cet effet est obtenu grâce à la procédure sur requête.

## 2. La requête : une voie efficace

L'article 145 du Code de procédure civile dispose que «les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

---

<sup>5</sup> Cass. com., 18 février 1986, *Bull.civ.* 1986, IV, n° 16, obs. Normand, *RDT Civ.* 1983, p. 785

<sup>6</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 juin 1998, n° 95-10.563

C'est cependant la voie de la requête qui offre la possibilité à la production forcée *in futurum* de s'épanouir. Cette voie fait partie de l'efficacité et du succès de cet instrument.

En effet cette procédure permet à toute personne envisageant d'engager une procédure au fond à l'encontre d'une autre et justifiant d'un « intérêt légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige », de requérir du président du tribunal compétent, sans que l'adversaire ne soit assigné, la désignation d'un huissier de justice ayant pour mission de se rendre chez l'adversaire afin de saisir tout document permettant d'établir les faits allégués, en ayant recours, si nécessaire, à la force publique et à tous techniciens de son choix.

L'intérêt de cette procédure réside notamment dans son effet de surprise. Celui-ci est le bienvenu lorsque l'on peut légitimement craindre que l'avertissement du futur adversaire, lui offre la possibilité de détruire les preuves en sa défaveur.

De plus, la voie de la requête est devenue encore plus intéressante depuis que la condition de l'urgence, n'est plus une condition de recevabilité de la mesure<sup>7</sup>. En effet cette condition posée par trois arrêts de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 mai 2008<sup>8</sup>, avait des conséquences néfastes sur l'utilité de ces mesures et sur la protection des intérêts du requérant<sup>9</sup>. En subordonnant la mesure d'instruction *in futurum* ordonnée sur requête à l'urgence, la Cour en limitait son utilisation à la conservation des preuves, qui menacées de dépérissement, risquaient d'être détruites ou dissimulées. C'était, dans cette situation, ce risque là, qui établissait l'urgence. L'urgence était donc caractérisée par le fait que les intérêts du demandeur seraient affectés si la mesure n'était pas prise immédiatement, et par le risque de destruction ou de dissimulation de ces preuves qui commande de ne pas appeler la partie adverse.

Lorsque le requérant veut établir la preuve de faits pour préparer un procès, le risque de destruction ou de dissimulation de preuves qui justifie le recours à la procédure sur requête n'était pas suffisant puisque la Cour de cassation exigeait l'urgence. L'urgence supposait que le requérant démontre que les preuves avaient commencé à être détruites ou dissimulées, ou

---

<sup>7</sup> Cass. civ.2<sup>e</sup>, 15 janvier 2009.

<sup>8</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 mai 2008, *Bull. civ. II*, n° 104. *D.* 2009. Jur. 143, note S. Pierre-Maurice, 2008. Pan. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur, et *Chron.C. cass.* 2373, obs. J.-M Sommer et C. Nicolétis ; *RTD civ.* 2008. 549, obs. R. Perrot.

<sup>9</sup> O. Staes, « Application de l'article 145 CPC sur requête : l'urgence n'est pas une condition », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2008, *Bull. Joly Société*, 1 avril 2009, n°4, p. 355

étaient sur le point de l'être. Si ce n'était pas le cas, la mesure d'instruction devait être prise en référé, ou au cours du procès au fond. Cependant, la voie du référé, parce que contradictoire, en avertissant le défendeur, peut faire perdre à la mesure d'instruction son efficacité en présence d'un risque de dissimulation ou de destruction de preuve<sup>10</sup>.

La voie des requêtes peut être refusée lorsque l'obligation de conserver des documents ou la nature des éléments de preuve, rendent peu vraisemblable le risque de leur dissimulation ou de leur destruction, de sorte que l'efficacité de la mesure d'instruction n'est pas subordonnée à l'effet de surprise.

Pour mieux comprendre l'efficacité de ce procédé, prenons comme exemple, l'arrêt du 15 janvier 2009 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. En l'espèce, il s'agissait d'un litige de concurrence déloyale entre deux enseignes de la grande distribution. La société ITM qui anime le réseau de points de vente exploité sous l'enseigne Intermarché a demandé par voie de requête à un Président de Tribunal de Commerce de désigner un huissier de justice aux fins de constatations, remises de documents et auditions de personne en vue d'un procès en concurrence déloyale reprochée à la société Carrefour. Dans une affaire comme celle-ci, la voie de la requête est opportune car il y a de fortes chances pour que la société Carrefour, si elle avait été avertie d'une telle demande, ait détruit ou dissimulé les documents, voir se soit concertée avec les employés afin de faire concorder les versions.

C'est au vu de cet intérêt pratique, cette utilité probatoire indiscutable, que la jurisprudence a consacré cet instrument.

### **B. Une consécration jurisprudentielle : conséquence de l'utilité du procédé**

Le législateur avait déjà laissé une opportunité à la jurisprudence de consacrer cet instrument. En effet en distinguant de manière inopportune la production forcée de la mesure d'instruction classique (1), le législateur a laissé la porte ouverte à une possible extension jurisprudentielle de l'éventail des mesures probatoires préventives (2).

---

<sup>10</sup> S. Pierre-Maurice : « Le recours à l'article 145 du CPC en cas de risque de dissimulation ou de destruction des preuves est d'autant plus utile qu'en cours d'instance au fond, l'obtention d'une mesure d'instruction par voie de requête, sur le fondement de l'article 875 du même code, est subordonnée à l'urgence », *ibid.*

## 1. Inopportunité de la distinction législative entre production forcée et mesure d'instruction

Pour comprendre cette inopportunité il faut partir d'un constat. Le Code de procédure civile traite au sein du titre VII, intitulé « L'administration judiciaire de la preuve », dans deux sous titres différents, d'une part des pièces (sous-titre 1) et d'autre part des mesures d'instruction (sous-titre 2). Nous voyons donc bien que le législateur n'a pas envisagé la communication des pièces au sein des mesures d'instruction<sup>11</sup>. Il est dès lors possible de faire valoir que la communication des pièces ne peut être ordonnée en référé ou sur requête, en dehors de tout procès. En effet la communication n'est prévue par les textes que dans le cadre d'une instance principale en cours<sup>12</sup>. De plus elles n'ont pas la même finalité ; la communication des pièces a pour finalité le respect des droits de la défense, et les mesures d'instruction *in futurum* sont destinées à sauvegarder ou à établir la preuve des faits.

Cependant, comme l'a démontré un auteur<sup>13</sup>, une telle exclusion est discutable car d'une part la communication des pièces constitue en réalité une mesure d'instruction, et d'autre part parce que les pièces peuvent servir de preuve à l'appui d'une prétention donc que l'on peut avoir intérêt à en obtenir la conservation avant tout procès.

De plus, il faut souligner que le Conseil d'Etat a analysé la production forcée comme étant une mesure d'instruction, dans son arrêt Barre et Honnet du 10 mai 1974.

Ce qui a en fait brouillé le débat, selon le Professeur Daigre, c'est l'habitude que l'on a de traiter les mesures d'instruction comme un ensemble homogène. Les différentes mesures d'instruction ont en effet le même but, la recherche de la réalité, cependant cela ne signifie pas qu'elles sont semblables les unes aux autres.

---

<sup>11</sup> Les mesures d'instruction envisagées par le code de procédure civile sont les vérifications personnelles du juge (art. 179 et s), la comparution personnelle des parties (art. 184 et s), les déclarations des tiers (art. 199 et s), et les mesures d'instructions exécutées par un technicien (art. 232 et s).

<sup>12</sup> V° implicitement art. 11 du NCPC et expressément art. 138 et 142 du CPC.

<sup>13</sup> J.-J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Paris 1979 : cet auteur propose non seulement d'étendre à la production forcée le régime des mesures d'instruction p 198, mais également d'analyser la production forcée comme une mesure d'instruction p. 271 et s. rappr., J. Vincent et S. Guinchard, *procédure civile* : Dalloz, 23<sup>e</sup> éd. 1994, p 621 qui soulignent, à propos des conséquences à tirer d'un refus de production de pièces, qu'on ne peut assimiler le fait d'ordonner à une partie de produire une pièce à une mesure d'instruction, telle que celles qui font l'objet des articles 143 à 284 du CPC.

Le Code de procédure civile procède à un classement des mesures d'instruction : vérifications personnelles du juge, comparution personnelle des parties, déclarations des tiers, mesures exécutées par un technicien. Ce classement procède d'un ordre décroissant : les rédacteurs ont voulu privilégier la connaissance directe des faits litigieux par le juge (vérifications personnelles du juge). Cette énumération est très révélatrice de l'esprit du code, mais elle n'a pas de conséquences sur le régime de ces diverses mesures. De plus cette liste est incomplète puisqu'elle omet la production.

Malgré cela, une distinction semble émerger : les mesures exécutées par le juge s'opposent à celles exécutées par un technicien. La production ne rentre dans aucune des catégories de la distinction. La production n'est pas une mesure exécutée par un technicien, et elle n'est pas stricto sensu exécutée par un juge. Une autre distinction doit donc être recherchée afin de permettre à la production forcée de trouver sa place dans les différentes mesures d'instruction.

Afin de trouver la distinction adéquate, il faut remarquer que le but de la production forcée est la recherche de preuves, et plus précisément de preuves écrites. Ce but n'est pas l'apanage de la production forcée, d'autres mesures ont également cet objectif. La comparution personnelle des parties est tournée vers l'obtention d'un aveu, ou, au moins, d'un commencement de preuve par écrit. L'enquête auprès des tiers elle, sert à fournir des témoignages. Ces trois mesures ont donc une finalité commune : la recherche de preuves au sens du droit civil. Nous pouvons ainsi les regrouper sous le vocable « mesures à finalité probatoire ». La production forcée trouve ainsi sa place.

Concernant les autres mesures d'instruction : les vérifications personnelles et les mesures d'instruction exécutées par un technicien. Ces deux mesures ont un but commun, qui les distingue des trois mesures évoquées plus haut. Elles sont destinées à éclairer le juge sur les circonstances qui entourent l'objet du litige, elles n'ont pas pour but direct la recherche de preuves déterminées. Elles concourent à forger la conviction du juge. Nous pouvons les regrouper sous le vocable « mesures d'information ».

La production forcée trouve ainsi sa place dans cette classification. Comme la comparution personnelle, la production exige d'un plaideur qu'il apporte au procès des éléments de preuve qui peuvent lui être préjudiciables. Comme l'enquête, elle impose à un tiers de s'intéresser à un litige qui n'est pas le sien.

Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter sur le fait que l'article 145 du Code de procédure civile vise expressément « les mesures d'instruction légalement admissibles », car comme nous venons de le démontrer la production forcée des pièces est une véritable mesure d'instruction, c'est-à-dire une procédure destinée à permettre la manifestation de la vérité en justice<sup>14</sup>.

La première étape avait été d'estimer que la production forcée faisait partie des mesures d'instruction classique et donc des mesures d'instruction *in futurum*. La seconde consistait en une consécration jurisprudentielle de l'instrument de la production forcée *in futurum*.

## 2. Extension de l'éventail des mesures probatoires préventives : la production forcée *in futurum* approuvée

Au travers de différents exemples d'arrêts nous allons voir que la Cour de cassation s'est montrée favorable à l'extension de l'éventail des mesures probatoires préventives en approuvant l'instrument probatoire qu'est la production forcée *in futurum*.

Au commencement, les juridictions du fond ne se sont pas posées de questions. Elles ont admis la production forcée avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Cette production forcée *in futurum* ne posait donc pas, a priori, de difficultés. Un doute a cependant été introduit par un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 24 juillet 1986<sup>15</sup>. Pour refuser à un salarié la condamnation de l'employeur à produire les disques chronotachygraphes qu'il détenait, la Cour d'appel de Poitiers, s'était livrée à une interprétation étroitement exégétique de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile. Le texte, relevait-elle, était inséré dans un sous-titre intitulé « Les mesures d'instruction » ; il ne visait *expressis verbis* que ces seules mesures. La production forcée des pièces figurait elle au sous-titre précédent. Le code n'y voyait donc pas une mesure d'instruction et l'article 145 lui était donc en conséquence inapplicable.

Cette analyse de la Cour d'appel de Poitiers, qui n'est pas tout à fait sans précédent<sup>16</sup> tranche sur celle retenue habituellement par les juridictions du provisoire de la région parisienne. En effet et cela à plusieurs reprises, les juges des référés du TGI de Paris ont enjoint à l'adversaire de produire les pièces qu'il détenait. Ils n'ont pas exprimé de doutes sur

---

<sup>14</sup> *RTD. Civ.* 1986, p. 798, obs. Normand. *D.* 1987, jurispr. p. 346, obs. Jeantin

<sup>15</sup> Poitiers, 24 juillet 1986, *RTDCiv.* 1986, p. 798, obs. J. Normand

<sup>16</sup> Comp. Lyon, 25 mars 1982, *Gaz.Pal.* 1984.1. somm. 50, v° référé

l'applicabilité de ce texte à la mesure qu'ils prescrivaient. Par exemple, un assureur a été contraint de communiquer à l'assuré le rapport du médecin expert de la compagnie<sup>17</sup>, une personne qu'une œuvre cinématographique mettait en cause a pu obtenir la communication du script et l'autorisation de visionner le film avant sa diffusion publique<sup>18</sup>, une autre l'obtention de la consultation d'une comptabilité syndicale<sup>19</sup>, ou encore des pièces et documents détenus par un tiers en vue de réunir les éléments de preuve pouvant justifier un recours en révision<sup>20</sup>. L'intérêt légitime du demandeur à prendre connaissance de ces documents avant un éventuel procès a été la seule considération qui ait emporté dans toutes ces espèces.

