

Du bon usage de l'article 145 : un travail d'équilibriste pour une mesure efficace et rapide

A l'origine de nombreux contentieux, la pratique des mesures d'instruction in futurum – aussi appelées «mesures 145» – a connu un essor considérable et fait l'objet d'une forte médiatisation depuis quelques années, au point de faire la une du 20 heures en raison de son utilisation par un candidat malheureux à la présidence d'un parti politique en décembre dernier.



Par Louis-Marie Absil, avocat associé RMT,



et Fanny Rocaboy, avocat RMT

Enivrés par sa terrible efficacité et les pouvoirs susceptibles d'être conférés à l'huissier de justice désigné, très souvent assisté d'experts informatiques chevronnés, certains requérants ont parfois perdu de vue les deux objectifs essentiels de ce type de mesure :

- l'obtention d'éléments de preuve pertinents indispensables pour initier une action au fond;
- le maintien de l'efficacité juridique de cette mesure dans le temps, une fois que le principe du contradictoire a été rétabli.

Devant l'indignation et les protestations des requis, parfois feintes mais aussi souvent justifiées au regard de l'intrusion judiciairement autorisée sur la base des seules déclarations du requérant, les tribunaux ont été contraints de mettre en place plusieurs garde-fous, comme les opérations de tri différé ou le placement sous séquestre des éléments appréhendés lors de la réalisation de la mesure.

On peut d'ailleurs saluer la coopération extrêmement efficace des tribunaux de commerce de Paris et de Nanterre qui ont rédigé, en partenariat avec les huissiers de justice et les experts informatique, des modèles d'ordonnance et des missions types afin d'encadrer les mesures susceptibles d'être ordonnées par leurs juridictions et éviter, par la mise en place des mesures de séquestre, toute atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des requis.

Pourtant, les procédures de mainlevée de séquestre et les opérations de tri différé, souffrent encore d'un manque d'encadrement et de règles, que le requis utilise souvent pour retarder l'accès aux éléments saisis, cette première étape n'étant que le préalable à l'introduction d'une demande en rétractation, qui bloquera pendant plusieurs mois toute la procédure. Dans de telles situations, l'article 145 est alors menacé d'inefficacité.

Les difficultés ainsi rencontrées témoignent de la

recherche indispensable d'un équilibre entre le souci légitime de l'entreprise requérante, déstabilisée par ce qu'elle considère être une concurrence déloyale ou abusive, d'une part, et les droits de la défense du requis ayant fait l'objet d'une mesure intrusive, sur la base des seuls éléments communiqués unilatéralement par le requérant, d'autre part. Afin de minimiser les risques de blocage, il semble plus que jamais utile de respecter les quelques principes essentiels devant présider l'action du requérant et le comportement du requis

1. Pour le requérant : le mieux est l'ennemi du bien !

La tentation est grande pour le requérant de chercher à obtenir du magistrat auquel il soumettra sa requête la mission la plus large et la plus étendue susceptible d'être autorisée.

En agissant ainsi, le requérant va bien souvent au-delà des nécessités probatoires que lui impose la future action au fond, dans l'espoir de trouver d'hypothétiques éléments d'information sur son adversaire ou dans la crainte de passer à côté d'un possible élément de preuve déterminant.

Contrairement à ce que lui dicte son désir de perfection, plus le requérant élargit le champ de la mission confiée à l'huissier de justice, plus les chances de rétractation – voire d'annulation – de la mesure augmentent.

Pour le requérant, il s'agit là du principal écueil à éviter, la mesure trop large et imprécise justifiant systématiquement les demandes de rétractation ou de nullité formulées par les requis (Civ. 2e. 6 janvier 2011, n° 09-72.841, Civ. 3e. 23 juin 2011, n° 10-18.540).

Les écueils à éviter en tant que requérant

- Obtenir une mesure très large pour appréhender un maximum d'éléments de preuve ;
- Multiplier les demandes afin de s'assurer de ne

pas omettre un élément qui pourrait être décisif ;

- Donner une liste de mots clés générale, non circonscrite à l'action envisagée au fond afin de «ratisser large» ;
- Demander à l'huissier d'appréhender l'ensemble des documents ou courriers électroniques susceptibles de caractériser un acte de concurrence déloyale, par exemple ;
- Se vanter, en amont, de la mesure qui va être entreprise.

