PREUVE. La Cour d'appel de Paris a rejeté les demandes des ONG Sherpa et les Amis de la Terre visant à autoriser un huissier à saisir des documents confirmant le rôle de la multinationale Perenco France dans des activités liées à de graves dommages environnementaux. L'occasion pour Sherpa de dénoncer les failles du mécanisme judiciaire français d'accès aux preuves et de proposer des pistes de solution.

L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux

Sandra Cossart, Sherpa, Directrice et **Laura Bourgeois,** Sherpa, Chargée de contentieux stratégique et de plaidoyer

À l'heure où les crises climatique et sanitaire matérialisent de plus en plus les effets néfastes de la globalisation économique sur la planète et les individus, la nécessité de responsabiliser les acteurs économiques à hauteur de leurs impacts se fait cruellement sentir.

Une telle responsabilisation implique de pouvoir utilement traduire en justice les opérateurs économiques les plus puissants, tels que les multinationales.

Mais à défaut de pouvoir accéder aux preuves exigées pour le succès d'une action judiciaire, l'accès à la justice est illusoire pour les victimes de crimes économiques, et la responsabilisation des acteurs économiques impossible.

S'appuyant sur son expérience contentieuse en la matière, Sherpa met en lumière certaines des failles du mécanisme judiciaire français d'accès aux preuves institué par l'article 145 du Code de procédure civile, et donne des pistes de solutions.

Par arrêt en date du 17 septembre 2020 *(RG n° 19/20669)*, la Cour d'appel de Paris a débouté les ONG Sherpa et Les Amis de la Terre France de leur demande de mesure d'instruction formée contre la société pétrolière Perenco SA sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (ci-après CPC).

L'action des ONG visait à obtenir des éléments de preuve relatifs à l'exercice effectif de la direction et du contrôle d'opérations pétrolières en République démocratique du Congo.

Les ONG soutiennent qu'ils sont exercés par la société de droit français Perenco SA depuis le territoire français, de sorte que cette dernière doit répondre des dommages environnementaux en résultant.

Cette décision, et le combat judiciaire de longue haleine auquel elle vient mettre un terme, illustre l'inadéquation des ressources actuelles en termes de preuve et les failles du mécanisme judiciaire d'accès aux preuves imposé aux justiciables. Elle confirme la nécessité urgente de réformer les règles applicables en la matière afin de leur permettre d'exercer effectivement leurs droits fondamentaux.

Pour les victimes de crimes économiques, l'accès aux informations utiles à leur action en justice est quasiment impossible compte tenu de l'opacité régnant sur le fonctionnement et l'organisation des entreprises.

1923.indd 10 29/09/2020 11:04:07

Le palliatif que semble, en théorie, pouvoir constituer l'article 145 du CPC, s'avère inadéquat en pratique.

L'impunité qui en résulte pour les multinationales est d'autant plus choquante qu'elles bénéficient, à l'inverse des victimes, de garanties et de recours pour écarter tout risque d'abus à leur détriment.

Le besoin de réforme pérenne ou, *a minima*, de remèdes transitoires, est urgent. Des solutions existent, et il est essentiel qu'elles soient rapidement mises en œuvre par le législateur et les juges.

1 UN ACCÈS AUX PREUVES ENTRAVÉ PAR L'OPACITÉ INSTITUTIONNALISÉE DES MULTINATIONALES

Le pouvoir économique des multinationales est aujourd'hui d'autant plus grand qu'il est de plus en plus concentré entre les mains d'un nombre restreint d'acteurs.

L'impact de leurs activités est par ailleurs d'autant plus important que, dans le contexte globalisé actuel, elles sont capables d'opérer aux quatre coins du monde, à l'échelle de leur groupe, via des filiales ou autres sociétés qu'elles contrôlent et qui sont implantées dans différents pays.

Cette réalité rend indispensable l'appréhension des activités de ces multinationales dans leur dimension globale, et non plus seulement nationale.