Cependant, il ne faut pas penser que cette jurisprudence est propre aux seules juridictions du premier degré. En effet à deux reprises au moins, la Cour d'appel de Paris a ordonné par exemple la production d'une copie de la bande vidéo d'une interview partiellement diffusée à la télévision, en constatant que les demandeurs avaient un intérêt légitime à l'obtention du document considéré « tant pour savoir la manière dont il avait été procédé aux coupures, que pour connaître, les propos retranchés<sup>21</sup> » ou prescrivant la remise au parquet des pièces qui permettraient de comprendre comment avait pu être modifiée la répartition du capital et provoqué le changement de contrôle au sein d'une entreprise de presse<sup>22</sup>.

C'est cette dernière décision de la Cour d'appel de Paris du 24 janvier 1986 qui est la plus intéressante. En effet elle explique ce qui peut fonder l'extension de l'article 145 à la production forcée des pièces : « Par cette disposition autonome et se suffisant à elle-même, le juge de l'urgence et du provisoire reçoit mission de préparer, à l'intention des juges du fond, la matière qui leur sera soumise pour l'élaboration de leur décision ; ... l'exercice par le juge des référés de ses pouvoirs propres tend directement à faire produire effet à l'obligation légale des parties à l'instance de contribuer à la manifestation de la vérité (art. 10 du NCPC) que ce soit en les contraignant à communiquer les pièces qu'elles détiennent (art. 133 du NCPC) ou en ordonnant une mesure d'instruction légalement réglementée ».

---

<sup>17</sup> TGI. Paris, réf., 13 juillet 1984, *Gaz. Pal.* 1985.1. somm. 118

<sup>18</sup> TGI. Paris, réf., 31 janvier 1984, *D.* 1 mars 1984, Flash

<sup>19</sup> TGI. Evry, réf., 25 avril 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1. somm. 160

<sup>20</sup> TGI. Paris, réf., 13 mai 1983, *JCP* 1985. IV. 94

<sup>21</sup> Paris. 1<sup>re</sup> ch., 5 février 1986, J. Médecin C. Michel Polac et Société TF1, *D.* 20 février 1986, Flash, *Gaz. Pal.* 3 mai 1986

<sup>22</sup> Paris, 1<sup>re</sup> ch., 24 janvier 1986, *D.* 13 février 1986, Flash, *Gaz. Pal.* 1986.1. 163. Sur cet arrêt, v° Ph. Bertin, « L'empire Hersant face au maquis de la procédure », *Gaz. Pal.* 1986.1. doct. 177.

La Cour d'appel de Versailles<sup>23</sup> n'en n'est pas en reste non plus. Par une décision du 13 avril 1986 elle affirme que « l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile n'interdit nullement, dans le cadre des mesures à envisager à l'effet de parvenir à l'établissement, à titre préventif, de la preuve des faits litigieux, d'ordonner la communication de documents détenus par un tiers ».

Cette conception extensive mérite approbation<sup>24</sup>. En effet hormis un argument purement textuel, on voit mal ce qui justifierait la discrimination retenue par la cour d'appel de Poitiers. Que cela soit une mesure d'instruction ou une production, il s'agit dans les deux cas de conserver ou d'établir avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige. Un auteur<sup>25</sup> estime, à juste titre, que lorsque les circonstances veulent que la preuve résulte de simple pièce qu'il suffit de produire et n'exige pas le recours aux mécanismes plus complexes des mesures d'instruction, il faut dépasser la lettre de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

La Cour de cassation a elle aussi été amenée à se prononcer sur la question et a toujours pris parti en faveur de la production forcée *in futurum*. Les premières affaires<sup>26</sup> qui lui ont été soumises n'ont pas posé clairement la question. Il convient donc de rester prudent dans leur interprétation. Plus tard, ce sont la première chambre civile, la chambre commerciale et la chambre sociale qui ont eu à répondre à des pourvois clairement formulés, et la réponse n'a pas changé.

Par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, il a été soutenu le 20 décembre 1993<sup>27</sup> que « le président du tribunal de grande instance de La Roche-sur-Yon ne pouvait, sans violer l'article 138 du Nouveau Code de procédure civile, ordonner la production d'une pièce détenue par un tiers (en l'espèce la DRASS) dans une affaire dont il n'était pas saisi ». Cet argument fut écarté : « la juridiction des référés a pu, conformément à l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, ordonner sous astreinte la production par la DRASS de documents dont elle a estimé, en dehors de tout procès civil ou disciplinaire, que pouvait dépendre la solution d'un litige ».

---

<sup>23</sup> Versailles, 13 avril 1986, *D.* 1986.I.R.298, v° Procédure civile

<sup>24</sup> Comme le souligne J. Normand in *RTD. Civ.* 1986, p. 798

<sup>25</sup> J. Normand, *ibid.*

<sup>26</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 juillet 1987, *Bull.Civ.* I, n° 248, p. 181 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull.Civ.* I, n° 168, p. 116

<sup>27</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Bull. Civ.* I, n° 380, p. 264 ; JCP 1994, IV, n° 528

La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à répondre le 11 avril 1995<sup>28</sup> à la question suivante : L'article 145 qui autorise le juge des référés à ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, permet-il la communication forcée des pièces ?

En l'espèce, il y avait en arrière fond le problème de la responsabilité d'un banquier pour soutien abusif de l'activité du crédité qui a été par la suite mis en redressement judiciaire. L'administrateur du redressement judiciaire du débiteur et le représentant des créanciers ont demandé en référé la communication de documents internes du banquier (procès verbaux des comités de crédit, études bilantielles, notes de service etc.) afin de mettre en cause la responsabilité dudit banquier. On perçoit ici l'intérêt crucial de cette question, car en effet ces documents peuvent démontrer la faute que le banquier a commise en octroyant des concours financiers au débiteur tout en connaissant sa situation irrémédiablement compromise. Les demandeurs pourront ainsi se prononcer utilement sur l'opportunité d'une action contre le banquier.

Le Président du Tribunal de Commerce ayant fait droit à cette demande, un peu inhabituelle, un appel a été formé, mais la Cour d'Appel a maintenu la décision du premier juge, un pourvoi a donc été formé contre l'arrêt.

Le pourvoi avait énoncé de manière claire deux arguments principaux. Un argument tiré des textes : la production forcée n'est pas rangée dans la rubrique « mesures d'instruction » du Code de procédure civile, mais dans la rubrique « les pièces ». D'où il s'ensuit que la production forcée des pièces n'est pas une mesure d'instruction légalement admissible au sens de l'article 145. Un autre argument tiré de la différence d'objet et de finalité de ces deux mesures : les mesures d'instruction ont pour objet de conserver et d'établir des preuves dans le but de permettre la solution d'un litige éventuel. La production forcée des pièces, elle, porte sur des pièces existantes et non sur des preuves à constituer et elle a pour fin d'assurer le respect du contradictoire et non pas d'établir des preuves.

Toutes ces critiques n'ont pas été retenues par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi en énonçant « qu'il entre dans les pouvoirs du juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, d'ordonner, aux conditions prévues par ce texte, une communication de pièces ». La Cour a adopté une notion large des mesures d'instruction pour l'application de l'article 145 qui dépasse celle décrite aux articles 143 et suivant. Cette

---

<sup>28</sup> Cass. Com. 11 avril 1995, *Bull. Civ. IV*, n° 121, p. 107 ; *D.* 1996, p. 573, note H. Matsopoulou ; *Gaz. Pal.* 1996, 1, somm., p. 246, obs. Croze et Morel ; *JCP* 1995, IV, n° 1484 ; *Rev. de droit bancaire et de la bourse* n° 50, juillet-août 1995, p. 145, n° 4 ; *RJDA* 1995, n° 1182, p. 917 ; adde, T. Bonneau, « Communication de pièces et secret bancaire (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 avril 1995) », *Rev. de droit bancaire et de la bourse* n° 49, mai-juin 1995, p. 94

conception large peut trouver un fondement, selon le professeur Matsopoulou<sup>29</sup>, dans les dispositions liminaires du code sur les principes directeurs du procès. En effet l'article 10 du Code de procédure civile autorise le juge à ordonner « toutes les mesures d'instruction légalement admissibles », et comme l'article 11 du même code envisage l'injonction faite à une partie de produire un élément de preuve, nous pouvons en déduire que la production d'une pièce constitue une mesure d'instruction légalement admissible<sup>30</sup>. Cette décision s'inscrit donc dans ce courant qui fait de la procédure de l'article 145 une mesure autonome, détachée des mesures d'instruction proprement dites, et visant en réalité à la pré-constitution d'une preuve.

Ensuite devant la chambre sociale, le 27 mai 1997<sup>31</sup>, le pourvoi avait reproché à la décision attaquée d'avoir ordonné, à la demande d'un salarié licencié, la production des tableaux journaliers d'horaires de travail détenus par l'employeur, alors que l'article 145 ne vise que le pouvoir du juge du référé d'ordonner des mesures d'instruction. La Cour de cassation a rendu encore une fois un arrêt de rejet : « Il résulte de la combinaison des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du Nouveau Code de procédure civile, qu'il peut être ordonné à une partie de produire tout document qu'elle détient, 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 ».

Nous voyons donc bien que la Cour de cassation reste dans la droite ligne de sa solution. Cependant un arrêt de la deuxième chambre civile du 26 mai 2011<sup>32</sup> est venu dissiper le doute qu'avait pu entretenir un arrêt de la même chambre du 8 février 2006<sup>33</sup>. En effet cet arrêt avait paru circonscrire de manière très, voir trop étroite<sup>34</sup> la nature des mesures « légalement admissibles » au sens de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile : « Les mesures d'instruction légalement admissibles, au sens de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, sont celles prévues par les articles 232 à 284-1 de ce code. » Cette solution interdisait donc de solliciter la production forcée des pièces. L'arrêt du 26 mai 2011 rompt avec cette

---

<sup>29</sup> V° H. Matsopoulou, « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *D.* 1996, n° 40, p. 573.

<sup>30</sup> Comp. J.-J. Daigre, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, PUF, 1979, p. 271.

<sup>31</sup> Cass. soc., 27 mai 1997, *JNA actualités* n°2, 20 octobre 1997, n°6, p.6

<sup>32</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 2011, *D.* 2011. 1494

<sup>33</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 février 2006, *D.* 2006, obs. Auguet et 2007 Bretzner

<sup>34</sup> V° Ph. Delbecque, J.-D. Bretzner, I. Gelbard-Le Dauphin, « Droit de la preuve », *D.*, juillet 2010 - octobre 2011, n°42, p. 2891-2899.

« logique » de fermeture<sup>35</sup> et affirme que l'article 145 offre la possibilité de solliciter la production de documents détenus par un tiers. Cette clarification est donc la bienvenue.

La solution retenue par la Cour de cassation dans toutes ces espèces, a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains auteurs estiment qu'elle repose sur « une pétition de principe manifestement contraire à la lettre du code et à la volonté de ses rédacteurs<sup>36</sup> ». Dans la mesure où, d'après eux, « aucun des textes invoqués ne permet au juge d'ordonner, avant un procès, la production d'une pièce par une personne à la requête d'une autre », il leur paraît logique de considérer que « la conjonction de ces textes n'est pas non plus de nature à autoriser qu'une telle mesure soit prise ». Décider du contraire, constitue pour eux, une violation caractérisée de la lettre de l'article 138 du Code de procédure civile qui se réfère « au cours d'une instance » et « au juge saisi de l'affaire », ainsi qu'une méconnaissance flagrante de la distinction entre la production forcée et les mesures d'instruction (dont on a démontré plus haut l'inopportunité). Pour eux la Cour de cassation « statue plus en opportunité qu'en droit<sup>37</sup> » ; la décision de la Cour d'appel de Poitiers demeure « d'une plus grande rigueur juridique ».

Cependant, et heureusement, tout le monde ne partage pas leur avis. On trouve aussi des auteurs qui adoptent un point de vue opposé. Pour eux la Cour d'appel de Poitiers « s'est livrée à une interprétation étroitement exégétique de l'article 145 et de l'emplacement qu'occupe cette disposition dans le Nouveau Code de procédure civile<sup>38</sup> » ; quant à la position de la Cour de cassation, ils la jugent conforme à l'esprit des textes.

Certains auteurs qui s'opposent à l'admission de la production forcée *in futurum*, parce que l'article 145 ne concerne que les mesures d'instruction *in futurum*, soutiennent parallèlement qu'une demande de production forcée incidente n'est recevable que si les dispositions de l'article 146 alinéa 2, relatives aux mesures d'instructions incidentes sont respectées<sup>39</sup>. Cette

<sup>35</sup> V° Ph. Delbecque, J.-D. Bretzner, I. Gelbard- Le Dauphin, *ibid.*

<sup>36</sup> S. Guinchard, *Mégacode de procédure civile*, Dalloz, 2001, commentaire sous l'article 142, n° 012, intitulé « Instance en cours et mesures d'instruction in futurum », p. 260

<sup>37</sup> S. Guinchard, *op.cit.*, commentaire sous l'article 142, n° 012, intitulé « Instances en cours et mesures d'instruction in futurum », p. 259

<sup>38</sup> J. Normand, obs. à la *RTDCiv.* 1986, p. 798

<sup>39</sup> V° Par exemple, S. Guinchard, *Rép.proc.civ.* Dalloz, v° Production forcée des pièces (1996), n° 21, p.4 « Il faut rattacher à l'exigence de la justification d'un intérêt légitime par le demandeur en production forcée, l'idée qui figure à l'article 146, alinéa 2, du NCPC pour les mesures d'instruction en général, à savoir que cette demande ne doit pas être pour lui un moyen d'éviter ses obligations en matière de preuve. Certes, ce texte figure dans un sous-titre deuxième « les mesures d'instruction » détaché du sous-titre premier qui règlemente « les

approche différenciée ne semble pas vraiment cohérente<sup>40</sup>. Elle montre en tout cas que, comme le souligne Madame Despres, la frontière entre les deux régimes n'est pas absolument étanche.

