



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

MASTER 2 JUSTICE ET DROIT DU PROCES

Dirigé par Madame le Professeur Cécile Chainais

Le droit à la preuve et les mesures d’instruction *in futurum*

Mémoire de recherche

par

Alice Maze

Sous la direction de Monsieur le Professeur

Sylvain Jobert

ANNEE UNIVERSITAIRE 2023-2024

AVERTISSEMENT

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

J'adresse mes plus sincères remerciements à mon directeur de mémoire, le Professeur Sylvain Jobert, pour ses précieux conseils et sa grande disponibilité. Je lui suis reconnaissante de la bienveillance dont il a fait preuve à mon égard au cours de mes recherches.

Je remercie également mes amis d'Assas et ma famille, pour leur soutien et leurs conseils dans la réalisation de ce mémoire.

Liste des principales abréviations

A

AJDA : actualité juridique droit administratif

AJ Famille : actualité juridique famille

AJ Pénal : actualité juridique pénal

C

CA : Cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

- civ. : chambre civile (1^{re}, 2^e, 3^e)
- soc. : chambre sociale
- ch. mixte : chambre mixte
- ass. plén. : assemblée plénière

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

chron.: chronique

coll.: collection

cf. : *conferre*, se référer à

Convention EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CPC : Code de procédure civile

C. pr. civ. : Code de procédure civile

D

D. : Recueil Dalloz

dir. : direction

doctr. : note de doctrine

E

éd. : édition

F

Fasc. : fascicule

G

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

I

I. : inédit

IHEJ : institut des hautes études sur la justice

IRJS : institut de recherche juridique de la Sorbonne

Ibid. : *ibidem*

Infra : ci-dessous

J

JCP E : Semaine juridique, édition entreprise et affaire

JCP G : Semaine juridique, édition générale

JCP S : Semaine juridique, édition sociale

L

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

M

MARD : mode amiable de règlement des différends

O

op. cit. : *opere citato*, ouvrage cité

P

P. : publié au bulletin

p. : page

PUF : presses universitaires de France

R

req. : requête

RDA : revue de droit d'Assas

RDT : revue de droit du travail

RTD civ. : revue trimestrielle de droit civil

S

s. : et suivants

supra : ci-dessus

U

UE : Union européenne

T

t. : tome

TGI : tribunal de grande instance

V

v. : voir

Sommaire

Introduction générale.....p. 7.

Partie 1 : L'établissement de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*.....p. 21.

Chapitre 1 : L'absence initiale de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*.....p. 21.

Chapitre 2 : L'émergence de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*.....p. 34.

Partie 2 : Le droit à la preuve, composante essentielle des mesures d'instruction *in futurum*.....p. 47.

Chapitre 1 : L'importance du droit à la preuve dans la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile.....p. 47.

Chapitre 2 : L'avantage du droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux dans les mesures d'instruction *in futurum*.....p. 61.

Conclusion générale.....p. 77.

Bibliographie.....p. 80.

Index.....p. 92.

Table des matières.....p. 94.

Introduction générale

Jeremy Bentham, éminent penseur du droit de la preuve, affirmait que « Le devoir du juge est d'obtenir toutes les preuves de part et d'autre, dans la meilleure forme possible, de les comparer, et de décider d'après leur force probante. Ainsi, l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves »¹. Le succès d'une action en justice ne dépend pas uniquement de la vérité d'un fait mais aussi de la capacité à récolter, sélectionner et présenter les différents éléments de preuve. La recherche des preuves, en particulier, est une tâche fastidieuse à la charge du plaideur.

La preuve, notion polysémique. La preuve est définie dans le dictionnaire Cornu comme la « démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises ou requises par la loi »². Cette dernière précision illustre la particularité de la preuve judiciaire, qui est encadrée par la loi, y compris dans un système de preuve libre comme le nôtre. A cet égard, Domat disait qu'« on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité (...). On appelle preuves en justice les manières réglées par les lois pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d'un fait contesté »³.

Le mot de « preuve » est polysémique. Mustapha Mekki affirme que la preuve est une « opération intellectuelle doublée d'une opération matérielle »⁴, et cite Raymond Legeais : « La preuve se réalise grâce à des preuves »⁵. Au sens intellectuel, la preuve est un raisonnement juridique, la « démonstration » qu'évoquait Cornu. Au sens formel, une preuve est un document établissant la réalité d'une situation, qu'elle soit factuelle ou juridique.

La double nature processuelle et substantielle de la preuve. La preuve est aussi définie comme un « moyen tendant à établir la réalité d'un acte ou d'un fait juridique »⁶. Cette définition met en avant la double nature de la preuve, tant processuelle que substantielle. La preuve est une technique processuelle au service d'un droit substantiel. En effet, *idem est non esse aut non*

¹ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange Frères, 1^{re} éd., t. n°1, 1823, p. 3.

² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024, [consulté le 30 janvier 2024].

³ J. Domat, *Les lois civiles*, Rémy, 1^{re} partie, livre n°3, 1689-1694, p. 137.

⁴ M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve », Lextenso, *RDA*, n°11, 11 octobre 2015, p. 56.

⁵ R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 144

⁶ Laboratoire ATILF, Dictionnaire Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi), [consulté le 30 janvier 2024].

probari, il revient au même de ne pas être et de ne pas être prouvé, ce qui faisait dire à Jhering que « la preuve est la rançon des droits »⁷.

Rapprochement de la vérité judiciaire avec la vérité scientifique. La notion de preuve est intimement liée à celle de vérité. Il convient à cet égard de distinguer vérité scientifique et vérité judiciaire. Alors que la vérité scientifique est établie par une méthode rigoureuse et vérifiée par l'expérience, la vérité judiciaire est une fiction qui vise à figer, à un moment donné, une situation de fait ou de droit. Les deux ont en commun d'attester d'une conformité⁸. Toutefois, la vérité judiciaire repose sur une logique formelle, celle du syllogisme judiciaire⁹. En ce sens, Xavier Lagarde relève que « la preuve judiciaire se fait selon des procédures légalement organisées et conduit à des conclusions irrévocables »¹⁰, au contraire de la vérité historique et de la vérité scientifique, qui ont vocation à être constamment remises en cause. La vérité judiciaire est inscrite dans le marbre à travers l'institution d'autorité de chose jugée, pour garantir la paix sociale et la stabilité des situations juridiques. Ainsi, le doyen Carbonnier écrivait que « le droit fait l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue par le bon peuple pour tenir lieu de vérité »¹¹.

Idéalement, la vérité judiciaire doit s'approcher le plus possible de la vérité scientifique, mais cela n'est pas nécessaire. Philippe Théry rappelle que la finalité première de la preuve dans le procès civil est de convaincre le juge¹² ; la circonstance que la vérité judiciaire soit conforme à la vérité scientifique est, tout au plus, un motif de satisfaction. Carbonnier considérait à cet égard que « le droit ne prétend pas atteindre la vérité »¹³.

Cependant, à la faveur du développement des techniques scientifiques, la vérité judiciaire converge vers la vérité scientifique. L'exemple parfait est le droit de la filiation, qui a presque systématiquement recours à l'expertise biologique¹⁴, délaissant les méthodes traditionnelles d'établissement de la filiation comme la possession d'état. Ce changement de paradigme

⁷ R. von Jhering, *L'évolution du droit*, Chevalier-Maresq, 1901, p. 148.

⁸ J.-L. Gillet, « La croisée des savoirs - Les juges face à des vérités croisées : Vérité scientifique, vérité juridique, vérité judiciaire », *Dalloz, Les cahiers de la justice*, n°2, 16 juillet 2018, p. 317.

⁹ C. Bouty, « Chose jugée », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018, n°304.

¹⁰ X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 32.

¹¹ J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction*, PUF, 27^e éd., 2022, n°192, p. 383.

¹² Ph. Théry, « Les finalités de la preuve en droit privé », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 41.

¹³ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°62, p. 118.

¹⁴ La jurisprudence déduit de l'article 310-3 du Code civil que « l'expertise est de droit en matière de filiation ». Le refus pour l'intéressé de s'y soumettre est interprété comme un aveu de paternité. V. par exemple Civ. 1^{re}, 8 juillet 2020, n°18-20.961, P.

s'explique par un besoin croissant de vérité chez les citoyens. Mustapha Mekki estime que les justiciables ont désormais un « droit à la vérité »¹⁵. En outre, la vérité est un outil de légitimité de la justice. L'institution judiciaire est d'autant plus crédible que ce qu'elle affirme est vrai, au sens factuel du terme. Pour ces raisons, le procès civil recherche désormais la manifestation de la vérité, comme en matière pénale.

Cette évolution du procès civil explique l'importance croissante accordée à la preuve dans le procès civil. Alors qu'elle est traditionnellement présentée comme une charge, voire un fardeau¹⁶, une conception renouvelée émerge, reposant sur l'idée que la preuve est aussi un droit pour les parties au procès.

Définition plurielle du droit à la preuve. Le droit à la preuve est défini comme « la prérogative reconnue à tout plaideur de pouvoir faire la démonstration d'un fait ou d'un acte nécessaire au succès de sa prétention »¹⁷.

La France consacre un système de liberté de la preuve, signifiant que les plaideurs peuvent établir les faits par tout moyen, qui n'est toutefois pas sans limites. Ainsi, l'article 9 du Code de procédure civile exige des plaideurs qu'ils prouvent les faits nécessaires au succès de leurs prétentions « conformément à la loi ». La preuve illicite est irrecevable, notamment lorsqu'elle a été obtenue par fraude ou violence¹⁸. A la faveur d'un courant mettant la vérité au centre du procès civil, et supportant mal les limites apportées à la liberté de la preuve, est né le droit à la preuve, qui permet de passer outre l'interdiction des preuves illicites.

Aurélie Bergeaud-Wetterwald, autrice d'une thèse sur la question, propose une définition très détaillée du droit à la preuve, énoncée comme suit : « un droit subjectif processuel qui confère à l'auteur d'une offre ou d'une demande de preuve le pouvoir d'exiger du juge l'accomplissement d'une prestation processuelle consistant en une acceptation de l'initiative, pouvoir dont la reconnaissance est conditionnée à l'existence d'un intérêt probatoire légitime et dont la mise en œuvre s'inscrit dans la limite fixée par le respect de l'ordre public ou des droits d'autrui »¹⁹. Décomposons cette expression complexe.

¹⁵ M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve », Lextenso, *RDA*, n°11, 11 octobre 2015, p. 56.

¹⁶ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, dir. C. Perelman et P. Foriers, Etablissements Bruylant, 1981, p. 277.

¹⁷ S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 31^e éd., 2023, p. 830.

¹⁸ En matière de divorce, l'article 259-1 du Code civil interdit à l'époux de verser aux débats une preuve obtenue par fraude ou violence.

¹⁹ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°638, p. 552.

Le droit à la preuve, « un droit subjectif processuel ». La preuve a une dimension substantielle et processuelle ; il en va de même pour le droit à la preuve. Sur le plan processuel, il assure au plaideur de pouvoir présenter ses preuves et d'être entendu du juge, contribuant ainsi au droit d'accès au juge garanti par l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais comme pour le droit de la preuve, cette dimension processuelle n'est qu'un moyen, car le procès a pour finalité la reconnaissance d'un droit substantiel. En ce sens, le droit à la preuve joue « un rôle de premier plan dans la réalisation des droits subjectifs substantiels »²⁰.

Droit à la preuve et « respect des droits d'autrui ». L'expression de « respect des droits d'autrui » renvoie aux limites du droit à la preuve. Sa particularité réside dans sa mise en balance avec les autres droits fondamentaux, ce qui fait dire à Xavier Lagarde « qu'il n'a été consacré que pour être encadré »²¹. La mise en œuvre du droit à la preuve induit nécessairement une situation de conflit de droits. Une partie souhaite produire une preuve qu'elle détient, ou obtenir une preuve qu'elle ne détient pas, mais la production de cet élément de preuve porterait atteinte à un droit fondamental, comme le droit au respect de la vie privée. Au lieu d'écarter purement et simplement cette preuve, comme auparavant, la Cour de cassation utilise désormais la méthode du contrôle de proportionnalité pour mettre en balance le droit à la preuve avec l'autre droit en conflit.

Mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. Né dans la Prusse du XIX^e siècle²², intégré dans la Loi Fondamentale allemande du 23 mai 1949, le contrôle de proportionnalité consiste en une mise en balance de droits *a priori* d'égale valeur. Cette méthode a été reprise par les juridictions anglo-saxonnes, puis par la CEDH et est désormais employée par les Etats membres du Conseil de l'Europe dans leur jurisprudence interne. Le contrôle peut être fait *in concreto* ou *in abstracto*, c'est-à-dire en prenant en compte les faits de l'espèce ou en appréciant la disproportion simplement au regard des règles de droit, sans référence aux circonstances de l'espèce. Le contrôle de proportionnalité concret, en particulier, fait l'objet de vives critiques. Il est accusé de remettre en cause le raisonnement juridique français fondé sur le syllogisme, de créer une inégalité entre les justiciables, de même qu'une insécurité juridique et de faire sortir

²⁰ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, n°185, p. 132.

²¹ X. Lagarde, « Le droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°30, 14 septembre 2023, p. 1526.

²² T. Hochmann, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », Dalloz, *AJDA*, n°14, 19 avril 2021, p. 805.

la Cour de cassation de son rôle traditionnel de juge du droit²³. Malgré ces objections doctrinales, la Cour de cassation, sous l'influence du président Louvel, a adopté une véritable doctrine du contrôle de proportionnalité, prônant sa diffusion à toutes les branches du droit et à tous les degrés de juridiction. La question du contrôle de proportionnalité nous conduit à examiner celle de la nature fondamentale, ou non, du droit à la preuve.

Nature fondamentale contestée du droit à la preuve. En doctrine, le caractère fondamental du droit à la preuve fait l'objet d'une vive controverse²⁴. Il semble que le droit à la preuve constitue bien un droit fondamental, pour plusieurs raisons. Matériellement, il participe de l'effectivité²⁵ du droit d'accès au juge, garanti par l'article 6, § 1 de la Convention EDH. Si le plaideur n'était pas assuré de pouvoir présenter ses preuves au tribunal, le droit d'accès à un tribunal serait vain. Formellement, le droit à la preuve est rattaché à l'article 6, § 1 de la Convention EDH et mis en balance dans le contrôle de proportionnalité avec d'autres droits dont le caractère fondamental est incontestable, comme le droit au respect de la vie privée. Le droit à la preuve est donc bien, à notre avis, un droit fondamental.

Le droit à la preuve, une situation d'« offre ou de demande de preuve ». Selon la distinction désormais classique opérée par Gilles Goubeaux, premier à l'avoir systématisé²⁶, le droit à la preuve recouvre deux aspects : le droit de produire une preuve que l'on détient (ce qui correspond à une situation d'offre de preuve) et le droit d'obtenir une preuve que l'on ne possède pas (c'est-à-dire une demande de preuve). Le volet « produire » du droit à la preuve signifie qu'une instance est déjà en cours. Une preuve, bien qu'illicite, pourra être versée aux débats, à condition qu'elle soit nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant. Le cas classique est celui d'une pièce violant l'intimité de la vie privée (une pièce de nature médicale par exemple) ou un secret juridiquement protégé (comme le secret des correspondances). Le volet « obtenir » renvoie quant à lui aux situations où le demandeur souhaite conserver une

²³ Pour des points de vue critiques, voir notamment A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné », Dalloz, *Recueil*, n°3, 21 janvier 2016, p. 137 ou encore F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », Dalloz, *Recueil*, n°3, 23 janvier 2014, p. 179.

²⁴ Pour des auteurs réfutant la nature fondamentale du droit à la preuve, v. M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve », Lextenso, *RDA*, n°11, 11 octobre 2015, p. 56 ou encore E. Jeuland, « La cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », Lamy, *Semaine sociale*, n°1937, 18 janvier 2021. Pour des auteurs affirmant le caractère fondamental du droit à la preuve, v. G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », Dalloz, *RTD civ.*, n°1, 17 mars 2017, p. 1 ou encore N. Hoffschir, « Heurs et malheurs du droit à la preuve », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°18, 17 mai 2016, p. 50.

²⁵ L'exigence d'effectivité des droits a été énoncée par la CEDH dans son arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, Req. n°6289/73, § 24.

²⁶ G. Goubeaux, *op. cit.*

preuve existante qui risque de déperir ou établir une preuve qu'il ne détient pas. C'est dans cette hypothèse que le droit à la preuve trouve « sa plus éclatante consécration »²⁷. Cette étude traitera principalement du droit d'obtenir des preuves, qui trouve un terrain de réalisation privilégié dans les mesures d'instruction *in futurum*. L'article 145 du Code de procédure civile consacre, selon l'auteur, un « droit à la préconstitution de la preuve »²⁸.

Fondements du droit à la preuve. Le droit à la preuve n'est prévu dans aucun texte international ou interne, en tout cas explicitement. Dans la jurisprudence française, il est souvent rattaché à l'article 10 du Code civil²⁹ ainsi qu'aux articles 10³⁰ et 11³¹ du Code de procédure civile. La Cour de cassation l'a également rattaché à l'article 6, § 1 de la Convention EDH, ce qui peut paraître surprenant, dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme exclue la matière probatoire de son champ de compétence³². Elle a pourtant été la première à reconnaître le droit à la preuve.

Celui-ci est avant tout d'origine doctrinale. Il a été défendu par des auteurs du début du XX^e siècle, notamment Gén^y³³ et Planiol³⁴. Gilles Goubeaux l'a ensuite systématisé pour la première fois dans un article fondateur³⁵, consacrant la version moderne du droit à la preuve.

Reconnaissance prétorienne européenne. Après plus d'un siècle d'existence doctrinale, le droit à la preuve a été reconnu dans la jurisprudence de la CEDH, dans l'arrêt *L.L. c/ France* du 10 octobre 2006³⁶ : « La Cour estime, au vu des circonstances de l'espèce, que la mesure incriminée visait à protéger les droits de l'épouse du requérant qui, souhaitant établir une

²⁷ G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 284.

²⁸ G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 283.

²⁹ Article 10, § 1 du Code civil : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. »

³⁰ Article 10 du CPC : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. »

³¹ Article 11 du CPC : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

³² CEDH, *Lucà c/Italie*, 27 février 2001, Req. n°33354/96, § 36. V. en ce sens G. Lardeux, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *Dalloz, Recueil*, n°24, 21 juin 2012, p. 1596.

³³ F. Gén^y, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. n°2, 1911, n°184 s., p. 104 s.

³⁴ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de Paris, 9^e éd., t. n°2, 1923.

³⁵ G. Goubeaux, *op. cit.*

³⁶ CEDH, *LL c/ France*, 10 octobre 2006, n°7508/02, § 40.

corrélation entre le caractère violent de son mari avec son alcoolisme pathologique, tendait à obtenir le divorce aux torts exclusifs de celui-ci. Ce faisant, l'ingérence était destinée à "la protection des droits et libertés d'autrui", en l'occurrence le droit à la preuve du conjoint aux fins de faire triompher ses prétentions. ». La Cour avait déjà admis dans l'arrêt *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*³⁷ de 1993 que « dans les litiges opposant des intérêts privés, "l'égalité des armes" implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. ». Avec l'arrêt *L.L. c/ France*, le droit à la preuve est reconnu explicitement par la CEDH, qui l'a ensuite rattaché au droit à procès équitable garanti par l'article 6, § 1 de la Convention EDH³⁸.

Consécration dans la jurisprudence française. Après la CEDH, la Cour de cassation a à son tour reconnu l'existence du droit à la preuve dans un arrêt rendu en 2012³⁹. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Douai, appliquant le droit en vigueur à l'époque, avait écarté une lettre missive au motif que sa production, dans l'instance successorale, violait l'intimité des protagonistes et le secret des correspondances. Les juges du Quai de l'Horloge cassent l'arrêt, au motif que la Cour d'appel aurait dû rechercher « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Cet arrêt consacre le volet « produire » du droit à la preuve ; le moyen du demandeur au pourvoi critiquait d'ailleurs la décision d'appel au regard d'un « droit de faire offre de preuve ».

Le droit d'obtenir une preuve a été consacré en 2012, dans deux arrêts de la chambre sociale autorisant un salarié à demander, en référé et avant tout procès, la communication par l'employeur des documents personnels d'autres salariés pour prouver la discrimination alléguée⁴⁰. La première association, dans un arrêt de la Cour de cassation, du droit à la preuve et des mesures d'instruction *in futurum*, figure dans un arrêt du 16 novembre 2016⁴¹.

Le droit à la preuve dans la jurisprudence de la CJUE. La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu l'existence du droit à la preuve en 2014. Elle le rattache à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, équivalent de l'article 6, § 1 de la Convention EDH. La

³⁷ CEDH, *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, 27 octobre 1993, n°14448/88, § 33.

³⁸ CEDH, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, 13 mai 2008, n°65097/01, § 43.

³⁹ Civ. 1^{re}, 5 avril 2012, n°11-14.177, P.

⁴⁰ Soc., 19 décembre 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, P.

⁴¹ Soc., 16 novembre 2016, n°15-17.163, I. Voir S. Tournaux, « La soumission du référé probatoire au droit à la preuve », *Lexbase social*, n°678, 1^{er} décembre 2016.

jurisprudence de la CJUE ne présente pas de particularités en la matière et sera donc rarement évoquée.

Droit à la preuve et droit d'action. L'hypothèse d'une éventuelle superposition du droit à la preuve avec le droit d'action a un temps divisé la doctrine, mais la question semble aujourd'hui résolue. Si Gilles Goubeaux établissait un lien entre les deux notions⁴², Aurélie Bergeaud-Wetterwald estime qu'il n'y a pas de confusion entre droit à la preuve et droit d'action, car il y a des cas où le demandeur a bien un droit d'action mais pas de droit à la preuve. En revanche, si les conditions de l'article 145 du Code de procédure civile sont réunies, « l'action aboutit au constat du droit à la preuve, car le droit d'agir n'a, dans cette hypothèse, pas d'autre ambition que la reconnaissance d'un droit à la preuve. »⁴³

Pour Xavier Lagarde⁴⁴, une telle superposition ne peut pas non plus exister. En effet, si le droit à la preuve était parallèle au droit d'action, il serait bilatéral, comme l'est le droit d'action. Or, reconnaître au défendeur un droit à la preuve reviendrait à lui reconnaître un droit de ne pas fournir la preuve exigée de lui. Dans cette hypothèse, le demandeur n'a alors plus de droit à la preuve ; une bilatéralisation du droit à la preuve entraînerait donc son extinction.

Ainsi, le droit à la preuve peut difficilement être considéré comme un parallèle du droit d'action, dans la mesure où le demandeur peut avoir un droit d'agir sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile sans avoir de droit à la preuve, au motif que le motif légitime lui fait défaut, par exemple.

Enfin, la définition du droit à la preuve d'Aurélie Bergeaud-Wetterwald mentionne la nécessité d'un « intérêt probatoire légitime ». Cette condition ne va pas sans rappeler la lettre de l'article 145 du Code de procédure civile, qui consacre les mesures d'instruction *in futurum*.

Définition des mesures d'instruction *in futurum*. L'article 145 du Code de procédure civile 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. ».

⁴² « Tout comme l'action est un droit des parties à l'égard du juge (droit d'exiger l'examen de la prétention), le droit à la preuve est un droit qui astreint le juge à examiner les éléments de conviction proposés par le plaideur. ». G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 281.

⁴³ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve, op. cit.*, n°94, p. 84.

⁴⁴ *Le juge civil, un juge d'instruction ?*, 11^e rencontres de procédure civile, Organisées par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (IRJS) et l'Université Paris-Panthéon-Assas (CRJ), colloque tenu à la Cour de cassation le 2 décembre 2022.

Les mesures d’instruction *in futurum* sont « une catégorie d’actions qui permet à tout intéressé de faire administrer une preuve en justice avant tout procès, pour faire ordonner une mesure d’instruction (enquête, expertise, etc.) s’il existe un motif légitime (entendre un témoin moribond) de conserver ou d’établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige. »⁴⁵.

Cette définition met en avant les deux conditions textuelles d’obtention d’une mesure d’instruction *in futurum* : la mesure doit intervenir avant tout procès, à peine d’irrecevabilité, et viser un motif légitime. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation rappelle régulièrement l’autonomie des mesures d’instruction *in futurum* par rapport aux référés et aux mesures d’instruction : ni l’urgence⁴⁶, ni le contrôle de la loyauté en rétractation⁴⁷, ni la condition de l’article 146 du Code de procédure civile sur la carence des parties dans l’administration de la preuve⁴⁸ ne sont exigés. De plus, l’article 150 du même code relatif aux voies de recours n’est pas applicable⁴⁹. Les mesures d’instruction *in futurum* sont entièrement autonomes.

Ce régime propre, d’une efficacité remarquable, faisait dire à Cornu et Foyer que l’article 145 du Code de procédure civile est une « arme d’anticipation parfois redoutable »⁵⁰. Le juge dispose en la matière d’un large choix de mesures, allant de l’expertise à la production forcée de pièces, en passant par le constat par un commissaire de justice.