Dans ce contexte, l'identification des responsables de violations économiques de droits fondamentaux, dont les dommages sont souvent constatés à l'étranger, nécessite de comprendre qui détient et exerce effectivement le pouvoir décisionnel à l'échelle internationale.

Or, en France, les informations relatives à l'organisation et au fonctionnement des entreprises et du groupe auquel elles appartiennent restent traditionnellement considérées comme des données *« internes »*, leur publication étant laissée à leur bon vouloir. Ces dernières se contentent ainsi, le plus souvent, de communiquer sur ce qu'elles estiment commercialement utile à l'égard de leurs clients. Une consultation rapide de leurs rubriques internet *« Qui sommes-nous ? »* permet de s'en convaincre.

Les informations qui permettraient de déterminer la répartition des rôles et des pouvoirs dans le cadre de l'exercice de l'activité, d'identifier les détenteurs des pouvoirs de contrôle et de décision et, *in fine*, les responsables des dommages pouvant résulter de ladite l'activité, demeurent ainsi inaccessibles.

Concrètement, par exemple, des organigrammes détaillés, des schémas indiquant les liens capitalistiques au sein d'un groupe de sociétés et des fiches de poste établies pour les employés clés sont indispensables pour une véritable transparence.

Ces informations existent nécessairement pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Elles devraient être divulguées spontanément, et au besoin sous contrainte légale.

La mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance[1] fournit une parfaite illustration du désarroi de la société civile face à l'opacité des entreprises quant à l'organisation de leur activité. Même la recherche d'une donnée aussi basique et objective que le nombre de salariés employés par les sociétés (critère d'applicabilité de ladite loi) nécessite un travail titanesque de croisement et de compilation de données[2].

Les obligations d'informations existantes ne sont pas satisfaisantes au regard du niveau de précision et de fiabilité exigé par les juridictions en matière de preuve dans le cadre d'actions judiciaires en responsabilité.

Tel est le cas, par exemple, de la présentation du modèle d'affaires qui doit être incluse dans la déclaration de performance extra-financière désormais exigée de certaines sociétés[3]. Si ces présentations sont bienvenues en ce qu'elles amènent les entreprises concernées à s'engager publiquement sur la prise en compte de certaines valeurs et objectifs de développement durable dans le cadre de leur activité économique, la description de leur organisation qui en résulte est généralement très grossière[4], et les informations récoltées insuffisantes au regard de l'objectif probatoire poursuivi.

Il en va également ainsi des éléments qui peuvent être exigés de certaines sociétés cotées en vertu de la réglementation de l'Autorité des marchés financiers : la compilation des informations réunies au sein du document de référence est opportune en ce qu'elle permet de rassembler des informations sinon éparses, et son contenu peut s'avérer utile, notamment en ce qu'il inclut parfois une présentation de certains liens capitalistiques sous la forme d'organigrammes économiques, mais elle ne peut suffire. Et cela n'est pas surprenant dès lors que l'objectif poursuivi par cette réglementation n'est pas l'information du justiciable victime potentielle d'atteintes économiques à ses droits fondamentaux, mais l'information de l'investisseur.

Les efforts réalisés par les organisations de la société civile pour parvenir à plus de transparence ne manquent pas[5].

Mais cette tâche est bien trop importante pour elles eu égard à leurs moyens, et reste quasi mission impossible du fait de l'absence pure et simple de publication de la plupart des informations essentielles, qui demeurent ainsi non publiques et par principe inaccessibles.

Dans ces circonstances, les demandeurs en quête de preuves sur les modalités d'opération de groupes de sociétés à l'origine d'atteintes à leurs droits fondamentaux sont contraints de trouver un autre moyen d'accès aux éléments dont ●●●

1. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte do?cidTexte=JORFTEXT000034290626 &categorieLien=id.*

2. *Sur ce point, voir notre étude : https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2019-06-26-Radar-DDV-16-pages-Web.pdf*

3. *En application des articles L. 225-102-1, R. 225-105 et suivants du Code de commerce. Dispositions prises en application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 portant transposition de la directive 2014/95/UE modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.*

4. *Déclaration de performance extra-financière, quel bilan tirer de la première année de mise en œuvre ? juill. 2019, https://www.medef.com/uploads/media/node/0011/20/11260-medef-ey-deloitte-bilan-dpef-9-juillet-2019-final.pdf*

5. *Voir par exemple l'initiative https://www.openownership.org/*

1923.indd 11 29/09/2020 11:04:07

●●● ils ont besoin pour exercer leurs droits en justice.