Il y a en plus une autre raison de douter de s'en tenir exclusivement à une interprétation purement littérale de l'article 145. En effet il serait un peu paradoxale de refuser d'ordonner directement la production forcée *in futurum*, alors que d'autres textes comme les articles 243 et 275 du Code de procédure civile l'autorisent indirectement notamment par le biais du recours à un technicien.

Il suffirait de confier à un expert ou autre technicien le soin de réunir et analyser les documents dont on n'oserait imposer la simple production à futur. Ne s'agirait-il pas d'un artifice inutile<sup>41</sup> ?

Enfin un dernier élément vient conforter la solution de la Cour de cassation : la hiérarchie<sup>42</sup> instaurée entre les différents modes d'administration de la preuve. Dans le système du code, les mesures d'instruction sont une « technique subsidiaire » par rapport aux pièces : elles ne peuvent être ordonnées que sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas de pièces suffisantes pour le prouver. Dès lors, il va de soi que « la consécration des mesures d'instruction *in futurum* inclut celle de la production forcée *in futurum*. Qui peut le plus peut le moins<sup>43</sup> ».

Il ne semble donc, que contrairement aux apparences, l'admission de la production forcée des pièces sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne malmène pas les textes et que « l'éventail des mesures probatoires préventives<sup>44</sup> » peut donc connaître une extension.

Nous venons ainsi de voir le cheminement que la production forcée *in futurum* a du parcourir afin de se faire une place au sein des mesures probatoires préventives. Cependant l'engouement autour de cet instrument doit être mesuré car celui-ci comporte de multiples dangers auxquels la jurisprudence va être confrontée.

---

pièces » ; il n'en demeure pas moins que sa portée est générale et que le juge doit apprécier la pertinence de la demande eu égard aux possibilités qui s'offrent par ailleurs au demandeur »

<sup>40</sup> I. Despres, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2004, vol. 34, p. 117.

<sup>41</sup> I. Despres, *ibid.*

<sup>42</sup> Le terme est de M. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3<sup>e</sup> ed.2000, n° 1168, p. 503

<sup>43</sup> I. Despres, *Les mesures d'instruction in futurum*, *id.*

<sup>44</sup> L'expression est de I. Despres, *id.*, p. 118

## **II. Les dangers de l'instrument**

La production forcée *in futurum*, comme tout instrument n'a pas que des avantages, elle possède un revers de médaille qui se traduit par deux dangers : celui d'une instrumentalisation du procédé (A) et celui d'une intrusion dans la vie d'autrui (B).

### **A. Le danger d'une instrumentalisation du procédé**

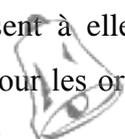
La production forcée *in futurum* est instrumentalisée par certains plaideurs à des fins plus ou moins recommandables. L'instrumentalisation induit une utilisation d'une chose à son profit. Celle-ci se fait surtout lorsque le procédé est utilisé sur requête. En effet, cette voie n'est pas contradictoire, ce qui suppose de nombreuses tentations pour le plaideur, d'où une confrontation entre la requête et le respect du contradictoire (1). Cependant, la voie de la requête contient aussi une autre tentation pour le plaideur, celui d'instrumentaliser le juge. D'où il s'ensuit, notamment par le biais du référé-rétractation, que la question de l'impartialité du juge se pose (2).

#### **1. Requête et respect du contradictoire**

La requête est une voie qui n'est pas contradictoire, car celui qui supporte la mesure demandée n'est pas au courant de celle-ci. Cet effet de surprise est certes comme on l'a vu, une des conséquences de l'efficacité du procédé. Cependant cette voie non contradictoire ne se doit pas d'être systématiquement et aléatoirement choisie par le plaideur qui ne voudrait que d'une mesure avantageuse. C'est pourquoi la jurisprudence a posé une obligation de caractériser les circonstances de nature à justifier la suppression du contradictoire (a). La question du respect du contradictoire doit aussi être posée vis-à-vis de l'audience d'ouverture de séquestre (b).

##### **a. Obligation de caractériser les circonstances de nature à justifier la suppression du contradictoire**

Lorsque l'intervention du juge des requêtes est formellement prévue par un texte spécial, il est admis, en principe, que les conditions prévues par ce texte se suffisent à elles mêmes. D'autres conditions supplémentaires sont donc à exclure. Ce n'est que pour les ordonnances



innommées, celles qui ne sont pas spécialement prévues par un texte, que les deux conditions mentionnées à l'article 875 du Code de procédure civile s'appliquent. Ces deux conditions sont l'urgence et la nécessité de justifier d'une dérogation au principe du contradictoire.

L'ordonnance sur requête probatoire étant formellement visée par un texte spécial, l'article 145 du Code de procédure civile, il peut sembler évident, comme le souligne le professeur Mouy<sup>45</sup>, que la réunion des trois conditions posées par ce texte, c'est à dire l'existence d'un motif légitime, l'absence de tout procès engagé au fond et le caractère légalement admissible de la mesure probatoire sollicitée, semblent suffire pour autoriser un plaideur à obtenir cette mesure par voie de requête.

Cependant, le juge n'en a pas décidé ainsi. Il a estimé que l'article 145 ne pouvait pas être appliqué tel quel. En effet, à la lecture du texte, on pourrait supposer que le demandeur peut opter à son gré pour la procédure sur requête ou pour la procédure de référé, puisque « les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Cette rédaction est maladroite puisqu'elle occulte la différence fondamentale qui sépare ces deux procédures et qui justifie qu'elles ne sauraient occuper la même place au sein de l'article : la question de la contradiction. Alors que les ordonnances de référé sont rendues à la suite d'une procédure contradictoire, les ordonnances sur requête interviennent sans débat contradictoire préalable. Vu l'importance de la contradiction, le rôle assigné à la requête, par rapport au référé, ne peut être que subsidiaire.

Suivant cette logique, la jurisprudence a établi dès 1985, une hiérarchie à l'intérieur de l'article 145. La jurisprudence a considéré que la procédure sur requête ne pouvait être utilisée qu'en cas de nécessité de déroger au principe de la contradiction<sup>46</sup>. Au niveau du fondement textuel de cette solution, les juges ont appliqué de manière combinée les

<sup>45</sup> G. Mouy, « Abandon de la condition de l'urgence dans l'ordonnance sur requête probatoire de l'article 145 du code de procédure civile », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2009, *D.* 2009, n°21, p. 1455

<sup>46</sup> La jurisprudence décide en effet constamment, en se fondant sur les dispositions de l'art. 875 du code de procédure civile (ou sur celles de l'art. 812, al. 2, du même code pour les ordonnances du président du tribunal de grande instance), qu'il convient de réserver la requête aux mesures exigeant que la décision ne soit pas prise contradictoirement : V<sup>o</sup>, not., Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 juin 1985, *Bull. civ.* II, n° 111 ; *RTD civ.* 1986. 404, obs. J. Normand ; V<sup>o</sup>, aussi Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 mai 1987, *RTD civ.* 1988. 181, obs. R. Perrot ; *JCP* 1987. IV. 244 ; Paris, 24 juin 1987, *Gaz. Pal.* 1987. 2. 466 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 nov. 1994, *Bull. civ.* II, n° 241 ; et, plus récemment, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 févr. 2006, *Bull. civ.* II, n° 44 ; *D.* 2006. IR. 532, Pan. 2923, obs. Y. Picod, Y. Auguet. Il existe schématiquement deux hypothèses dans lesquelles l'absence de contradiction apparaît légitime : celle où l'efficacité de la mesure le requiert et celle où il serait particulièrement difficile d'appeler un défendeur en la cause.

dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile et celles de l'article 875 du même code, bien que l'ordonnance de l'article 145 ne soit pas une ordonnance innommée.

Il en résulte que les mesures d'instruction avant tout procès de l'article 145 ne peuvent être ordonnées sur requête que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne le soient pas contradictoirement<sup>47</sup>, et supposent soit qu'il existe une difficulté insurmontable de procéder par la voie contradictoire du référé, soit que la mesure ne puisse avoir d'efficacité que si elle provoque un effet de surprise chez le destinataire. Il faut donc rétracter toute ordonnance sur requête lorsque le requérant omet, au stade de sa requête, de démontrer que les circonstances imposent de laisser l'adversaire dans l'ignorance de la mesure sollicitée à son encontre.

Pour illustrer ce principe nous pouvons prendre l'exemple d'un arrêt de la cour d'appel de Poitiers<sup>48</sup> du 27 mars 2007. Cette cour d'appel avait ordonné la rétraction d'une ordonnance sur requête en jugeant qu'aucun motif ne justifiait que la remise des registres des mouvements de titres sociaux ait été ordonnée sur requête dès lors qu'il s'agissait de documents sociaux ne pouvant faire l'objet de disparition ou de destruction et qu'aucune circonstance particulière n'exigeait l'absence de débat contradictoire sur la légitimité de la demande de production.

Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 11 février 2010<sup>49</sup>, tire les conséquences de cette règle.

En l'espèce, une société avait obtenu du Président d'un Tribunal de Commerce, la désignation d'un huissier de justice, chargé de se rendre au siège de plusieurs sociétés auxquelles elle reprochait la méconnaissance d'obligations résultant d'un contrat de coopération commerciale, et de se faire remettre la copie de devis et de factures. Une Cour d'appel a confirmé l'ordonnance de référé qui avait rejeté la demande de rétractation de l'ordonnance sur requête. Un pourvoi a été formé contre l'arrêt, dont l'un des moyens, soutenait que la cour d'appel n'avait pas recherché si l'ordonnance sur requête avait caractérisé des circonstances de nature à justifier que la mesure sollicitée ne soit pas prise contradictoirement. La lecture de la requête montrait de façon claire que le requérant ne s'était pas prévalu d'un risque de disparition des preuves, ni d'un effet de surprise. Il n'avait invoqué que les litiges opposant les sociétés et la rupture des relations commerciales. L'ordonnance sur requête n'était pas plus motivée sur les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction.

---

<sup>47</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 octobre 1987, *Bull. civ.* 1987, II, n° 112 – Cass.com., 19 décembre 2000

<sup>48</sup> Poitiers, 27 mars 2007, n° 05/01768

<sup>49</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 2010, *D.* 2010, p. 2102, chron. J.-M. Sommer, L. Leroy-Gissinger, H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin.

L'ordonnance qui statuait sur la demande de rétractation avait seulement dit que le climat conflictuel existant entre les parties justifiait la mesure non contradictoire prise dans un souci d'efficacité. Ce qui constituait, à l'évidence, une motivation inopérante. L'arrêt attaqué avait lui retenu, que le recours à l'ordonnance sur requête s'imposait afin de prévenir une disparition des éléments de preuve recherchés, alors même que les sociétés demanderesse à la rétractation exposaient que ni la requête, ni l'ordonnance n'avaient caractérisé les circonstances fondant le requérant à ne pas appeler la partie adverse.

Il semble donc que la cour d'appel ne se soit pas interrogée sur le point de savoir, si dès l'origine, c'est-à-dire dès la requête, les éléments autorisant la société requérante à ne pas appeler ses adversaires avaient été invoqués et justifiés. La Cour de cassation a cassé la décision qui lui était soumise pour défaut de base légale au regard des articles 145, 493 et 875 du Code de procédure civile. La Cour reproche à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si la requête et l'ordonnance caractérisaient les circonstances justifiant le recours à la procédure sur requête. Il faut retenir de cet arrêt qu'il appartient au requérant de dire et de justifier en quoi, les circonstances exigent que la mesure d'instruction sollicitée ne soit pas prise contradictoirement. Ensuite, que le juge doit, même d'office, effectuer cette recherche qui procède de la vérification de la régularité de sa saisine. Cette obligation vaut aussi pour le juge saisi de la demande de rétractation.

Dans un arrêt du 5 mai 2011<sup>50</sup>, la deuxième chambre de la Cour de cassation exige que la preuve prescrite à la charge du requérant résulte « expressément » de la requête présentée. Cette solution condamne une pratique de certains plaideurs, qui songent parfois à alléguer que leur requête recèle « implicitement » l'exposé de motifs de nature à justifier l'usage d'une voie non contradictoire. D'ailleurs un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 6 juillet 2010 confirme que la seule indication de ce qu'il existe un « climat tendu entre les parties ne saurait suffire à caractériser l'existence de circonstances de nature à justifier la suppression de tout débat contradictoire ».

Cependant, dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 15 janvier 2009, un pourvoi invoquait « qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur requête que si une dérogation au principe du contradictoire s'impose. En se bornant à énoncer que la

---

<sup>50</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mai 2011, n° 10-19.046

mesure avait “plus de chance” de succès si elle était non contradictoire, la cour d’appel n’a pas caractérisé en quoi une telle dérogation s’imposait ». La Cour de cassation répond « qu’ayant relevé que la mission confiée à l’huissier avait plus de chance de succès si elle était exécutée lorsque la partie adverse n’en était pas avertie, s’agissant de la remise de documents et de l’audition de plusieurs personnes pouvant se concerter, la cour d’appel a caractérisé les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction ».