La locution peut être décomposée en deux expressions : « mesure d’instruction » et « *in futurum* ». Les mesures d’instruction sont des « mesures que le juge peut ordonner, d’office ou à la demande des parties, pour s’éclairer dans l’administration judiciaire de la preuve »⁵¹. L’expression latine *in futurum* indique que ces mesures sont prises pour l’avenir, mais aussi à titre principal avant tout procès, et non à titre incident en cours d’instance comme c’est le cas pour les mesures d’instruction. L’originalité des mesures d’instruction *in futurum* réside dans cette circonstance ; l’absence de procès au fond est même une condition. La preuve possède

⁴⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024.

⁴⁶ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.814, P.

⁴⁷ Civ. 2^e, 20 mars 2014, n°12-29.568, P.

⁴⁸ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.974, P. et n°79-12.006, P.

⁴⁹ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.814, P.

⁵⁰ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n°82, p. 358.

⁵¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024.

tout de même une nature judiciaire car elle est appelée à être produite dans un procès futur. Le procès est ainsi « l'élément objectif de qualification du droit à la preuve »⁵².

Au stade de la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile, le litige ne peut être qu'éventuel mais il doit être plausible⁵³. La Cour de cassation casse les arrêts ayant fait droit à une mesure d'instruction *in futurum* lorsque le procès était « manifestement voué à l'échec »⁵⁴. Dans ce cas, le motif légitime exigé par l'article 145 du Code de procédure civile fait défaut, ce qui doit conduire le juge à rejeter la demande au fond. L'invocation d'un fondement juridique n'est pas exigée du demandeur⁵⁵, car la mesure d'instruction préventive peut aussi tendre à l'établissement des preuves.

Une dualité de voies : procédure en référé ou sur requête. La particularité de l'article 145 du Code de procédure civile réside dans la dualité des voies offertes au requérant, le référé ou la requête, non contradictoire. Bien que le texte suggère que le demandeur possède une option dans la voie empruntée, il n'en est rien. La voie sur requête est subsidiaire à la procédure de référé, et la Cour de cassation se montre très exigeante quant à la caractérisation des circonstances justifiant de déroger au principe de la contradiction⁵⁶. Le référé est la règle, la procédure sur requête l'exception.

Une comparaison infructueuse avec d'autres procédures. Parfois comparées à une perquisition civile ou à la procédure anglaise de *discovery*⁵⁷, les mesures d'instruction *in futurum* obéissent à un régime propre. On ne citera que quelques éléments de différenciation⁵⁸. Alors que dans les pays de *Common law*, le plaideur doit produire tous les éléments de preuve obtenus, y compris les éléments défavorables, la preuve en France est spontanée. Le rôle du juge est également conçu différemment, le juge anglo-saxon étant plus passif et neutre que le juge civiliste. Quant à la comparaison avec la perquisition, la procédure sur requête de l'article

⁵² A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°183, p. 155.

⁵³ Com., 17 mars 1987, n°85-11.130, P. V. A. Destremau, F. Expert, « Mesures d'instruction *in futurum* : (in)certitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Lexis Nexis, *JCP G.*, n°26, 4 juillet 2022, 830.

⁵⁴ V. par exemple Com., 18 janvier 2023, n°22-19.539, P.

⁵⁵ Civ. 2°, 6 novembre 2008, n°07-17.398, P.

⁵⁶ Civ. 2°, 30 janvier 2003, n°01-01.128, P. ou encore Civ. 2°, 3 mars 2022, n°20-22.349, P.

⁵⁷ Dans les pays de *Common law*, la *discovery* est une phase de la procédure préalable au procès au cours de laquelle chaque partie peut obtenir des preuves des autres parties au moyen de méthodes telles que les interrogatoires, les demandes de production de documents, les demandes d'aveux et les dépositions. V. E. Jeuland, « Une *discovery* à la française sans garde-fou », Lexis Nexis, *JCP G.*, n°5, 30 janvier 2017, act. 105.

⁵⁸ S. Pierre-Maurice, « L'originalité de la requête probatoire *in futurum*, la *French discovery* ? », in *La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC* (dir. S. Pierre-Maurice), mare et martin, 2023.

145 du Code de procédure civile est également singulière, ne serait-ce que parce que le demandeur doit indiquer dans sa requête les éléments qu'il souhaite obtenir, le commissaire de justice n'étant pas autonome dans la recherche de preuves. Les mesures d'instruction *in futurum* ne peuvent donc être efficacement assimilées à ces deux notions, même si les comparaisons sont séduisantes, notamment lorsqu'il s'agit de critiquer l'étendue des mesures.

Il existe ainsi une réelle autonomie des mesures d'instruction *in futurum*, ce qui ne les empêche pas, tout comme le droit à la preuve, de s'inscrire dans les évolutions générales de la justice civile.

Quelques mouvements globaux de la justice civile : managérialisation, fondamentalisation et pénalisation. Particulièrement efficaces, les mesures d'instruction *in futurum* connaissent un âge d'or depuis les années 2010. En permettant de faciliter la résolution des litiges, voire parfois de les éviter, elles s'accordent bien avec les exigences contemporaines de rationalisation des coûts de la justice. Un président de TGI relevait à juste titre que les mesures de l'article 145 du Code de procédure civile apportent une réponse à deux préoccupations majeures de la justice : « limiter le recours au juge (sans empêcher l'accès au droit) et accélérer le traitement des affaires »⁵⁹. En outre, les mesures d'instruction *in futurum* mènent parfois à une conciliation des parties. Le demandeur à la mesure, se rendant compte de la maigreur de son dossier probatoire ou de l'importance du dossier probatoire de son adversaire, devrait raisonnablement régler son litige à l'amiable plutôt que de risquer un rejet sur le terrain du fond.

Par ailleurs, le droit à la preuve est né d'une fondamentalisation du droit de la preuve. La fondamentalisation traduit l'idée d'une importance croissante des droits fondamentaux dans notre système juridique. La reconnaissance du droit à la preuve, issu de la fondamentalisation du droit de la preuve, témoigne de ce mouvement.

L'étude du droit à la preuve questionne également notre rapport à la moralité de l'établissement de la vérité judiciaire. Jusqu'où peut-on aller dans la recherche de la vérité ? La réponse se construit chaque jour dans la jurisprudence. Se dessine une immoralité du droit de la preuve, récemment illustrée par le revirement opéré en matière de loyauté probatoire.

Il faut évoquer en dernier lieu la pénalisation de la matière civile. Xavier Lagarde relève que de plus en plus de sanctions civiles prennent le sens d'une punition. Ce mouvement de répression entraîne un relèvement de l'exigence probatoire, car « la punition s'accommode mal de

⁵⁹ M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de TGI sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 327.

l'erreur »⁶⁰. Selon lui, l'article 145 du Code de procédure civile illustre cette pénalisation : le commissaire de justice agissant sur ce fondement aux fins de constater des pratiques déloyales serait comparable à un officier de police judiciaire muni d'une commission rogatoire. Cette comparaison, certes exagérée, témoigne d'une conception renouvelée de l'office du juge civil.

Conception renouvelée des rôles du juge et des parties. Le développement du droit à la preuve et des mesures d'instruction *in futurum* s'inscrit dans une conception renouvelée de l'office du juge en matière civile. La procédure purement accusatoire qui avait cours dans l'ancien Code de procédure civile a laissé la place à une procédure mixte, tant inquisitoire qu'accusatoire. Loïc Cadiet affirme même que la distinction est dépassée, au profit d'un « principe de coopération efficiente entre les parties et le juge dans l'élaboration du jugement »⁶¹. Cette formule n'est pas sans rappeler les écrits de Motulsky, qui appelait de ses vœux l'instauration d'une « collaboration féconde entre juge et conseils des parties en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible du conflit à trancher »⁶². La procédure a désormais pour objet « la recherche de la vérité et la réalisation du droit »⁶³. Dans cette optique, les pouvoirs du juge ont été considérablement renforcés, tant dans la conduite de l'instance que sur la matière litigieuse.

Précisément, le développement du droit à la preuve, mis en œuvre dans les mesures d'instruction *in futurum*, illustre cet office rénové du juge en matière probatoire. La preuve n'est plus un domaine exclusif des parties, en témoigne l'article 10 du Code de procédure civile⁶⁴. Les parties peuvent désormais demander au juge qu'il les aide à obtenir les éléments de preuve nécessaires au succès de leurs prétentions, sous réserve du principe de complétude dans l'administration de la preuve⁶⁵. Celui-ci implique pour le juge, non pas de prouver à la place des parties, mais de compléter les éléments de preuve qu'elles ont fournis. Alors que les pouvoirs du juge en matière de preuve ne sont conçus que comme des prérogatives, l'idée d'un

⁶⁰ X. Lagarde, « Le droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°30, 14 septembre 2023, p. 1526.

⁶¹ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 12^e éd., 2023, n°512, p. 492.

⁶² H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973.

⁶³ Selon l'expression de Tissier, reprise par Motulsky dans sa thèse *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948.

⁶⁴ Article 10 C. pr. civ. : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. ».

⁶⁵ S. Amrani-Mekki, « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve ? », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°6, 9 février 2016, p. 54.

droit à la preuve a bouleversé cette conception. Avant sa reconnaissance, des auteurs⁶⁶ réfutaient l'existence d'un droit à la preuve, soulignant que le juge n'est jamais obligé de faire droit à une mesure d'administration de la preuve.

Une rupture de l'équilibre ? Mustapha Mekki estime que l'équilibre entre la recherche de la vérité et le respect des droits fondamentaux est en passe d'être brisé⁶⁷. Dans le conflit des opposants, « l'équilibre entre le "droit à la vérité" et le respect des droits fondamentaux d'autrui est sur le point d'être remis en cause »⁶⁸. Il est vrai que le droit à la preuve est rarement mis en échec. Tout juste peut-on citer un arrêt rendu par la chambre commerciale⁶⁹, dans lequel les magistrats font primer la présomption de connaissance du vice caché du vendeur professionnel sur son droit à la preuve. Cet arrêt nous rappelle que le droit à la preuve n'est pas absolu, et que l'impératif de la vérité doit parfois être mis de côté pour assurer la protection des parties faibles. La chambre commerciale indique en ce sens que la présomption irréfragable prétorienne « répond à l'objectif légitime de protection de l'acheteur » (nous soulignons). A part quelques arrêts isolés, le champ d'application du droit à la preuve connaît une expansion perpétuelle.

Une complémentarité du droit à la preuve et des mesures d'instruction *in futurum*. Après les avoir analysées séparément, il apparaît que les deux notions ont plusieurs points communs, à commencer par leur finalité : la mise à disposition, pour les plaideurs, d'outils de nature probatoire pour les aider à faire triompher leurs droits substantiels. L'article 145 du Code de procédure civile consacre une voie procédurale au soutien du droit à la preuve.

Il est donc naturel que le droit à la preuve ait fini par croiser le chemin des mesures d'instruction *in futurum*. Des liens se sont tissés, d'abord implicitement, car le droit à la preuve n'a été consacré qu'il y a une dizaine d'années en droit français, puis explicitement.

On observe depuis lors une émulation entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*. Le droit à la preuve des plaideurs se réalise dans les mesures d'instruction préventives. Dans le même temps, celles-ci connaissent un essor qui s'explique notamment par la reconnaissance du droit à la preuve, qu'elles matérialisent. L'article 145 du Code de procédure civile est une procédure dédiée à la mise en œuvre du droit à la preuve, dans son volet

⁶⁶ Ph. Théry, « Les finalités de la preuve en droit privé », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 41. De même, v. X. Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve », Lexis Nexis, *JCP G*, n°17, 27 avril 2005, p. 771.

⁶⁷ M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve », *op. cit.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Com., 5 juillet 2023, n°22-11.621, P.

d'obtention de preuves. En outre, le droit à la preuve, mis en balance avec les droits fondamentaux auxquels il est confronté, augmente considérablement le champ des mesures d'instruction *in futurum*, permettant bien souvent de passer outre le droit au respect de la vie privée ou les secrets professionnels.

Une intégration du droit à la preuve dans les mesures d'instruction *in futurum* ? Les liens existant depuis une dizaine d'années se sont renforcés depuis 2021, au stade de l'examen des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile. Le droit à la preuve est devenu une condition d'obtention d'une mesure d'instruction préventive. Sur le plan substantiel, la mise en balance du droit à la preuve avec ses concurrents dans le contrôle de proportionnalité aboutit souvent en une victoire du droit à la preuve. L'essor des mesures d'instruction *in futurum* s'explique par leurs liens avec le droit à la preuve, qui trouve un terrain de réalisation privilégié dans l'article 145 du Code de procédure civile.

Dès lors, l'article 145 du Code de procédure civile est-il devenu un outil de réalisation du droit à la preuve ?

Le raisonnement s'opérera en deux temps, suivant un plan chronologique. Il s'agira de démontrer que des liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* se sont progressivement établis (PARTIE 1) ; puis que ces liens se sont récemment renforcés, le droit à la preuve devenant une composante essentielle des mesures d'instruction *in futurum* (PARTIE 2).

PARTIE 1 : L'ETABLISSEMENT DE LIENS ENTRE LE DROIT A LA PREUVE ET LES MESURES D'INSTRUCTION *IN FUTURUM*

Avant d'analyser le mouvement actuel de renforcement des liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*, un exposé de l'évolution des rapports entre les deux notions est nécessaire.

L'objet de ces développements sera d'étudier les raisons pour lesquelles le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* étaient initialement indépendants. Il s'agira ensuite de rechercher les raisons qui les ont conduit à se lier, et le contexte dans lequel ce rapprochement s'est opéré.

Alors que la situation initiale était celle d'une absence de relation entre droit à la preuve et mesures d'instruction *in futurum* (CHAPITRE 1), des liens se sont progressivement tissés entre ces deux notions (CHAPITRE 2).

Chapitre 1 : L'absence initiale de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*

La situation initiale était celle d'une absence initiale de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*. Cette indépendance des deux notions s'explique par deux raisons assez simples : le défaut de portée pratique du droit à la preuve (Section 1) et la lente installation des mesures d'instruction *in futurum* dans le paysage procédural français (Section 2).

Section 1 : Le défaut de portée pratique du droit à la preuve

On décèle des traces du concept de droit à la preuve dès le début du XX^e siècle. Celui-ci était cependant dénué de toute portée pratique, car il n'était jamais mobilisé dans les décisions de justice. En effet, bien que depuis longtemps présent en doctrine (I), le droit à la preuve n'a été consacré que récemment par la jurisprudence (II).

I. Un concept depuis longtemps présent en doctrine

La reconnaissance du droit à la preuve par la doctrine peut être divisée en deux étapes schématiques. La notion a d'abord émergé chez les auteurs du début du XX^e siècle (A), avant d'être systématisée pour la première fois par Gilles Goubeaux dans les années 1980 (B).

A. *L'émergence de la notion chez les auteurs du début du XX^e siècle*

Pendant tout le XX^e siècle, la doctrine a tour à tour affirmé ou réfuté l'existence du droit à la preuve.

La genèse du « droit à la preuve » chez Gény. On trouve une première trace de la notion chez Gény, dans son célèbre ouvrage *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*⁷⁰. L'auteur qualifie le droit à la preuve de « garantie de tous les droits », sans lui reconnaître un caractère autonome. La définition proposée est la suivante : « le droit à la preuve est comme une sorte de liberté publique (...), une faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale (notamment les lettres missives) pour la justification et la défense de ses droits »⁷¹.

Cette définition se rapproche de la formule initialement employée par la Cour de cassation pour faire le lien entre l'article 145 du Code de procédure civile et le droit à la preuve. Celle-ci jugeait que le droit à la preuve doit être « nécessaire à la protection des droits » de la partie qui l'invoque⁷². On trouve déjà chez Gény cette idée fondamentale, au fondement du droit à la preuve, d'un droit processuel au service des droits substantiels de l'individu.

Une notion reprise et limitée par Planiol. Le droit à la preuve figure également dans le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol⁷³. L'auteur écrit que « le principe est qu'un plaideur a toujours le droit de prouver ce qu'il allègue en sa faveur ». Cette vision large du droit à la preuve est toutefois nuancée dans les lignes suivantes. En effet, Planiol admet deux exceptions au droit à la preuve : lorsqu'un scandale serait trop fâcheux pour la morale publique et lorsque la vérité du fait resterait incertaine. Ce second tempérament évoque la condition du caractère indispensable de la pièce : si une fois produite, la preuve n'a aucune incidence, elle ne saurait être admise. Dans la conception moderne du droit de produire une preuve, cette condition existe,

⁷⁰ F. Gény, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. n°2, 1911.

⁷¹ *Ibid.*, n°184 s., p. 104 s.

⁷² Civ. 2^e, 7 janvier 1999, n°95-21.934, P.

⁷³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de Paris, 9^e éd., t. n°2, 1923, n°43.

de même que pour le droit d'obtenir une preuve. En effet, l'octroi d'une mesure d'instruction *in futurum* suppose, au titre du motif légitime, que la mesure demandée soit utile.

Le droit à la preuve était déjà présent dans les travaux de certains grands juristes du début du XX^e siècle, même si la notion a évolué depuis lors. Sa première systématisation est l'œuvre de Gilles Goubeaux.

B. Une première systématisation par Gilles Goubeaux

Avant Gilles Goubeaux, Marty et Raynaud⁷⁴ avaient, dans les années 1970, établi un premier régime juridique du droit à la preuve. Le droit d'obtenir une preuve était comparé à l'action *ad exhibendum* romaine. Cette réflexion, contemporaine de la réforme du Code de procédure civile, était favorable à l'autorisation d'obtention de pièces détenues par la partie adverse ou un tiers. Les auteurs condamnaient le « droit à la dissimulation, éminemment contraire à la loyauté du débat judiciaire »⁷⁵.

Le renouveau doctrinal du droit à la preuve. Le regain d'intérêt pour le droit à la preuve est survenu en 1981, quand Gilles Goubeaux a publié son célèbre article intitulé « Le droit à la preuve »⁷⁶, comprenant la distinction désormais classique entre le volet « produire » et le volet « obtenir » du droit à la preuve.

Les fondements textuels invoqués au soutien du droit à la preuve. Gilles Goubeaux voyait dans l'article 10 du Code civil, qui dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité », une manifestation du droit à la preuve. Toutefois, ce texte concerne davantage les principes généraux relatifs à la répartition de la charge de la preuve, qu'une illustration du droit à la preuve.

L'article 10 du Code de procédure civile⁷⁷ est également cité par l'auteur, référence plus convaincante dès lors que cet article, figurant parmi les principes directeurs du Code, avait été récemment adopté⁷⁸. Le principe exposé à l'article 10 du Code de procédure civile reflète une

⁷⁴ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, Sirey, t. n°1, 3^e éd., 1972, n°217 s.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, dir. C. Perelman et P. Foriers, Bruylant, 1981, p. 277.

⁷⁷ Article 10 C. pr. civ. : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. »

⁷⁸ Les 24 premiers articles du CPC sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1976, cinq ans avant la parution de l'article de Gilles Goubeaux.

évolution des mentalités concernant le rôle du juge dans l'administration de la preuve, qui a préparé la reconnaissance du droit à la preuve.

Enfin, l'auteur fait appel à l'article 11 du Code de procédure civile⁷⁹, consacrant la production forcée de pièces, y compris par des tiers. Pour l'auteur, l'empêchement légitime mentionné dans cet article renvoie notamment au secret professionnel. Il cite d'autres obstacles dits « de droit », tels que les conflits pouvant émerger avec certains droits de la personnalité : l'intégrité physique en matière de filiation ou encore la vie privée et l'inviolabilité du domicile. Le cœur du problème du droit à la preuve, à savoir son entrée en conflit avec d'autres droits fondamentaux, était déjà identifié.

Cet article, aujourd'hui considéré comme fondateur, a divisé la doctrine à sa parution. La plupart des auteurs réfutaient l'existence d'un droit à la preuve⁸⁰, ou réduisaient à peau de chagrin sa portée pratique. L'émergence d'une jurisprudence favorable au droit à la preuve a infirmé ces opinions.

II. La lente apparition du droit à la preuve dans la jurisprudence

La reconnaissance du droit à la preuve dans les décisions de justice a d'abord été implicite. La jurisprudence, guidée par les besoins inhérents à certains contentieux, a mis en œuvre à la fin du XX^e siècle des techniques probatoires au service des justiciables, s'apparentant à un droit à la preuve (A). La consécration explicite du droit à la preuve, au niveau européen puis national, a eu lieu au début du XXI^e siècle (B).

A. *Une apparition implicite à la fin du XX^e siècle*

Le droit à la preuve n'était pas expressément présent en jurisprudence, mais quelques arrêts suggéraient déjà cette idée dans la seconde moitié du XX^e siècle.

⁷⁹ Article 11 du CPC : « Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

⁸⁰ Ph. Théry, « Les finalités de la preuve en droit privé », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 41. V. également X. Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve », Lexis Nexis, *JCP G*, n°17, 27 avril 2005, p. 771.

Une poignée d'arrêts isolés. Certains auteurs⁸¹ font même remonter le droit à la preuve à un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation de 1879, qui énonce que : « si, (...) dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent ordonner la communication de certaines pièces qui ne sont ni signifiées ni employées, ils ne doivent user de ce moyen d'instruction qu'avec réserve et lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux »⁸². Il s'agit néanmoins d'un arrêt isolé et qui n'a pas suscité l'intérêt de la doctrine. On peut également citer un arrêt de la deuxième chambre civile de 1962⁸³ consacrant le procédé dit de l'expertise-perquisition⁸⁴. La jurisprudence des années 1960 a oscillé entre des arrêts semblant préparer le terrain de la reconnaissance du droit à la preuve et des arrêts moins favorables à ce droit.

Le tournant opéré par l'arrêt *Vericar* de 1999. Une reconnaissance plus franche, bien que toujours implicite, du droit à la preuve, est survenue en 1999 avec l'arrêt dit *Vericar*⁸⁵. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation admet que le secret des affaires puisse être concilié avec le droit à la preuve de la partie demanderesse à la mesure d'instruction préventive. Dans cet arrêt, le demandeur au pourvoi arguait d'une violation du secret des affaires causée par la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum*. La Cour de cassation rejette le pourvoi, affirmant que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». Le droit à la preuve n'est pas explicitement mentionné, mais l'expression de « protection des droits de la partie » y fait référence.

Une notion présente dans l'esprit des praticiens. La lecture des enquêtes menées par Isabelle Desprès dans le cadre de sa thèse sur les mesures d'instruction *in futurum* est également éclairante. L'autrice a envoyé un formulaire à divers magistrats du fond, avec notamment la question suivante : « les parties ont-elles un droit à la preuve ? ». On constate que 74 répondants ont dit « oui », alors que seules 18 réponses sont négatives⁸⁶. Le formulaire a été envoyé et complété en 1997 et 1998. Dans l'idée des magistrats, l'existence d'un droit à la preuve était

⁸¹ G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 286.

⁸² Cass., req., 17 juin 1879, S, 1881. 1. 116.

⁸³ Civ. 2^e, 22 mai 1962, Bull. civ. II, n°332.

⁸⁴ Cette mesure s'apparente à la production forcée de pièces. Mais là encore, le lien avec le droit à la preuve est ténu.

⁸⁵ Civ. 2^e, 7 janvier 1999, n°95-21.934, P.

⁸⁶ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, p. 667.

assez consensuelle. Ce décalage avec la doctrine pourrait s'expliquer par une approche plus pragmatique des praticiens.

Enfin, un autre phénomène ayant favorisé l'édification concrète du droit à la preuve, d'origine européenne, est la construction par la CEDH d'une jurisprudence relative au droit à un procès équitable⁸⁷. Les juges de Strasbourg ont établi un lien entre l'égalité des armes et le droit de présenter ses preuves⁸⁸ dans l'arrêt *Dombo Beheer c/ Pays-Bas* de 1993.

La reconnaissance explicite du droit d'obtenir des preuves n'a eu lieu qu'au début du XXI^e siècle, en deux étapes clés.

B. Une consécration en deux étapes au début du XXI^e siècle

Le droit d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas a été reconnu d'abord implicitement en 2012, puis explicitement en 2016.

Une consécration d'abord implicite du droit d'obtenir une preuve. Le droit d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas a été consacré en droit français par deux arrêts de la chambre sociale du 19 décembre 2012⁸⁹. Pour la première fois, la Cour de cassation a autorisé un salarié alléguant une discrimination à demander, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la communication par l'employeur des documents privés d'autres salariés afin d'établir la discrimination.

L'apparition du « droit à la preuve » dans les motifs de la chambre sociale. Le premier arrêt de la Cour de cassation rapprochant expressément l'article 145 du Code de procédure civile et le droit à la preuve a été rendu en 2016⁹⁰. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel, au motif qu' « il appartenait [à la cour d'appel] de vérifier si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés ». Le raisonnement suivi en matière de production de preuve est étendu à l'obtention de preuves⁹¹. L'incidence du droit à la preuve sur les procédures d'obtention de preuves est rendue formellement apparente.

⁸⁷ E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2^e éd., 2022, n°274, p. 294.

⁸⁸ CEDH, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, 27 octobre 1993, Req. n°14448/88, § 33.

⁸⁹ Soc., 19 décembre 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, P.

⁹⁰ Soc., 16 nov. 2016, n°15-17.163, I.

⁹¹ O. Leclerc, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, Répertoire de droit du travail, n°115.

La chambre sociale a, un temps, oscillé entre l'ancienne et la nouvelle formulation (« protection des droits » ou bien « nécessaire à l'exercice du droit à la preuve »)⁹², mais la formule aujourd'hui retenue est celle du « droit à la preuve ». Cette évolution est cohérente avec le développement considérable du droit à la preuve qui, aujourd'hui, contribue à assurer l'impératif de protection des droits.