En théorie, la procédure instituée par l'article 145 du CPC peut ***a priori*** sembler être l'outil le plus pertinent pour remédier à ce manque d'informations. Elle s'avère en réalité inadéquate compte tenu de ses insuffisances pratiques.

2 LES INSUFFISANCES PRATIQUES DE L'ARTICLE 145 DU CPC

Aujourd'hui, en France, une multinationale peut s'affranchir de l'exécution de décisions judiciaires à but probatoire par un simple refus, protégée par sa puissance économique, sans qu'aucun levier de contrainte efficace ne puisse lui être appliqué

Pour mémoire, les dispositions du Code de procédure civile dont il est ici question sont les suivantes :

– l'article 145 du CPC 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 »*, et ;

– l'article 493 du même code : *« L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. »*

◗ Les difficultés rencontrées dans le cadre de l'obtention de la mesure d'instruction

Conformément à l'article 145 du CPC, pour obtenir satisfaction, le demandeur doit caractériser l'existence d'un motif légitime justifiant l'octroi de la mesure d'instruction demandée. La mesure d'instruction ne pouvant être accordée que si elle est utile à la résolution d'un potentiel litige à venir, la jurisprudence exige du demandeur qu'il démontre qu'un litige est en germe.

En pratique, cela contraint non seulement le demandeur à expliciter un minimum le fondement juridique de son action et ses prétentions futures, mais également à fournir des premiers éléments de preuve, pour convaincre les juges de la légitimité de sa démarche, et de ses chances de succès.

Or, compte tenu de l'opacité ci-avant décrite, la réunion et la production de premiers éléments de preuve qui permettraient de tracer les contours du litige en germe exigé est proche de la prouesse en matière de contentieux économique de droits fondamentaux.

À cela s'ajoute la difficulté de convaincre les magistrats de l'existence de circonstances nécessitant de déroger au principe du contradictoire.

En effet, pour que la mesure d'instruction soit la plus fructueuse possible, mieux vaut que l'entreprise ne soit pas prévenue, afin d'éviter toute suppression d'éléments utiles. À cette fin, la procédure appropriée est la procédure sur requête, car elle permet d'obtenir une décision sans appeler le défendeur à la cause. Or, en application de l'article 493 du Code de procédure civile précité, pour prospérer, cette procédure nécessite de prouver qu'il est nécessaire pour le demandeur d'obtenir la décision à l'insu de la partie adverse, c'est-à-dire sans contradictoire.

Il peut sembler évident que le justiciable en quête de preuves a tout intérêt à ce que le défendeur ne soit pas alerté de son initiative, afin d'éviter qu'il supprime les éléments compromettants pour empêcher leur saisie. Pourtant, la jurisprudence fait une appréciation très stricte du respect de cette condition. En pratique, les magistrats accordent au compte-gouttes les ordonnances sur requête, tant le principe du contradictoire est primordial au sein du système juridique français.

Les conditions de fond posées pour un accès aux preuves efficace sont donc difficiles à remplir.

Et l'expérience montre qu'une fois ledit motif légitime caractérisé, la nécessité de déroger au principe du contradictoire établie, et l'ordonnance sur requête obtenue, d'autres difficultés pratiques – rédhibitoires – peuvent survenir.