La Cour de cassation exige donc bien que le demandeur justifie son recours à la procédure sur requête. Il se doit de démontrer que cette voie constitue une utilité pour lui. Cependant, la Cour de cassation ne se montre pas très rigoureuse sur l’explication à donner, lorsqu’elle estime que l’argument « plus de chance de succès » suffit à caractériser les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction.

Le respect du principe du contradictoire se doit d’être aussi confronté à l’audience d’ouverture de séquestre.

#### b. L’audience « d’ouverture de séquestre »

Il s’agit, ici, du chantier à venir probablement le plus important de cette procédure<sup>51</sup>. Des interrogations s’élèvent par rapport au soin mis en œuvre par certaines juridictions, comme les tribunaux de commerce de Paris et de Nanterre, pour ménager les intérêts légitimes de chacune des parties à la procédure sur requête de l’article 145 du Code de procédure civile. En effet nous pouvons remarquer dans la pratique, que les mesures d’instruction sur requête qui conduisent à l’obtention, par un huissier chez l’adversaire ou un tiers, de documents, papiers ou informatiques, sont autorisées à condition que ces pièces soient placées sous séquestre chez une huissier instrumentaire. Concrètement, une fois les documents placés sous séquestre, le requérant doit assigner en référé le requis en ouverture du séquestre. Lors de la procédure de référé, l’huissier est autorisé à communiquer une copie des pièces saisies à la personne requise pour qu’elle puisse, lors d’une audience spéciale consacrée à cette fin, présenter au juge ses objections éventuelles à la communication des pièces au requérant.

---

<sup>51</sup> F. de Bérard, « Les mesures d’instruction in futurum : retour sur la procédure de l’article 145 du CPC », *Gaz. Pal.* n° 343, 8 décembre 2012, p. 19

Une telle pratique est fondée sur la volonté de protéger les intérêts de la personne chez qui les pièces ont été saisies afin d'éviter le risque d'une procédure s'apparentant à une perquisition, en particulier lorsque le premier juge est saisi sur requête.

Cependant cette pratique, bien que légitime, soulève deux difficultés majeures<sup>52</sup>. La première tient au fait que ce référé et ces audiences, fixées par le juge, ne sont pas encadrés par les textes. La seconde, tient au souci d'instaurer une apparence de contradiction, alors que le juge n'est pas saisi d'un référé-rétractation. Dans la majorité des cas, le requérant participe à l'audience dite « d'ouverture de séquestre » mais sans pouvoir prendre connaissance des pièces qui feront l'objet de discussions, et donc, sans pouvoir formuler la moindre observation au cours du dialogue unilatéral entre le juge et son adversaire. Or, la Cour de cassation, a régulièrement l'occasion de rappeler l'importance du respect de la contradiction.

Selon Monsieur de Bérard, si une telle pratique devait être amenée à se généraliser, la question d'une réforme de l'article 145 du Code de procédure civile devra être proposée, dans l'objectif d'établir une contradiction effective lors de l'ouverture des séquestres. Pour s'assurer que les objections élevées par le requis ne soient pas dilatoires, le requérant devrait au minimum avoir un droit à l'information, le conduisant à prendre connaissance, sans en prendre copie, des pièces discutées lors de l'audience. Ceci, en vue, le cas échéant, d'opposer lors de cette audience ses observations aux objections exprimées par son adversaire sur une éventuelle communication des pièces litigieuses.

La requête est une voie qui peut facilement être instrumentalisée car elle n'est pas contradictoire. Cependant, ce n'est pas la seule manière de l'utiliser à son profit. En effet, le juge lui même peut être victime d'une telle pratique.

## 2. Requête et impartialité du juge : le référé-rétractation

L'impartialité du juge est une garantie tirée du droit au procès équitable posé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette garantie essentielle, doit être assurée dans le cadre de toutes les procédures, et en particulier, pour ce qui nous concerne, dans le cadre de la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile. Les particularités

---

<sup>52</sup> V° F. de Bérard, *ibid.*

inhérentes à cette procédure conduisent à plusieurs adaptations compte tenu de la garantie du droit à un tribunal impartial.

La question ne pose pas de difficultés particulières s'agissant de la saisine du juge par la voie du référé, donc une saisine contradictoire. En effet, il suffit de s'assurer que le juge saisi en référé pour autoriser la mesure d'instruction ne figurera pas parmi les juges composant la juridiction qui sera éventuellement saisie du procès au fond. Cette logique est conforme à la solution de l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans sa décision *Bord Na Mona*<sup>53</sup> rendue sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cependant, la question pose plus de difficultés s'agissant d'une saisine par la voie de la requête. En effet, lorsque le juge fait droit à la requête, la voie de recours est, de façon classique, celle du référé-rétractation. Cette voie de recours est prévue par l'article 496 du Code de procédure civile. Elle est ouverte à « tout intéressé », sans limite de temps et devant le « juge qui a rendu l'ordonnance ». Cette procédure consiste à saisir le juge qui a autorisé la mesure, en vue d'empêcher que celle-ci ne se réalise ou pour en annuler les effets. Cette action aboutit à restituer l'intégralité des pièces qui ne pourront être utilisées en justice.

Il n'y a pas de risque d'atteinte, selon l'avocat François de Bérard<sup>54</sup>, à l'impartialité du juge en matière de requête puis de référé-rétractation, en particulier dans le cadre de l'article 145 du code de procédure civile, puisque le premier juge saisi rend une décision provisoire qui ne tranche pas le fond. Cependant, être impartial signifie ne pas avoir de parti pris. L'impartialité du juge procède de l'adage *nemo iudex in re sua*, selon lequel on ne peut être à la fois juge et partie. Même si le juge n'a pas abordé le fond, il peut être légitime d'avoir un doute sur l'impartialité d'un juge amené à autoriser sur requête une mesure d'instruction fondée sur des motifs légitimes, puis à statuer, au stade du recours, sur le bien-fondé de cette autorisation. La Cour européenne, a après tout jugé, que l'impartialité est aussi affaire d'apparence, puisque selon l'adage anglais « not only must Justice be done, it must also be seen to be done<sup>55</sup> ». De plus, les enjeux d'une telle procédure ne sont pas neutres. En effet un tel recours peut conduire à la nullité rétroactive de toutes les mesures ordonnées sur requête, avec les conséquences que cela peut entraîner sur les actes qui en procèdent.

---

<sup>53</sup> Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709

<sup>54</sup> F. de Bérard, *ibid.*

<sup>55</sup> «Il ne faut pas seulement que la justice soit rendue, il faut aussi qu'elle donne l'apparence d'être rendue.»

La réponse à une telle suspicion se trouve, réaffirmée, implicitement, par des arrêts de la Cour de cassation dans le domaine de l'article 145. Par exemple, la Cour a réaffirmé que le juge de la rétractation n'a pas nécessairement à être « la même personne physique que celle qui a ordonné la mesure critiquée », conformément à son arrêt du 11 mai 2006. Cette précision est surtout une façon implicite de garantir l'impartialité de la procédure de rétractation puisque la partie qui a obtenu l'autorisation de pratiquer sur requête une mesure d'instruction de l'article 145 du code de procédure civile, ne peut, en aucune façon, parier sur l'identité du juge qui viendra trancher la rétractation.

Nous voyons aussi que les juridictions se montrent soucieuses des apparences et du bien-fondé de leur pratique. Par exemple le tribunal de commerce de Paris confie la procédure de rétractation à une formation collégiale.

Toujours soucieuse des apparences, la Cour de cassation va tenter de prémunir les futurs adversaires, contre des immixtions intempestives dans leur vie, facilitées par la procédure de l'article 145.

## **B. Le danger d'une intrusion dans la vie d'autrui**

La production forcée *in futurum* permet à toute personne intéressée qui a un motif légitime de demander, avant tout procès, la production de pièces, dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Le but de cette mesure est d'avoir accès à certains documents qui sont détenus par d'autres personnes et cela de manière forcée. Cette mesure n'est pas là pour demander à une personne qui détient les pièces de les communiquer spontanément. Cet instrument contient donc bien de manière inhérente un danger, celui d'une immixtion intempestive dans la vie privée et la vie des affaires (1). Cette intrusion, en plus d'être désagréable pour la personne qui la subit, peut vite se transformer, sous la volonté malicieuse de certains plaideurs, en une perquisition civile (2).

### **1. L'immixtion dans la vie privée et la vie des affaires**

La situation est la suivante : le demandeur cherche à établir la lumière sur certains faits, tandis que le défendeur, lui, peut vouloir que les informations qu'il détient restent dans l'ombre pour protéger un secret. En pratique deux configurations se présentent : soit le défendeur se prétend

bénéficiaire d'un secret, comme le secret des affaires qui doit le protéger contre les investigations du demandeur, soit il se dit lié par un secret, notamment le secret professionnel, qui l'empêche de répondre favorablement aux sollicitations du demandeur. La question qui se pose est celle de savoir à quel point le défendeur peut se prévaloir de ces secrets pour faire obstacle à la demande de production forcée *in futurum*. C'est ce que nous verrons tour à tour pour le secret des affaires (b) et pour le secret professionnel (c). Cependant, le défendeur peut aussi invoquer le droit au respect de la vie privée pour éviter de subir une telle demande. Nous verrons, là aussi, quelle est la force d'une telle défense (a).

a. Production forcée *in futurum* confrontée à la vie privée

Dans le cadre de la confrontation de la production forcée *in futurum* à la vie privée, nous étudierons plus précisément la vie privée du salarié, domaine où il y a le plus de contentieux.

La chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans quelle mesure et comment l'employeur peut contrôler l'usage par le salarié du poste informatique avec connexion Internet mis à sa disposition pour les besoins de son activité professionnelle. Tout a commencé avec l'arrêt Nikon de 2001<sup>56</sup>. Dans cet arrêt, il avait été affirmé par la Cour de cassation que : « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ». Laissant sceptiques divers auteurs, la chambre sociale s'est montrée plus nuancée dans son arrêt de 2005<sup>57</sup>. En effet elle a déclaré que « sauf risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dument appelé ».

Ces arrêts avaient été rendus au visa des articles 9 du Code civil et L. 120-2 du Code du travail, auxquels s'ajoutaient l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Nouveau Code de procédure civile.

---

<sup>56</sup> Cass. soc., 2 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. Gautier ; *Comm.com. électr.* 2001, comm. 120 et les obs. J.-E. Ray, *Courrier privé et courrier professionnel* : *Dr. soc.* 2001, p. 915 et s.

<sup>57</sup> Cass. soc., 17 mai 2005, *Comm.com. électr.* 2005, comm. 121 et les obs. ; *Dr. soc.* 2005, p. 789, note J.-E. Ray

L'article 145 du Nouveau Code de procédure civile est venu enrichir le visa. En effet, au visa des articles 145 du Nouveau Code de procédure civile, 9 du Code civil et L. 120-2 du Code du travail, la Cour de cassation a affirmé en 2007<sup>58</sup> que « le respect de la vie personnelle du salarié 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 ».

En l'espèce, une société avait obtenu du président d'un tribunal de grande instance, sur requête, une ordonnance autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur qu'elle avait mis à la disposition d'un salarié. Ce dernier, était soupçonné de commettre des manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente. L'huissier était autorisé à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques que le salarié avait échangés avec des personnes étrangères à l'entreprise. La cour d'appel avait rétracté l'ordonnance et annulé le procès-verbal dressé par l'huissier. En effet, elle estimait que « la mesure d'instruction ayant pour effet de donner à l'employeur connaissance des messages personnels émis et reçus par le salarié, il était porté atteinte à une liberté fondamentale ». La Cour de cassation avait cassé l'arrêt et reproché à la cour d'appel d'avoir violé les articles 145 du Nouveau Code de procédure civile, 9 du Code civil et L. 120-2 du Code du travail pour avoir ainsi statué « alors que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait de ses constatations que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié ».

Nous voyons que le recours à un huissier, témoigne de la prudence qui guide les employeurs. En effet, ceux-ci sont soucieux de ne pas se voir reprocher par les juges, une immixtion illicite dans la vie privée du salarié. Cependant cette prudence n'avait pas convaincu les juges du fond dans cette espèce. Mais tel n'est pas toujours le cas. Dans un arrêt du 10 juin 2008<sup>59</sup>, la cour d'appel a estimé que l'employeur avait des raisons légitimes et sérieuses de penser qu'une de ses salariées faisait usage de l'ordinateur qui lui avait été confié par lui, à des fins de concurrence déloyale. En l'espèce, un huissier de justice avait eu mission de prendre copie des messages que la salariée avait échangés, étant précisé que cette mission devait s'accomplir en présence de la salariée ou celle-ci dument appelée.

---

<sup>58</sup> Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. civ.* 2007, V, n° 84

<sup>59</sup> Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229

Cet arrêt confirme bien la montée en puissance de l'article 145 dans le contentieux relatif à l'utilisation d'Internet par le salarié à partir de son poste informatique professionnel.

Le droit au respect de la vie privée n'est pas seulement invoqué par le salarié lui-même, il peut aussi être invoqué par un employeur pour éviter de communiquer certains documents ayant trait à ses autres employés.