La bonne attitude à adopter pour le requérant

- Pas de précipitation : une mesure bien préparée est une mesure bien exécutée ;
- Définir et circonscrire les éléments de preuve essentiels pour initier l'action au fond envisagée ;
- Identifier et anticiper la localisation possible de ces éléments de preuve au sein des locaux dans lesquels la mesure sera exécutée, afin de faciliter le travail de l'huissier et/ou de l'expert informatique ;
- Déterminer quelques mots clés essentiels et pertinents, qui permettront de faire rapidement émerger des documents pertinents ;
- Expliquer clairement dans la requête l'action au fond envisagée et les éléments sur lesquels se fonde la suspicion légitime et l'intérêt des éléments que le requérant souhaite appréhender.

2. Les meilleurs atouts du requis pour limiter la portée de la mesure

Le requis n'a quant à lui qu'un seul objectif avouable qu'il devra rappeler aussi bien pendant la réalisation de la mesure que pendant le recours qu'il pourra initier a posteriori afin d'obtenir la nullité ou la rétractation de l'ordonnance : la préservation de ses droits fondamentaux contre l'intrusion excessive, disproportionnée et illégitime du requérant.

Afin de préserver l'efficacité de la mesure 145, la jurisprudence rejette les demandes de rétractation des requis fondées sur la violation du secret des affaires (Civ. 2e. 7 janvier 1999, n° 95-21.934, Civ. 2e. 8 février 2006, n° 05-14.198), le respect de la vie privée ou le secret des correspondances (Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229). Toutefois, ces décisions précisent bien que ces arguments ne légitiment pas, en soi, une demande de rétractation et une atteinte irrégulière aux droits des requis, à la condition toutefois que les mesures diligentes soient proportionnées à l'objectif poursuivi par le requérant.

Dès lors, le seul et unique critère pris en compte par le juge de la rétractation sera celui de la proportionnalité de la mesure. Les atteintes aux droits fondamentaux des requis, à l'exception de la confi-

dentialité des correspondances avec son avocat et le secret bancaire, ne sont généralement acceptées que dans la limite stricte du motif légitime du requérant (Paris, 25 janvier 2011, RG : 10/12.672)

Ainsi, les meilleurs atouts dont dispose le requis se trouvent dans les excès, de toute nature, qui auront été commis par le requérant lors de la rédaction de sa requête et, parfois même, dans le contenu de l'ordonnance rendue par le juge.

Les bons réflexes du requis pour limiter la portée de la mesure

- toujours rester extrêmement calme et courtois vis-vis de ses interlocuteurs ;
- solliciter un exemplaire de l'ordonnance et de la requête autorisant la mesure d'instruction et la communiquer en priorité à son conseil ;
- analyser précisément la mission et ses contours afin de pouvoir contrôler l'exécution de l'ordonnance et interrompre l'huissier de justice ou l'expert informatique si le cadre strict de la mission lui semble dépassé ;
- identifier l'ensemble des obstacles pertinents pouvant rendre irrégulière la mission (secret défense, secret bancaire, correspondance avec son avocat, existence d'une procédure au fond...) ;
- solliciter, le cas échéant, la mise sous séquestre d'éléments susceptibles de violer ses droits fondamentaux ;
- veiller à ne pas répondre aux questions apparemment anodines de l'huissier de justice, mais toujours faire acter ses observations quant à l'irrégularité de la procédure ou les violations dont il estime être victime ;
- suivre l'huissier de justice dans l'ensemble de ses déplacements et ne jamais le laisser seul ;
- demander à l'huissier de justice une copie de l'ensemble des éléments appréhendés ;
- Ne pas hésiter à saisir immédiatement et sans formalisme le magistrat ayant ordonné la mesure en cas de difficulté.

Un requérant mesuré dans sa démarche, un juge impliqué dans le suivi de la mesure ordonnée, un requis non excessif lors de l'exécution de la mesure, mais réactif et alerte sur le respect de ses droits fondamentaux : tels sont les ingrédients pour préserver l'efficacité des mesures 145 !

L'article 145 a encore un bel avenir ! A condition qu'il ne soit pas réduit à devenir un instrument de menace inefficace du fait de la lenteur de son exécution et de la complexité des contestations qu'il est susceptible de générer, privant alors le requérant de disposer des moyens de preuve nécessaires à l'introduction de son action au fond. ■