Le véritable exploit est alors, semble-t-il, de réussir à faire utilement exécuter la décision si difficilement obtenue…

◗ Les difficultés rencontrées au stade de l'exécution de la mesure d'instruction obtenue

La décision du 17 septembre 2020 de la Cour d'appel de Paris est intervenue après l'obtention d'une ordonnance sur requête favorable en date du 2 août 2019, enjoignant à Perenco SA de communiquer les informations énumérées, et de laisser un huissier de justice accéder à ses serveurs informatiques pour qu'elles puissent être recherchées et saisies.

Dans les faits, au stade de l'exécution de la mesure d'instruction ainsi ordonnée, soit une fois l'huissier arrivé sur les lieux accompagné de deux témoins[6], la société Perenco SA a purement et simplement refusé d'exécuter la décision et de laisser l'huissier accéder à ses locaux[7].

À défaut de pouvoir contraindre utilement l'adversaire à exécuter son obligation de faire, à savoir son obligation de communiquer immédiatement aux ONG demanderesses les éléments désignés par le président du tribunal de grande instance de Paris, nos organisations n'ont donc rien obtenu.

Et il apparaît que dans un tel cas de refus d'accès aux preuves utiles voire indispensables au succès de son action en justice, aucune précaution en

6. Conformément aux termes de l'article L. 142-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

7. Article Le Monde : « Perenco, boîte noire pétrolière et toxique en RDC » https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/10/09/perenco-boite-noire-petroliere-et-toxique-en-rdc_6014880_3212.html

1923.indd 12 29/09/2020 11:04:07

amont, aucun recours *a posteriori*, aucune sanction civile ni pénale, ne constitue un remède adéquat pour le justiciable.

En amont d'abord, s'il est vrai que l'octroi d'une astreinte pourrait peut-être inciter la multinationale défenderesse à s'exécuter, nul doute qu'elle est financièrement en mesure de différer suffisamment l'exécution, quitte à payer l'astreinte, pour se ménager le temps de supprimer les éléments qui l'incriminent. L'astreinte ne garantit donc pas un accès effectif aux preuves.

Au moment de l'exécution ensuite, la possibilité offerte à l'huissier par les articles L. 153-2 et R. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution de recourir à la force publique[8] ne constitue pas, non plus, un outil adéquat et suffisant pour obtenir l'exécution d'une obligation de communiquer des éléments de preuve.

En effet, face à un refus d'exécution, le concours de la force publique n'est pas forcément utile. En admettant qu'il soit accordé par le préfet dans le délai de deux mois dont ce dernier dispose pour répondre : d'abord, il a toutes les chances d'intervenir trop tard comparativement à l'urgence d'obtenir copie des éléments avant leur suppression ; ensuite, s'il est accordé à temps, il ne change rien dans l'hypothèse où les représentants de l'entreprise visée ne seraient pas coopératifs : en pratique, l'huissier ne peut rien faire sans un minimum de collaboration (indication des bâtiments, salles et postes informatiques concernés, etc.).

Enfin, quant aux recours ouverts *a posteriori* ou aux sanctions potentiellement applicables à un tel comportement, ils ne permettent pas, non plus, d'atteindre l'objectif poursuivi.

Supposons que le refus d'exécution du défendeur soit jugé comme une faute au sens de l'article 1241 du Code civil, tenant à une résistance abusive ayant causé un dommage au demandeur et devant donner lieu à réparation. Cette réparation sera purement pécuniaire. Or, les dommages-intérêts ainsi alloués ne seront qu'une bien maigre consolation pour le demandeur, qui ne sera pas plus avancé sur le terrain de la preuve nécessaire à son action en justice.

Quant au terrain pénal, de la même manière, la sanction d'une telle obstruction, par exemple au titre de l'infraction de rébellion, ne facilitera pas l'accès aux preuves pour le justiciable. Sans compter que la caractérisation de la rébellion suppose de démontrer un acte de violence qui sera rarement commis en pratique[9].

Cette situation est une illustration de plus de l'impunité dont bénéficient aujourd'hui les multinationales.