Dans un arrêt récent du 19 décembre 2012<sup>60</sup>, la Cour de cassation juge que ni le droit au respect de la vie personnelle du salarié, ni le secret des affaires ne font obstacle à la mise en œuvre de l'article 145, permettant d'ordonner à l'employeur, en référé et sous astreinte, la production des documents de nature à établir l'existence de discrimination à l'encontre d'un salarié.

La preuve de mesures discriminatoires est souvent difficile à rapporter par un salarié, en raison du régime de preuve en la matière et notamment du fait que toute action fondée sur une discrimination n'est recevable que si le salarié est en mesure de présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence de celle-ci.

En l'espèce, deux salariés qui s'estimaient victimes de mesures discriminatoires en matière de salaire, ont demandé, avant tout procès, au fond et sous astreinte, la production par leur employeur des bulletins de salaire, contrats de travail et avenant de certains autres salariés de l'entreprise, ainsi que les tableaux d'avancement et de promotion au sein de la société. Les salariées considéraient que la production de ces documents était nécessaire à la protection de leurs droits, en l'espèce, d'établir, par une procédure au fond, la discrimination dont elles étaient victimes. La société contestait cette demande. Elle estimait en effet, au premier chef, que les salariées ne pouvaient introduire en référé, une telle demande, laquelle ne viserait qu'à obtenir la preuve de ce qu'elles avançaient alors même que les salariées n'auraient aucun élément de fait laissant supposer l'existence de discrimination à leur égard. Le deuxième argument de l'employeur est le droit au respect de la vie privée des autres salariés, lesquels ne sont pas concernés par ce litige, ainsi que le secret des affaires.

La Cour de cassation rejette les arguments de la société et confirme la décision des premiers juges qui ont ordonné la production par l'employeur des documents demandés par les deux salariées.

---

<sup>60</sup> Cass. soc. 19 décembre 2012, n° 10-20.526 et n° 10-20.528

La Cour de cassation affirme donc clairement que ni le droit à la vie privée, ni le secret des affaires ne sont un obstacle à l'article 145 du Code de procédure civile, lequel ne vise non seulement la conservation de la preuve, mais peut aussi tendre à son établissement.

Cependant, les mesures ne peuvent être ordonnées que si elles permettent de protéger les droits de la partie qui les sollicite et qu'il est rapporté un motif légitime. En l'espèce, les conditions étaient rassemblées. En effet, seul l'employeur était en possession de documents permettant d'établir une éventuelle discrimination, documents qui étaient nécessaires à la protection des droits des demanderesse.

La jurisprudence n'est malheureusement pas homogène en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée. La chambre sociale considère que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 depuis un arrêt de 2007<sup>61</sup>. La deuxième chambre civile, décide, elle, que « nul ne peut être contraint à produire en justice des documents relatifs à des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et touchant à l'intimité de la personne<sup>62</sup> ».

Comme nous avons pu le voir dans l'arrêt du 19 décembre 2012, le droit au respect de la vie privée n'est pas le seul argument à être utilisé pour se défendre contre l'instrument probatoire de l'article 145. Le secret des affaires est lui aussi très souvent utilisé.

#### b. Production forcée *in futurum* confrontée au secret des affaires

La notion de secret des affaires a fait l'objet d'études importantes<sup>63</sup>, mais elle n'a cependant jamais été exactement définie. Ses contours demeurent assez flous, car, tout, dans la vie des affaires peut être secret.

Pour comprendre plus précisément cette notion, il faut adopter une démarche fonctionnelle, comme le préconise le professeur Gavalda<sup>64</sup>. Il faut prendre appui sur l'idée que « ce que l'on

<sup>61</sup> Cass.soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818

<sup>62</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 29 mars 1989, n° 88-10.336

<sup>63</sup> V° C. Gavalda, « Le secret des affaires », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 291 ; R. Saint-Alary, « Le secret des affaires en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, tome XXV : le secret et le droit (Journées libanaises, 1974), *Dalloz*, 1976, p. 263 ; B. Bouloc, « Le secret des affaires », DPCI 1990, p.6

<sup>64</sup> C.Gavalda, « Le secret des affaires », *ibid.* p. 315

cherche à éviter lorsque l'on invoque le secret des affaires, c'est la divulgation d'informations concernant l'entreprise, informations qui pourraient être exploitées par un concurrent, soit pour fabriquer un produit similaire à moindre cout, soit pour pénétrer le marché en ayant connaissance de la clientèle<sup>65</sup> ». On estime que les documents susceptibles d'être couverts par le secret des affaires « sont ceux qui contiennent des informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à son chiffre d'affaires, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à ses couts, à ses prix ou à sa part de marché<sup>66</sup> ». En d'autres termes tout ceux qui contiennent « des données sensibles d'ordre commercial<sup>67</sup> ».

On voit bien que l'intérêt de l'article 145 serait ruiné<sup>68</sup> s'il suffisait d'invoquer le secret des affaires pour faire échec à une demande de mesure d'instruction *in futurum*. Cependant, d'un autre coté, on ne peut pas admettre que cet article puisse servir de fondement à « une chasse aux trésors<sup>69</sup> », engagée par un plaideur qui n'a pas encore formalisé ses prétentions devant le juge du fond. En effet, l'article 145, pourrait être détourné de sa fonction probatoire par des plaideurs qui l'utiliseraient uniquement afin de mettre à jour les secrets d'affaires de leur concurrent, en dehors de toute idée de litige.

M. Virassamy<sup>70</sup>, émettait l'hypothèse suivant laquelle, le secret des affaires ne constituerait qu'une « limite relative » à l'application de l'article 145. Selon lui, « il semblerait que la protection du secret des affaires prévaut chaque fois que le demandeur ne fait pas la preuve du caractère réellement légitime de sa demande » ; en revanche « lorsque ce caractère est sans conteste démontré, la protection du secret des affaires doit composer ».

Il avait apparemment vu juste, puisque le 7 janvier 1999<sup>71</sup>, la Cour de cassation a fait connaître sa position de principe en indiquant que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145, 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 ».

<sup>65</sup> B. Bouloc, article précité, spéc.p.9

<sup>66</sup> B. Geneste, « Le secret des affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence », *D. aff.* 1997, p. 1271, spéc. p. 1273

<sup>67</sup> idem.

<sup>68</sup> A.-M. Batut, « Les mesures d'instruction in futurum », *Rapport de la Cour de cassation pour 1999*, p. 99, spéc. p. 115

<sup>69</sup> R. Perrot, obs. à la *RDTCiv.* 1984, p. 562

<sup>70</sup> G. Virassamy, note sous Cass. Com., 5 janvier 1988, *D.* 1989, p. 354, spéc. p. 357

<sup>71</sup> Cass.civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Bull. Civ.* II, n° 4, p.3

Il résulte donc de cet arrêt, que le secret des affaires n'est pas « un talisman que le défendeur n'aurait qu'à brandir pour conjurer le risque de voir un expert se pencher sur ses secrets, grands ou petits<sup>72</sup> ». Cependant, dire que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile ne signifie pas qu'il s'agit « d'une ornementation superflue dont il n'y aurait jamais lieu de tenir compte<sup>73</sup> ». Il ne faut pas non plus croire que les mesures d'instruction *in futurum* sollicitées par les justiciables soient systématiquement accordées. Au contraire, il appartient au juge « de veiller à ce que les faits invoqués ne dissimulent pas en réalité un moyen pour la partie demanderesse, d'accéder à bon compte et sans raison majeure à des informations confidentielles et de porter une atteinte injustifiée aux secrets commerciaux et industriels, ou plus globalement, à l'activité d'une entreprise concurrente<sup>74</sup> ».

Il appartient donc au juge de veiller au respect du secret des affaires en contrôlant la légitimité de la demande.

Utilisé afin de permettre l'obtention de pièces touchant au secret des affaires, l'article 145 confronte deux droits apparemment antithétiques selon le professeur Pierre-Maurice<sup>75</sup> : le droit à la preuve consacré aux articles 10 et 11 du Code de procédure civile, et le respect du secret des affaires. La jurisprudence a su concilier ces deux impératifs en imposant un contrôle strict en amont et en aval de l'autorisation.

En effet, avant d'autoriser le demandeur à faire procéder à l'exécution de la mesure, le juge doit s'assurer que la demande est bien fondée, que son auteur a réellement l'intention d'engager un procès et que les documents sollicités peuvent effectivement servir de preuve dans ce dernier. L'autorisation de la mesure probatoire est subordonnée à l'existence d'un motif légitime, condition présente dans l'article 145. Si un tel motif existe, le juge répond favorablement à la demande. Néanmoins, son contrôle n'est pas fini puisqu'il prend soin d'encadrer strictement l'exécution de la mesure probatoire afin d'éviter les divulgations ou les appropriations illégitimes d'informations secrètes.

---

<sup>72</sup> F.-X. Lucas, note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Bull. Joly* 1999 § 148, p. 666, spéc. p. 668

<sup>73</sup> R. Perrot, note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Procédures* 1999, n°60

<sup>74</sup> A.-M. Batut, « Les mesures d'instruction in futurum », *Rapport de la Cour de cassation pour 1999*, p. 99 spéc. p. 115

<sup>75</sup> S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, n° 41, chron. p. 3133

Comme nous l'avons dit, la violation du secret des affaires est souvent utilisée par une société qui est contrainte par la justice de mettre ses documents comptables, commerciaux ou financiers à la connaissance d'un huissier diligenté par son concurrent. Cependant il faut s'interroger sur la valeur et la force de cet argument. Est-ce que c'est un moyen de défense autonome ? Est-ce qu'il exclut à lui seul l'application de l'article 145 ? La jurisprudence a pendant longtemps répondu de manière ambiguë à ces questions, c'est alors avec bienveillance que doit être accueilli l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui a contribué à éclairer le problème en posant que le secret des affaires n'est qu'un paramètre du motif légitime.

En effet, le secret des affaires était traité par la jurisprudence antérieure à 1999 comme un élément distinct du « motif légitime » de l'article 145. La violation de ce secret apparaissait comme un obstacle autonome à l'application de l'article 145. Cependant, au-delà de cette certitude, des doutes subsistaient quant à la force de cet obstacle. On pouvait ainsi se demander si cet obstacle était absolu ou relatif. Les arrêts commençaient par poser un principe selon lequel le secret des affaires est un obstacle absolu à l'application des mesures préventives probatoires.

Certains auteurs ont pu penser qu'il fallait opposer un refus radical à une demande qui risquerait de porter atteinte au secret des affaires et qu'il suffisait de faire état de ce risque pour évincer l'application de l'article 145. Selon Madame Pierre-Maurice, ces opinions doctrinales ne reflètent pas l'exacte analyse de la jurisprudence, laquelle recelait des éléments contradictoires. L'affirmation du caractère absolu du secret des affaires comme obstacle à l'application de l'article 145 est aussitôt contredite dans les arrêts par l'appréciation du motif légitime. Si la jurisprudence était allée jusqu'au bout de sa logique, elle aurait écarté l'application de l'article 145 selon le professeur Pierre-Maurice. Or ce n'est précisément pas ce qu'elle fait en contrôlant le motif légitime : elle applique purement et simplement l'article 145, niant le principe posé précédemment. De plus, la rédaction finale des arrêts invite à penser selon cet auteur que c'est l'absence de motif légitime qui a été l'élément déterminant pour rejeter la demande. La Cour de cassation rejette donc la demande, non sur le fondement de la violation du secret des affaires, mais sur l'absence de motif légitime.

Le secret des affaires n'a qu'un rôle mineur dans la décision. Il ne fait que conforter la solution de rejet de la Cour, motivée principalement par l'absence de motif légitime.

Pour l'arrêt du 7 janvier 1999, le secret des affaires n'est qu'un paramètre du motif légitime, une donnée qui doit composer avec l'utilité et la pertinence de la demande.

L'orientation que l'on peut dégager des arrêts de la Cour de cassation doit être approuvée. En effet sa première vertu est de dissuader certains plaideurs d'invoquer de manière récurrente un concept, le secret des affaires, qui n'est défini par aucun texte et qui, au regard de son caractère flou, pourrait paralyser la mise en œuvre de nombreuses mesures d'instruction *in futurum*. Sa seconde vertu est de prévenir tout dévoiement de l'article 145 et d'instaurer ainsi un équilibre entre la transparence nécessaire à la manifestation de la vérité et la nécessité de prévenir tout instrumentalisation de l'article 145 par des plaideurs simplement désireux d'organiser une sorte de veille concurrentielle et d'accéder, dans cette perspective malicieuse, à des informations confidentielles détenues par un concurrent.

C'est ainsi que l'obligation pour le juge de vérifier de façon concrète que toute demande fondée sur l'article 145 procède bien d'un « motif légitime » constitue en principe un garde fou puissant.

Le secret des affaires n'est donc pas un obstacle absolu évinçant systématiquement l'application de l'article 145. Il n'est qu'une donnée intégrée à l'appréciation du motif légitime<sup>76</sup> qu'il faut mettre en balance avec d'autres, dans un bilan cout-avantage de la mesure effectuée afin de « doser si dans chaque cas d'espèce les intérêts allégués par la demande sont de nature ou non à l'emporter au regard des secrets invoqués par son adversaire<sup>77</sup> ».

La jurisprudence a eu aussi à connaître de la valeur et de la force du secret professionnel.

### c. Production forcée *in futurum* confrontée au secret professionnel

Si l'article 226-13 du Code pénal dispose : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. », l'article 226-14 du Code pénal précise « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret »

<sup>76</sup> V°. G. Chabot, Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du NCPC, *D.* 2000, chron., p. 256, spéc. p. 258, n° 10-2°

<sup>77</sup> V°. R. Perrot, obs., *Procédures* 1999, p. 12

Lorsque les pénalistes présentent « les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret », ils font référence à l'hypothèse de la collaboration avec l'autorité judiciaire, pour la résolution des litiges, mais ils ajoutent que la portée de ce fait justificatif demeure incertaine en jurisprudence.