Conclusion de section : Ainsi, la doctrine a préparé le terrain pour la reconnaissance du droit à la preuve, qui est intervenue un siècle après l'apparition de l'expression. En parallèle, les mesures d'instruction *in futurum* ont connu une tout autre évolution : une reconnaissance prétorienne au début du XX^e siècle, suivie d'une consécration législative.

Section 2 : L'installation progressive des mesures d'instruction *in futurum* dans le paysage procédural

Les mesures d'instruction *in futurum* ont eu une histoire mouvementée. Autorisées uniquement en référé dans l'ancien droit, puis interdites en réaction aux abus qu'elles suscitaient, elles ont été réintroduites par un décret de 1973 et codifiées dans le Nouveau Code de procédure civile en 1975, à l'article 145.

L'installation des mesures d'instruction *in futurum* dans le paysage procédural a commencé lentement, puis s'est accélérée à partir de leur introduction dans le Nouveau Code de procédure civile. Avant le décret de 1973, les mesures d'instruction *in futurum* ont fait une apparition prudente dans le paysage procédural français (I) ; après l'adoption du décret, elles ont connu une popularité qui ne cesse de croître (II).

I. Avant le décret de 1973, une apparition prudente des mesures d'instruction *in futurum*

Les mesures d'instruction préventives existaient en droit français bien avant le décret de 1973 les ayant (ré)autorisées. Il faut cependant distinguer le cas de la mesure d'instruction *in futurum* en référé de celui de la mesure sur requête, car leur évolution a été bien différente. Alors que la mesure d'instruction préventive en référé était déjà autorisée dans certains cas en jurisprudence

⁹² Soc., 7 déc. 2016, n°14-28.391, I.

(A), la mesure d’instruction *in futurum* sur requête ne faisait l’objet que d’un intérêt doctrinal (B).

A. Une création prétorienne des mesures d’instruction préventives en référé

Il est inexact d’affirmer que les mesures d’instruction *in futurum* ont été autorisées pour la première fois en 1973. Elles existaient sous l’ancien droit mais ont été supprimées par une ordonnance de 1667, en raison des abus qu’elles suscitaient⁹³. L’interdiction, rappelée à l’article 806 du Code de procédure civile napoléonien, faisait l’objet d’une jurisprudence constante⁹⁴.

Les freins théoriques à la réintroduction des mesures d’instruction *in futurum*. Plusieurs raisons étaient avancées⁹⁵. Dans l’esprit de l’ancien Code de procédure civile, le rôle du juge était essentiellement passif, laissant place à l’impulsion des parties. Les magistrats refusaient d’aider les parties à obtenir des moyens de preuve, car cette mission ne relevait pas de leur office. Par ailleurs, la jurisprudence mettait en avant le caractère nécessairement accessoire des mesures d’instruction, incompatible avec l’idée de mesures d’instruction *in futurum* qui font l’objet d’une demande principale. Enfin, et l’argument est de taille, les demandes d’instruction ne paraissent pas, à première vue, satisfaire l’exigence d’un intérêt né et actuel. Le litige n’étant qu’éventuel, l’avantage est alors incertain. Cependant, un auteur⁹⁶, prenant position *a posteriori* sur cette controverse, relevait que l’utilité de la conservation de preuve ou de leur établissement présente en elle-même un intérêt né et actuel.

Les avantages pratiques à l’autorisation des mesures d’instruction préventives. D’autres avantages étaient mis en avant par les praticiens⁹⁷ : éviter les procès, prendre les devants sur l’adversaire, instaurer un dialogue entre les parties.

Ces considérations pragmatiques ont eu raison de la jurisprudence et les mesures d’instruction *in futurum* ont été, sous certaines conditions, autorisées dès le début du XX^e siècle. C’est ainsi que la chambre civile de la Cour de cassation a admis en 1906 les mesures d’instruction à futur

⁹³ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°81, p. 74.

⁹⁴ Cass. req., 6 février 1900, *D.* 1900, 1, p. 167.

⁹⁵ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n°82, p. 358 s.

⁹⁶ J.-C. Peyre, « Le référé probatoire de l’article 145 du nouveau Code de procédure civile », *Lexis Nexis, JCP G*, 1984, doct. n°3158.

⁹⁷ M. Peisse, « Le « référé préventif » en matière de construction immobilière », *Lextenso, Gaz. Pal.*, 1975, doct. p. 436.

en référé, à condition que l'urgence soit caractérisée⁹⁸, fournissant un exemple remarquable d'action créatrice de la jurisprudence.

Une partie de la doctrine a salué l'autorisation des mesures d'instruction préventives, certains appelant même à étendre leur champ d'application⁹⁹.

Une autonomisation rapide des mesures d'instruction *in futurum*. Les mesures d'instruction *in futurum* ont ensuite connu un mouvement d'autonomisation, à la fois des procédures de référé d'urgence et des mesures d'instruction¹⁰⁰. Emancipation du référé, avec l'abandon de la condition de l'urgence en 1982¹⁰¹. Emancipation des mesures d'instruction, avec l'autonomie par rapport à l'article 146 du Code de procédure civile, qui interdit leur utilisation en vue de remédier aux carences probatoires ainsi qu'à l'article 150, qui prévoit l'absence de recours indépendamment du jugement sur le fond¹⁰². Comme le relèvent Cornu et Foyer¹⁰³, l'adage *specialia generalibus derogant* ne fait ici pas exception. Les mesures d'instruction *in futurum* sont certes « à la croisée des mesures d'instruction et des procédures d'urgence »¹⁰⁴, mais elles sont une notion bien à part avec un régime propre. L'article 145 du Code de procédure civile consacre un référé probatoire.

Les mesures d'instruction préventives en référé ont été créées par une jurisprudence réaliste et sensible aux intérêts que peut présenter la préconstitution de preuves, encouragée par la doctrine qui voyait dans ces mesures un « anti-procès »¹⁰⁵. Le caractère contradictoire de ces mesures a sans doute favorisé leur acceptation¹⁰⁶. La situation est tout autre pour les mesures d'instruction *in futurum* sur requête, qui faisaient l'objet, avant 1973, d'un intérêt essentiellement doctrinal.

⁹⁸ Cass. Civ., 19 février 1906, S. , 06.I.272.

⁹⁹ E. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1926, 3^e éd., t. n°2, n°319, p. 15. Voir également G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, Sirey, t. n°1, 3^e éd., 1972, n°217 s.

¹⁰⁰ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n°82, p. 357.

¹⁰¹ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.814, P.

¹⁰² Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.974, P. et n°79-12.006, P.

¹⁰³ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°82, p. 357.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ M. Peisse, « Le « référé préventif » en matière de construction immobilière », Lextenso, *Gaz. Pal.*, 1975, doctr. p. 436.

¹⁰⁶ Introduction de L. Cadiet dans *La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC*, (S. Pierre-Maurice (dir.), mare et martin, 2023.

B. Une réflexion essentiellement doctrinale autour des mesures d'instruction préventives sur requête

En dépit de l'absence de contradiction, qui dissuadait les magistrats de prononcer des mesures d'instruction préventives sur requête, une doctrine minoritaire appelait à leur autorisation.

Des mesures d'instruction préventives sur requête en cas d'urgence. Dès 1844, le préfet de Belleyme préconisait l'autorisation des mesures d'instruction *in futurum* sur requête¹⁰⁷. Il écrivait que « lorsque les preuves peuvent périr, le juge peut permettre de les recueillir avant la demande, contradictoirement avec l'autre partie ; et même sans l'appeler si elle ne se trouve pas sur les lieux et si l'urgence ne permet pas de l'appeler ». Les mesures ordonnées prennent principalement la forme de constats. Selon lui, c'est l'urgence qui justifie la dérogation au principe de la contradiction. La condition de l'urgence n'a pas été reprise par la jurisprudence au moment de la réintroduction des mesures d'instruction *in futurum*¹⁰⁸.

Des rares décisions de justice. Des universitaires ont également plaidé pour une autorisation par le législateur des mesures d'instruction *in futurum* sur requête. Glasson et Tissier¹⁰⁹ affirmaient que ces mesures étaient autorisées de manière très exceptionnelle et en cas d'urgence. Ils écrivaient en 1926 : « Cette juridiction est fort utile pour tous les cas où il faut, si l'on veut que la mesure ordonnée soit efficace, éviter un débat contradictoire préalable, par exemple si un objet litigieux est menacé de disparaître et s'il est urgent de nommer un administrateur séquestre, si un constat doit être fait à l'improviste »¹¹⁰. Les auteurs précisent que les abus de l'ancien droit ne sont plus de mise, car les présidents n'usent de ce pouvoir que très précautionneusement. En outre, un régime de la rétractation était prévu, les parties pouvant demander au juge des référés le rétablissement de la contradiction et la modification des mesures¹¹¹.

Mais à part quelques cas isolés, la jurisprudence n'a pas suivi les appels à une introduction des mesures d'instruction *in futurum* sur requête et a maintenu une position ferme d'interdiction. Ces réticences s'expliquent par le caractère non contradictoire des mesures ordonnées sur

¹⁰⁷ L.-M. de Belleyme, *Ordonnances sur requêtes et sur référés selon la jurisprudence du tribunal de première instance du département de la Seine*, Cosse, 1855.

¹⁰⁸ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.814, P. V. *supra* pour l'autonomisation des mesures d'instruction *in futurum*.

¹⁰⁹ E. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1926, 3^e éd., t. n°2, n°318, p. 10.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

requête, qui semblait excessif en l'absence de procès au fond. En 1973, le législateur a fait le choix de consacrer les mesures d'instruction préventives, en référé mais aussi sur requête, ce qui a constitué une petite révolution procédurale.

II. Après le décret de 1973, une popularité croissante des mesures d'instruction *in futurum*

Après leur consécration par le décret du 27 décembre 1973, les mesures d'instruction *in futurum* ont d'abord fait l'objet d'un intérêt modéré de la pratique. Les avocats s'en sont ensuite emparés, faisant de ces mesures un procédé incontournable des stratégies procédurales (A), désormais au cœur de divers contentieux (B).

A. Une « arme d'anticipation remarquable »¹¹² au cœur des stratégies procédurales

Les mesures d'instruction *in futurum* ont peu à peu pris leur place dans le paysage procédural et sont désormais au cœur des stratégies des avocats. L'évolution est nettement visible, notamment en droit social. Alors que l'article 145 du Code de procédure civile était assez peu mobilisé avant 2010, il connaît désormais une inflation remarquable. Il est difficile d'obtenir des chiffres précis sur l'utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile. Cependant, le nombre d'arrêts rendus par la Cour de cassation en la matière est un bon indicateur.

Une inflation des mesures d'instruction *in futurum*. Le premier arrêt rendu par la Cour de cassation, semble-t-il, émane de la troisième chambre civile et a été rendu en 1980¹¹³. Pour la chambre sociale, le premier arrêt a été rendu en 1984¹¹⁴. Au cours des vingt années suivantes, on recense une vingtaine d'arrêts sur la question. Les avocats en droit social ont peiné à s'approprier le mécanisme, qui était en revanche déjà bien ancré dans la jurisprudence des chambres civiles et de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁵.

Des outils d'établissement d'une stratégie probatoire. Les mesures d'instruction *in futurum* ne devraient pas être un instrument d'analyse de la situation précontentieuse. Pourtant, elles sont fréquemment utilisées par les justiciables pour évaluer les chances de succès d'une éventuelle action au fond. Elles permettent de clarifier la situation factuelle, d'évaluer les

¹¹² G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n°82, p. 358.

¹¹³ Civ. 3^e, 10 décembre 1980, n°79-11.035, P.

¹¹⁴ Soc., 26 juillet 1984, n°81-41.760, P.

¹¹⁵ P. Adam, « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail - Sur un nouvel outil de construction », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 39.

chances de succès d'une action au fond, de déterminer la stratégie procédurale en trouvant le fondement juridique le plus adéquat¹¹⁶. Elles peuvent également servir de moyen de dissuasion : le demandeur prend les devants et montre à son adversaire qu'il dispose de preuves solides.

Les mesures d'instruction *in futurum* sont très populaires auprès des plaideurs, car elles leur permettent de définir une stratégie probatoire. Cela explique qu'elles aient connu, depuis leur consécration, une expansion matérielle à toutes les branches du droit privé.

B. Une plasticité des mesures d'instruction in futurum participant de leur extension à divers contentieux

L'article 145 du Code de procédure civile a connu une importante expansion matérielle depuis son adoption.

Une expansion matérielle, même lorsque des procédures spécifiques existent. Outre son explosion en droit social, il est utilisé en droit de la famille¹¹⁷, en droit de la construction¹¹⁸ mais aussi en droit des sociétés, et ce alors même qu'il existe en la matière une mesure spéciale dénommée expertise de gestion¹¹⁹. Les demandeurs ont tendance à favoriser les mesures d'instruction *in futurum*, au lieu de l'expertise de gestion. Ce recours privilégié des demandeurs à l'article 145 du Code de procédure civile, plutôt que les dispositions du Code de commerce, peut s'expliquer par l'encadrement strict de l'expertise de gestion par la jurisprudence, au contraire des mesures d'instruction *in futurum* qui sont accordées assez largement¹²⁰. Lorsque les conditions de l'expertise de gestion ne sont pas réunies, les plaideurs se tournent vers l'article 145 du Code de procédure civile.

Diversité des mesures pouvant être ordonnées. Quant aux fonctions conférées aux mesures d'instruction *in futurum*, la Cour de cassation a rapidement affirmé que les mesures de l'article 145 du Code de procédure civile « ne sont pas limitées à la conservation de preuves et peuvent aussi tendre à leur établissement »¹²¹, selon une formule désormais classique.

¹¹⁶ X. Vuitton, « Stratégie probatoire et utilisation de l'article 145 CPC », in *La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC* (dir. S. Pierre-Maurice), mare et martin, 2023.

¹¹⁷ A. Boyard, « Pour une nécessaire extension du droit à la preuve en matière d'ordonnance de protection à l'ensemble des litiges d'ordre familial en présence de violences intrafamiliales », *Dalloz, AJ Famille*, n°5, 18 mai 2023, p. 257.

¹¹⁸ M. Peisse, « Le « référé préventif » en matière de construction immobilière », *Lextenso, Gaz. Pal.*, 1975, doct. p. 436.

¹¹⁹ C. com., art. L. 223-37, L. 225-231, R. 223-30, R. 225-163.

¹²⁰ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°242, p. 207.

¹²¹ Civ. 2^e, 17 juin 1998, n°95-10.563, P. ; Soc., 19 décembre 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, P.

Enfin, cette diversité se manifeste aussi par les différentes mesures pouvant être ordonnées : l'expertise occupe une place de choix mais d'autres mesures peuvent aussi être mises en œuvre, telles que le constat, le transport sur les lieux ou la production forcée de pièces, y compris par des tiers¹²² si aucun empêchement légitime ne s'y oppose¹²³.

En revanche, la Cour de cassation considérait jusqu'à présent que la filature par un détective privé constitue en soi un procédé illicite, excluant toute mise en balance avec le droit à la preuve¹²⁴. De telles mesures étaient parfois autorisées par les juridictions du fond, en matière de concurrence déloyale ou de droit des assurances. Le nouvel état du droit en matière de loyauté de la preuve devrait conduire à remettre en cause cette position d'irrecevabilité pure et simple.

Conclusion de section : Autorisées avec prudence et sous conditions sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, les mesures d'instruction *in futurum* ont ensuite été consacrées par le législateur en 1973. Les plaideurs s'en sont peu à peu emparés, faisant de l'article 145 du Code de procédure civile le « colosse de procédure » décrit par Perrot¹²⁵.

Conclusion de chapitre : En définitive, le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* n'avaient, *ab initio*, aucun lien. D'une part, le droit à la preuve a longtemps germé dans l'esprit de la doctrine avant d'apparaître, mais uniquement implicitement, dans la jurisprudence de la fin du XX^e siècle. D'autre part, les mesures d'instruction *in futurum* ont certes été réintroduites par la jurisprudence avant le décret de 1973, mais uniquement en référé, et avec parcimonie. L'autorisation législative des mesures d'instruction *in futurum*, en référé et sur requête, puis la consécration du droit à la preuve, ont conduit au développement de liens entre les deux notions.

¹²² Civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n°86-11.596, P.

¹²³ Civ. 2^e, 26 mai 2011, n°10-20.048, P.

¹²⁴ Civ. 2^e, 17 mars 2016, n°15-11.412, P.

¹²⁵ R. Perrot, « La compétence du juge des référés », Lextenso, *Gaz. Pal.*, 1974, doct. 895.

Chapitre 2 : L'émergence de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*

Le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* ont, outre les liens substantiels qui seront développés dans les développements suivants, des similitudes formelles. Les deux notions ont été consacrées à peu près au même moment, à la fin du XX^e siècle. Cette proximité temporelle n'est pas anodine : le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* se sont développés d'abord chacun de leur côté, puis ensemble et se rencontrent désormais. Le premier arrêt de la Cour de cassation établissant un lien explicite entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* a été rendu en 2016¹²⁶. Depuis lors, pléthore d'arrêts mêlent les deux notions. Pourtant, le contexte dans lequel les deux notions se sont liées n'était pas en tout point idéal, car les mesures d'instruction *in futurum* présentent des défauts affectant leur fiabilité.

Des liens entre les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve se sont peu à peu développés malgré des faiblesses structurelles de ces mesures (Section 1), car le droit à la preuve est un gage de leur efficacité (Section 2).

Section 1 : La naissance de liens entre les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve malgré des faiblesses structurelles de ces mesures

En raison de la reconnaissance du droit à la preuve, les mesures d'instruction *in futurum* peuvent désormais fonder des mesures attentatoires aux libertés, sous plusieurs conditions. Certains auteurs trouvent cet état du droit critiquable, pour deux raisons principales. La première tient au fondement des mesures d'instruction *in futurum*, que l'on peut qualifier d'ébranlable (I) et la seconde renvoie à la nature même de ces mesures, qui sont un concentré de violation des grands principes procéduraux (II).

¹²⁶ Soc., 16 novembre 2016, n°15-17.163, I. : « alors qu'il appartenait [à la cour d'appel] de vérifier si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait et ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés ».

I. L'article 145 du Code de procédure civile, un fondement ébranlable pour des mesures attentatoires aux libertés

Les mesures d'instruction *in futurum* trouvent leur unique fondement dans l'article 145 du Code de procédure civile. Or, ce fondement réglementaire peut sembler fragile au regard des mesures attentatoires aux libertés pouvant être accordées par le juge (A), ce pour quoi un fondement législatif a parfois été suggéré (B).

A. *Un fondement uniquement réglementaire*

Le premier problème structurel des mesures d'instruction *in futurum* est leur fondement réglementaire. L'article 145 du Code de procédure civile, adopté par un décret du 17 décembre 1973¹²⁷, est de nature réglementaire. Cela n'est guère étonnant, dans la mesure où la grande majorité des dispositions de procédure civile est de source réglementaire. La difficulté vient du fait que l'article 145 du Code de procédure civile est l'unique fondement de ces mesures.

Un fondement faible pour des mesures intrusives. Or, les mesures d'instruction *in futurum* peuvent désormais servir de fondement à des procédés très intrusifs, comme des constats d'huissier dans les locaux d'une entreprise en cas de suspicion de concurrence déloyale. Le développement du droit à la preuve a conduit à substituer au refus de principe des juges face à une demande attentatoire à une liberté individuelle, une conciliation¹²⁸.

Un développement imprévu des mesures d'instruction *in futurum*. En procédure sur requête particulièrement, les atteintes aux droits fondamentaux sont graves, d'autant plus que la procédure n'est pas contradictoire. Il est incertain que le législateur, au moment de l'adoption du nouveau Code de procédure civile, ait songé à des mesures aussi intrusives, telles que la production forcée de pièces, y compris par des tiers¹²⁹.

Un fondement législatif a alors parfois été recherché, afin de donner une base solide aux mesures d'instruction *in futurum*.

¹²⁷ Décret n°73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.

¹²⁸ G. Lardeux, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », Dalloz, *Recueil*, n°2, 14 janvier 2016, p. 96.

¹²⁹ Civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n°86-11.596, P.

B. Un renforcement incertain par des fondements législatifs

Pour tenter de remédier à cette carence, des fondements législatifs, voire supra-législatifs, ont parfois été ajoutés à l'article 145 du Code de procédure civile.

Renforcement ponctuel par des visas législatifs. L'ajout de fondements supra-réglementaires est rare. Outre l'article 145 du Code de procédure civile (et l'article 493 lorsque la mesure est exécutée sur requête), les articles 6 et 8 de la Convention EDH sont parfois visés par la chambre sociale dans ses arrêts de principe, notamment l'arrêt du 16 novembre 2016 ayant, pour la première fois, explicitement associé les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve¹³⁰. Outre ce cas, on peut citer un arrêt de 2020¹³¹ avec un visa particulièrement riche : à l'article 145 et à la Convention EDH sont ajoutés les articles 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile. On ne saurait toutefois trouver d'autres arrêts en ce sens.

Une inscription dans la loi des mesures d'instruction *in futurum* ? Le législateur s'est également intéressé à la question du fondement des mesures d'instruction *in futurum*. Au cours de l'année parlementaire 2018 – 2019, deux sénateurs ont présenté une proposition de loi organique relative aux « Principes fondamentaux de la procédure civile »¹³², dans laquelle ils suggéraient de donner un caractère législatif aux principes directeurs de procédure civile. Les mesures d'instruction *in futurum* sont décrites comme un cas emblématique de mesures intrusives nécessitant un fondement législatif, et ne bénéficiant pourtant que d'un fondement réglementaire. Cette proposition n'a cependant jamais été adoptée, et l'état du droit est resté le même.

Ainsi, l'article 145 du Code de procédure civile est le fondement privilégié, la « voie royale et presque unique »¹³³. Une autre faiblesse des mesures d'instruction *in futurum* réside dans l'atteinte qu'elles portent à certains principes directeurs du procès civil.

¹³⁰ Soc., 16 novembre 2016, n°15-17.163, I.

¹³¹ Soc., 16 décembre 2020, n°19-17.637, P.

¹³² F. Pillet, M. Jourda, « Proposition de loi organique tendant à attribuer à la loi la compétence de fixer les principes fondamentaux de la procédure civile », enregistrée à la présidence du Sénat le 21 février 2019. <https://www.senat.fr/leg/pp118-349.pdf>

¹³³ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, p. 651.

II. Les mesures d'instruction *in futurum*, concentré de violations des grands principes de procédure civile

Un second problème structurel des mesures d'instruction *in futurum* est en lien avec les principes directeurs de la procédure civile, énoncés aux vingt-quatre premiers articles du Code. En effet, elles apportent des tempéraments à plusieurs principes fondamentaux du procès civil, en permettant une dérogation au principe de la contradiction (A) et en semblant porter atteinte au principe dispositif (B).

A. *Droit à la preuve et principe de la contradiction : la faveur des demandeurs aux mesures d'instruction in futurum sur requête*

En raison des atouts qu'elle présente, la procédure sur requête est très prisée des demandeurs. Elle comporte cependant un danger tenant à l'absence de contradiction.

La contradiction, un principe directeur du procès. La contradiction, qui constitue « l'âme du procès »¹³⁴, figure au fronton du Code de procédure civile, à l'article 16¹³⁵. L'article 17 permet toutefois d'y déroger, « lorsque la loi [le] permet ou que la nécessité [le] commande »¹³⁶. Motulsky considérait que la contradiction fait partie de la catégorie plus large des droits de la défense, eux-mêmes reliés au droit naturel¹³⁷.

Principe de subsidiarité. L'article 145 du Code de procédure semble offrir une alternative entre procédure en référé ou sur requête, à la discrétion du demandeur. Cela n'est pas le cas, car il est de jurisprudence constante¹³⁸ que la voie sur requête est subsidiaire par rapport au référé. Les conditions habituelles de la requête, comme celle de l'existence de circonstances justifiant la dérogation à la contradiction, s'appliquent également aux mesures d'instruction *in futurum*.

Contrôle lourd des circonstances justifiant la dérogation à la contradiction. Dans cette optique, la Cour de cassation exerce un contrôle lourd des circonstances justifiant la dérogation au principe de la contradiction, et ce depuis 2003¹³⁹. On observe cependant un renforcement du

¹³⁴ G. Cornu, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, fragment d'un état des questions », *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 90.

¹³⁵ Article 16 C. pr. civ. : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. ».

¹³⁶ Article 17 C. pr. civ. : « Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief. ».

¹³⁷ H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges Roubier*, 1961, t. n°2, p. 75.

¹³⁸ Civ. 2^e, 13 mai 1987, Bull. civ. II, n°112 ; Civ. 2^e, 30 janvier 2003, n°01-01.128, P.

¹³⁹ Civ. 2^e, 30 janvier 2003, n°01-01.128, P. : « ayant constaté une absence de motif, tant de l'ordonnance sur requête que de la requête elle-même, sur les circonstances qui justifiaient que la mesure d'instruction

contrôle depuis une quinzaine d'années. Avant 2010, la Cour ne vérifiait l'existence de circonstances justifiant la dérogation à la contradiction que dans la requête du demandeur¹⁴⁰. Depuis 2010, elle le contrôle aussi dans l'ordonnance rendue par le juge¹⁴¹. Le contrôle de la rédaction de la requête s'est intensifié, la deuxième chambre civile employant parfois l'expression « en a exactement déduit »¹⁴², ce qui indique un contrôle lourd par la Cour de cassation. En outre, le juge de la rétractation doit rechercher d'office si cette double exigence a été respectée.