Choquante *per se* dans la mesure où nul n'est censé être au-dessus des lois, elle l'est d'autant plus que le refus d'exécution opposé par les entreprises ne peut être qu'illégitime, dès lors qu'elles disposent de toutes les voies de recours et de tous les garde-fous nécessaires à la protection de leurs intérêts dans le cadre de l'exécution de telles mesures d'instruction.

3 UN DÉSÉQUILIBRE INJUSTE EN FAVEUR DES MULTINATIONALES

Sauf immunité d'exécution, dont les multinationales ne bénéficient pas puisqu'elles sont des personnes privées, les voies d'exécution doivent être les mêmes pour tous.

Celui qui doit exécuter une décision de justice ne devrait pas être en mesure de s'en affranchir simplement parce qu'il ne peut y être physiquement contraint, ou parce qu'il peut financièrement se le permettre, au prétexte qu'il désapprouve la décision rendue : il lui appartient d'exercer les voies de recours disponibles[10].

Illégitime par principe dans un État de droit[11], une telle entrave est d'autant plus abusive que l'exécution ne présente, en réalité, pas de risque pour le débiteur de l'obligation au cas présent.

En effet, on rappellera, à ce stade, que l'hypothèse envisagée est celle de l'exécution d'une ordonnance sur requête accordant une mesure d'instruction permettant la communication et/ou la saisie d'éléments établissant le fonctionnement d'une multinationale, ses décisionnaires et modalités d'opération au sein du groupe.

Or, d'une part, les risques liés à l'exécution pèsent en réalité sur le demandeur à la mesure d'instruction, pas sur l'entreprise qui exécute la mesure.

En vertu de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution :

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 311-4, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire.

L'exécution est poursuivie aux risques du créancier. Celui-ci rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié. *»*

Et la jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point : la responsabilité du créancier de l'exécution est une responsabilité sans faute, en ce sens qu'en cas d'infirmation de la décision, il est tenu de rétablir dans ses droits la partie qui l'a exécutée, même s'il n'a commis aucune faute dans l'exécution[12].

Dès lors, en admettant que l'exécution d'une telle ordonnance puisse causer un dommage à la multinationale défenderesse, sa réparation étant de droit, elle serait malvenue de prétexter un risque de dommage, par exemple organisationnel, pour refuser de s'exécuter.

D'autre part, la défenderesse ne saurait, non plus, prétexter un risque d'atteinte au secret de ses affaires pour refuser d'exécuter la mesure d'instruction ordonnée. ●●●

8. *CPCE, art. L. 153-2 et R. 153-1.*
9. *C. Pén., art. 433-6*
10. *En l'espèce, une assignation en référé rétractation sur le fondement de l'article 496 du Code de procédure civile.*
11. *J-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 60 : Droit à l'exécution en Europe, Natalie Fricero :* « Le droit à l'exécution devient la clé de voûte du procès équitable, conditionnant l'effectivité de l'article 6, § 1, et la prééminence de l'État de droit (CEDH, 27 juin 2000, n° 32842/96, Nuutinen c/ Finlande. – V. l'opinion dissidente du juge Zupancic, à laquelle se rallient les juges Pantiru et Türmen où on lit : *"un jugement définitif qui ne serait pas exécuté serait de l'ordre de la pure suggestion ; l'exécution des décisions de justice est elle-même au cœur de la question de l'État de droit ; l'État de droit substitue à la logique de la force privée la force publique de la logique ; rendre la justice, c'est donner satisfaction à la partie qui respecte la loi, autrement dit, l'exécution des décisions de justice constitue un aspect essentiel et immuable de l'État de droit"* ».
12. *Cass. ass. plén., 24 févr. 2006 n° 05-12.679 ; voir l'avis du premier avocat général https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gouttes_premier_389.html*

1923.indd 13 29/09/2020 11:04:07

●●● D'abord, au vu des conditions d'application du secret des affaires[13], il apparaît très contestable que les informations dont il est ici question puissent être couvertes par ledit secret.