De leur côté les civilistes, lorsqu'ils étudient l'article 10 du Code civil, voient dans le secret professionnel un motif légitime de se soustraire à l'obligation d'apporter son concours en vue de la manifestation de la vérité. Ils prennent cependant le soin de préciser que ce texte a eu « pour but de vaincre les abus de silence commis par ceux qui sont trop heureux de se réfugier derrière le secret professionnel plus ou moins discutable<sup>78</sup> » et indiquent que « chacun des différents secrets professionnels fait l'objet d'une casuistique complexe ».

Il existe différents secrets professionnels, mais nous n'aborderons ici que le secret professionnel du banquier, afin de ne pas tomber dans l'exhaustivité !

Le secret professionnel bancaire est expressément consacré en droit français par l'article 57 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, devenu l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier.

Dans un arrêt du 13 juin 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a posé comme principe que : « le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil ». La Cour a cassé au visa des articles 57 de la loi du 24 janvier 1984, 10 du Code civil et 11 du nouveau code de procédure civile, un arrêt de la cour d'appel de Reims, qui avait ordonné, à la demande des consorts Naveaux, la production recto-verso de deux chèques tirés sur le Société générale par Madame Dufour, veuve de Monsieur Meauteau.

Cependant, la Cour dans un arrêt de la même chambre du 11 avril 1995<sup>79</sup> a apporté une dérogation au principe. Dans la perspective d'une action en responsabilité contre un banquier, le représentant des créanciers et l'administrateur du redressement judiciaire d'une société,

<sup>78</sup> M.-A. Frison-Roche, *JCl.civ.* art 10 (1999), n° 68, p. 9.

<sup>79</sup> Cass.com., 11 avril 1995, *Bull.civ.* IV, n° 121, p. 107 ; *Banque et droit* n°45, janvier-février 1996, p. 27, obs. J.-L. Guillot ; *D.* 1996, p. 573, note H. Matsopoulou ; *Gaz.Pal.* 1996, 1, somm., p. 246, obs. H. Croze et Morel ; *JCP* 1995, IV, n° 1484 ; *Procédures* 1995, n° 225, obs. H. Croze ; *Quot.jur.* n° 51 du 27 juin 1995 ; *Rev. droit bancaire* n°50, juillet-aout 1995, p. 145, n° 4, obs. Credot et Gérard ; *RJDA* 1995, n° 1182, p. 917 ; adde, T. Bonneau, « Communication des pièces et secret bancaire », *Rev. droit bancaire* n° 49, mai-juin 1995, p. 94.

avaient demandé au président d'un tribunal de commerce, statuant en référé, d'ordonner, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, que leur soit remis le dossier interne afférent au concours, que la banque le Crédit lyonnais avait consenti à la société, notamment les procès-verbaux des comités de crédit, les études bilantielles, les notes de service et d'une façon générale tout ce qui se rapportait aux opérations de crédit considérées. La demande fut accueillie par le juge du provisoire et la cour d'appel<sup>80</sup> confirma l'ordonnance rendue. Un pourvoi fut alors formé. Celui-ci contestait l'arrêt d'appel car l'article 145 n'autoriserait pas la communication de pièces et le secret professionnel du banquier s'opposait à cette communication. Cependant ces critiques n'ont pas été retenues par la Cour qui a rejeté le pourvoi. En effet pour la chambre commerciale, il entre dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'article 145, une communication de pièces, avant tout procès, de nature à établir que le détenteur de ces pièces avait soutenu abusivement l'entreprise en difficulté. Par ailleurs, le secret professionnel du banquier est de pure protection du client, celui-ci pouvant y renoncer, ce qui résulte de la demande de communication de pièces.

En l'espèce, la question qui est posée à la Cour de cassation est celle de savoir si le banquier ne peut pas s'opposer valablement à une communication de pièces qu'il détient en se prévalant du secret bancaire ?

Le banquier invoquait le secret professionnel auquel il était astreint afin de pouvoir obtenir la censure de l'arrêt de la cour d'appel. Pour lui, le juge des référés ne pouvait pas lui ordonner de commettre une violation du secret professionnel. En effet, le professionnel tenu au secret ne doit rien révéler de ce qui lui a été confié, comme de ce qu'il a connu, appris ou compris à l'occasion de l'exercice de sa profession. Cependant, le secret professionnel n'a pas toujours la même force. Certains ne peuvent jamais être révélés (comme le secret des ministres du culte, et celui des avocats), alors que d'autres peuvent s'écarter face à des considérations plus importantes, ce sont des secrets relatifs. Qu'en est-il du secret bancaire ? Peut-il être considéré comme absolu ?

Jusqu'à la loi du 24 janvier 1984 qui l'a formellement admis, la portée du secret bancaire avait été contestée par des administrations financières, comme les douanes, dont le droit de communication avait été jugé supérieur à lui.

---

<sup>80</sup> Bordeaux, 9 octobre 1992, *D.* 1994, som.com., p. 327, obs. M. Vasseur ; *Rev. droit bancaire* n° 46, novembre-décembre 1994, p. 259, n° 3, obs. Crédot et Gérard

De plus, un arrêt de la chambre commerciale avait pu juger que le banquier devait, lors d'une saisie-arrêt, communiquer certains renseignements réclamés par le créancier saisissant. Face à ce constat, on peut légitimement se demander quelle peut être la portée du secret consacré pour tous établissements et pour tous personnels par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984.

Mais, même la loi elle-même, énonce que le secret n'est pas opposable à certaines autorités bancaires, comme le Banque de France et la Commission bancaire, et même aux autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure pénale. Cependant, la loi reste muette concernant les demandes émanant du juge judiciaire. C'est pourquoi certains auteurs admettent que le secret est à respecter dans les procédures civiles et commerciales, alors que d'autres estiment que le banquier ne peut témoigner ou fournir des renseignements concernant son client sans l'accord de celui-ci.

Une partie de la doctrine processualiste<sup>81</sup> considère que seul le secret professionnel absolu, comme celui du médecin, de l'avocat ou du prêtre, fait obstacle à la communication de documents couverts par le secret professionnel<sup>82</sup>. Ainsi, le banquier ne pourrait se prévaloir d'un motif légitime pour ne pas communiquer des documents à la demande du juge civil.

Les seuls motifs légitimes permettant à une personne de ne pas concourir à la manifestation de la vérité ne sont admis qu'avec réserve. Par exemple, la Cour de cassation a estimé, en matière bancaire, par un arrêt du 19 juin 1990<sup>83</sup>, qu'en cas de procès en responsabilité dirigé contre lui, le banquier ne pouvait pas invoquer le secret professionnel, pour s'opposer à la communication de documents à un expert désigné par le juge des référés. En tant que partie à la procédure, il ne peut pas refuser la communication au profit de ceux qui sont les bénéficiaires du secret. Cependant, nous pouvons remarquer, comme le fait le professeur Matsopoulou<sup>84</sup>, que lorsqu'une action en responsabilité est engagée par des créanciers, ceux-ci ne sont certainement pas les bénéficiaires du secret. Ce ne sont que des tiers qui ne peuvent pas avoir accès aux documents.

<sup>81</sup> V° H. Matsopoulou, « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *D.* 1996, n° 40, p. 573.

<sup>82</sup> ° Daigre, *La production forcée in futurum*, p. 227 et 228 ; en ce sens cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1990, *Bull. civ.* I, n° 31 (communication de renseignements permettant d'identifier le bénéficiaire du solde d'un compte courant postal) ; V. cependant : Normand, *RDT civ.* 1990, p. 134 (pour qui le secret professionnel est un motif légitime de non-communication des pièces)

<sup>83</sup> Cass. com., 19 juin 1990, *Bull. civ.* IV, n° 179 ; *RD bancaire et bourse* 1991, n° 27, p. 197, obs. Crédot et Gérard ; *D.* 1992, Somm. p. 32, obs. Vasseur ; Gavalda et Stoufflet, *Chronique de droit bancaire*, *JCP éd. E* 1991, I, n° 65, n° 8.

<sup>84</sup> V° H. Matsopoulou, « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *D.* 1996, n° 40, p. 573

La Cour de cassation dans son arrêt du 11 avril 1995, procède, selon le professeur Matsopoulou, à une affirmation des plus contestable<sup>85</sup>. En effet, la Cour mentionne que le secret professionnel du banquier est de simple protection du client. Elle indique de plus que celui-ci peut y renoncer et que cette renonciation résulte de la demande de communication de pièces qui émane de l'administrateur.

Si l'on admet effectivement qu'un secret professionnel relatif puisse être révélé à celui qui l'a confié, il ne faut pas oublier qu'une renonciation ne se présume pas. Celle-ci doit émaner d'actes impliquant, de manière précise, une volonté abdicative. Ce qui est très contestable en l'espèce, comme l'on indiqué les professeurs Matsopoulou et Bonneau<sup>86</sup>, c'est qu'on peut se demander si l'administrateur judiciaire d'une société en redressement judiciaire peut être valablement considéré comme le client du banquier. Il peut sans doute avoir cette qualité pendant la période d'observation, s'il possède les pleins pouvoirs de gestion, comme c'est le cas en l'espèce. Il a alors le pouvoir d'administrer l'entreprise et il est donc tenu au respect des obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise. Cependant, même s'il a des pouvoirs de gestion, il ne peut pas se substituer aux organes sociaux qui demeurent en place. Il ne saurait donc pas être considéré comme le représentant légal de la personne morale et avoir accès aux secrets de celle-ci. Il n'a pas non plus le pouvoir de relever le professionnel de son obligation au silence.

De plus en l'espèce, l'administrateur judiciaire n'était pas le seul à demander des mesures de conservation de la preuve. Il était en effet accompagné du représentant des créanciers. Ce dernier est un organe de la procédure collective et n'est en aucun cas un organe social, ni un représentant de la personne morale et ne peut donc pas être le « client » du banquier !

Selon le professeur Matsopoulou, puisque la doctrine et la jurisprudence décident que le secret professionnel est opposable par le banquier à un associé, a fortiori, la même solution doit valoir à l'égard des créanciers ou de l'administrateur judiciaire, qui ne sauraient avoir connaissance des secrets concernant le débiteur. De plus comme nous l'avons vu, la Cour de cassation a, postérieurement à cet arrêt<sup>87</sup>, censuré une cour d'appel qui avait ordonné la communication dans son intégralité de deux chèques aux héritiers du client de la banque. La Cour de cassation avait énoncé que le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit est un empêchement légitime opposable au juge civil. Il convient donc d'approuver la

---

<sup>86</sup> T. Bonneau, « Communication des pièces et secret bancaire », *Rev. droit bancaire* n° 49, mai-juin 1995, p. 94. et H. Matsopoulou, « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *D.1996*, n° 40, p. 573.

<sup>87</sup> Cass.com., 13 juin 1995

critique du professeur Matsopoulou qui estime que l'on ne voit pas pourquoi le banquier serait tenu de fournir des renseignements, concernant le crédit, à ses créanciers ou à l'administrateur judiciaire qui n'a que des pouvoirs de gestion de l'entreprise durant la période d'observation.

La Cour de cassation dans son arrêt du 11 avril 1995 aurait donc du affirmer clairement, comme le suggère l'auteur du commentaire, que les créanciers, soit individuellement, soit par leur représentant ne pourraient obtenir des documents couverts par le secret professionnel.

Un arrêt de la chambre commerciale du 16 janvier 2001 vient jouer en quelque sorte, le rôle d'une preuve par neuf<sup>88</sup>, par rapport aux deux décisions précédentes, qu'elle confirme. Dans cette affaire une personne avait demandé à la juridiction des référés d'ordonner au Crédit lyonnais de lui communiquer les relevés de comptes et ordres d'opérations concernant la société Cepra, pour la période durant laquelle cette personne avait été gérante de cette société, avant qu'elle ne soit mise en liquidation judiciaire. Afin d'ordonner la mesure sollicitée, l'arrêt avait retenu que la levée du secret bancaire était justifiée à l'égard d la demanderesse, en raison de sa qualité de représentante légale de la société cliente de la banque, fondée à ce titre à obtenir communication de tous documents intéressant la société, peu important que cette dernière soit à ce jour liquidée, étant observé que les documents litigieux couvraient une période de gérance de l'intéressée. La Cour de cassation n'a pas retenu cet argument. Elle estime « qu'en statuant ainsi, alors qu'en ordonnant la communication de documents concernant la société Cepra à Madame Lenaff, en sa qualité prétendue de mandataire sociale, tout en constatant que la société était liquidée, ce dont il résultait que Madame Lenaff, ancienne gérante, n'avait plus la qualité pour la représenter et qu'elle se trouvait dans la situation de tout tiers pour l'application de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, application soumise au respect des règles légales sur le secret bancaire ».

La position de la Cour de cassation semble donc claire. Il convient de distinguer selon la qualité du demandeur à la mesure d'instruction *in futurum*. Ainsi, s'il est le client de la banque, celle-ci ne pourra pas lui opposer le secret professionnel bancaire, tandis que s'il est tiers, elle le pourra. Le maniement de ce critère est cependant délicat en pratique. En effet, la

---

<sup>88</sup> Expression de I. Despres, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2004, vol. 34, p. 197.

délimitation du cercle des ayants droit aux informations couvertes par le secret, pose des problèmes tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

Finalement, les exceptions au secret professionnel bancaire apparaissent assez nombreuses dans le cadre de l'article 145 du Code de procédure civile. Certains le déplorent<sup>89</sup>, tandis que d'autres s'en réjouissent et voudraient même aller plus loin<sup>90</sup>.

