

## PROCÉDURE CIVILE

## FICHE PRATIQUE

# L'article 145 du CPC et le secret des affaires : concilier des exigences contraires <sup>399a1</sup>

## L'essentiel

Le droit à la preuve et le droit au secret défendent des intérêts contraires. Il revient au juge de les concilier par un contrôle de proportionnalité de la mesure. Alors que le secret des affaires a été encadré la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018, les autres secrets ne relèvent à ce jour d'aucun régime juridique spécifique.



Par  
**Florent LOYSEAU DE  
 GRANDMAISON**  
 Avocat à la cour,  
 ancien secrétaire de la  
 Conférence

Le droit de la preuve repose sur une prémisse illustrée par un adage : « *Idem est non esse aut non probare* »<sup>(1)</sup>.

Intégrée à l'article 1353<sup>(2)</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, l'obligation probatoire impose au demandeur d'assumer la charge de la preuve de sa prétention. Une fois l'obligation prouvée, celui qui s'en prétend libéré doit prouver son exécution ou son extinction [C. civ., art. 1353, al. 2].

Selon l'article 9 du Code de procédure civile (CPC), il in-

combe aux parties la charge de prouver les faits. Toutefois, « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible » [CPC, art. 143].

L'article 145 du CPC trouve ici toute sa mesure et, parfois, sa démesure. En accordant au juge le pouvoir d'ordonner « toute mesure », en référé ou sur requête et avant tout procès au fond, pour autant qu'existent des motifs légitimes<sup>(3)</sup>, le juge est à la fois l'arbitre et le bras armé du plaideur<sup>(4)</sup>.

Le rapport annuel de la Cour de cassation en 2012, consacré à la preuve, rappelait spécifiquement son rôle : « Le juge n'est pas le récipiendaire passif des preuves apportées par les parties au soutien de leurs prétentions. Il lui appartient de les administrer pour assurer la

manifestation de la vérité tout en préservant les droits fondamentaux des justiciables »<sup>(5)</sup>.

Le droit au secret ne fait, pour sa part, l'objet d'aucune définition générale. Son étymologie latine (*segreda/secretus*) signifie « mis à part », « réservé ». Dans la mythologie grecque, quand Persée tranche la tête de Méduse, deux liquides s'écoulent : un élixir d'immortalité et un poison mortel. Telle est la figure du secret, double, à la fois poison et remède<sup>(6)</sup>.

Historiquement, trois grands secrets ont bénéficié de protections : le secret de la confession, le secret médical, et le secret professionnel. Un quatrième a ensuite émergé sous le vocable « secret des correspondances », plus largement compris aujourd'hui dans le cadre du droit à la vie privée.

Désormais, la confrontation du droit à la preuve<sup>(7)</sup> et du droit au secret impose un examen de proportionnalité<sup>(8)</sup> entre les intérêts protégés par le secret et ceux qui fondent une prétention de fond.

Récemment, dans le cadre de la vie des affaires, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 ont transposé la directive européenne n° 2016/943 relative à la protection du secret des affaires, en l'intégrant aux articles L. 151-1 (et suivants) et R. 153-1 (et suivants) du Code de commerce<sup>(9)</sup>. Le secret des affaires est défini à l'article L. 151-1 du Code de commerce comme toute information qui n'est pas libre, ni aisément accessible, dotée d'une valeur commerciale et protégée afin de rester secrète.

Ces dispositions ont construit la première dialectique procédurale, qui autorise le juge à confronter le « droit à la preuve » au « droit au secret », afin de permettre l'un, en aménageant l'autre.

(1) Il est identique de ne pas être ou de ne pas prouver.

(2) Anciennement article 1315 du Code civil.

(3) Cette expression sans définition précise a permis le développement d'une jurisprudence foisonnante et parfois contradictoire (Cass. com., 18 oct. 1988, n° 87-11881 ; Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-15834 ; Cass. com., 26 juin 2014, n° 13-18319 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 2009, n° 08-10771 ; Bull. civ. II, n° 15 – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 févr. 2012, n° 11-13481).

(4) À cet égard, pourrait se poser la question du caractère impartial du juge, alors même qu'il a préalablement ordonné la mesure et a, au sens littéral, préjugé.

(5) Rapp. C. cass. 2012, La preuve, p. 265.

(6) A. Dufourmentel, *Défense du secret*, 2015, Payot & Rivages, Manuels Payot, p. 4.

(7) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2012, n° 11-14177 : D. 2012, p. 2826.

(8) CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, L. L. c/ France ; CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, N.N. et T. A. c/ Belgique ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2017, n° 15-27845.

(9) Le champ d'application peut à première vue surprendre, puisqu'il dépasse les seuls rapports entre commerçants ou concernant des actes de commerce, et vise également les procédures devant le tribunal judiciaire, puisqu'est également visé le juge de la mise en état.