Enfin, un courant jurisprudentiel en matière de concurrence déloyale, plus souple sur la motivation de la requête, a été abandonné par deux arrêts récents¹⁴³. Quelques arrêts antérieurs n'exigeaient pas du demandeur qu'il motive les circonstances justifiant la dérogation au principe de la contradiction en matière de concurrence déloyale, se contentant des faits exposés par le demandeur¹⁴⁴. La deuxième chambre civile et la chambre commerciale ont récemment rappelé que les juges du fond ne peuvent se fonder uniquement sur les faits présentés par le demandeur pour justifier du motif légitime, même à supposer que ces faits soient graves et avérés, pour accorder l'ordonnance sur requête. Un commentateur¹⁴⁵ rappelle à cet égard que les circonstances permettant de déroger à la contradiction ne sont pas assimilables à la condition du motif légitime. Les deux conditions sont bien distinctes.

En revanche, la Cour de cassation n'exige pas que l'effet de surprise soit recherché par la procédure sur requête, même s'il est la raison la plus fréquemment invoquée¹⁴⁶. Le requérant peut aussi alléguer un risque d'altération, dissimulation ou destruction des preuves¹⁴⁷. De plus, les juges peuvent se fonder sur la mauvaise foi du défendeur, notamment s'il tente de dissimuler les faits dénoncés¹⁴⁸, pour justifier de la nécessité de la procédure non contradictoire.

demandée sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ne soit pas prise contradictoirement (...) ».

¹⁴⁰ Civ. 2^e, 30 avril 2009, n°08-15.421, P.

¹⁴¹ Civ. 2^e, 11 février 2010, n°09-11.342, P. Voir également Com., 4 mai 2010, n°09-66.513, I. ; Civ. 2^e, 5 mai 2011, n°10-19.046, I. ; Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-13.803, P.

¹⁴² Civ. 2^e, 3 mars 2022, n°20-22.349, P.

¹⁴³ Com., 13 avril 2023, n°22-21.376 ; Civ. 2^e, 3 mars 2022, n°20-22.349, P.

¹⁴⁴ V. par exemple Civ. 2^e, 16 décembre 2021, n°20-21.524.

¹⁴⁵ J.-D. Bretzner, « Droit processuel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°11, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 21 mars 2024, p. 576.

¹⁴⁶ Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°19-23.448, I.

¹⁴⁷ Civ. 2^e, 16 mai 2019, n°18-14.368 et n°18-14.369, I.

¹⁴⁸ Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°19-22.965, I. Voir aussi, pour le cas d'un défendeur ayant organisé frauduleusement son insolvabilité, Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-13.803, P.

Cet ensemble de solutions en matière d'ordonnances sur requête de l'article 145 du Code de procédure civile apporte une cohérence à l'édifice d'ensemble. La Cour de cassation veille au respect du principe de subsidiarité de la procédure sur requête par rapport à la procédure en référé, voie par défaut.

Une procédure comportant également des risques pour le plaideur. Toutefois, les avantages procurés par la procédure sur requête ne doivent pas faire oublier les risques inhérents à cette voie. Le principal tient au régime relatif au délai de prescription, différent en procédure sur requête et en référé. Alors que la requête, si elle est rejetée, ne suspend pas le délai de prescription, la demande en référé le suspend dans tous les cas¹⁴⁹, ainsi que l'indique l'article 2239 du Code civil¹⁵⁰. La requête ne suspendra le délai de prescription que si elle est accordée, ce qui incite les demandeurs à bien peser les avantages et inconvénients de cette procédure et à n'introduire une requête que si les conditions sont bien réunies.

Outre le principe de la contradiction en procédure sur requête, les mesures d'instruction *in futurum* semblent porter atteinte au principe dispositif.

B. Droit à la preuve et principe dispositif : une fausse violation

Le principe dispositif signifie que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse et déterminent l'objet et le contenu du litige. Il est rattaché à l'article 6 du Code de procédure civile¹⁵¹. Dans son acception moderne, notamment portée par Motulsky¹⁵², ce principe est dégagé des considérations tenant à l'initiative du procès, qui constitue un principe distinct¹⁵³.

Les deux dimensions du principe dispositif en droit comparé. Les auteurs du « Précis » de procédure civile¹⁵⁴ relèvent que le principe dispositif est devenu inadapté à la nouvelle répartition des rôles respectifs du juge et des parties dans l'instance. Plus précisément, le rôle

¹⁴⁹ V. Orif, « La richesse des mesures d'instruction *in futurum* dans le contentieux prud'homal », Lexbase, *Social*, n°945, 11 mai 2023.

¹⁵⁰ Article 2239 du Code civil : « La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. » En revanche, la requête, qui n'est pas une demande en justice, ne suspend pas la prescription.

¹⁵¹ Article 6 C. pr. civ. : « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. »

¹⁵² H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, n°28, p. 291.

¹⁵³ Il s'agit du « principe d'initiative processuelle », également appelé « principe d'impulsion processuelle ».

¹⁵⁴ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022, n°510 s., p. 529.

conféré au juge dans l'administration de la preuve illustre la relativité de ce principe¹⁵⁵. Il ne faut toutefois pas s'en alarmer outre mesure. Dans un article sur le sujet¹⁵⁶, Cécile Chainais distingue la dimension substantielle et la dimension technique du principe dispositif. La dimension substantielle concerne, au sens strict, les prétentions des parties, qui constituent le noyau dur du principe dispositif. La dimension technique renvoie aux moyens techniques choisis par les parties au soutien de leurs prétentions. Cette dimension procédurale peut souffrir quelques atténuations, tenant par exemple à l'administration de la preuve, notamment l'article 145 du Code de procédure civile.

Une violation de façade. La violation du principe dispositif par le juge utilisant ses pouvoirs en matière de preuve dans le cadre de l'article 145 du Code de procédure civile n'est ainsi qu'apparente. La redéfinition des charges processuelles a profondément renouvelé la définition du principe dispositif, qui ne s'oppose pas à ce que le juge prenne une part active dans l'administration de la preuve.

Conclusion de section : Ainsi, le fondement des mesures d'instruction *in futurum* est faible et n'est que rarement renforcé par des textes législatifs. Cette carence mériterait d'être palliée, afin de garantir un fondement législatif aux mesures d'instruction préventives, qui sont souvent très intrusives. Le risque de porter atteinte aux principes directeurs du procès semble en revanche maîtrisé. L'essor des mesures d'instruction *in futurum* s'explique en partie par le développement parallèle du droit à la preuve. En réalité, ces deux mouvements ne sont pas isolés. Le développement du droit à la preuve sert l'essor des mesures d'instruction *in futurum*, car il est un gage de leur efficacité.

Section 2 : La reconnaissance du droit à la preuve en faveur du dynamisme des mesures d'instruction *in futurum*

Selon Bentham, les preuves préconstituées ont un double avantage¹⁵⁷. Pour les parties, elles favorisent l'efficacité probatoire et la célérité des procédures. Pour le juge, elles permettent une plus grande « sûreté »¹⁵⁸, car elles lui donnent une base de données techniques fiable sur laquelle fonder sa décision. Cette distinction sera reprise dans les développements suivants.

¹⁵⁵ *Ibid*, n°619, p. 520.

¹⁵⁶ C. Chainais, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », E. Jeuland et L. Flise (dir.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS, 2015, p.9.

¹⁵⁷ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange Frères Paris, t. n°1, 1823, p. 251 s.

¹⁵⁸ *Ibid*.

Pour les parties, la conjonction du droit à la preuve et des mesures d’instruction *in futurum* est un gage d’efficacité probatoire (I) et pour le juge, elle offre une qualité renforcée des décisions (II).

I. Le droit à la preuve et les mesures d’instruction préventives, gage d’efficacité probatoire pour les parties

L’association des mesures d’instruction *in futurum* et du droit à la preuve est d’une efficacité redoutable, ce qui explique sa place de choix dans les stratégies procédurales des plaideurs. Le procédé permet, outre une célérité accrue des procédures au fond (A), la production des preuves adéquates, contribuant ainsi à garantir le droit d’accès au juge (B).

A. *Une célérité accrue des procédures au fond*

Le recours aux mesures d’instruction *in futurum*, permettant aux parties de constituer un dossier probatoire, permet une résolution rapide de l’éventuel litige au fond.

La constitution d’un dossier probatoire. La récolte des preuves est une tâche fastidieuse qui allonge les procès. La reconnaissance du droit à la preuve permet de limiter les hypothèses d’échec des mesures d’instruction préventives. Au lieu de l’opposition qui prévalait traditionnellement lorsque la mesure d’instruction *in futurum* heurtait un droit fondamental, la conciliation est aujourd’hui de mise¹⁵⁹.

En ce sens, Jeantin affirmait que « l’article 145 crée une action en justice destinée à faciliter aux particuliers l’exercice de leur droit à la preuve »¹⁶⁰. Dans la même lignée, Aurélie Bergeaud-Wetterwald constate que « si le motif légitime de l’article 145 existe, l’action probatoire aboutit au constat du droit à la preuve »¹⁶¹.

Un évitement du procès au fond. Dans le meilleur des cas, le litige pourra même être évité. Les mesures d’instruction *in futurum* peuvent avoir un effet dissuasif : si le demandeur s’aperçoit que les preuves sont insuffisantes, la décision raisonnable est d’abandonner l’idée d’un procès au fond. Par ailleurs, la mise en œuvre d’une procédure fondée sur l’article 145 du Code de procédure civile peut inciter les parties à privilégier un mode amiable de règlement du litige, qui sera souvent plus efficace qu’un règlement judiciaire. En ce sens, Chapus écrivait qu’

¹⁵⁹ G. Lardeux, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l’opposition déclarée à la conciliation imposée », Dalloz, *Recueil*, n°2, 14 janvier 2016, p. 96.

¹⁶⁰ M. Jeantin, « Les mesures d’instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, 1980, Chron., p. 205.

¹⁶¹ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°94, p. 84

« on constate que la connaissance exacte (des faits) qu'une expertise peut donner a souvent pour effet d'inciter [les parties] à la conciliation »¹⁶².

Article 145 du Code de procédure civile et manœuvres dilatoires. Cette célérité accrue de l'éventuelle procédure au fond ne doit pas occulter le risque que l'article 145 du Code de procédure civile soit utilisé à des fins dilatoires. En effet, les mesures d'instruction *in futurum* peuvent servir de prétexte à des manœuvres frauduleuses. Dès lors que ces mesures ne peuvent être demandées qu'en l'absence de procès au fond sur le même litige, des plaideurs redoutant d'être assignés les utilisent pour retarder l'action au fond. Cette difficulté est résolue lorsque le juge saisi d'une demande sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile constate qu'un procès au fond est en cours. Il devra alors rejeter la demande¹⁶³.

En plus d'une célérité accrue de l'éventuelle procédure au fond, le mariage du droit à la preuve et des mesures d'instruction *in futurum* permet la production des preuves adéquates.

B. La production des preuves adéquates, contribuant au droit d'accès au juge

L'intérêt des mesures d'instruction *in futurum* réside dans l'accès à des preuves pertinentes, et ce alors même qu'un litige n'est pas encore en cours. En effet, l'exercice du droit à la preuve permet de passer outre l'interdiction de principe des preuves illicites (et même déloyales¹⁶⁴). Le principal apport du droit à la preuve est ainsi la conciliation qu'il opère avec les différents secrets, qu'ils soient d'ordre personnel¹⁶⁵ ou professionnel¹⁶⁶.

Vers un « droit de gagner son procès ». Un auteur¹⁶⁷ relève que « l'effectivité du droit d'accès au juge ne consiste pas seulement dans le droit de saisir le juge mais aussi celui de gagner un procès, ce à quoi peut contribuer le droit à la preuve ». Cette conception étendue du droit d'accès au juge est intéressante, car elle permet d'assurer l'exigence d'effectivité des droits reconnus par la Convention EDH¹⁶⁸. L'accès au juge est une étape satisfaisante, mais au-delà, le

¹⁶² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11^e éd., 2004, n°1643.

¹⁶³ Civ. 2^e, 21 octobre 1992, n°91-10.708 et 91-10.709, P.

¹⁶⁴ Cf. *infra*, p. 67.

¹⁶⁵ J. Klein, « La confidentialité de la conciliation à l'épreuve du droit à la preuve », Dalloz, *RTD civ.*, n°1, 31 mars 2023, p. 170.

¹⁶⁶ G. Lardeux, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », Dalloz, *Recueil*, n°2, 14 janvier 2016, p. 96.

¹⁶⁷ S. Brissy, « Contentieux du travail - Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve doit être concilié avec le droit à la preuve », Lexis Nexis, *JCP S*, n°3, 23 janvier 2024, comm. n°1028.

¹⁶⁸ L'exigence d'effectivité des droits a été énoncée par la CEDH dans son arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, Req. n°6289/73, § 24.

demandeur souhaiter gagner son procès. Or, l'association des mesures d'instruction *in futurum* et du droit à la preuve, en permettant un large accès aux preuves détenues par l'adversaire ou un tiers, augmente les chances de succès du futur plaideur.

L'idée d'un lien entre le droit à la preuve et le droit d'accès au juge a d'abord été formulée par un publiciste, qui considérait que le droit à la preuve implique « le droit de se faire entendre par un juge »¹⁶⁹. Gilles Goubeaux a ensuite fait le lien entre les deux notions dans son article de 1981¹⁷⁰, et l'association a depuis été reprise à maintes reprises.

La CEDH a reconnu dans son célèbre arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* que l'article 6, § 1 de la Convention EDH consacre « le droit à un tribunal dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect »¹⁷¹. Dans la même lignée, la CJUE a jugé que le droit d'accès effectif à un tribunal implique que les règles internes relatives à la preuve ne doivent pas rendre excessivement difficile la revendication en justice d'un droit protégé par la législation européenne¹⁷². On pourrait alors considérer que les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve, en facilitant l'administration de la preuve, contribuent à mettre en œuvre le droit d'accès au juge.

Outre l'intérêt primordial pour le justiciable, le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* ont une utilité pour le juge, car ils lui permettent de prendre des décisions éclairées.

II. Pour le juge, une qualité des décisions renforcée

Le droit à la preuve, mis en œuvre via les mesures d'instruction *in futurum*, a également un intérêt pour le juge qui sera amené à traiter l'éventuel litige au fond. Il assure au juge l'examen complet de tous les éléments de preuve (A) et diminue ainsi le nombre de recours (B).

A. *L'assurance d'un examen complet de tous les éléments de preuve*

Pour le juge, les mesures d'instruction *in futurum*, conjuguées au droit à la preuve, permettent une prise de décision éclairée si un litige survient ultérieurement.

¹⁶⁹ P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, thèse Paris, 1952, n°23, p. 44. V. A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010, n°72, p. 66.

¹⁷⁰ G. Goubeaux, *op. cit.*

¹⁷¹ CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, Req. n°4451/70, § 36.

¹⁷² CJCE, *San Giorgio*, 9 novembre 1983, aff. 199/82, § 14 – CJCE, *Les fils de Jules Bianco*, 25 février 1988, aff. 331, 376 et 378/85, § 12.

Les atouts de la préconstitution judiciaire de la preuve. L'article 145 du Code de procédure civile permet la collecte de preuves judiciaires. Le magistrat qui sera ensuite appelé à statuer sur le litige au fond bénéficiera de preuves d'autant plus fiables qu'elles auront été récoltées dans le cadre judiciaire. La plupart des magistrats accordent une plus grande confiance au travail d'un collègue qu'à celui d'un tiers, comme un détective privé. Un arrêt de la Cour de cassation de 1995 illustre ces propos. Il retient, pour rejeter un pourvoi, que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation (...) que la cour d'appel a estimé que l'expertise officieuse devait être écartée en raison de son caractère non contradictoire et du travail consciencieux de l'expert judiciaire, dont le rapport ne pouvait être remis en question par l'expertise officieuse en l'absence d'autres éléments ou documents de nature à la conforter »¹⁷³. Ce n'est parce que l'expertise privée serait interdite qu'elle doit être écartée, mais bien parce que la Cour d'appel a souverainement estimé qu'elle n'était pas aussi probante que l'expertise judiciaire.

Une prise de décision éclairée et équitable. Le juge du fond dispose, grâce aux mesures d'instruction *in futurum*, des données techniques recueillies par un tiers compétent et indépendant. La qualité des décisions est ainsi renforcée. L'effort pour le juge appelé à statuer au fond est réduit, car les éléments de preuve auront déjà été recueillis. Bentham relève à cet égard que les preuves préconstituées peuvent renforcer la confiance du juge dans le processus décisionnel, en lui fournissant des éléments tangibles sur lesquels fonder ses décisions¹⁷⁴.

La décision prise lors du procès au fond est aussi plus équitable. La mise en œuvre des mesures d'instruction préventives et du droit à la preuve permet au juge de s'assurer que chaque partie a une chance égale de présenter ses preuves et que la décision finale est basée sur un examen complet de tous les éléments de preuve disponibles.

Au-delà des avantages procurés au juge, l'utilisation par les plaideurs de l'article 145 du Code de procédure civile peut contribuer à renforcer la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire. Peut-on affirmer que des procès au fond sont évités ?

B. Une diminution possible du nombre de procès au fond

Il est malheureusement difficile, pour ne pas dire impossible, d'obtenir des statistiques quant à la mise en œuvre ultérieure (ou non) par les plaideurs d'un procès au fond, après l'utilisation

¹⁷³ Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *Procédures* 1995, n°122, note R. Perrot. V. I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, *op. cit.*, n°206, p. 147.

¹⁷⁴ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange Frères Paris, t. n°1, 1823, p. 251 s.

de l'article 145 du Code de procédure civile. Plusieurs éléments peuvent néanmoins laisser penser que les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve permettent de diminuer le nombre de procès au fond.

Diminution du nombre de procès en première instance. Tout d'abord, les mesures d'instruction préventives sont devenues, bien que ce ne soit pas leur fonction initiale, un instrument d'analyse de la situation précontentieuse. Elles permettent d'offrir un aperçu de la situation probatoire à celui qui envisage une action sur le terrain du fond et ainsi, de l'inciter au procès ou au contraire, d'abandonner son dessein.

Par ailleurs, la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile peut permettre de rapprocher les parties. Comme évoqué précédemment, les mesures d'instruction *in futurum* amènent parfois les parties à opter pour un MARD, lorsque les preuves sont insuffisantes ou qu'il apparaît qu'un procès au fond serait long et fastidieux.

Diminution du nombre de procès en appel. On peut également imaginer que le droit à la preuve permet de diminuer le taux d'appel, car davantage d'éléments de preuve auront été recueillis avant tout procès, et donc produits en première instance.

Isabelle Desprès, dans sa thèse consacrée aux mesures d'instruction *in futurum*, a sondé les magistrats en charge de la juridiction provisoire à ce propos. Interrogés sur la fréquence avec laquelle la saisine ultérieure du juge est évitée, les magistrats répondent dans deux tiers des cas « souvent » ou « parfois »¹⁷⁵. Seuls neuf juges ont répondu « rarement ». On peut donc émettre l'hypothèse que le droit à la preuve, mis en œuvre à travers l'article 145 du Code de procédure civile, permet d'éviter des recours au fond.

Conclusion de section et de chapitre : Ainsi, le mariage entre les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve présente un intérêt pour les parties, qui voient leur litige au fond accéléré sans restreindre le droit d'accès au juge, et pour le juge, qui disposera d'éléments solides pour prendre sa décision, permettant ainsi d'éviter des recours. Les faiblesses des mesures d'instruction préventives sont compensées par des exigences particulièrement élevées, visant à garantir le respect des principes directeurs de la procédure civile.

Conclusion de partie : Cette première partie a permis de mettre en lumière le développement progressif de liens entre les mesures d'instruction *in futurum* et le droit à la preuve, qui s'est

¹⁷⁵ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, *op. cit.*, p. 671. 59 magistrats ont répondu à cette question.

fait en plusieurs étapes clés. La situation initiale était celle d'une absence de liens entre ces deux notions, expliquée par l'inexistence pratique du droit à la preuve et la rareté des mesures d'instruction préventives. A la faveur d'un mouvement accordant une place centrale à la vérité dans le procès civil ainsi qu'à l'équité du procès, le droit à la preuve a été consacré, à l'échelle européenne puis nationale. Dans le même temps, les plaideurs se sont appropriés l'article 145 du Code de procédure civile, et les deux notions ont fini par se rencontrer. Après une dizaine d'années de chemin commun, leurs liens se sont renforcés, le droit à la preuve devenant une composante essentielle des mesures d'instruction *in futurum*.

PARTIE 2 : LE DROIT A LA PREUVE, COMPOSANTE ESSENTIELLE DES MESURES D'INSTRUCTION *IN FUTURUM*

L'objet des développements suivants sera d'étudier la manière dont les liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* se sont renforcés récemment. Ces liens sont visibles au moment de la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile. En effet, le droit à la preuve est devenu une condition d'obtention d'une mesure d'instruction *in futurum*. Par ailleurs, les liens entre droit à la preuve et mesures d'instruction *in futurum* se manifestent dans le résultat de la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile. Le droit à la preuve, confronté à d'autres droits fondamentaux lorsque cet article est appliqué, connaît une progression qui semble inarrêtable.

L'importance du droit à la preuve dans le contentieux des mesures d'instruction *in futurum* est visible, processuellement, dans les conditions de l'article 145 du Code de procédure civile (CHAPITRE 1) mais aussi substantiellement, dans la mise en balance avec les autres droits fondamentaux, qui s'opère souvent à son avantage (CHAPITRE 2).

Chapitre 1 : L'importance du droit à la preuve dans la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile

Pour illustrer la place centrale que le droit à la preuve a peu à peu prise, il conviendra dans un premier chapitre d'examiner la modification récente des conditions d'obtention des mesures d'instruction *in futurum*.

D'abord implicitement, puis explicitement, le droit à la preuve est devenu une condition de mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile. Certains auteurs ont évoqué une réécriture de l'article 145¹⁷⁶, d'autres préfèrent parler d'ajustement¹⁷⁷.

¹⁷⁶ T. Goujon-Bethan, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », Dalloz actualité, n°14, 14 avril 2021. V. également X. Vuitton, « Mesures d'instruction *in futurum* : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon du « droit à la preuve » ? », Lexis Nexis, *JCP G*, n°26, 28 juin 2021, act. 708.

¹⁷⁷ C. Bléry, « Droit à l'obtention d'une preuve : de la « mesure »... », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°27, 20 juillet 2021, p. 54.

L'importance du droit à la preuve dans la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum* est également visible dans le contrôle opéré par les juges. Ce contrôle est variable, tant au niveau des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile en faisant l'objet que de son intensité. Un sort particulier est en effet réservé au droit à la preuve en la matière.

La question de l'ajout jurisprudentiel de la notion de droit à la preuve dans la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum* sera d'abord traitée (Section 1), avant celle du contrôle variable des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile, qui illustre également l'importance du droit à la preuve (Section 2).

Section 1 : L'ajout jurisprudentiel d'une condition à l'article 145 du Code de procédure civile

Le droit à la preuve a fait son entrée dans le contentieux des mesures d'instruction *in futurum*. Les différentes chambres de la Cour de cassation divergent sur l'incorporation de cette notion aux conditions de l'article 145 du Code de procédure civile. Alors que la chambre sociale rattache le droit à la preuve au motif légitime (I), la deuxième chambre civile et la chambre commerciale opèrent un lien entre droit à la preuve et mesure légalement admissible (II), ce qui n'est pas sans conséquence.

I. Droit à la preuve du requérant et motif légitime

Le motif légitime est la condition principale de l'article 145 du Code de procédure civile, et sert de « régulateur »¹⁷⁸ des demandes. La chambre sociale de la Cour de cassation rattache le droit à la preuve du requérant au motif légitime pour obtenir une mesure d'instruction *in futurum*. Elle affine le droit à la preuve au motif légitime (A), ce qui pourrait opérer une restriction du champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile (B).

A. Une affiliation du droit à la preuve au motif légitime

La chambre sociale de la Cour de cassation affine la condition du motif légitime avec celle du caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve du requérant.

¹⁷⁸ M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de Tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 311. Dans le même sens, v. B. Allix, M. Palin, « L'article 145 et le motif légitime », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 50.

Alors qu'elle estimait jusqu'alors 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 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 »¹⁷⁹, une nouvelle rédaction est apparue dans les motifs de la chambre sociale.

Nouvelle rédaction. Ainsi, dans un arrêt récent datant de 2021, elle indiquait qu'« il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »¹⁸⁰ (nous soulignons).

Cet arrêt illustre l'assimilation par la chambre sociale du motif légitime au caractère nécessaire à l'exercice du droit à la preuve. L'utilisation de l'adverbe « ainsi » indique que c'est parce qu'une mesure est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant que la demande procède d'un motif légitime. La question du droit à la preuve est traitée dans un premier temps, avant le stade de l'examen du caractère légalement admissible de la mesure.