Ce danger d'une immixtion intempestive dans la vie d'autrui comporte un danger, celui d'une dérive vers une perquisition civile.

## 2. La dérive vers une perquisition civile

Ce n'est pas pour rien que la question du parallélisme entre la production forcée *in futurum* et la perquisition s'est posée. En effet, la production forcée, de par son objet, contient de manière inhérente un danger, celui d'une dérive vers une perquisition privée (a). Cependant, la jurisprudence veille. En prohibant les mesures générales d'investigation, celle-ci vient contrecarrer le danger (b).

### a. Les données du danger

La perquisition du latin *perquisitio*, de *perquierer*, qui signifie rechercher, est une mesure d'investigation effectuée en tous lieux et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tous papiers, effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité<sup>91</sup>. La perquisition est le plus souvent associée à la matière pénale.

En comparaison, la procédure de l'article 145 a été justifiée et créée pour la recherche et la conservation des preuves. L'article 145, rappelons-le dispose : « S'il existe un motif légitime

<sup>89</sup> M. Vasseur, obs. sur Bordeaux, 9 octobre 1992 (arrêt confirmé par Cass.Com. 11 avril 1995), *D.* 1994, som.com., p. 327 : « Y a-t-il encore un secret bancaire ? Voici maintenant qu'en conséquence d'une nouvelle dérive inquiétante, la cour de Bordeaux, par confirmation d'une ordonnance de référé précédemment rendue, ordonne sur le fondement de l'article 145 du NCPC à une banque de communiquer directement à l'administrateur au redressement judiciaire et au représentant des créanciers son dossier interne concernant les concours consentis à une entreprise en redressement judiciaire »

<sup>90</sup> J.-M. Moulin, note sous Cass.com., 16 janvier 2001, *RJCom.* 2001, p. 132, spéc. p. 136-137 : « La transparence est un thème fort à la mode en droit commercial. Elle est le gage d'une information complète, composante essentielle d'une acceptation libérale du marché. Aussi est-il dans ce contexte, difficile de justifier le refus de la levée du secret bancaire en s'appuyant sur la seule qualité d'ancien dirigeant du demandeur »

<sup>91</sup> V° G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 8<sup>e</sup> édition. v° perquisition

de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». La perquisition et la production forcée *in futurum* peuvent cependant aussi avoir le même but : la recherche de la vérité. Cette recherche s'effectue de plus avant le procès.

Elle se fait généralement, pour la production forcée, au siège des sociétés et rarement au domicile de la personne, contrairement à une perquisition pénale. Cependant, plusieurs décisions ont mis en évidence le danger que peut présenter l'article 145, en l'occurrence une immixtion exagérée dans les affaires d'autrui. Ce risque se trouve favorisé par les mesures prenant la forme de production de documents, étant observé que celle-ci a été considérée comme « légalement admissible », à condition, toutefois, que l'existence des documents dont la production est sollicitée soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable.

Le risque inhérent que contient la production forcée *in futurum*, à savoir une dérive vers une sorte de perquisition civile, est le plus souvent actionné par la malice des plaideurs. En effet, cet instrument ne doit pas être utilisé comme un moyen d'intimidation ou de pression d'une partie sur une autre, ni comme une occasion de découvrir, avec l'aval d'un juge, les secrets de son adversaire. Comme l'observe le professeur Perrot, le recours à cet instrument ne saurait servir « de prétexte à des missions d'information aux contours mal définis qui, sous le couvert de la décision du juge obtenu au besoin sur simple requête, risqueraient de se transformer en des perquisitions privées et pourraient ouvrir la voie à de dangereuses immixtions dans les affaires d'autrui<sup>92</sup> ». En d'autres termes, il ne peut être « la providence de ceux, qui mal assurés de leurs griefs, attendent du juge qu'il ordonne une mission exploratoire propre à alimenter une argumentation pour laquelle les matériaux leur font encore défaut<sup>93</sup> ».

Cependant de nombreux plaideurs malicieux essayent toujours de faire dériver l'instrument vers une perquisition privée, comme peut en témoigner l'arrêt du 16 mai 2012 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

En l'espèce, une société, la société AVS communication, alléguant des actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle, qu'elle imputait à une autre société, la société

---

<sup>92</sup> R.Perrot, obs. à la *Rev.trim.dr.civ.* 1982, 787

<sup>93</sup> J. Normand, obs. à la *Rev.trim.dr.civ.* 1989, p. 135

Publistick, a obtenu d'un président d'un tribunal de commerce, sur requête, l'autorisation qu'un huissier de justice se rende dans les locaux de la société Publistick et « d'ouvrir tout placard, tiroir, meubles, aux fins de rechercher, de décrire, au besoin de copier ou de faire photocopier ou reproduire, tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement de clientèle et de salariés opéré par la société Publistick ».

Cette manière de procéder s'apparente bien à la définition de la perquisition : une mesure effectuée en tous lieux (ouvrir les placards, les tiroirs, meubles), qui s'apparente à une fouille complète des locaux, aux fins de rechercher en vue de les saisir (ce qui est le propre de la production forcée *in futurum*), tous papiers (en l'espèce tout documents social, fiscal, comptable, administratif), paraissant utiles à la manifestation de la vérité (susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement de clientèle et de salarié).

Face à ce genre de procédés, la Cour de cassation a dû intervenir pour contrecarrer cette dérive en prohibant les mesures générales d'investigations.

b. Un danger contrecarré par la jurisprudence : prohibition des mesures générales d'investigation

Le juge peut ordonner toutes mesures envisageables, qu'elles aient pour rôle de préserver une preuve en voie de dépérissement ou de constituer une preuve<sup>94</sup>, pourvu qu'elles soient légalement admissibles et qu'elles ne constituent pas des mesures d'investigation générales<sup>95</sup>.

Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1999 estime même que l'absence de précision de la mesure demandée confine à l'absence de motif légitime : « Mais attendu que relevant, sans aucune dénaturation et par des appréciations souveraines sur l'existence d'un motif légitime, que la mesure d'instruction demandée s'analysait en une mesure générale d'investigation portant sur l'ensemble de l'activité de la société D et tendant à apprécier cette activité et à la comparer avec celle de sociétés ayant le même objet, la cour d'appel, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 145 du

<sup>94</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 juin 1998, *Bull. inf. C. cass.* 1998, n° 1221

<sup>95</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Bull. civ.* 1999, II, n°3

Code de procédure civile, en décidant sans ajouter au texte une condition qu'il ne contenait pas, que la mesure demandée excédait les prévisions de cet article 145 ».

Les mesures d'instruction autorisées par le juge en application de l'article 145 ne peuvent en aucune façon, conduire une partie à piéger celui qui sera son adversaire dans le procès à venir ou à obtenir de lui des informations sans aucun lien avec le procès futur.

La jurisprudence rejette donc l'utilisation de stratagèmes. Dans un arrêt du 10 février 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné l'ordonnance du juge qui avait autorisé un huissier a, en quelque sorte, piéger la personne chez qui il venait réaliser ses opérations autorisées sur le fondement de l'article 145.

En l'espèce le juge saisi sur requête avait ordonné à l'huissier de procéder à plusieurs constats, sans l'obliger à décliner son identité et/ou le titre qui fondait son pouvoir. Le juge autorisait l'huissier « à ne faire état de l'ordonnance le commettant et fixant sa mission qu'une fois cette dernière accomplie ». La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel qui confirme le rejet de la demande en rétractation. En effet selon la Cour de cassation il est nécessaire que « copie de la requête et de l'ordonnance soit remises à la personne à laquelle elle est opposée antérieurement à l'exécution des mesures d'instruction qu'elle ordonne ».

Cette procédure sur requête, utilisée pour son effet de surprise, ne doit cependant pas, comme l'a relevé le professeur Perrot, amener à agir de façon déloyale et à mettre en place un stratagème conduisant à piéger son adversaire, « ce qui compte, c'est la recherche loyale des preuves, dans l'attente d'un éventuel débat contradictoire sur les conséquences qu'il y aura lieu d'en tirer ».

En plus de lutter contre les stratagèmes, la Cour de cassation lutte aussi contre la pratique des fishing expeditions. En effet, soucieuse de préserver la loyauté de la procédure, la jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner des ordonnances qui autorisaient l'huissier à procéder à des mesures tellement larges qu'elles s'apparentaient aux pratiques de fishing expeditions, connues des droits du common law, voire même à une perquisition.

Même s'il est de jurisprudence constante, comme nous l'avons vu, que ni le secret des affaires ni le secret bancaire, par exemple, ne peuvent s'opposer à l'exécution d'une mesure

d'instruction, pour autant le texte de l'article 145 contrecarre, en théorie, toute velléité infondée d'obtenir par son biais, des informations sur son adversaire en conditionnant l'autorisation du juge à l'existence d'un « motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ».

Ce qui est certain c'est que le droit positif condamne fermement les mesures d'instruction *in futurum* qui offrent au demandeur un pouvoir d'investigation général susceptible de ressembler à la perquisition<sup>96</sup>.

Un arrêt de la cour d'appel de Besançon du 19 janvier 2011<sup>97</sup> illustre bien cette solution. En espèce, une ordonnance sur requête avait autorisé un huissier de justice à « ouvrir tout placard, tiroir, meubles, 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 du détournement de clientèle ». L'ordonnance a été frappée d'un recours en rétractation qui n'a pas prospéré. Saisie de la question la cour d'appel a fait observer « qu'il appartient au requérant de, préciser, par rapport à son cas particulier, la nature des documents susceptibles d'étayer les faits rendus crédibles. Il n'est pas davantage admissible de permettre à l'huissier de justice de fouiller les locaux à son gré ».

Il faut aussi que le juge organise rationnellement la collecte des informations confidentielles dans l'ordonnance de référé ou sur requête. Les informations doivent être ciblées. Seuls les documents et pièces nécessaires à conserver ou établir la preuve influant sur un procès futur peuvent être obtenus, appréhendés, voir copiés par le constatant et remis au demandeur. La jurisprudence refuse de cautionner des perquisitions civiles ou des saisies sur le fondement de l'article 145.

La jurisprudence prohibe donc les mesures générales d'instruction portant sur un ensemble de documents et de pièces concernant les secrets d'un concurrent. Par exemple, un huissier ne peut être mandaté pour « se faire communiquer les factures, ou en cas de refus, d'appréhender dans les locaux de la société concurrente, tous les documents et pièces qu'il estimera utiles<sup>98</sup> ». Nous voyons que les pièces à relever ne doivent pas être définies de manière vague,

---

<sup>96</sup> V° J.-D. Bretzner, *D.* 2007. 1901.

<sup>97</sup> Besançon, 19 janvier 2011, n° 10/01667

<sup>98</sup> Cass.com. 16 juin 1998, *Bull.civ.* IV, n° 192 ; *D.* 1998, IR p. 179

cependant, l'inverse est vrai aussi. En effet, les pièces ne doivent pas non plus être consignées dans une liste excessivement longue. Par exemple, la cour d'appel de Paris, a pu considérer, le 13 mai 1998, que la demande d'une société de se faire remettre l'intégralité de la documentation technique du franchiseur sur les produits, les objets de la licence, la liste des fournisseurs, des projets, des méthodes d'industrialisation, des coûts de production, la date des contrats passés, procédait de la « volonté arrêtée de connaître l'état de la technique chez son cocontractant et concurrent ».

Cependant, bien que légitime, la prohibition des mesures générales d'instruction, n'est pas posée en principe par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation ne fait qu'énoncer que « les mesures ordonnées doivent être nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées<sup>99</sup> ». La Cour lie donc la limitation des recherches à l'appréciation du motif légitime et plus particulièrement à la condition d'utilité des faits à établir<sup>100</sup>. Les cours d'appel, elles, sont plus explicites. Elles considèrent la limitation des investigations comme une donnée autonome touchant à la phase d'exécution de la mission du constatant. La cour d'appel de Paris, a par exemple, énoncé en 1980 que « la mesure du constatant doit être strictement délimitée<sup>101</sup> ». En 1999, elle énonce, de manière encore plus claire que « le secret des affaires n'autorise pas d'autres mesures que celles strictement nécessaires à l'établissement des faits précis dont la preuve est recherchée<sup>102</sup> » ; « Le juge des requêtes ne peut, sur quelque fondement que ce soit, confier, à l'huissier de justice une mission de constat consistant en l'examen systématique de tous les fichiers sans restriction ni réserve ».

Dans tous ces cas énoncés, l'intérêt probatoire, souvent chimérique, n'est qu'un prétexte pour réaliser, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, une saisie et une perquisition privée<sup>103</sup>.

Le fait d'utiliser l'article 145 hors de sa fonction probatoire revient à le dénaturer. La possession de documents confidentiels acquiert alors un intérêt en soi. Il s'agit de permettre de prendre connaissance de la documentation technique du concurrent.