## I. OBTENIR UNE MESURE D'INSTRUCTION EN RÉFÉRÉ OU SUR REQUÊTE

Une mesure d'instruction fondée sur l'article 145 peut être obtenue sur requête ou en référé, conformément aux articles 493 à 497 du Code de procédure civile.

Le choix entre la requête ou le référé est *a priori* simple. La mesure d'instruction peut être obtenue sur requête<sup>(10)</sup> d'après les seules informations du demandeur, qui est fondé à ne pas appeler la partie adverse, dès lors que les pièces sollicitées ne peuvent pas être obtenues par une autre procédure contradictoire et sont susceptibles de disparaître. La requête et l'ordonnance doivent justifier de ces éléments et non, seulement, énoncer un risque potentiel<sup>(11)</sup>. Le refus de la requête peut être contesté dans un délai de 15 jours par voie gracieuse, conformément à l'article 496 du Code de procédure civile. Le dépôt de la requête n'interrompt pas la prescription<sup>(12)</sup>.

Lorsqu'une mesure d'instruction est sollicitée en référé, elle consiste en une assignation en référé et non « en la forme des référés »<sup>(13)</sup> aujourd'hui dénommée procédure accélérée au fond. Il convient de rappeler que l'article 146 du Code de procédure civile est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145<sup>(14)</sup>.

## II. L'EXÉCUTION DE LA MESURE

Lors de l'exécution de la mesure, les principes de contradiction et de loyauté doivent être respectés<sup>(15)</sup> et notamment, les copies de la requête et de l'ordonnance doivent être remises à la personne à laquelle elle est opposée<sup>(16)</sup>.

La question de la remise d'une copie des pièces annexées à la requête est souvent discutée. La deuxième chambre civile, par un récent arrêt du 14 janvier 2021, vient de préciser que la non-remise des pièces accompagnant la requête et l'ordonnance n'est pas de nature à entraîner la rétractation de la mesure<sup>(17)</sup>.

Le consentement du requis n'est pas nécessaire à l'exécution de la mesure<sup>(18)</sup>, sauf si celle-ci n'est pas suffisamment précise et conduit ainsi à une mesure d'investigation générale proscrite par la jurisprudence sans l'accord du requis<sup>(19)</sup>.

## III. LA CONFRONTATION PAR LE JUGE DU DROIT À LA PREUVE ET DU DROIT AU SECRET DES AFFAIRES

Une fois la mesure exécutée, à compter de la signification de l'ordonnance<sup>(20)</sup>, débute la procédure offerte à la fois au requis et au requérant pour débattre de l'obtention des pièces. Pour éviter que les procédures judiciaires ne soient utilisées comme une nouvelle modalité d'espionnage technique, financier ou commercial, la préservation des pièces saisies est une préoccupation constante, jusqu'à l'épuisement des voies de recours ordinaire contre la décision<sup>(21)</sup>.

Si l'ordonnance le prévoit, les pièces peuvent être placées sous séquestre provisoire. Ce séquestre n'est levé que si dans le délai d'un mois à compter de la mesure, le juge est saisi d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance. Le juge saisi de la demande de rétractation pourra également être le juge de la mainlevée<sup>(22)</sup>, mettant fin à une jurisprudence dont la portée pratique était coûteuse, obligeant à former, selon deux procédures distinctes, les demandes de rétractation et de mainlevée<sup>(23)</sup>. À défaut de saisine du juge dans le délai d'un mois<sup>(24)</sup>, les pièces seront directement transmises au requérant.

Les contestations portant sur la rétractation ou la modification de l'ordonnance doivent être distinguées de celles portant sur la mainlevée.

Le contentieux de la rétractation ou modification porte essentiellement sur le bien-fondé de la mesure en ouvrant, dans le cadre du débat contradictoire, une nouvelle perception du juge sur l'opportunité de la mesure qu'il a ordonnée.

Les motifs habituellement invoqués en faveur d'une rétractation fondée sur l'article 493 du Code de procédure civile sont l'absence de justification de la dérogation au principe de la contradiction<sup>(25)</sup> et le caractère déloyal de la présentation des faits<sup>(26)</sup>.

Ceux invoqués spécifiquement dans le cadre de l'article 145 du Code de procédure civile concernent l'absence de motif légitime<sup>(27)</sup>, que le juge apprécie souverainement<sup>(28)</sup>, et intéressent autant les parties qu'un tiers<sup>(29)</sup>.

Le contentieux de la mainlevée, lui, ne porte pas sur le principe de la mesure, mais sur son application, son contenu et son étendue. Ainsi, le champ des personnes

(10) Les conditions de forme sont celles de l'article 54 et de l'article 494 du Code de procédure civile.