Un renforcement malvenu de l'exigence textuelle. Cette interprétation paraît erronée. La Cour de cassation exigeait traditionnellement que la mesure soit utile ou pertinente, et non indispensable. Une partie de la doctrine estime que la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas modifié ses exigences et que la nouvelle formulation est simplement rédigée en des termes maladroits¹⁸¹.

Il nous semble cependant que pour la chambre sociale, le contrôle de proportionnalité doit être mis en œuvre deux fois : au stade de l'examen du motif légitime puis au moment du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Le contrôle doit d'abord être mis en œuvre pour décider si la mesure est admissible dans son principe, puis à nouveau pour en déterminer l'étendue.

La méthodologie de la chambre sociale est la suivante. Les juges doivent en premier lieu exercer un contrôle du motif légitime. Celui-ci s'apprécie au regard de la nécessité et de l'utilité des

¹⁷⁹ Soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, P.

¹⁸⁰ Soc., 22 septembre 2021, n°19-26.144, P.

¹⁸¹ P. Adam, « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail - Sur un nouvel outil de construction », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 39. V. également V. Orif, « La richesse des mesures d'instruction *in futurum* dans le contentieux prud'homal », *Lexbase social*, n°945, 11 mai 2023.

pièces demandées, ainsi que de leur caractère proportionné au but poursuivi. Puis, dans le cas où les mesures demandées sont susceptibles de porter atteinte à un droit fondamental, le juge doit vérifier que les mesures demandées sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnées au but poursuivi. Même si ce double contrôle permet de mieux garantir le respect des droits du défendeur, sa lourdeur nous paraît chronophage et surtout, source d'insécurité juridique. De plus, on ne peut qu'approuver un commentateur¹⁸², qui remarque qu'une telle évolution entretient la confusion entre les conditions du motif légitime et du caractère légalement admissible, qui sont bien deux conditions distinctes.

Par ailleurs, une telle interprétation du motif légitime pourrait conduire à restreindre le champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile.

B. Vers une restriction du champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile ?

L'interprétation du motif légitime retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation, particulièrement restrictive, est inopportune. En effet, en exigeant que la mesure soit nécessaire ou indispensable à l'exercice du droit à la preuve du requérant au titre de la caractérisation du motif légitime, la chambre sociale restreint le champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile.

Contradiction de jurisprudence. Cette solution s'inscrit en contrariété avec celle de la deuxième chambre civile, qui n'exige la preuve de l'utilité de la mesure qu'au stade du motif légitime¹⁸³. C'est ensuite au stade du caractère légalement admissible que la nécessité est étudiée (la preuve produite doit être la seule preuve possible). Cette contradiction de solutions sème le trouble dans une procédure déjà difficile à appréhender pour les plaideurs. Un alignement de la jurisprudence de la chambre sociale sur celle de la deuxième chambre civile aurait le mérite de clarifier les conditions de mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile, outil contre l'engorgement des tribunaux.

Mesures d'instruction *in futurum* et rationalisation de la justice. Les raisons de cette faveur, tant de la jurisprudence que du législateur, aux mesures de l'article 145 du Code de procédure civile, ne sont pas mystérieuses. En favorisant une conduite plus rapide de l'éventuelle instance au fond, voire en évitant des procès, les mesures d'instruction *in futurum* sont un outil privilégié

¹⁸² J.-D. Bretzner, « Droit substantiel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°11, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 21 mars 2024, p. 578.

¹⁸³ Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°20-14.309, P.

de rationalisation des coûts de la justice¹⁸⁴. Dès lors, pourquoi restreindre le champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile en exigeant du demandeur qu'il prouve, dès l'examen du motif légitime, que la mesure est nécessaire à l'exercice de son droit à la preuve ? Cette interprétation est difficilement compréhensible.

Alors que le droit à la preuve est un paramètre du motif légitime pour la chambre sociale, il est une des composantes du caractère légalement admissible de la mesure devant la deuxième chambre civile et la chambre commerciale.

II. Droit à la preuve du requérant et caractère légalement admissible de la mesure

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹⁸⁵, ainsi que la chambre commerciale¹⁸⁶, rattachent le droit à la preuve au caractère légalement admissible des mesures d'instruction *in futurum*. Cette condition est composée de trois sous-conditions : les mesures ne doivent pas contrevenir à une disposition légale, elles ne doivent pas être générales et doivent être indispensables à l'exercice du droit à la preuve du requérant. Cette dernière condition sera étudiée dans les développements suivants. Bien qu'assez ancienne, elle a été récemment formalisée par la Cour de cassation (A). Un critère supplémentaire de mise en balance des intérêts antinomiques en présence, mis en œuvre de manière approfondie, est examiné en second lieu (B).

A. *Le caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve, une condition ancienne récemment formalisée*

Le droit à la preuve a également intégré la jurisprudence de la deuxième chambre civile et de la chambre commerciale relative aux mesures d'instruction *in futurum*.

Apparition explicite du droit à la preuve. La condition du caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve du requérant de la mesure a été ajoutée par la deuxième chambre civile dans un arrêt remarqué en date du 25 mars 2021¹⁸⁷. La Cour de cassation considère désormais que « constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans

¹⁸⁴ Voir en ce sens X. Vuitton, « Mesures d'instruction *in futurum* : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon du « droit à la preuve » ? », Lexis Nexis, *JCP G*, n°26, 28 juin 2021, act. 708.

¹⁸⁵ Voir Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°20-14.309, P.

¹⁸⁶ Pour la chambre commerciale, la solution a été affirmée dans un arrêt Com., 28 juin 2023, n°22-11.752, P.

¹⁸⁷ Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°20-14.309, P.

le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe, dès lors, au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Cet attendu de principe, très pédagogique, confirme que la mesure sollicitée doit être nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant, ce qui constitue la première partie du contrôle de proportionnalité, mais aussi proportionnée (contrôle de proportionnalité *stricto sensu*).

La condition de nécessité s'entend ici, au contraire de celle rattachée au motif légitime, comme l'absence d'alternative probatoire pour le demandeur. La mesure sollicitée doit être l'unique moyen de prouver les faits dans l'hypothèse d'une instance future¹⁸⁸. On retrouve ici une condition assez classique en matière de droit à la preuve. En effet, dans le volet « production de preuve » du droit à la preuve, la pièce doit également être la seule à même de prouver les faits allégués. C'est pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt fondateur du droit à la preuve¹⁸⁹, concluait à une violation par la France du droit au respect de la vie privée. La pièce produite par l'épouse, visant à prouver l'alcoolisme de son mari, n'était pas nécessaire, d'autres éléments suffisant à établir la pathologie.

Une évolution en trompe-l'œil. En fait, cette condition du caractère indispensable de la mesure d'instruction *in futurum* à l'exercice du droit à la preuve est assez ancienne et n'était simplement, avant 2021, pas mentionnée dans les arrêts de la deuxième chambre civile¹⁹⁰. La Cour reprend d'ailleurs occasionnellement l'ancienne motivation, comme dans un arrêt du 10 juin 2021 énonçant que : « les mesures [doivent procéder] d'un motif légitime, [être] nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées, et ne pas [porter] une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard de l'objectif poursuivi »¹⁹¹.

L'arrêt du 25 mars 2021 était rendu en matière de référé, mais la Cour a rapidement transposé la solution à la procédure sur requête¹⁹². Cette solution se justifie d'autant plus que l'atteinte au principe de la contradiction aggrave l'effet attentatoire aux libertés de la mesure d'instruction préventive. Dans ces conditions, l'exigence que la mesure soit nécessaire à l'exercice du droit

¹⁸⁸ F. Gabroy, « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase social*, n°945, 11 mai 2023. Un auteur réfute cette exigence : F. Expert, « Mesures d'instruction *in futurum*, droit à la preuve et vie privée », *Dalloz actualité*, n°7, 7 juillet 2023.

¹⁸⁹ CEDH, *L.L. c/ France*, 10 octobre 2006, Req. n°7508/02.

¹⁹⁰ T. Goujon-Bethan, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *Dalloz actualité*, n°14, 14 avril 2021.

¹⁹¹ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-11.987, P.

¹⁹² Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-10.570, I.

à la preuve est justifiée. A ce critère s'ajoute celui de mise en balance des intérêts antinomiques en présence.

B. Une mise en balance approfondie des intérêts antinomiques en présence

Après avoir vérifié que la mesure accordée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve du requérant, la Cour de cassation procède à la mise en balance des intérêts antinomiques en présence, critère inhérent à tout contrôle de proportionnalité. La particularité réside dans la mise en balance du droit à la preuve et du droit de la preuve, comprenant notamment l'obligation de loyauté probatoire, le droit au respect de la vie privée et le droit au secret¹⁹³.

Critères d'appréciation de la proportionnalité. Selon Vincent Vigneau, deux remarques peuvent être faites sur l'appréciation de la proportionnalité¹⁹⁴. Premièrement, la mesure ordonnée doit être strictement nécessaire, c'est-à-dire qu'aucune mesure moins attentatoire ne doit être possible. A cet égard, on remarque un effet de vases communicants : plus l'atteinte au droit fondamental en balance est forte, plus la valeur sociale protégée par le droit dont dépend la preuve du fait recherché doit être importante. Un autre critère tient au degré d'intrusion provoqué par la mesure : une mesure qui s'exécute dans l'espace public est mieux acceptée qu'une irruption dans un lieu privé.

Une vérification approfondie de la motivation des juges du fond. La mise en œuvre de ce contrôle conduit la Cour de cassation à vérifier que la motivation de la Cour d'appel comprend la mise en balance des intérêts. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2021, les conseillers de la deuxième chambre civile écrivent que « ayant constaté (...) que la mesure d'instruction ordonnée, visait, sous couvert de vérification des conditions de mesure d'audience, à la détermination de la méthodologie mise en œuvre par la société Médiamétrie, alors qu'adhérente au GIE Les Indés radios, la société Sud radio avait accès aux résultats d'audience, d'autre part, que cette dernière n'avait contesté ces résultats ni auprès de ce GIE, ni devant le Centre d'études des supports de publicité, organe de contrôle de la société Médiamétrie, la cour d'appel, faisant ainsi ressortir que la mesure ordonnée n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et était disproportionnée aux intérêts antinomiques en présence, a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision. »¹⁹⁵. La Cour de cassation constate que les juges du fond

¹⁹³ C. Bléry, « Droit à l'obtention d'une preuve : de la « mesure »... », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°27, 20 juillet 2021, p. 54.

¹⁹⁴ V. Vigneau, « La proportionnalité dans la recherche de la preuve en matière civile », ENM, *Justice actualités*, n°24, 11 décembre 2020, p. 54.

¹⁹⁵ Civ. 2^e, 25 mars 2021, n°20-14.309, P.

ont bien mis en balance, d'une part le droit à la preuve de la société Sud radio et d'autre part, le secret des affaires de la société Médiamétrie.

De même, dans un arrêt de 2021, les juges du Quai de l'horloge relèvent que « En se déterminant ainsi, sans faire ressortir précisément, comme elle y était invitée, que les mots-clefs visant exclusivement des termes génériques (Google, accord, entente, salarié, avis, LinkedIn) et les prénoms, noms et appellations des personnes contre lesquelles les mesures d'instruction avaient été sollicitées, étaient suffisamment circonscrits dans le temps et dans leur objet et que l'atteinte portée au secret des affaires était limitée aux nécessités de la recherche des preuves en lien avec le litige et n'était pas disproportionnée au regard du but poursuivi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »¹⁹⁶.

La Cour de cassation est ainsi amenée, dans le contrôle de la mise en balance des intérêts, à examiner en détail la motivation des juges du fond.

Conclusion de section : En définitive, il apparaît que, davantage qu'une réécriture de l'article 145 du Code de procédure civile, la Cour de cassation en fait une interprétation adaptée aux enjeux juridiques actuels : rayonnement du droit à la preuve et utilisation du contrôle de proportionnalité. L'importance du droit à la preuve dans la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile se manifeste également dans le contrôle exercé tant par les juges du fond que par la Cour de cassation.

Section 2 : Le contrôle variable des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile

Ce contrôle n'est pas mis en œuvre pour toutes les conditions. En effet, certaines relèvent du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, tandis que d'autres sont contrôlées en cassation (I). De plus, le contrôle est variable en termes de modalités et de degré : les juges du fond ont désormais adopté un contrôle de proportionnalité *in concreto*, et la Cour de cassation tend à renforcer son contrôle de certaines conditions (II).

I. Les conditions faisant l'objet d'un contrôle

Là où le droit à la preuve intervient, la Cour de cassation opère un contrôle, voire un contrôle lourd. En revanche, les autres conditions sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du

¹⁹⁶ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-10.570, I.

fond. Ainsi, la condition du motif légitime n'est pas contrôlée par la Cour de cassation (A), à l'inverse de celle du caractère légalement admissible (B).

A. Une absence compréhensible de contrôle du motif légitime

La Cour de cassation, de jurisprudence constante, se refuse à exercer un contrôle sur le motif légitime. On trouve cette solution dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 14 mars 1984¹⁹⁷. Cette solution a été rappelée à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 8 février 2006¹⁹⁸ ou encore le 21 décembre 2023¹⁹⁹. La troisième chambre civile a précisé que « le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées »²⁰⁰.

Pouvoir souverain et pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Plus précisément, l'utilité de la mesure relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond, tandis que l'appréciation des éléments de preuve est de leur appréciation souveraine. La Cour de cassation se borne ainsi à vérifier que les juges du fond ont bien constaté cette condition et motivé leur décision²⁰¹.

Relevons que la chambre sociale, qui rattache le droit à la preuve au motif légitime, ne contrôle pas davantage cette condition²⁰². Elle devrait selon nous le faire, car lorsque le droit à la preuve intervient et est mis en balance, un contrôle doit s'opérer. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité ne doit pas relever du pouvoir souverain des juges du fond. C'est à cette condition que la sécurité juridique sera garantie.

Ce que le motif légitime est ou n'est pas. Hormis le cas particulier de la chambre sociale, cette solution est logique. En effet, il n'y a à ce stade de l'examen de la demande, pas d'atteinte à un droit fondamental. L'appréciation du motif légitime tend seulement à déterminer si la mesure est admissible dans son principe. Le motif légitime correspond à l'utilité probatoire de la mesure, c'est-à-dire la potentialité d'un procès au fond et l'utilité de la mesure.

Des auteurs relèvent néanmoins que « conçu comme un droit processuel au profit d'une partie, le droit à la preuve semble mal s'accorder avec le pouvoir souverain ou discrétionnaire des

¹⁹⁷ Civ. 2^e, 14 mars 1984, n°82-16.076, P.

¹⁹⁸ Civ. 2^e, 8 février 2006, n°05-14.198, P.

¹⁹⁹ Civ. 2^e, 21 décembre 2023, n°21-25.382.

²⁰⁰ Civ. 3^e, 27 mars 1991, n°89-20.149, P.

²⁰¹ Y. Strickler, « Mesures d'instruction - Entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain », Lexis Nexis, *Procédures*, n°6, 1^{er} juin 2022, comm. 143.

²⁰² Soc., 1^{er} juin 2023, n°22-13.238 et autres, P. (arrêts *Renault Trucks*).

juridictions du fond »²⁰³. Ce droit s'impose aux juges du fond et donne à la Cour de cassation un nouveau pouvoir de contrôle sur les mesures d'instruction *in futurum*. Il est vrai que droit à la preuve et pouvoir souverain sont difficilement conciliables, ce qui justifie selon nous que la condition du caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve soit rattachée au caractère légalement admissible de la mesure, et non au motif légitime. En effet, la Cour de cassation exerce un contrôle du caractère légalement admissible de la mesure, justifié dans la mesure où le droit à la preuve est mis en balance à ce stade.

B. Un contrôle souhaitable du caractère légalement admissible de la mesure accordée

Toutes les chambres de la Cour de cassation exercent un contrôle sur la caractérisation du caractère légalement admissible des mesures accordées par les juges du fond.

Précisions quant à l'étendue de la mesure sollicitée. Deux précisions sur la notion de mesure légalement admissible doivent être apportées. La mesure ne doit pas prendre la forme d'une mesure d'investigation générale comme pourrait l'être la *discovery* anglaise, sorte de perquisition civile²⁰⁴. Lorsque la recherche du commissaire de justice porte sur des supports informatiques, l'usage de mots-clés précisément définis permet d'éviter cet écueil²⁰⁵. De plus, l'auxiliaire de justice n'a aucun pouvoir de contrainte et peut seulement inviter les destinataires de la mesure à lui remettre les documents ou supports litigieux²⁰⁶.

Office du juge dans la mise en balance. Outre ces conditions, la mesure doit être nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. La Cour de cassation exerce un contrôle de cette condition, vérifiant que le contrôle de proportionnalité a été régulièrement effectué par la Cour d'appel. Cette exigence est tout à fait compréhensible, car c'est à ce stade que le droit à la preuve est mis en balance avec les intérêts en présence et qu'il y a, par hypothèse, un conflit de droits fondamentaux. Il est donc essentiel que la Cour contrôle la mise en balance faite (ou non) par la Cour d'appel. Dans un arrêt du 10 juin 2021, avec une motivation didactique, la deuxième chambre civile indique que « si 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, c'est à la condition que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime, sont nécessaires à la protection

²⁰³ E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2^e éd., 2022, n°279, p. 301.

²⁰⁴ E. Jeuland, « Une *discovery* à la française sans garde-fou », Lexis Nexis, *JCP G*, n°5, 30 janvier 2017, act. 105.

²⁰⁵ Civ. 2^e, 20 juin 2022, n°21-12.100.

²⁰⁶ Civ. 2^e, 16 mai 2012, n°11-17.229, P.

des droits de la partie qui les a sollicitées, et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'autre partie au regard de l'objectif poursuivi »²⁰⁷. La mesure ne doit pas aller au-delà du nécessaire dans l'intrusion dans la vie privée.

Ainsi, toutes les conditions ne sont pas contrôlées par la Cour de cassation. Celle-ci est particulièrement vigilante quant au caractère légalement admissible de la mesure, qui inclue désormais le droit à la preuve. D'autres remarques peuvent être faites à l'égard du contrôle de proportionnalité, tenant aux modalités et au degré de contrôle.

II. Les modalités et le degré du contrôle de proportionnalité

Le poids du droit à la preuve dans l'utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile est également visible dans les modalités et le degré du contrôle opéré par les juges. Les juges du fond ont adopté un contrôle de proportionnalité *in concreto* des intérêts en présence lorsque le droit à la preuve intervient (A), et la Cour de cassation elle-même exerce parfois un contrôle quasiment *in concreto* (B).

A. *L'adoption d'un contrôle de proportionnalité in concreto par les juges du fond*

Alors que la Cour de cassation adopte traditionnellement un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, les juridictions du fond procèdent à un contrôle concret.

Le contrôle concret, une méthodologie au soutien de l'exigence de sécurité juridique. Le contrôle *in concreto* est plus étendu que le contrôle abstrait et se fonde sur une méthodologie assez récente. A cette fin, la Cour de cassation, dans un rapport sur le contrôle de conventionnalité²⁰⁸, préconise « la diffusion large et efficace de [ses] outils méthodologiques (Mementos) » aux cours d'appel. Pour Emmanuel Jeuland, c'est à cette condition que l'impératif de prévisibilité du droit pourra être respecté²⁰⁹.

Une exploitation de la jurisprudence « du fond », nouvellement mise en ligne sur la base de données « Judilibre », permet d'appréhender ce contrôle de proportionnalité *in concreto* opéré par les juges du fond.

²⁰⁷ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-11.987, P.

²⁰⁸ Cour de cassation, Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, juin 2020.

²⁰⁹ E. Jeuland, « La cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », Lamy, *Semaine sociale*, n°1937, 18 janvier 2021.

Dans un arrêt du 5 décembre 2023²¹⁰, la Cour d'appel de Rennes procède à un contrôle en profondeur, déployé sur plusieurs pages. L'appelant faisait valoir que les mesures autorisées par l'ordonnance sur requête n'étaient pas admissibles, en raison de leur caractère disproportionné. Pour faire droit à la demande de rétractation, la juridiction relève que l'ordonnance a autorisé les mesures « dans tous autres lieux liés à l'exploitation de la société », « sur les téléphones mobiles, les smartphones, les ordinateurs fixes et portables, les tablettes tant personnelles que professionnelles de l'intégralité des dirigeants et employés de la société qui exerçaient une activité au sein de l'établissement susmentionné durant les années 2014 à 2018 incluses, sur la ou les messageries électroniques professionnelles ou personnelles utilisées ou appartenant à l'intégralité des dirigeants et employés de la société GCA qui exerçaient une activité au sein de l'établissement susmentionné durant les années 2014 à 2018 incluses », et « sur l'ensemble des postes informatiques de la société GCA, à ceux des personnes directement concernées par le litige, également à ceux de leurs collaborateurs et secrétaires directs ». La motivation, élaguée par souci de lisibilité, illustre pleinement le contrôle *in concreto* adopté par les juges du fond.

Dans le sens d'un refus de rétractation de l'ordonnance, la Cour d'appel de Paris²¹¹ a jugé que « la mission confiée à l'huissier de justice a été circonscrite dans son objet (...) par l'indication de mots-clés, alors que le champ temporel a été limité, les recherches débutant à compter des dates de départ des anciens salariés concernés », qu'au surplus, « l'ordonnance a fait interdiction à l'huissier de justice de collecter des informations manifestement "personnelles", "perso" ou "privé" et sans rapport avec la mission ». Cela l'a conduite à rejeter la demande de rétractation au motif que « la mesure ordonnée, utile et proportionnée à la solution du litige, ne porte pas une atteinte illégitime aux droits des personnes concernées par la mesure d'instruction et, tenant compte de l'objectif poursuivi, concilie le droit au respect de la vie privée de ces dernières et le droit à la preuve de la société Promill. »

Office étendu du juge du fond. La mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* implique un office étendu du juge. Celui-ci ne peut pas se contenter d'une vérification de principe en relevant le caractère large des pièces visées ou des mots-clés de la requête²¹², ce que rappelle fréquemment la Cour de cassation. Là encore, le juge civil doit prendre une part active dans l'administration de la preuve et assumer pleinement cette mission qui, de plus en

²¹⁰ CA Rennes, 5 décembre 2023, RG n°23/01812.

²¹¹ CA Paris, 25 janvier 2024, RG n°23/08576.

²¹² S. Pierre-Maurice, « Mesures d'instruction *in futurum* : la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* », Lexis Nexis, *JCP G*, n°15, 18 avril 2022, act. 477. A propos de l'arrêt Civ. 2^e, 24 mars 2022, n°20-21.925, P.

plus, est la sienne. Pour contrecarrer le risque de se voir accuser de partialité²¹³, le juge doit adopter une motivation riche et neutre.

En définitive, l'adoption d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* par les juges du fond mérite d'être signalée mais n'est pas très étonnante, dans la mesure où leur mission est de juger en fait et en droit. Il n'en va pas de même pour la Cour de cassation, qui, occasionnellement, met pourtant en œuvre un contrôle confinant au troisième degré de juridiction.

B. Un contrôle occasionnellement in concreto de la Cour de cassation

Dérogeant à sa mission traditionnelle de juge du droit, la Cour de cassation adopte parfois un regard sur les faits confinant au troisième degré de juridiction.

Un « contrôle du contrôle ». Selon l'expression consacrée de Mattias Guyomar, juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, elle exerce un « contrôle du contrôle ». Dans un contexte de généralisation du contrôle de proportionnalité, « norme juridique nouvelle »²¹⁴, il est essentiel que la Cour de cassation s'assure que ce contrôle est correctement mis en œuvre par les juges du fond. Cela lui permet également d'indiquer une méthode aux juges, pour préciser ses exigences dans un contexte de dialogue des juges.

Illustrations du contrôle renforcé. On trouve un de ces contrôles renforcés dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 25 février 2016 : « en statuant ainsi, tout en relevant que les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de M. X..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé les textes susvisés »²¹⁵. La Cour de cassation reprend les circonstances de fait établies par la Cour d'appel, pour en déduire que celle-ci aurait dû déclarer disproportionnée l'atteinte à la vie privée de la personne visée par les mesures.

²¹³ X. Lagarde, *Le juge civil, un juge d'instruction ?*, 11^e rencontres de procédure civile, Organisées par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (IRJS) et l'Université Paris-Panthéon-Assas (CRJ), colloque tenu à la Cour de cassation le 2 décembre 2022.

²¹⁴ B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Lexis Nexis, *JCP G*, n°43, 19 octobre 2015, act. 1122.

²¹⁵ Civ. 1^{re}, 25 février 2016, n°15-12.403, P.

De même, dans un arrêt de 2017, la première chambre civile relève que : « ayant relevé que la mission confiée à l'huissier de justice visait à constater la présence, sur la messagerie personnelle de M. X..., de courriels en rapport avec l'activité de concurrence déloyale dénoncée et que la recherche avait été limitée aux fichiers, documents, et correspondances en rapport avec les faits litigieux et comportant des mots-clés précisément énumérés, elle en a exactement déduit que la mesure ordonnée, circonscrite dans son objet, était légalement admissible au sens de l'article 145 du code de procédure civile »²¹⁶. Le contrôle lourd est ainsi rendu visible par l'usage du terme « exactement », caractéristique de ce type de contrôle.