Une telle déviation est donc condamnée par la jurisprudence. La Cour de cassation, par un arrêt du 16 juin 1998 a estimé que « le juge ne saurait ordonner de façon générale et en dehors

---

<sup>99</sup> Cass. civ.2. 7 janvier 1999

<sup>100</sup> Cass. civ. 2. 14 mars 1984

<sup>101</sup> Paris 18 juin 1980

<sup>102</sup> Paris 2 juin 1999

<sup>103</sup> S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, n° 41, chron. p. 3131

des cas prévus par la loi, l'appréhension de documents par voie de confiscation et saisie ». D'autres arrêts encore sont plus explicites car ils requalifient la demande « en une mesure générale d'instruction » ou en « une mission d'enquête, voir de perquisition ». Ces arrêts précisent qu'une telle demande « excède le cadre de l'article 145 ainsi que les pouvoirs du juge du provisoire d'ordonner la mesure sollicitée sur ce fondement<sup>104</sup> ».

Lorsque le juge autorise une mesure d'instruction, il a naturellement prévu les conditions d'exécution de celle-ci, afin que les informations confidentielles soient exploitées à des fins probatoires et non en tant que « pillage industriel<sup>105</sup> ».

Le déroulement des opérations est donc confié à un huissier. Son rôle est de filtrer les informations qui vont servir de preuve. Lorsqu'un risque d'atteinte au secret des affaires est possible, dans la grande majorité des cas, un huissier intervient, alors même que celui-ci n'a pas de monopole en la matière. Son intervention n'est pas obligatoire. Cependant, elle est considérée comme essentielle afin de garantir la sérénité du déroulement de la mesure probatoire. Néanmoins, son intervention est certes un élément de protection nécessaire, mais non suffisant. La cour d'appel de Paris en est bien consciente puisqu'elle a rejeté une demande qu'elle qualifiait « d'ingérence au sein de la société concurrente quand bien même les opérations seraient conduites par un huissier<sup>106</sup> ». L'huissier, pour assurer la protection des intérêts de la société rivale, doit agir seul ou être accompagné d'un expert étranger au litige. En effet, il ne pourrait pas être accompagné d'un mandataire de la société demanderesse car cela ruinerait l'effet de la protection recherchée.

La prohibition des mesures générales d'investigation ainsi que l'intervention impartiale d'un huissier constituent donc les deux garde-fous jurisprudentiels pour éviter une utilisation abusive de l'article 145 et pour éviter que la procédure de l'article 145 ne se transforme en une perquisition civile.

---

<sup>104</sup> V° Paris, 14<sup>e</sup> ch. B, 5 septembre 1997, Juris-Data n° 022620, Pierrel c/ Billebault : « le juge excèderait notablement ses pouvoirs » en ordonnant une telle mesure de perquisition.

<sup>105</sup> Le terme est de S. Pierre-Maurice, *ibid.*

<sup>106</sup> Paris 13 mai 1998

## Conclusion

En introduction la question de l'intérêt du sujet avait été soulevée, puisqu'en effet le terme production forcée *in futurum* n'existe pas. Tout au long de ce développement nous sommes attachés à faire apparaître son intérêt en étudiant ses multiples utilités, mais aussi ses multiples dangers. En les opposants, nous voulions faire de cette étude, une balance des arguments en présence, permettant ainsi qu'une opinion se dégage.

Il en ressort que son utilité probatoire n'est pas à nier. Certes, des dérives dangereuses existent, mais un encadrement jurisprudentiel vient en atténuer les effets.

De plus comme le faisait remarquer Jean-Jacques Daigre dans sa thèse, la production forcée *in futurum* n'est pas plus dangereuse que les autres mesures d'instruction. Il suffit d'instaurer un équilibre entre la transparence nécessaire à la manifestation de la vérité et la nécessité de prévenir toute instrumentalisation de cet outil par des plaideurs malveillants.

Ce choix de la jurisprudence de faire entrer dans « les mesures d'instruction légalement admissibles », la production forcée des pièces est opportun. Il permet ainsi à de nombreux plaideurs d'être dotés d'un instrument supplémentaire leur permettant de mener à bien leur futur procès.

Une nouvelle articulation du code de procédure civile serait la bienvenue. En effet, faire entrer dans le sous titre 2 « les mesures d'instruction », la production forcée des pièces, permettra de donner une légitimité plus grande encore à la production forcée *in futurum* : conjuguer assise jurisprudentielle et assise législative. Cela permettra de plus, d'éviter que des juridictions continuent d'exclure la production forcée *in futurum*, de l'éventail des mesures d'instruction de l'article 145 du Code de procédure civile.

Il convient cependant, de déplorer la méconnaissance de cet instrument auprès de nombreux avocats judiciaires, qui lui préfèrent le recours à un expert ou à un technicien afin de réunir des documents. Doit-on y voir un cloisonnement juridique du recours à l'article 145 pour certains contentieux « financiers », ou une méconnaissance réelle de la mécanique légale proposée par le Code de procédure civile ?

## Bibliographie

### I. Ouvrages généraux (cours, manuels et traités)

- CADIET (L), JEULAND (E), *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 7<sup>e</sup> éd. 2011.
- CORNU (G), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 8<sup>e</sup> éd. 2008.
- GUINCHARD (S), FERRAND (F), CHAINAIS (C), *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 2<sup>e</sup>éd. 2011.
- GUINCHARD (S), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 6<sup>e</sup> éd. 2009/2010.
- GUINCHARD (S), *Mégacode de procédure civile*, Dalloz, 2001.
- PERROT (S), SOLUS (H), *Droit judiciaire privé*, Tome 3 : procédure de première instance, Sirey, 1991.

### II. Ouvrages spéciaux (thèses et mémoires)

- DAIGRE (J.J), *La production forcée des pièces dans le procès civil*, PUF 1979
- DESPRES (I), *Les mesures d’instruction in futurum*, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2004, vol. 34.

### III. Articles et contributions

- AMRANI-MEKKI (S), CLAY (T), JEULAND (E), SERINET (Y.M), « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G*, 25 mars 2005, n°12.
- AMRANI-MEKKI (S), CLAY (T), JEULAND (E), SERINET (Y.M), « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G*, 6 mai 2009, n°19.
- BATUT (A.M), « Les mesures d’instruction in futurum », *Rapport annuel 1999 de la Cour de cassation*.
- BILLEMONT (J), « Tribunaux de commerce-référé commercial-ordonnance sur requête en matière commerciale », *JCl. commercial*, fasc. 190 (2010).
- BRAHIC – LAMBREY (C), *Rép .proc. civ. Dalloz*, v° Production forcée des pièces (2012)

- CHABOT (G), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, chron. p. 256
- COMBES (G), « Incidents de procédure, mesure d'instruction, disposition générale », *JCl. procédure civile*, fasc. 634 (2012)
- COUCHEZ (G), *JCl.prc.civ.*, fasc. 623 (1999), n°9, p. 2
- DAIGRE (J.J), *JCl. encyclopédie des Huissiers de Justice*, v° Production forcée des pièces, fasc.10 (2011)
- DE BERARD (F), « Les mesures d'instruction in futurum : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC », *Gaz. Pal.* n° 343, 8 décembre 2012, p. 19.
- DELEBECQUE (P), BRETZNER (J.D), GELBARD-LE DAUPHIN (I), « Droit de la preuve », *D.*, juillet 2010 - octobre 2011, n°42, p. 2891-2899.
- JEANTIN (M), « Les mesures d'instruction in futurum », *D.* 1980. chron. XXX
- MARCHAND (X), VIEIRA (C), *JCl. procédure civile*, v° Production forcée des pièces, fasc. 623 (2012).
- MARRAUD (C), « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *JCP* 1973, I, n° 2572.
- MARTIN (G), « Le référé préventif ou probatoire », *la revue Experts*, n°40, 09/1998
- MOREL (N) et GROSSMANN (K), « L'article 145 sur requête : aux abris ! », *LJA*, n°837 du 4 juin 2007.
- PIERRE-MAURICE (S), « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002, n° 41, chron. p. 3131.
- SAINT-MARTIN (A), « Mesures d'instruction in futurum et "fichiers" du salarié », *RLDI*, aout-septembre 2008, n°41, p. 11-17.
- VIATTE (J), « Communication et production des pièces en justice », *Gaz.Pal.* 1973, 1, doct, p. 406
- VUITTON (X), « Référés spéciaux-référés aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction a futur, référé provision, référé injonction de faire », *JCl. procédure civile*, fasc. 474 (2011).

#### IV. Notes et observations

- BONNEAU (T), « Communication des pièces et secret bancaire », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *rev.drt.bancaire et de la bourse*, n°49, mai-juin 1995, p. 94

- LEPAGE (A), « Conciliation du droit au respect de la vie privée avec les exigences de la preuve », note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 octobre 2008, *Comm.com.électr.* n°7, 2009, comm. 70.
- LUCAS (F.-X), « Expertise in futurum et secret des affaires », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Bull. Joly* 1999, n°6, p. 666.
- MATSOPOULOU (H), « La relativité du secret bancaire en cas d'octroi d'un crédit abusif », obs. sur Cass. com., 11 avril 1995, *D.*1996, n° 40, p. 573.
- MOULIN (J.-M), note sous Cass.com., 16 janvier 2001, *RJCom.* 2001, p. 132, spéc. p. 136-137
- MOUY (G), « Abandon de la condition de l'urgence dans l'ordonnance sur requête probatoire de l'article 145 du code de procédure civile », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2009, *D.* 2009, n°21, p. 1455.
- NORMAND (J), « Le juge des référés tient-il de l'article 145 du nouveau code de procédure civile le pouvoir d'ordonner la production des pièces avant tout procès ? » obs. sur Poitiers, 24 juillet 1986, *RTD. Civ.* 1986. p. 798.
- PERROT (R), « Production de pièces détenues par un tiers », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 2011, *Procédure*, n°8, aout 2011, p. 12.
- PERROT (R), « Absence de preuve des faits », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 février 2011, *Procédures*, n°4, avril 2011, comm. 130, p. 26-27.
- PERROT (R), note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, *Procédures* 1999, n°60
- PIERRE-MAURICE (S), « Vers la fin des ordonnances sur requête préventive probatoire ? », obs. sur Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 février 2006, *D.* 2009, p. 143.
- SOMMER (J.M), LEROY-GISSINGER (L), ADIDA-CANAC (H), GRIGNO-DUMOULIN (S), « Ordonnance sur requête : indication des pièces invoquées et dérogation au principe de la contradiction », chron. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 2010, *D.* 2010, n° 32, p. 2102.
- STAES (O), « Application de l'article 145 CPC sur requête : l'urgence n'est pas une condition », note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2008, *Bull. Joly Société*, 1 avril 2009, n°4, p. 355.
- VASSEUR (M), obs. sur Bordeaux, 9 octobre 1992 (arrêt confirmé par Cass.Com. 11 avril 1995), *D.* 1994, som.com., p. 327
- VIRASSAMY (G), note sous Cass.com. 5 janvier 1988, *D.* 1989, p. 354
- VRAY (H), « En l'absence d'obligation de l'employeur de préconstituer la preuve des motifs du licenciement, le salarié licencié n'est pas fondé à demander au juge des

référés, en application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, la remise sous astreinte par l'employeur des éléments de preuve des faits qui lui sont reprochés », note sous Limoges. ch. soc., 13 septembre 2004, *Gaz.Pal.* 28 octobre 2004, n° 302, p. 19.

#### V. Autres sources (Internet)

- « Pas d'urgence à justifier au regard de l'article 145 du Code de Procédure civile », [http://www.wilhelmassociés.com/Par-d-urgence-a-justifier-au-regard-de-l-article-145-du-Code-de-Procédure-civile\\_a405.html](http://www.wilhelmassociés.com/Par-d-urgence-a-justifier-au-regard-de-l-article-145-du-Code-de-Procédure-civile_a405.html), consulté le 23/03/13
- BOUYSSOU (J), « Perquisition civile : comment l'utiliser ... et s'en défendre », publié le 30 juin 2011, [http://lentreprise.lexpress.fr/contrat-de-travail/perquisitionner-pour-obtenir-la-preuve-d-une-concurrence-de-loyale-comment-cela-se-passe-t-il\\_30921.html](http://lentreprise.lexpress.fr/contrat-de-travail/perquisitionner-pour-obtenir-la-preuve-d-une-concurrence-de-loyale-comment-cela-se-passe-t-il_30921.html), consulté le 23/03/13
- FONTAINE (P), « Discrimination-moyens de preuve- article 145 du code de procédure civile », <http://www.juritravail.com/Actualité/discrimination/Id/35611>, consulté le 23/03/13
- PICARD (F), SAIGET (R), « Application de l'article 145 du code de procédure civile : le respect de la vie privée du salarié et le secret des affaires ne sont pas des obstacles », publié le 15 février 2013, <http://www.jurilexblog.com/application-de-l'article-145-du-code-de-procedure-civile-le-respect-de-la-vie-privée-du-salarie-et-le-secret-des-affaires-ne-sont-pas-des-obstacles-264126> , consulté le 23/03/13
- RISSELET (X), « L'article 145 du code de procédure civile peut-il aboutir à une perquisition civile ? », publié le 25 juin 2008, <http://xavier-risselet.com/2008/06/25/l'article-145-du-code-de-procedure-civile-peut-il-aboutir-a-une-perquisition-civile/>, consulté le 23/03/13
- TOUZET (P), « Pratique professionnelle : le constat de l'article 145 du CPC : un outil puissant et efficace », publié le 9 juin 2011, [http://www.parabellum.pro/Pratique-professionnelle-le-constat-de-l'article-145-du-CPC-un-outil-puissant-et-efficace\\_a358.html](http://www.parabellum.pro/Pratique-professionnelle-le-constat-de-l'article-145-du-CPC-un-outil-puissant-et-efficace_a358.html), consulté le 23/03/13