(11) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 avr. 2009, n° 08-15421 ; Bull. civ. II, n° 105 ; D. 2009, Jur., p. 2321, note S. Pierre-Maurice – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 févr. 2010, n° 09-11342, F-PB ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 juin 2014, n° 13-18895 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 juin 2016, n° 15-19671.

(12) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 19-20316.

(13) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 févr. 2015, n° 13-28223.

(14) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2008, n° 07-15369 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2011, n° 10-11732.

(15) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 avr. 2009, n° 08-12503.

(16) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 nov. 2004, n° 02-20713 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 2006, n° 05-11301 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 janv. 2008, n° 06-21816 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 avr. 2009, n° 08-12503.

(17) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2021, n° 20-15673, Pl.

(18) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2019, n° 17-31535.

(19) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 2012, n° 11-17229, F-PB.

(20) En application de l'article R. 153-1 du Code de commerce, alinéa 2.

(21) L'appel à l'encontre de la décision suspend l'exécution provisoire, tout comme le déféré de la décision du conseiller de la mise en état, en application des articles R. 153-8 et R. 153-9 du Code de commerce.

(22) C. com., art. R. 153-1.

(23) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 sept. 2018, n° 17-20127, FS-PB. À suivre cette logique, il ne peut qu'être constaté que si les articles 496 et 497 prévoient la compétence du juge de référés pour ordonner la rétractation ou la modification de l'ordonnance, nul texte ne lui confère, même selon une procédure distincte, une compétence spécifique pour ordonner la mainlevée.

(24) Ce qui, compte tenu des vacances judiciaires estivales, rend certaines mesures virtuellement incontestables.

(25) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 avr. 2009, n° 08-15421 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 févr. 2010, n° 09-11342.

(26) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 avr. 2009, n° 08-12503 ; Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14316.

(27) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 sept. 2011, n° 10-24684.

(28) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juill. 2012, n° 11-18399.

(29) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 10-20048.

pouvant avoir accès aux pièces est réduit, autant que le contenu des pièces elles-mêmes.

Le juge peut ainsi décider soit de consulter seul les pièces <sup>(30)</sup>, soit de décider d'une expertise sur le bien-fondé de la mesure, soit de les consulter accompagné des parties assistées ou représentées, avec ou sans reproduction possible <sup>(31)</sup>. Lorsque le secret des affaires est invoqué, la partie qui l'invoque doit remettre, dans le délai fixé par le juge, la pièce sous forme confidentielle, assortie d'une version non confidentielle ou d'un résumé, et un mémoire explicitant le caractère secret de la pièce <sup>(32)</sup>. Le juge statue sans audience sur la communication ou non de pièce <sup>(33)</sup> et, en cas de communication, désigne les personnes pouvant avoir accès aux pièces visées par le secret des affaires <sup>(34)</sup>. Tant que la cour d'appel n'a pas statué, l'appel formé par le requis empêche la transmission des pièces au requérant <sup>(35)</sup>.

#### IV. ET LES AUTRES SECRETS ?

Il n'est pas rare qu'une pièce saisie puisse tout à la fois porter sur le secret des affaires, des correspondances, le secret professionnel...

Aucune organisation formelle n'a été prévue pour aménager les procédures de contestation entre elles. Sur le

fondement du défaut de mesure légalement admissible, l'atteinte aux autres secrets pourra limiter ou réduire la communication des pièces sollicitées, sans toutefois qu'une procédure aussi détaillée que celle liée au secret des affaires existe.

En la matière, il est souvent renvoyé aux prévisions de l'ordonnance elle-même ou, à défaut, au droit commun élaboré par la jurisprudence.

Ainsi, à titre d'exemple, les correspondances non revêtues de la mention officielle échangées entre avocats <sup>(36)</sup> ou entre un avocat et son client, produites devant les juridictions, sans l'accord du client, sont écartées des débats <sup>(37)</sup>, sans même avoir à solliciter l'accord des parties <sup>(38)</sup>. Il en est de même du secret professionnel du notaire <sup>(39)</sup>. À l'inverse, en matière de secret bancaire, la chambre commerciale considère que le droit au secret cède en cas d'engagement de responsabilité de la banque <sup>(40)</sup>, sans organiser de procédure particulière de conservation de celui-ci. Il en est de même en matière de secret postal <sup>(41)</sup>. Incontestablement, le « droit à la preuve » <sup>(42)</sup> n'a pas encore livré tous ses secrets.

(30) C. com., art. L. 153-1.

(31) C. com., art. R. 153-2.

(32) C. com., art. R. 153-3.

(33) C. com., art. R. 153-4.

(34) C. com., art. R. 153-6.

(35) C. com., art. R. 153-9.

(36) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2005, n° 03-18943.

(37) Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16347.

(38) Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-21898.

(39) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2014, n° 12-21244.

(40) Cass. com., 15 mai 2019, n° 18-10491.

(41) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1990, n° 88-16877.

(42) Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-22192.