Enfin, une commentatrice relève, à propos d'un arrêt rendu en 2021²¹⁷, qu'alors qu'il s'agit d'une cassation pour manque de base légale, la deuxième chambre civile exerce un contrôle lourd²¹⁸. Elle reconnaît que toutes les conditions ont été appliquées mais l'arrêt est cassé tout de même, car la Cour de cassation considère qu'elles ont été mal appliquées.

Conclusion de section : La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité témoigne de la place centrale du droit à la preuve dans le contentieux des mesures d'instruction *in futurum*.

Conclusion de chapitre : Le droit à la preuve est devenu une condition pour obtenir une mesure d'instruction *in futurum*, rattachée au motif légitime par la chambre sociale et au caractère légalement admissible par la deuxième chambre civile et la chambre commerciale. En outre, sa mise en œuvre donne lieu à un contrôle de proportionnalité exigeant, tant des juges du fond que de la Cour de cassation, en particulier lorsque le demandeur a choisi la procédure sur requête, plus risquée car non contradictoire. La progression du droit à la preuve est également visible, substantiellement, dans sa mise en balance avec les autres droits fondamentaux.

²¹⁶ Civ 1^{re}, 20 septembre 2017, n°16-13.082, I.

²¹⁷ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-11987, P.

²¹⁸ G. Goffaux-Callebaut, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* : contrôle renforcé de la Cour de cassation », Lextenso, *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1^{er} octobre 2021, p. 8

Chapitre 2 : L'avantage du droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux dans les mesures d'instruction *in futurum*

Les liens entre droit à la preuve et mesures d'instruction *in futurum* ne sont pas uniquement visibles dans la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile, dans laquelle le droit à la preuve devient une condition à part entière. Ils le sont également au stade du résultat de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. En effet, le droit à la preuve, mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, connaît une ascension fulgurante. En l'espace de dix ans, il a fait tomber plusieurs bastions, comme le secret bancaire²¹⁹ et le secret professionnel de l'avocat²²⁰. La vie privée est également en recul, notamment dans le contentieux prud'homal.

Dans ces développements, deux contentieux seront détaillés, qui illustrent les mouvements relatifs au droit à la preuve et aux mesures d'instruction *in futurum*. Sera d'abord étudié le secret des affaires, dont la protection a été renouvelée mais qui peine à résister aux assauts du droit à la preuve (Section 1). Il sera ensuite question de l'infléchissement du droit au respect de la vie privée face au droit à la preuve en matière sociale (Section 2).

Section 1 : La préservation relative du secret des affaires face au droit à la preuve

Le secret des affaires est concilié de longue date avec le droit à la preuve. Un arrêt de 1999 avait déjà considéré que le secret des affaires n'est pas absolu et peut céder face à l'exigence de « protection des droits »²²¹. Depuis lors, ce secret s'atténue, n'échappant pas à la tendance en la matière. Malgré la réitération solennelle de la protection du secret des affaires (I), celui-ci recule en jurisprudence (II).

I. L'affirmation solennelle de la protection du secret des affaires

La divulgation de secrets d'affaires au cours d'une instance judiciaire est redoutée des entreprises. La consécration du droit à la preuve a renforcé les craintes de divulgations illégitimes, car il permet la production d'une preuve protégée par le secret des affaires, sous certaines conditions. Conscient des enjeux en la matière, le législateur a solennellement réaffirmé la protection du secret des affaires (A), qui a été confirmée par la jurisprudence (B).

²¹⁹ Com., 29 nov. 2017, n°16-22.060, P.

²²⁰ Civ. 1^{re}, 6 décembre 2023, n°22-19.285, P.

²²¹ Civ. 2^e, 7 janvier 1999, n°95-21.934, P.

A. Une protection législative accrue sous l'influence de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne a entendu garantir la protection du secret des affaires dans la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Une définition attendue du secret des affaires. Cette directive a conduit le législateur à adopter la loi de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. L'article L.151-1 du Code de commerce en comporte désormais une définition reposant sur trois critères : l'information n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. Les praticiens comme la doctrine attendaient de longue date cette définition.

Le droit à la preuve, un intérêt légitime ? Le droit français reprend l'exception prévue dans la directive de « protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national »²²². Il nous semble que le droit à la preuve fait partie de ces intérêts légitimes, lorsqu'il est utilisé pour la défense des droits de la partie qui l'invoque, ce qui devrait conduire les juges à écarter le secret des affaires lorsque les conditions sont réunies, comme ils le font depuis 1999. Il reviendra à la jurisprudence de préciser à l'avenir les contours de l'articulation entre le droit à la preuve et la protection du secret des affaires issue de la loi de 2018. Des interrogations demeurent, par exemple au sujet de la conciliation entre les différents délais : celui pour former la demande en rétractation de la mesure et celui pour la mainlevée du séquestre²²³.

Outre cette protection législative à deux échelles, la protection prétorienne du secret des affaires a été confirmée, en particulier au stade de l'exécution de la mesure.

²²² Art. L. 151-8 du Code de commerce.

²²³ Cf. *infra*, p. 63.

B. Une protection prétorienne confirmée au stade de l'exécution de la mesure

Le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 a consacré la pratique jusqu'alors prétorienne du séquestre. Le nouvel article R.153-1 du Code de commerce dispose que « lorsqu'il est saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ou au cours d'une mesure d'instruction ordonnée sur ce fondement, le juge peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires ».

Une protection prétorienne ancienne. La pratique du séquestre provisoire existait déjà en jurisprudence²²⁴ mais ce décret permet de la généraliser, bien qu'elle reste toujours facultative (le juge « peut » et non « doit »). Le séquestre est désormais mis en œuvre par défaut en cas de procédure sur requête, mais le juge peut exclure sa mise en œuvre²²⁵. Il est difficile de quantifier la pratique du séquestre avant l'adoption du décret de 2018. On peut néanmoins trouver trace de cette mesure dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 8 février 2006, dans lequel la Cour de cassation approuve l'initiative des juges du fond d'avoir mis en place un séquestre provisoire des documents litigieux²²⁶.

Inconvénients de la généralisation du séquestre. Bien que tout à fait souhaitable en ce qu'elle permet de concilier le secret des affaires et le droit à la preuve, la pratique du séquestre n'est pas sans susciter quelques effets négatifs, qu'il convient de mentionner. Tout d'abord, cette pratique conduit inévitablement à un allongement des procédures. En effet, en cas de demande en rétractation de l'ordonnance sur requête, la procédure de mainlevée dure plusieurs mois, ce qui relativise l'utilité de la mesure d'instruction *in futurum*. De plus, des auteurs²²⁷ relèvent que la coexistence de deux délais distincts pour l'action en rétractation et l'action en mainlevée du séquestre pose plusieurs difficultés pratiques. L'action en rétractation n'est soumise à aucun délai, tandis que la demande de mainlevée du séquestre doit être formulée sous un mois. Que se passe-t-il alors si, le délai d'un mois écoulé, le demandeur a eu accès aux documents placés sous séquestre mais que la personne visée par les mesures en sollicite la rétractation ? Le demandeur aurait eu accès aux pièces, mais pourrait-il les produire en justice, alors même

²²⁴ N. Hoffschir, « D'utiles précisions quant à l'exigence de motivation de la décision qui refuse d'ordonner une mesure d'instruction *in futurum* », *Lextenso, Gaz. Pal.*, n°38, 5 novembre 2019, p. 55.

²²⁵ I. Desprès, J.-P. Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », *Lextenso, Gaz. Pal.*, n°27, 23 juillet 2019, p. 78.

²²⁶ Civ. 2^e, 8 février 2006, n°05-14.198, P. V. également B. May, « Contrefaçon : les mesures d'instruction à l'épreuve des nouvelles règles en matière de secret des affaires », *Lexis Nexis, Propriété industrielle*, n°3, 1^{er} mars 2020, dossier 3.

²²⁷ A. Constans, L. Terdjman, « Mesures d'instruction et secret des affaires : une coordination des textes peu évidente », *Lexis Nexis, JCP E*, n°2, 12 janvier 2023, 1010.

qu'une demande de rétractation a été formée ? La réponse doit être négative car dans le cas contraire, la rétractation serait privée de tout effet. Pour résoudre cette difficulté, un délai butoir pour la demande de rétractation pourrait être fixé, et aligné avec celui de la demande de levée du séquestre.

La jurisprudence a ainsi maintenu le procédé du séquestre, visant à protéger le secret des affaires au stade de l'exécution de la mesure.

II. Une atténuation relative du secret des affaires dans la jurisprudence

En dépit de la protection législative et prétorienne dont il fait l'objet, le secret des affaires a tendance à s'atténuer en jurisprudence. La procédure sur requête, plus préjudiciable au secret des affaires, fait l'objet d'une vigilance particulière.

Le secret des affaires est concilié avec le droit à la preuve dans les mesures d'instruction *in futurum* (A), mais plusieurs garde-fous sont apportés en procédure sur requête (B).

A. *La conciliation du secret des affaires avec le droit à la preuve dans les mesures d'instruction in futurum*

La Cour de cassation a longtemps considéré que la protection d'un élément de preuve au titre du secret des affaires faisait obstacle à toute mesure d'instruction *in futurum*. Plus précisément, elle estimait que l'existence d'un secret empêchait la caractérisation du motif légitime requis par l'article 145 du Code de procédure civile²²⁸. Le risque, identifié par Perrot, que le prononcé de mesures d'instruction *in futurum* ne donne lieu à une « chasse aux trésors »²²⁹ était ainsi radicalement écarté.

Une conciliation de longue date avec le droit à la preuve. Cependant, la chambre commerciale a rapidement admis des tempéraments à cette jurisprudence stricte. Tout d'abord, un arrêt de 1995 a cassé un arrêt écartant une pièce couverte par le secret des affaires au motif que « nonobstant le secret professionnel auquel les commissaires aux comptes et les experts comptables sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire, constitue un moyen de preuve légalement admissible la production par ceux-ci de documents nécessaires à la manifestation

²²⁸ Civ. 2^e, 14 mars 1984, n°82-16.076, P. ; Com., 5 janvier 1988, n°86-15.322, P. Voir à ce sujet A. Millerand, « La protection des secrets de la vie des affaires à l'épreuve des mesures *in futurum* », Lexis Nexis, *Droit des sociétés*, n°6, 1^{er} juin 2011, alerte 24.

²²⁹ R. Perrot, obs. sous Civ. 2^e, 14 mars 1984, Dalloz, *RTD civ.*, 1984, p. 562.

de la vérité »²³⁰. Une nette évolution est ensuite survenue avec l'arrêt *Vericar*, premier à admettre que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »²³¹. Cet arrêt, sans adopter une approche conciliatoire, fait du secret des affaires un des paramètres du motif légitime²³².

Extension du contrôle de proportionnalité au secret des affaires. Pour la première fois en 2012, la chambre sociale faisait droit à une demande de mesure d'instruction *in futurum* permettant d'établir la discrimination, alors même que l'employeur opposait le droit au respect de la vie privée²³³. La méthode du contrôle de proportionnalité a été explicitement adoptée, en matière de secret des affaires, par un arrêt de 2017²³⁴. Par cet arrêt imposant au juge de procéder à la mise en balance des intérêts en présence, la Cour de cassation a *de facto* élevé le secret des affaires au rang de droit fondamental devant être concilié avec d'autres droits, notamment le droit à la preuve du requérant. Cette mise en balance est bienvenue, dans un contexte où le secret des affaires est souvent brandi par les entreprises pour refuser de se soumettre à une mesure d'instruction *in futurum*²³⁵. Cette conciliation ne doit cependant pas donner lieu à des divulgations injustifiées de secrets d'affaires, ce pour quoi il existe des garde-fous spécifiques en procédure sur requête.

B. L'existence de garde-fous spécifiques en procédure sur requête

La procédure sur requête comporte des risques supplémentaires, en raison de son caractère non contradictoire. Des protections supplémentaires sont mises en œuvre pour faire respecter le secret des affaires.

Impossibilité de faire état de circonstances postérieures à l'introduction de la requête. Les circonstances justifiant la dérogation au principe de la contradiction doivent être appréciées au

²³⁰ Com., 14 novembre 1995, n°93-10.937, P.

²³¹ Civ. 2^e, 7 janvier 1999, n°95-21.934, P.

²³² R. Perrot, « Les mesures d'instruction préventives et le secret des affaires », Lexis Nexis, *Procédures*, n°3, 1^{er} mars 1999, p. 11.

²³³ Soc., 19 décembre 2012, n°10-20.526 et n°10-20.528, P. A. Marcon, « L'article 145 du Code de procédure civile et les libertés », Lamy, *Semaine sociale*, n°1571, 11 février 2013.

²³⁴ Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n°15-27845, P. Voir en ce sens G. Goffaux-Callebaut, « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction *in futurum* », Lextenso, *Bulletin Joly Sociétés*, n°11, 1^{er} novembre 2017, p. 657.

²³⁵ M. Bourgeois, L. Thibierge, J. Dehavay, « Secret des affaires : un instrument relatif face aux mesures *in futurum* », Lexis Nexis, *JCP E*, n°25, 23 juin 2022, 1225.

jour de la requête, et non à la date à laquelle le juge statue²³⁶. Le juge saisi d'une demande en rétractation ne peut se fonder sur des circonstances postérieures à la requête ou à l'ordonnance pour justifier qu'il soit dérogé au principe de la contradiction. De plus, le juge faisant droit à la requête doit détailler, dans son ordonnance, les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'évincer la contradiction. La Cour de cassation vérifie que cette motivation est suffisante²³⁷. Les conditions d'exécution de la mesure sont par ailleurs indifférentes. A cet égard, la deuxième chambre civile a récemment rappelé que « les éventuelles difficultés d'exécution intervenues postérieurement à l'ordonnance ne peuvent a posteriori venir entériner le non-respect du contradictoire. »²³⁸.

Prohibition des mesures d'investigation générales. La Cour de cassation veille à ce que les mesures d'instruction *in futurum* ne deviennent pas des « mesures d'investigation générales »²³⁹. Pour cela, l'utilisation de mots-clés peut permettre de délimiter le champ des mesures, par exemple lorsqu'il s'agit d'exploiter des supports informatiques²⁴⁰. Encore faut-il que les mots-clés, précisément définis, ne soient pas génériques. La deuxième chambre civile a ainsi jugé que doit être cassée la décision qui ne faisait pas ressortir que les mots-clés étaient suffisamment circonscrits dans le temps et dans leur objet, et ce alors que les mots-clés étaient très génériques (« Google », « salarié », « accord », entre autres)²⁴¹. *A fortiori*, la mesure ne doit pas se transformer en une perquisition civile²⁴².

Intervention souhaitable d'un commissaire de justice. L'intervention d'un commissaire de justice peut également contribuer à la protection du secret des affaires²⁴³. De telle sorte, le demandeur n'a pas immédiatement accès aux documents, qui passent entre les mains d'un tiers désintéressé. Jacques Ghestin et Hugo Barbier relèvent qu'« un secret en protège en autre »²⁴⁴. La violation du secret des affaires n'est qu'apparente, car le commissaire de justice est soumis au secret professionnel.

²³⁶ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-13.803, P. ; Civ. 2^e, 5 mai 2011, n°10-19.046, I. ; Com. 4 mai 2010, n°09-66.513, I.

²³⁷ Civ. 2^e, 3 mars 2022, n°20-22.349, P.

²³⁸ Civ. 2^e, 14 janvier 2021, n°19-25.206, I.

²³⁹ G. Goffaux-Callebaut, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* : contrôle renforcé de la Cour de cassation », Lextenso, *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1^{er} octobre 2021, p. 8.

²⁴⁰ G. Hannotin, A. Terrade, « Pour une refonte du régime des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°36, 21 octobre 2021, p. 1875.

²⁴¹ Civ. 2^e, 10 juin 2021, n°20-11.987, P.

²⁴² Civ. 2^e, 5 janvier 2017, n°15-27.526, I. ; Civ. 2^e, 24 septembre 2015, n°14-19.012, I.

²⁴³ S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°41, 28 novembre 2002, p. 3131.

²⁴⁴ J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale de droit civile*, LGDJ, 5^e éd., t. n°2, 2020, n°37, p. 45.

Modification possible de la mesure par le juge. Le juge de la rétractation peut modifier la mission confiée à l'huissier si elle lui apparaît trop étendue, ou le désigner comme séquestre si cela n'était pas le cas²⁴⁵. Il peut aussi modifier les mots-clés désignés par le premier juge ou limiter la durée d'exécution de la mesure²⁴⁶.

Enfin, il convient de souligner que la Cour de cassation fait un contrôle lourd des circonstances permettant de déroger au principe de la contradiction mais cet aspect, déjà développé²⁴⁷, ne sera pas rappelé.

Conclusion de section : En définitive, le secret des affaires fait l'objet d'une vigilance particulière du législateur et des magistrats, spécialement en procédure sur requête. Malgré ces précautions, sa mise en balance avec le droit à la preuve a inévitablement conduit à le relativiser. De la même manière, le contentieux social illustre l'avantage du droit à la preuve, cette fois-ci face au droit au respect de la vie privée.

Section 2 : L'infléchissement du droit au respect de la vie privée face au droit à la preuve dans le contentieux prud'homal

Le droit au respect de la vie privée connaît un net recul face au droit à la preuve. Le contentieux prud'homal témoigne de ce mouvement. Pour prouver la discrimination ou l'inégalité de traitement qu'il prétend subir, le salarié manque souvent de ressources face à l'employeur, qui dispose, au titre de son pouvoir de subordination, d'une assise probatoire plus importante. Afin de remédier à ce déséquilibre, les panels et autres méthodes de comparaison se révèlent très utiles. La vie privée des autres salariés est alors dévoilée.

Après avoir reconnu le droit d'obtenir une preuve au bénéfice des salariés, la chambre sociale l'a étendu au profit des employeurs²⁴⁸. Plus rarement, c'est donc l'employeur qui est demandeur à la mesure d'instruction *in futurum*, convoitée pour établir la faute du salarié licencié.

Cet état des lieux a été bouleversé par deux arrêts récents imposant la conciliation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve avec le droit à la preuve. Cette neutralisation du

²⁴⁵ CA Versailles, 14^e chambre, 14 janvier 2021, n°19/08548.

²⁴⁶ CA Versailles, 14^e chambre, 25 mars 2021, n°20/03563. V. en ce sens B. Javaux, E. Arcein-Boyer, « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires : quels enseignements tirer de la jurisprudence 4 ans après ? », Lexis Nexis, *JCP G*, n°37, 19 septembre 2022, p. 1038.

²⁴⁷ Cf. *supra*, p. 37 et 38.

²⁴⁸ Soc., 30 septembre 2020, n°19-12.058, P.

principe de loyauté probatoire est regrettable (I), mais plusieurs procédés pourraient permettre de limiter les atteintes au droit au respect de la vie privée (II).

I. La neutralisation regrettable du principe de loyauté probatoire

Dans deux arrêts retentissants rendus le 22 décembre 2023, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a abandonné sa position d'intangibilité du principe de loyauté probatoire. Celui-ci doit désormais être concilié avec le droit à la preuve. La Cour procède à une subjectivisation discutable du principe de loyauté (A) et la portée du revirement sur la preuve obtenue via l'article 145 du Code de procédure civile reste incertaine (B).

A. *Une subjectivisation discutable du principe de loyauté*

Dans deux arrêts récents d'Assemblée plénière²⁴⁹, la Cour de cassation a tempéré le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, quasiment absolu, et l'a concilié avec le droit à la preuve. Les deux arrêts concernaient la matière prud'homale mais il ne fait aucun doute que la solution, rendue en assemblée plénière, s'applique au procès civil en général²⁵⁰.

Jusqu'alors, la preuve obtenue déloyalement, c'est-à-dire recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème, était jugée irrecevable²⁵¹. Ces arrêts marquent ainsi la fin d'une spécificité française. En effet, il ressort du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général que la CEDH comme nos voisins européens concilient le principe de loyauté²⁵². La Cour de Strasbourg n'aborde pas la question de l'admission ou de l'exclusion de la preuve sous l'angle de la licéité ou de la loyauté mais apprécie de façon globale l'équité de la procédure.

Un revirement annoncé par la doctrine. Ce revirement était annoncé. La chambre sociale avait déjà admis que l'illicéité d'un élément de preuve tenant à l'atteinte portée au droit au respect de la vie personnelle du salarié n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, les juges devant d'abord procéder à une mise en balance entre le droit à la preuve et celui au respect de la vie personnelle²⁵³. La question relevait en réalité de la loyauté, car la recevabilité de la

²⁴⁹ Ass. plén., 22 décembre 2023, n°20-20.648 et n°21.11.330, P.

²⁵⁰ Ass. plén., 22 décembre 2023, n°20-20.648, P., § 12 : « Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats. » (nous soulignons).

²⁵¹ Ass. plén., 7 janvier 2011, n°09-14.316 et n°09-14.667, P. V. en ce sens L. Raison-Rebufat, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°208, 27 juillet 2002, p. 3.

²⁵² CEDH, *Lopez Ribalda e. a. c. Espagne*, 17 octobre 2019, n°8567/13.

²⁵³ Soc., 25 novembre 2020, n°17-19.523, P.

preuve était contestée, non au regard de la seule atteinte à la vie privée, mais en raison d'un défaut d'information préalable. Il s'agissait donc d'une question relative à la loyauté dans l'obtention de la preuve.

Subjectivisation d'une norme objective. Le principe de loyauté était jusqu'alors un principe objectif. La Cour de cassation le traite désormais comme un droit subjectif supplémentaire au profit des plaideurs²⁵⁴, qu'il convient de mettre en balance avec les autres droits subjectifs en cas de conflit. On relève ainsi que la Cour demande au juge « [d']apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence » (nous soulignons). Or, la loyauté n'est pas un droit, fût-il fondamental, à mettre en balance mais un principe régissant le procès. Il a été qualifié par Serge Guinchard de principe émergent du procès civil²⁵⁵, en raison de la confiance qu'il suscite dans l'institution judiciaire. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve devrait être une norme de droit objectif encadrant l'exercice du droit à la preuve.

Contournement de la condition de nécessité. Par ailleurs, des auteurs²⁵⁶ craignent que l'adoption d'une telle solution, exigeant que la preuve obtenue déloyalement soit nécessaire et sans équivalent, ne favorise l'adoption de stratagèmes par les plaideurs. Si d'autres éléments de preuve, obtenus loyalement mais moins probants, sont disponibles, le justiciable malhonnête sera sans doute tenté de les dissimuler afin d'accentuer le caractère indispensable de la preuve déloyale.

De prime abord, ce revirement ne semble pas concerner les mesures d'instruction *in futurum*, qui permettent l'obtention de preuves, et non leur production. On peut considérer que l'exigence de loyauté est nécessairement respectée dès lors que la mesure a été ordonnée par un juge, qui a pu contrôler que la demande était loyale. Pour autant, la portée de cette solution nouvelle sur les mesures d'instruction *in futurum* ne doit pas être sous-estimée.

²⁵⁴ N. Hoffschir, « Périclès le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve ! », Dalloz, *Actualité*, n°9, 9 janvier 2024.

²⁵⁵ S. Guinchard (dir.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, coll. Précis, 36^e éd., 2022, n°418, p. 348. V. aussi J.-F. Van Compernelle, « Réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010.

²⁵⁶ S. Harir, « Irrecevabilité d'une preuve obtenue en violation de la vie privée », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°8, 5 mars 2024, p. 68.

B. La portée incertaine du revirement sur la preuve obtenue via l'article 145 du Code de procédure civile

Comment une preuve récoltée à l'aide du juge sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, après avoir été contrôlée judiciairement, pourrait-elle être déloyale ? Cette situation quelque peu contre-intuitive n'est pourtant pas un cas d'école.

Une acception réaliste de la loyauté probatoire. La jurisprudence a en effet une conception que l'on pourrait qualifier de « réaliste » de la loyauté probatoire, s'appliquant également aux acteurs judiciaires, et notamment au commissaire de justice.

En effet, le commissaire de justice est parfois à l'origine de stratagèmes, que l'on n'hésitera pas à qualifier de déloyaux, dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le juge. Ainsi, dans un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, les magistrats relèvent que « si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve »²⁵⁷. Dans les faits de l'espèce, une caissière avait été licenciée pour faute grave à la suite du constat par l'huissier d'un détournement d'espèces. Celui-ci ne s'était pas limité à de simples constatations matérielles mais avait organisé une ruse consistant à faire acheter des biens en espèces par des personnes mandatées par lui, puis à compter les espèces après la fermeture du magasin et en l'absence de la salariée.

De même, dans un arrêt plus récent, la première chambre civile a condamné le comportement de l'huissier qui, pour dresser un constat de concurrence déloyale, était assisté par une personne non indépendante (l'avocat de la société adverse), agissant dans l'ombre et pour son compte²⁵⁸. La déloyauté est d'autant plus regrettable qu'elle émane d'un officier ministériel, et l'on voit mal les raisons qui, tenant à la dignité et à la crédibilité de la justice, autoriseraient la production de telles preuves.

Le juge, caution légale d'une immixtion déraisonnable ? Comme le relevait justement une conseillère de la première chambre civile bien avant la consécration du droit à la preuve, « un contrôle sur les moyens permet de rendre licite ce qui ne le serait pas sans le cadre judiciaire qui peut être donné à l'enquête ; si les constats d'huissier ordonnés par ordonnance rendue sur requête sont des preuves admissibles c'est qu'ils ont été judiciairement autorisés ; mais si seule

²⁵⁷ Soc., 18 mars 2008, n°06-40.852, P.

²⁵⁸ Civ. 1^{re}, 25 janvier 2017, n°15-25.210, P.

une autorisation judiciaire peut légitimer une immixtion dans la vie privée, elle ne suffit pas pour autant à conférer dans l'absolu un caractère de licéité à l'atteinte à la vie privée »²⁵⁹.

Pourtant, la conciliation opérée entre le droit à la preuve et le principe de loyauté devrait conduire à recevoir de telles preuves. Outre le fait qu'elles ont été autorisées judiciairement, ce qui renforce leur légitimité, les preuves obtenues sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile sont par hypothèse indispensables. Pour ces raisons, le contrôle de proportionnalité opéré par les juges pour concilier le droit à la preuve et la loyauté devra être approfondi²⁶⁰.

Contrôle de proportionnalité des juges du fond. Un auteur estime que dans le conflit entre le droit à la preuve et le principe de loyauté, le droit à la preuve reste l'exception²⁶¹. On peut en tout cas souhaiter que le contrôle de proportionnalité opéré à l'avenir par les juges du fond sera approfondi. Une attention particulière devra à notre avis être portée à la situation des salariés, contractuellement et *de facto* soumis à la hiérarchie de l'employeur, pour qui cette jurisprudence pourrait être une aubaine. La fin de l'intangibilité du principe de loyauté risque en effet de provoquer des abus dans l'obtention de la preuve. Désormais, un employeur pourra être autorisé à produire un enregistrement clandestin au détriment des salariés, sous les conditions précédemment exposées²⁶². Disposant, au titre de son pouvoir de subordination, d'une base probatoire plus importante que le salarié, il doit être soumis strictement au principe de loyauté. L'égalité des armes le commande.

Un autre garde-fou tient au régime procédural attaché au droit à la preuve. La Cour de cassation a rappelé que le moyen tiré de l'exercice du droit à la preuve doit nécessairement être invoqué par le plaideur et ne peut pas être relevé d'office par le juge²⁶³.

Contrôle par la Cour de cassation. La Cour de cassation doit également être vigilante dans son contrôle du droit. Elle devra s'assurer que les juges du fond ont bien mis en balance les

²⁵⁹ A.-E. Crédeville, « Vérité et loyauté des preuves », Etude dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004, p. 45 s.

²⁶⁰ L. Mayer, « Chronique d'un revirement annoncé : le principe de loyauté dans l'obtention de la preuve rattrapé par le droit à la preuve », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°13, 16 avril 2024, p. 50.

²⁶¹ S. Brissy, « Contentieux du travail – Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve doit être concilié avec le droit à la preuve », Lexis Nexis, *JCP S*, n°3, 23 janvier 2024, comm. n°1028.

²⁶² T. Pasquier, « Déloyauté probatoire et pouvoir de l'employeur : une liaison dangereuse », *Dalloz, Recueil*, n°6, 15 février 2024, p. 296.

²⁶³ Ass. plén., 22 décembre 2023, n°20-20.648, P. : « Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble » (nous soulignons).

intérêts antinomiques en présence. Or, il ressort de l'étude des décisions de justice que le contrôle de nécessité, quand il est fait, est léger : rares sont les décisions dans lesquelles la Cour vérifie que la preuve produite était la seule disponible. On décèle néanmoins un changement de cap en la matière. Dans un arrêt de 2023²⁶⁴, la chambre sociale, à l'aide d'une motivation particulièrement pédagogique, rappelle que « le juge doit (...) rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié ». Elle prononce la cassation, au motif que « de ces seules constatations et énonciations, dont il résulte que la production des enregistrements litigieux n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur, dès lors que celui-ci disposait d'un autre moyen de preuve qu'il n'avait pas versé aux débats, peu important qu'elle ait ensuite estimé que la réalité de la faute reprochée à la salariée n'était pas établie par les autres pièces produites, la cour d'appel a pu déduire que les pièces litigieuses étaient irrecevables. ». On peut espérer que cette approche exigeante sera maintenue à l'avenir.

II. Un recul tempéré du droit au respect de la vie privée

Face aux assauts du droit à la preuve, le droit au respect de la vie privée ne fait pas exception. Il connaît un recul, défendable au stade des mesures d'instruction *in futurum* prud'homales (A), mais qui pourrait être minimisé par différents procédés (B).

A. *Une récession défendable de la confidentialité au stade des mesures d'instruction in futurum*

Le contentieux prud'homal des mesures d'instruction *in futurum* fournit un bel exemple de conciliation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée.

Déséquilibre probatoire inhérent à la relation de travail. La relation de travail implique un lien de subordination, par lequel l'employeur a accès à une base documentaire plus importante que le salarié, qu'il s'agisse des contrats de travail ou des bulletins de salaire. De plus, les faits que le salarié vise à établir, comme la discrimination ou le harcèlement, sont souvent masqués

²⁶⁴ Soc., 8 mars 2023, n°21-17.802, P.

et rarement extériorisés dans des documents²⁶⁵. Les parties au litige prud'homal sont généralement en situation de déséquilibre probatoire.

Régime probatoire aménagé. Pour contrebalancer ce déséquilibre, le législateur a d'abord instauré un régime probatoire aménagé²⁶⁶. Le salarié (ou candidat à l'emploi) doit simplement apporter des éléments de preuve laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, à charge ensuite pour l'employeur de renverser la présomption à l'aide d'éléments objectifs. L'usage de la distinction entre discrimination directe et indirecte témoigne de l'influence du droit de l'Union européenne²⁶⁷.

La question de l'articulation entre le régime probatoire aménagé et les mesures d'instruction *in futurum* s'est posée à la Cour de cassation. Celle-ci a estimé que « la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile ne peut être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail. »²⁶⁸. Il n'y a pas d'incompatibilité entre le régime probatoire aménagé et l'article 145 du Code de procédure civile.

Ce cumul d'outils à destination du salarié n'apparaît pas illégitime ni incohérent, dans la mesure où de tels dispositifs contribuent à une meilleure égalité des armes probatoires dans les litiges en droit social²⁶⁹. Le juge reste libre d'accorder ou non la mesure d'instruction préventive demandée. Plus concrètement, plusieurs justifications peuvent être apportées. Tout d'abord, la charge de la preuve exigée du salarié est certes allégée, mais pas nulle, ce qui justifie le recours à l'article 145 du Code de procédure civile. Par ailleurs, les procédures n'ont pas le même objet : alors que le régime probatoire aménagé vise à faciliter l'apport par le salarié de preuves établissant la discrimination, les mesures d'instruction *in futurum* visent à établir ou conserver,

²⁶⁵ C. Hédon (Défenseure des droits), Décision-cadre relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, 31 août 2022.

²⁶⁶ Article L. 1134-1 du Code du travail. Voir sur ce point N. Hoffschir, V. Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », Open Editions, *Revue des droits de l'homme*, n°9, 7 mars 2016.

²⁶⁷ La distinction entre discrimination directe et indirecte est issue du droit de l'UE. Deux directives adoptées en 2000 ont posé les bases de la lutte contre les discriminations : la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) et la directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE).

²⁶⁸ Soc., 22 septembre 2021, n°19-26.144, P. G. Dedessus-Le-Moustier, « Référé probatoire en matière de discrimination au travail », Lexis Nexis, *JCP G*, n°41, 11 octobre 2021, act. 1054.

²⁶⁹ Pour la position inverse, voir L. Freisses, « L'accès aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile : la recherche de l'efficacité probatoire à tout prix ? », Presses universitaires d'Aix-Marseille, *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°1, 1^{er} janvier 2014, p. 199.

avant tout procès, des éléments de fait dont pourrait dépendre la solution d'un éventuel litige au fond²⁷⁰.

Difficulté augmentée dans les groupes de sociétés. Un auteur²⁷¹ relève que le déséquilibre probatoire dans les relations de travail est particulièrement net dans les entreprises rattachées à un groupe dont la société mère possède de nombreuses informations relatives à la politique industrielle et commerciale du groupe. Dans ces conditions, l'obtention de documents relatifs aux décisions prises en matière d'emploi – restructuration, licenciements – est ardue, et ce d'autant plus que la pluralité des personnes morales multiplie les obstacles.

Le droit à la preuve, préalable à la mise en œuvre de la « méthode Clerc ». Le droit à la preuve est une étape souvent nécessaire à la mise en œuvre de la « méthode Clerc »²⁷², mise en œuvre via les mesures d'instruction *in futurum*. Cet outil, également appelé « méthode triangulaire », vise à faciliter la preuve de la discrimination par l'établissement de panels de comparaison. Il suppose de comparer, au sein de l'entreprise, les trajectoires professionnelles de personnes dont la situation de départ est voisine (diplôme, date d'entrée dans l'entreprise) pour mettre en évidence des différences d'évolution établissant une discrimination. Encore faut-il disposer d'éléments relatifs à la date d'entrée et la rémunération des autres salariés. Les mesures d'instruction *in futurum* sont alors très utiles.

Ces atteintes à la vie privée dans les litiges prud'homaux sont justifiées par le déséquilibre inhérent à la relation de subordination. Toutefois, ces violations de la vie privée pourraient souvent être minimisées.

B. Une possibilité peu exploitée de minimisation de l'atteinte

Le contentieux prud'homal est propice aux atteintes au droit au respect de la vie privée. Pour prouver la discrimination, l'inégalité de traitement ou le harcèlement, le seul recours du salarié peut être d'établir des panels de comparaison, impliquant la révélation d'informations privées sur ses collègues, à commencer par le salaire mais aussi l'adresse ou encore la date de naissance. Or, la communication des documents porte atteinte à la vie privée des autres salariés, sans que

²⁷⁰ M. Delandre, C.-A. Donzel, « Droit à la preuve et discrimination : absence d'incompatibilité entre référé probatoire et régime probatoire aménagé », Lamy, *Jurisprudence sociale*, n°528, 22 octobre 2021.

²⁷¹ P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », Dalloz, *RDT*, n°2, 28 février 2018, p. 120.

²⁷² Sur les stratégies procédurales conjuguant la « méthode Clerc » et l'article 145 C. pr. civ., voir F. Guiomard, « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », Dalloz, *RDT*, n°2, 28 février 2023, p. 133. V. également C. Hédon (Défenseure des droits), Décision-cadre relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, 31 août 2022.

leur accord soit recherché et dans l'optique d'un procès qui n'est, au stade de l'article 145 du Code de procédure civile, qu'éventuel²⁷³.

Anonymisation des éléments de preuve. Bien souvent, l'atteinte au droit au respect de la vie privée peut être minimisée par la technique de l'anonymisation²⁷⁴. Un bulletin de paie indiquant clairement le poste du salarié et le salaire associé est, en général, suffisamment éloquent pour que l'identité associée soit masquée. Parfois, l'information privée est nécessaire à établir la discrimination ou le harcèlement, auquel cas l'anonymisation n'est pas souhaitable. Ainsi, une divulgation du nom sera nécessaire à l'établissement d'une discrimination fondée sur l'origine. Malgré ce constat, l'anonymisation est peu pratiquée, même quand l'information privée n'est d'aucune utilité.

Traitement par la Cour de cassation de l'atteinte à la vie privée. La chambre sociale considère depuis longtemps que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle, si cette production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve du requérant et que l'atteinte est proportionnée. La question de l'atteinte à la vie personnelle du salarié, en lien avec l'exercice du droit à la preuve, est traitée comme un conflit. Or, une conciliation paraît possible et souhaitable. A cet égard, on décèle un changement de paradigme dans la motivation récente de la Cour. Dans un arrêt de 2023²⁷⁵, elle relève que « le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être (...) mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. ». Poursuivant, elle ajoute que le juge doit « vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée. ». La différence est notable. Au lieu du duel entre droit à la preuve et vie privée qui prévalait auparavant, la Cour préconise une conciliation, au besoin en restreignant le périmètre de production de l'élément de preuve. Cette solution a été réitérée récemment²⁷⁶. Dans l'arrêt relatif au secret professionnel de l'avocat²⁷⁷,

²⁷³ G. Loiseau, « L'article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », *Lextenso, Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 52.

²⁷⁴ F. Gabroy, « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase social*, n°945, 11 mai 2023. V. aussi A. Fabre, « On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve », Lamy, *Semaine sociale*, n°2058, 11 septembre 2023.

²⁷⁵ Soc., 8 mars 2023, n°21-12.492, P.

²⁷⁶ Soc., 1^{er} juin 2023, n°22-13.238 et autres, P.

²⁷⁷ Civ. 1^{re}, 6 décembre 2023, n°22-19.285, P. V. en ce sens C. Hélaine, « Le droit à la preuve vient-il d'achever le secret professionnel de l'avocat ? », *Dalloz actualité*, n°12, 12 décembre 2023. Egalement, S. Grayot-Dirx, « Secret professionnel : des mesures d'instruction *in futurum* sous conditions », *Lexis Nexis, JCP G*, n°50 – 52, 18 décembre 2023, 1465.

la Cour va plus loin en estimant que « le secret professionnel de l'avocat ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que les mesures d'instruction sollicitées (...) sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve du requérant, proportionnées aux intérêts antinomiques en présence et mises en œuvre avec des garanties adéquates » (nous soulignons). L'arrêt a été rendu par la première chambre civile, mais cette exigence de garanties adéquates pourrait s'appliquer au-delà du seul secret professionnel de l'avocat.

Conclusion de section et de chapitre : En définitive, le droit à la preuve a pris un avantage considérable sur les autres droits fondamentaux dans les litiges impliquant une mesure d'instruction *in futurum*. Face au secret des affaires, le droit à la preuve, bien que maîtrisé, connaît une progression. Le mouvement est encore plus visible en droit social, où la vie privée est dévoilée mais, là encore, non sans garanties. Enfin, sa conciliation avec le principe de loyauté dans l'administration de la preuve marque un véritable changement de paradigme, illustrant le renforcement de l'impératif de vérité dans le procès civil.

Conclusion de partie : Cette seconde partie a mis en avant le renforcement des liens existant entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*. En quelques années, le droit à la preuve est devenu une composante essentielle des mesures d'instruction *in futurum*. Sur le plan processuel, il est désormais une condition d'obtention d'une mesure d'instruction préventive, ce qui induit un rayonnement du contrôle de proportionnalité à tous les degrés de juridiction et un contrôle renforcé de la Cour de cassation. Sur le plan substantiel, le droit à la preuve a l'avantage sur les autres droits fondamentaux dans le contentieux des mesures d'instruction *in futurum*, en particulier sur le secret des affaires et le droit au respect de la vie privée.

Conclusion générale

Cette étude a permis de mettre en lumière les liens unissant le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum*. Le droit à la preuve s'est construit à partir du XX^e siècle dans l'idée de la doctrine, qui a défendu sa reconnaissance. Celle-ci est d'abord intervenue au niveau européen puis à l'échelle nationale, bouleversant la conception traditionnelle de la preuve. Les mesures d'instruction *in futurum*, quant à elles, ont fait leur réapparition dans le paysage procédural français au début du XX^e siècle, en référé d'abord, puis sur requête après le décret de 1973, encouragées par une doctrine réaliste et une jurisprudence créatrice.

Ces courants, d'abord indépendants, sont devenus parallèles à la fin des années 1990, quand le droit à la preuve a fait une apparition implicite dans les décisions de justice fondées sur l'article 145 du Code de procédure civile. Le droit à la preuve était déjà présent de manière sous-jacente dans les mesures d'instruction *in futurum*. Les deux notions se recoupent désormais, en raison de la reconnaissance explicite du droit à la preuve, rattaché au droit au procès équitable de la Convention EDH. Ces développements ont en effet mis en avant le renforcement des liens entre les deux notions, à la faveur d'une managérialisation de la justice se manifestant par les recherches d'efficacité probatoire et d'évitement du procès, auxquelles contribuent les mesures d'instruction *in futurum*. D'une utilité remarquable pour les parties comme pour le juge, et ménageant le droit d'accès au juge, ces mesures, mettant en œuvre le droit à la preuve, connaissent un âge d'or qui, vraisemblablement, ne s'interrompra pas de sitôt.

La première manifestation de ces liens renforcés entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction *in futurum* réside dans l'ajout du droit à la preuve aux conditions d'obtention d'une mesure de l'article 145 du Code de procédure civile. Les différentes chambres de la Cour de cassation divergent sur la condition textuelle à laquelle rattacher ce nouveau critère ; toutes lui accordent cependant une place centrale.

Le contrôle de proportionnalité *in concreto* opéré par les juges du fond, assorti d'un contrôle confinant au troisième degré de juridiction par la Cour de cassation, témoignent également de l'importance prise par le droit à la preuve dans les stratégies procédurales des plaideurs ainsi que les enjeux s'y attachant. La reconnaissance du droit à la preuve s'accompagne en effet de risques : un recul des droits fondamentaux substantiels, un affaiblissement de la moralité probatoire, une insécurité juridique. La récession des droits fondamentaux, au premier chef desquels se trouvent le droit au respect de la vie privée et la protection des secrets, était inévitable une fois le droit à la preuve consacré. On constate à cet égard un certain paradoxe :

le droit à la preuve, reconnu en premier lieu par la CEDH et rattaché à l'article 6, § 1 de la Convention EDH, provoque un recul des droits substantiels garantis par cette même convention. Le droit à la preuve dérivé du droit au procès équitable et les droits fondamentaux substantiels agissent comme deux aimants qui se repoussent. Un autre risque réside dans le déclin de la moralité de la preuve, illustré encore récemment par la subjectivisation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Le risque est celui d'abus de la part des parties ayant l'avantage probatoire. Enfin, et c'est le principal reproche adressé par les détracteurs du droit à la preuve, la conquête par celui-ci de toutes les branches du droit est une source d'insécurité juridique. On ne peut insister davantage sur la nécessité pour la Cour de cassation d'établir des modalités précises de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, qui s'accompagne nécessairement d'un dialogue des juges.

En définitive, les mesures d'instruction *in futurum* n'ont pas toujours été un instrument au soutien du droit à la preuve, qui leur est postérieur. Tous deux ont acquis une place centrale dans la procédure civile au cours du XX^e siècle. L'évolution concomitante de ces deux mouvements n'est pas l'œuvre du hasard. L'éclosion du droit à la preuve d'une part, et des mesures d'instruction préventives d'autre part, procède d'une conception renouvelée de la preuve et de l'office du juge, fondée sur l'idée que celui-ci n'est plus un arbitre mais doit jouer un rôle actif dans l'administration de la preuve. Les mesures d'instruction *in futurum* sont aujourd'hui devenues, à travers l'article 145 du Code de procédure civile, un outil de réalisation du droit à la preuve, spécialement du droit d'obtenir des preuves.

Enfin, les liens entre droit à la preuve et mesures d'instruction *in futurum* reflètent les mutations contemporaines de la justice. Les mesures d'instruction *in futurum*, qui garantissent une célérité des procédures au fond si un mode amiable de règlement du différend n'a pas été mis en œuvre, accompagnent le mouvement de managérialisation de la justice. Par ailleurs, la diversification des preuves, en lien avec l'expansion du numérique, conduit à une transformation des procédures probatoires, invitant les juges à repenser leurs pratiques. L'office du juge civil, précisément, se trouve bouleversé par ces évolutions. L'office de vérité mis en lumière par Antoine Garapon²⁷⁸ n'a jamais été aussi important. Il est au service de la manifestation de la vérité, dans le sens que lui a conféré Michel Foucault : un produit émergent d'autre chose qu'elle-même, et singulièrement des institutions judiciaires.

²⁷⁸ A. Garapon (dir.), « La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle », Rapport de l'IHEJ, mai 2013, p. 23.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires

Laboratoire ATILF, Dictionnaire Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi), [consulté le 30 janvier 2024 et le 21 mars 2024].

G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^e éd., 2024, [consulté le 15 décembre 2023, le 30 janvier 2024, le 21 mars 2024].

S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 31^e éd., 2023.

II. Manuels

A. Aynès, X. Vuitton, *Droit de la preuve*, Lexis Nexis, 2^e éd., 2017.

J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange Frères, t. n° 1 et 2, 1823.

L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 12^e éd., 2023.

J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, 27^e éd., 2022.

N. Cayrol, *Procédure civile*, Dalloz, 4^e éd., 2022.

C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022.

R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11^e éd., 2004.

G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996.

G. Couchez, X. Lagarde, *Procédure civile*, Sirey, 17^e éd., 2014.

N. Fricero, *Procédure civile*, Lextenso, 20^e éd., 2023.

J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale de droit civile*, LGDJ, 5^e éd., t. n°2, 2020.

E. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, t. n°2, 3^e éd., 1926.

S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 10^e éd., 2021. (chapitre 221)

S. Guinchard *et alli*, *Droit processuel*, Dalloz, 12^e éd., 2023.

S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Hypercours », 8^e éd., 2023.

J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7^e éd., 2019.

E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ, 5^e éd., 2022.

G. Lardeux, *Preuve : droit civil*, Dalloz, 1^{re} éd., 2020.

C. Lefort, *Procédure civile*, Dalloz, 5^e éd., 2014.

Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 9^e éd., 2022.

Ph. Malinvaud, N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, Lexis Nexis, 21^e éd., 2021.

G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, Sirey, t. n°1, 3^e éd., 1972.

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie générale de Paris, 9^e éd., t. n°2, 1923.

H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. n°1, 1961.

Y. Strickler, A. Varnek, *Procédure civile*, Etablissements Bruylant, 13^e éd., 2023.

E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2^e éd., 2022.

L. Veyre, H. Michelin-Brachet, M. Guez, O. Robin-Sabard, *Cours de procédure civile*, Editions IEJ de la Sorbonne, 5^e éd., 2023.

III. Monographies

L.-M. de Belleyme, *Ordonnances sur requêtes et sur référés selon la jurisprudence du tribunal de première instance du département de la Seine*, Cosse, 1855.

A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2010.

I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004.

F. Gény, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. n°2, 1911.

X. Lagarde, *Recevabilité et fond dans la théorie du droit de la preuve*, Thèses de Paris, t. n°1 et 2, 1992.

R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 144

P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, thèse Paris, 1952.

IV. Articles

P. Adam, « Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux », Dalloz, *Droit social*, n°1, 14 janvier 2021, p. 14.

P. Adam, « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail - Sur un nouvel outil de construction », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 39.

B. Allix, M. Palin, « L'article 145 et le motif légitime », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 50.

A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné », Dalloz, *Recueil*, n°3, 21 janvier 2016, p. 137.

A. Boyard, « Pour une nécessaire extension du droit à la preuve en matière d'ordonnance de protection à l'ensemble des litiges d'ordre familial en présence de violences intrafamiliales », Dalloz, *AJ Famille*, n°5, 18 mai 2023, p. 257.

C. Chainais, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », E. Jeuland et L. Flise (dir.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS, 2015.

G. Cornu, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, fragment d'un état des questions », *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991.

F. De Bérard, « Les mesures d'instruction *in futurum* : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°343, 8 décembre 2012, p. 19.

I. Desprès, « Retour vers le futur (l'article 145 du Code de procédure civile) », *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 693.

I. Desprès, J.-P. Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°27, 23 juillet 2019, p. 78.

A. Destremau, F. Expert, « Mesures d'instruction *in futurum* : (in)certitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Lexis Nexis, *JCP G*, n°26, 4 juillet 2022, 830.

M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de TGI sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Draï*, Dalloz, 2000.

L. Freisses, « L'accès aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile : la recherche de l'efficacité probatoire à tout prix ? », Presses universitaires d'Aix-Marseille, *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°1, 1^{er} janvier 2014, p. 199.

F. Gabroy, « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase social*, n°945, 11 mai 2023.

J.-L. Gillet, « La croisée des savoirs - Les juges face à des vérités croisées : Vérité scientifique, vérité juridique, vérité judiciaire », Dalloz, *Les cahiers de la justice*, n°2, 16 juillet 2018, p. 317.

G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, dir. C. Perelman et P. Foriers, Etablissements Bruylant, 1981, p. 277.

G. Hannotin, A. Terrade, « Pour une refonte du régime des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°36, 21 octobre 2021, p. 1875.

P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », Dalloz, *RDT*, n°2, 28 février 2018, p. 120.

T. Hochmann, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », Dalloz, *AJDA*, n°14, 19 avril 2021, p. 805.

N. Hoffschir, V. Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », Open Editions, *Revue des droits de l'homme*, n°9, 7 mars 2016.

B. Javaux, E. Arcein-Boyer, « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires : quels enseignements tirer de la jurisprudence 4 ans après ? », Lexis Nexis, *JCP G*, n°37, 19 septembre 2022, p. 1038.

M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, 1980.

E. Jeuland, « La cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », Lamy, *Semaine sociale*, n°1937, 18 janvier 2021.

J. Klein, « La confidentialité de la conciliation à l'épreuve du droit à la preuve », Dalloz, *RTD civ.*, n°1, 31 mars 2023, p. 170.

X. Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve », Lexis Nexis, *JCP G*, n°17, 27 avril 2005, p. 771.

X. Lagarde, « Le droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°30, 14 septembre 2023, p. 1526.

X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 31.

G. Lardeux, « La spécificité de la preuve en droit », *Concepts en dialogue* (O. Benoist, J.-Y. Chérot, H. Isar), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 183.

G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », Dalloz, *RTD civ.*, n°1, 17 mars 2017, p. 1.

G. Lardeux, « Preuve civile et vérité », *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 16 juillet 2013, p. 869.

G. Lardeux, « Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée », Dalloz, *Recueil*, n°2, 14 janvier 2016, p. 96.

B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Lexis Nexis, *JCP G*, n°43, 19 octobre 2015, act. 1122.

J.-P. Marguénaud, « Le droit à l'expertise équitable », Dalloz, *Recueil*, n°7, 17 février 2000, p. 111.

B. May, « Contrefaçon : les mesures d'instruction à l'épreuve des nouvelles règles en matière de secret des affaires », Lexis Nexis, *Propriété industrielle*, n°3, 1^{er} mars 2020, dossier 3.

M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve », Lextenso, *RDA*, n°11, 11 octobre 2015, p. 56.

A. Millerand, « La protection des secrets de la vie des affaires à l'épreuve des mesures *in futurum* », Lexis Nexis, *Droit des sociétés*, n°6, 1^{er} juin 2011, alerte 24.

H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges Roubier*, 1961, t. II, p. 75.

V. Orif, « La richesse des mesures d’instruction *in futurum* dans le contentieux prud’homal », *Lexbase social*, n°945, 11 mai 2023.

M. Peisse, « Le « référé préventif » en matière de construction immobilière », *Lextenso, Gaz. Pal.*, 1975, doct. p. 436.

R. Perrot, « La compétence du juge des référés », *Lextenso, Gaz. Pal.*, 1974, doct. p. 895.

J.-C. Peyre, « Le référé probatoire de l’article 145 du nouveau Code de procédure civile », *Lexis Nexis, JCP G*, 1984, doct. n°3158.

S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d’instruction *in futurum* », *Dalloz, Recueil*, n°41, 28 novembre 2002, p. 3131.

B. Pons, « Contrat de transaction, droit à la preuve et secret professionnel », *Lextenso, Gaz. Pal.*, n°45, 14 février 2015, p. 10.

L. Raison-Rebufat, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Lextenso, Gaz. Pal.*, n°208, 27 juillet 2002, p. 3.

Ph. Théry, « Les finalités de la preuve en droit privé », PUF, *DROITS - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°23, 1^{er} janvier 1996, p. 41.

J.-F. Van Compernelle, « Réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », *Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010.

V. Vigneau, « La proportionnalité dans la recherche de la preuve en matière civile », *ENM, Justice actualités*, n°24, 11 décembre 2020, p. 54.

V. Notes sous arrêt et observations

P. Adam, « Mesures d’instruction *in futurum*, vie privée et droit à la preuve – Géométrie d’un triangle juridique », *Dalloz, Droit social*, n° 07 - 08, 19 juillet 2021, p. 645.

S. Amrani-Mekki, « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l’administration de la preuve ? », *Lextenso, Gaz. Pal.*, n°6, 9 février 2016, p. 54.

D. Aubert, « Autonomie des conditions d’exercice du droit à la preuve », *Dalloz, AJ pénal*, n°6, 22 juin 2016, p. 326.

A. Aynès, « Enregistrement illicite d'un salarié et droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°8, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 3 mars 2022, p. 432.

A. Aynès, « Loyauté de la preuve : revirement de jurisprudence », Dalloz, *Recueil*, n°11, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 21 mars 2024, p. 570.

A. Aynès, « Partage de la charge de la preuve en matière de discrimination et recevabilité d'une demande de mesure d'instruction *in futurum* / Droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°8, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 3 mars 2022, p. 437.

B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », Dalloz, *Recueil*, n°9, 2 mars 2017, p. 490.

C. Bizet, « Preuve déloyale cesse de n'être jamais recevable », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°7, 27 février 2024, p. 14.

C. Blanquart, « Mesures d'instruction *in futurum* et administration de la preuve en matière de discrimination », Lexis Nexis, *JCP S*, n°45, 9 novembre 2021, 1279.

C. Bléry, « Droit à l'obtention d'une preuve : de la « mesure »... », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°27, 20 juillet 2021, p. 54.

M. Bourgeois, L. Thibierge, J. Dehavay, « Secret des affaires : un instrument relatif face aux mesures *in futurum* », Lexis Nexis, *JCP E*, n°25, 23 juin 2022, 1225.

J.-D. Bretzner, « Droit processuel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°8, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 2 mars 2023, p. 436.

J.-D. Bretzner, « Droit processuel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°11, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 21 mars 2024, p. 576.

J.-D. Bretzner, « Droit substantiel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°8, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 2 mars 2023, p. 437.

J.-D. Bretzner, « Droit substantiel des mesures d'instruction *in futurum* », Dalloz, *Recueil*, n°11, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 21 mars 2024, p. 578.

J.-D. Bretzner, « Notion de « mesures légalement admissibles » - office du juge – contrôle de la proportionnalité de la mesure ordonnée », Dalloz, *Recueil*, n°8, Chronique « Droit de la preuve » (J.-D. Bretzner, A. Aynès), 3 mars 2022, p. 438.

S. Brissy, « Contentieux du travail - Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve doit être concilié avec le droit à la preuve », Lexis Nexis, *JCP S*, n°3, 23 janvier 2024, comm. n° 1028.

F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », Dalloz, *Recueil*, n°3, 23 janvier 2014, p. 179.

A. Constans, L. Terdjman, « Mesures d'instruction et secret des affaires : une coordination des textes peu évidente », Lexis Nexis, *JCP E*, n°2, 12 janvier 2023, 1010.

G. Dedessus-Le-Moustier, « Référé probatoire en matière de discrimination au travail », Lexis Nexis, *JCP G*, n°41, 11 octobre 2021, act. 1054.

M. Delandre, C.-A. Donzel, « Droit à la preuve et discrimination : absence d'incompatibilité entre référé probatoire et régime probatoire aménagé », Lamy, *Jurisprudence sociale*, n°528, 22 octobre 2021.

F. Expert, « Mesures d'instruction *in futurum*, droit à la preuve et vie privée », Dalloz actualité, n°7, 7 juillet 2023.

A. Fabre, « On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve », Lamy, *Semaine sociale*, n°2058, 11 septembre 2023.

N. Fricero, « Contentieux du divorce – production de courriels à titre de preuve et droit à la vie privée », Lexis Nexis, *Procédures*, n°11, 1^{er} novembre 2021, comm. n° 296.

N. Fricero, « Transaction – Procès équitable et droit à la preuve », Lexis Nexis, *Procédures*, n°1, 1^{er} janvier 2020, comm. n°11.

G. Goffaux-Callebaut, « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction *in futurum* », Lextenso, *Bulletin Joly Sociétés*, n°11, 1^{er} novembre 2017, p. 657.

G. Goffaux-Callebaut, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* : contrôle renforcé de la Cour de cassation », Lextenso, *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1^{er} octobre 2021, p. 8.

C. Golhen, « Facebook : droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°42, 3 décembre 2020, p. 2383.

T. Goujon-Bethan, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », Dalloz actualité, n°14, 14 avril 2021.

S. Grayot-Dirx, « Secret professionnel : des mesures d’instruction *in futurum* sous conditions », Lexis Nexis, *JCP G*, n°50 – 52, 18 décembre 2023, 1465.

F. Guiomard, « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », Dalloz, *RDT*, n°2, 28 février 2023, p. 133.

S. Harir, « Irrecevabilité d’une preuve obtenue en violation de la vie privée », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°8, 5 mars 2024, p. 68.

J. Hauser, « Vie privée du majeur protégé : divulgation du dossier de curatelle et droit à la preuve », Dalloz, *RTD Civ.*, n°4, 14 décembre 2007, p. 753.

C. Hélaine, « Le droit à la preuve vient-il d’achever le secret professionnel de l’avocat ? », Dalloz actualité, n°12, 12 décembre 2023.

C. Hélaine, « Présomption irréfragable de connaissance des vices cachés et droit à la preuve : un duel sous haute tension », Dalloz actualité, n°11, 11 juillet 2023.

N. Hoffschir, « D’utiles précisions quant à l’exigence de motivation de la décision qui refuse d’ordonner une mesure d’instruction *in futurum* », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°38, 5 novembre 2019, p. 55.

N. Hoffschir, « Heurs et malheurs du droit à la preuve », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°18, 17 mai 2016, p. 50.

N. Hoffschir, « Péricule le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve ! », Dalloz actualité, n°9, 9 janvier 2024.

E. Jeuland, « Une discovery à la française sans garde-fou », Lexis Nexis, *JCP G*, n°5, 30 janvier 2017, act. 105.

G. Lardeux, « Droit à la preuve vs droit à la vie privée : vers la maîtrise du contrôle de proportionnalité », Lexis Nexis, *JCP G*, n°43 – 44, 24 octobre 2016, act. 1136.

G. Lardeux, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », Dalloz, *Recueil*, n°24, 21 juin 2012, p. 1596.

G. Lardeux, « Preuves déloyales et droit à la preuve : une conciliation bienvenue », Dalloz, *Recueil*, n°6, 15 février 2024, p. 291.

O. Leclerc, « Le droit à la preuve à l’assaut de la vie privée des salariés ? », Dalloz, *Le droit ouvrier*, n°868, décembre 2020.

S. Lellouch, « Infidélité : quand le droit à la preuve met au défi le droit à la vie privée », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°1, 11 janvier 2022, p. 58.

G. Loiseau, « L'article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°5, 1^{er} mai 2023, p. 52.

A. Marcon, « L'article 145 du Code de procédure civile et les libertés », Lamy, *Semaine sociale*, n°1571, 11 février 2013.

L. Mayer, « Chronique d'un revirement annoncé : le principe de loyauté dans l'obtention de la preuve rattrapé par le droit à la preuve », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°13, 16 avril 2024, p. 50.

L. Mayer, « Droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et droit à la preuve de l'employeur : 2 illustrations », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°4, 16 janvier 2021, p. 68.

L. Mayer, « Mesures d'instruction *in futurum* et droit à la preuve », Lexis Nexis, *JCP G*, n°47, Chronique « Droit judiciaire privé » (L. Mayer, L. Veyre et L. Larribère), 27 novembre 2023.

L. Mayer, « Preuve en matière de divorce : jusqu'à quel point le droit à la preuve légitime-t-il une atteinte à la vie privée d'un époux ? », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°2, 18 janvier 2022, p. 47.

M. Nicoletti, « Lettre missive et droit à la preuve », Lexis Nexis, *Droit de la famille*, n°10, 1^{er} octobre 2012, comm. 159.

T. Pasquier, « Déloyauté probatoire et pouvoir de l'employeur : une liaison dangereuse », Dalloz, *Recueil*, n°6, 15 février 2024, p. 296.

C. Pelletier, « Extension du principe de loyauté de la preuve aux procédures permettant l'obtention de mesures d'instruction *in futurum* », Lextenso, *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} mars 2017 p. 92.

R. Perrot, « Les mesures d'instruction préventives et le secret des affaires », Lexis Nexis, *Procédures*, n°3, 1^{er} mars 1999, p. 11.

S. Pierre-Maurice, « Mesures d'instruction *in futurum* : la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* », Lexis Nexis, *JCP G*, n°15, 18 avril 2022, act. 477.

E. Putman, « La Cour de cassation garantit le droit à la preuve des associations de défense des étrangers », Lamy, *Revue juridique Personnes et famille*, n°1, 1^{er} janvier 2015.

S. Riancho, « Preuve de la discrimination et atteinte à la vie personnelle des salariés », Lextenso, *Bulletin Joly Travail*, n°12, 1^{er} décembre 2021, p. 7.

S. Sereno, « Preuve : être loyal ou déloyal, telle est la question ! », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°8, 5 mars 2024, p. 65.

Y. Strickler, « Mesures d'instruction - Entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir souverain », Lexis Nexis, *Procédures*, n°6, 1^{er} juin 2022, comm. 143.

Y. Strickler, « Requêtes *in futurum*, critère de la dérogation à la contradiction », Lexis Nexis, *Procédures*, n°8-9, 1^{er} août 2021, comm. 220.

L. Thibierge, « Secret des affaires : un instrument de nature à faire obstacle aux mesures d'instruction *in futurum* sous réserve de démontrer un motif légitime et des moyens propres à le protéger », Lexis Nexis, *JCP E*, n°24, Chronique « droit de la donnée » (L. Thibierge, M. Bourgeois, J. Dehavay), 15 juin 2023, p. 1185.

S. Tournaux, « La soumission du référé probatoire au droit à la preuve », *Lexbase social*, n°678, 1^{er} décembre 2016.

J. Traullé, « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée », Lextenso, *Gaz. Pal.*, n°2, 10 janvier 2017, p. 23.

X. Vuitton, « Mesures d'instruction *in futurum* : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon du « droit à la preuve » ? », Lexis Nexis, *JCP G*, n°26, 28 juin 2021, act. 708.

VI. Actes de colloque

S. Pierre-Maurice (dir.), *La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC*, mare et martin, 2023.

VII. Répertoires et Jurisclassseurs

A. Bolze, « Mesures d'instruction », Lexis Nexis, JurisClasseur Procédure civile.

C. Bouty, « Chose jugée », Dalloz, Répertoire de procédure civile.

F. Ferrand, « Preuve », Dalloz, Répertoire de procédure civile.

G. Lardeux, « Preuve : règles de preuve », Dalloz, Répertoire de droit civil.

O. Leclerc, « Les mesures d’instruction *in futurum* », Dalloz, Répertoire de droit du travail.

X. Vuitton, « Fasc. 1300-15 : référés spéciaux », Lexis Nexis, JurisClasseur Procédure civile.

VIII. Rapports officiels et travaux parlementaires

A.-E. Crédeville, « Vérité et loyauté des preuves », Etude dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004, p. 45 s.

A. Garapon (dir.), « La prudence et l’autorité : l’office du juge au XXI^e siècle », Rapport de l’IHEJ, mai 2013.

C. Hédon (Défenseure des droits), Décision-cadre relative aux conditions d’accès à la preuve de la discrimination en matière civile, 31 août 2022.

F. Pillet, M. Jourda, « Proposition de loi organique tendant à attribuer à la loi la compétence de fixer les principes fondamentaux de la procédure civile », enregistrée à la présidence du Sénat le 21 février 2019. <https://www.senat.fr/leg/pp118-349.pdf>

Cour de cassation, Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, décembre 2018.

Cour de cassation, Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, juin 2020.

IX. Ressources numériques

Le juge civil, un juge d’instruction ?, 11^e rencontres de procédure civile, Organisées par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne (IRJS) et l’Université Paris-Panthéon-Assas (CRJ), colloque tenu à la Cour de cassation le 2 décembre 2022.

Index

A

Autonomie des mesures d’instruction *in futurum*.....15, 17, 22, 29.

C

Caractère indispensable à l’exercice du droit à la preuve....12, 27, 34, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 68, 71, 74, 85, 93.

Caractère légalement admissible.... 12, 19, 23, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 59, 63, 86, 93, 94.

Conciliation de droits fondamentaux..17, 25, 35, 41, 42, 62, 63, 64, 66, 67, 70, 71, 74, 75, 83, 86, 88.

Condition de nécessité..8, 9, 12, 13, 15, 19, 22, 25, 27, 32, 34, 37, 38, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 63, 64, 68, 70, 71, 73, 74, 81, 93.

Conservation des preuves12, 15, 28, 30, 32, 38, 48, 54, 61, 73.

Contrôle de proportionnalité.....10, 11, 20, 46, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 67, 70, 71, 74, 93, 94.

Contrôle *in abstracto*.....10, 56.

Contrôle *in concreto*.....10, 54, 56, 57, 58, 77, 89, 94.

Cour de cassation..... 4, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 22, 25, 26, 28, 31, 32, 37, 38, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 82, 83, 87, 89, 90, 94.

Assemblée plénière 4, 67, 68.

Chambre sociale.....4, 13, 26, 31, 47, 48, 49, 54, 59, 64, 66, 67, 69, 71, 74.

Deuxième chambre civile.....14, 15, 25, 37, 38, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 62, 65, 90.

Première chambre civile.....58, 59, 69, 70, 75.

Cour de justice de l’Union européenne 14, 43.

Cour européenne des droits de l’homme.....4, 10, 11, 12, 13, 26, 42, 43, 51, 58, 67, 77.

D

Droit au respect de la vie privée...10, 11, 12, 20, 24, 34, 48, 51, 56, 57, 59, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 81, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 94.

E

Etablissement des preuves.....6, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 16, 18, 26, 28, 31, 32, 48, 51, 54, 57, 64, 66, 72, 73, 74.

F

Fondement....11, 14, 16, 18, 22, 26, 31, 34, 35, 36, 37, 42, 48, 56, 62, 69, 70, 77, 93.

J

Juridictions.....38, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 62, 70, 71, 77, 94.

L

Législateur.....30, 35, 50, 61, 72.

Litige prud'homal.....4, 5, 8, 9, 11, 13, 14, 22, 26, 27, 31, 32, 34, 42, 47, 48, 49, 51, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90.

M

Modes amiables de règlement des différends.....5, 17, 41.

Motif légitime.....14, 15, 16, 25, 38, 41, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 59, 63, 81, 89, 93, 94.

O

Ordonnance sur requête...5, 12, 16, 17, 24, 27, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 52, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 69, 70, 76, 80, 90, 92, 93, 94.

P

Prescription.....38, 39.

Preuve.....1, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94.

Principe de la contradiction....16, 29, 30, 35, 36, 37, 38, 49, 52, 59, 64, 66, 89, 93.

Principe de loyauté dans l'administration de la preuve....15, 18,

23, 42, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 77, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 94.

Principe de subsidiarité..... 16, 37, 38.

Principe dispositif..... 36, 39, 40, 81, 93.

Procès équitable.....10, 11, 12, 13, 14, 26, 40, 42, 43, 44, 45, 68, 71, 77, 83, 86, 93.

R

Recours.....4, 8, 13, 15, 17, 29, 32, 34, 37, 41, 43, 45, 52, 53, 55, 57, 59, 69, 71, 73.

Référé.....13, 14, 16, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 37, 38, 52, 72, 73, 76, 84, 86, 89, 92.

Rétractation de l'ordonnance sur requête..... 15, 30, 37, 57, 62, 64, 66.

S

Secret des affaires...25, 53, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 75, 82, 83, 86, 87, 89, 94.

Secrets professionnels...24, 60, 63, 75, 84, 87.

Séquestre..... 30, 62, 66.

Stratégie probatoire..... 31, 40, 73, 77, 92.

U

Urgence..... 15, 28, 29, 30.

Utilité de la mesure.....23, 28, 30, 43, 48, 49, 54, 55, 57, 62, 66, 74, 77, 87.

Table des matières

<u>Introduction générale</u>	p. 7.
PARTIE 1 : L'ETABLISSEMENT DE LIENS ENTRE LE DROIT A LA PREUVE ET LES MESURES D'INSTRUCTION <i>IN FUTURUM</i>	p. 21.
Chapitre 1 : L'absence initiale de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction <i>in futurum</i>	p. 21.
<u>Section 1 : Le défaut de portée pratique du droit à la preuve</u>	p. 21.
<u>I. Un concept depuis longtemps présent en doctrine</u>	p. 22.
<i>A. L'émergence de la notion chez les auteurs du début du XX^e siècle</i>	p. 22.
<i>B. Une première systématisation par Gilles Goubeaux</i>	p. 23.
<u>II. La lente apparition du droit à la preuve dans la jurisprudence</u>	p. 24.
<i>A. Une apparition implicite à la fin du XX^e siècle</i>	p. 24.
<i>B. Une consécration en deux étapes au début du XXI^e siècle</i>	p. 26.
<u>Section 2 : L'installation progressive des mesures d'instruction <i>in futurum</i> dans le paysage procédural</u>	p. 27.
<u>I. Avant le décret de 1973, une apparition prudente des mesures d'instruction <i>in futurum</i></u>	p. 27.
<i>A. Une création prétorienne des mesures d'instruction préventives en référé</i>	p. 28.
<i>B. Une réflexion essentiellement doctrinale autour des mesures d'instruction préventives sur requête</i>	p. 30.
<u>II. Après le décret de 1973, une popularité croissante des mesures d'instruction <i>in futurum</i></u>	p. 31.
<i>A. Une « arme d'anticipation remarquable » au cœur des stratégies procédurales</i>	p. 31.
<i>B. Une plasticité des mesures d'instruction <i>in futurum</i> participant de leur extension à divers contentieux</i>	p. 32.
Chapitre 2 : L'émergence de liens entre le droit à la preuve et les mesures d'instruction <i>in futurum</i>	p. 34.
<u>Section 1 : La naissance de liens entre les mesures d'instruction <i>in futurum</i> et le droit à la preuve malgré des faiblesses structurelles de ces mesures</u>	p. 34.

<u>I. L'article 145 du Code de procédure civile, un fondement ébranlable pour des mesures attentatoires aux libertés</u>	p. 35.
A. <i>Un fondement uniquement réglementaire</i>	p. 35.
B. <i>Un renforcement incertain par des fondements législatifs</i>	p. 36.
<u>II. Les mesures d'instruction <i>in futurum</i>, concentré de violations des grands principes de procédure civile</u>	p. 37.
A. <i>Droit à la preuve et principe de la contradiction : la faveur des demandeurs aux mesures d'instruction in futurum sur requête</i>	p. 37.
B. <i>Droit à la preuve et principe dispositif : une fausse violation</i>	p. 39.
<u>Section 2 : La reconnaissance du droit à la preuve en faveur du dynamisme des mesures d'instruction <i>in futurum</i></u>	p. 40.
<u>I. Le droit à la preuve et les mesures d'instruction préventives, gage d'efficacité probatoire pour les parties</u>	p. 41.
A. <i>Une célérité accrue des procédures au fond</i>	p. 41.
B. <i>La production des preuves adéquates, contribuant au droit d'accès au juge</i>	p. 42.
<u>II. Pour le juge, une qualité des décisions renforcée</u>	p. 43.
A. <i>L'assurance d'un examen complet de tous les éléments de preuve</i>	p. 43.
B. <i>Une diminution possible du nombre de procès au fond</i>	p. 44.

PARTIE 2 : LE DROIT A LA PREUVE, COMPOSANTE ESSENTIELLE DES MESURES D'INSTRUCTION *IN FUTURUM*.....p. 47.

Chapitre 1 : L'importance du droit à la preuve dans la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile.....p. 47.

Section 1 : L'ajout jurisprudentiel d'une condition à l'article 145 du Code de procédure civile.....p. 48.

<u>I. Droit à la preuve du requérant et motif légitime</u>	p. 48.
A. <i>Une affiliation du droit à la preuve au motif légitime</i>	p. 48.
B. <i>Vers une restriction du champ d'application de l'article 145 du Code de procédure civile ?</i>	p. 50.
<u>II. Droit à la preuve du requérant et caractère légalement admissible de la mesure</u>	p. 51.
A. <i>Le caractère indispensable à l'exercice du droit à la preuve, une condition ancienne récemment formalisée</i>	p. 51.
B. <i>Une mise en balance approfondie des intérêts antinomiques en présence</i>	p. 53.

<u>Section 2 : Le contrôle variable des conditions de l'article 145 du Code de procédure civile</u>	p. 54.
<u>I. Les conditions faisant l'objet d'un contrôle</u>	p. 54.
A. <i>Une absence compréhensible de contrôle du motif légitime</i>	p. 55.
B. <i>Un contrôle souhaitable du caractère légalement admissible de la mesure accordée</i>	p. 56.
<u>II. Les modalités et le degré du contrôle de proportionnalité</u>	p. 57.
A. <i>L'adoption d'un contrôle de proportionnalité in concreto par les juges du fond</i>	p. 57.
B. <i>Un contrôle occasionnellement in concreto de la Cour de cassation</i>	p. 59.
Chapitre 2 : L'avantage du droit à la preuve face aux autres droits fondamentaux dans les mesures d'instruction <i>in futurum</i>	p. 61.
<u>Section 1 : La préservation relative du secret des affaires face au droit à la preuve</u>	p. 61.
<u>I. L'affirmation solennelle de la protection du secret des affaires</u>	p. 61.
A. <i>Une protection législative accrue sous l'influence de l'Union européenne</i>	p. 62.
B. <i>Une protection prétorienne confirmée au stade de l'exécution de la mesure</i>	p. 63.
<u>II. Une atténuation relative du secret des affaires dans la jurisprudence</u>	p. 64.
A. <i>La conciliation du secret des affaires avec le droit à la preuve dans les mesures d'instruction in futurum</i>	p. 64.
B. <i>L'existence de garde-fous spécifiques en procédure sur requête</i>	p. 65.
<u>Section 2 : L'infléchissement du droit au respect de la vie privée face au droit à la preuve dans le contentieux prud'homal</u>	p. 67.
<u>I. La neutralisation regrettable du principe de loyauté probatoire</u>	p. 68.
A. <i>Une subjectivisation discutable du principe de loyauté</i>	p. 68.
B. <i>La portée incertaine du revirement sur la preuve obtenue via l'article 145 du Code de procédure civile</i>	p. 70.
<u>II. Un recul tempéré du droit au respect de la vie privée</u>	p. 72.
A. <i>Une récession défendable de la confidentialité au stade des mesures d'instruction in futurum</i>	p. 72.
B. <i>Une possibilité peu exploitée de minimisation de l'atteinte</i>	p. 74.
<u>Conclusion générale</u>	p. 77.