Ensuite, les nouvelles dispositions protectrices du secret des affaires[14] excluent le risque d'atteinte audit secret dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'instruction.

Par le passé, le secret des affaires était déjà protégé par le mécanisme du séquestre provisoire auquel les huissiers recouraient systématiquement en pratique, plaçant sous scellés les documents dont la confidentialité donnait lieu à débats entre les parties.

Les articles R. 153-1 et suivants du Code de commerce sont venus consacrer et codifier cette pratique. Ces dispositions prévoient désormais expressément les modalités de la protection du secret des affaires, et parmi elles la faculté pour le juge d'ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des éléments demandés, et la possibilité d'organiser leur communication de manière à garder confidentielles les informations considérées sensibles.

Enfin, à supposer que la communication des informations demandées puisse être considérée comme une atteinte au secret des affaires, une telle atteinte ne serait pas nécessairement prohibée. L'atteinte devrait en effet être mise en balance avec le but légitime poursuivi. Or, dès lors que la mesure d'instruction demandée est le seul moyen pour le justiciable de prouver ses prétentions, il y a tout lieu de penser que l'atteinte est proportionnée au but légitime poursuivi et qu'elle devrait être permise.

Ainsi, il ressort du droit positif que les multinationales bénéficient de protections importantes en cas de décision ordonnant la communication d'éléments de preuve relatifs à leur organisation et fonctionnement.

Dans ces circonstances, le fait qu'elles soient, en plus, en mesure de refuser l'accès aux preuves grâce au caractère insuffisamment contraignant du système probatoire actuel est particulièrement choquant.

4 LES PISTES DE SOLUTIONS

Sur les fondements juridiques envisageables en vue d'une réforme

L'impossibilité pratique d'accès aux preuves n'entraîne pas seulement une atteinte aux droits fondamentaux que le demandeur entend faire valoir dans le cadre de son action au fond. Elle constitue, en elle-même, une atteinte aux droits fondamentaux des justiciables.

Le refus de prêter concours à une mesure d'instruction en vue d'un procès envisagé pour un motif jugé légitime doit, selon nous, être considéré comme une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CESDH), en ce qu'il y a atteinte au droit fondamental à un procès équitable, que ce soit dans sa composante *« droit à la preuve »*, *« droit d'accès au juge/droit d'action »* ou *« égalité des armes »*.

Un droit *« à la preuve »*

En effet, s'agissant de l'existence d'un *« droit à la preuve »* et de son caractère fondamental, la doctrine explique, notamment :

– *« La preuve, à l'instar du procès, traduit un droit substantiel en action, un droit au combat. L'antienne est célèbre :* Idem est non esse et non probari, *ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est un tout. Ce faisant, la preuve est aux confins du fait et du droit. Elle est* "la rançon du droit". [...] *La preuve est un instrument de réalisation des droits substantiels. »*[15] ;

– *« On ne saurait contester en effet que l'exigence d'un procès équitable induit le droit (subjectif) à ce que le droit (objectif) ne rende pas impossible la preuve qu'il exige, en d'autres termes, le droit à faire établir la vérité que la justice commande. »*[16]

Les juges de la Cour de cassation ont d'ailleurs déjà eu l'occasion de consacrer ce droit en énonçant :

« En statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »[17]

La doctrine justifie encore le caractère fondamental du droit à la preuve en le liant plus largement à :

L'accès au juge et au droit d'agir

« L'une des explications possibles pourrait consister à y voir une consécration en matière probatoire du droit d'accès au juge. En rendant plus difficile la preuve d'un fait en vue d'obtenir l'exécution du contrat d'assurance, on en vient à priver les parties de leur droit d'agir. »[18]

Le principe de l'égalité des armes

Ou encore, au principe de l'égalité des armes, comme la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), qui définit le principe comme *« l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »*[19].

La Cour de Cassation a depuis eu l'occasion de reprendre à son compte cette position :

« [...] constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions [...]. »[20]

13. *C. com., art. L. 151-1 :* « Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :
1° Elle 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 ;
2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
3° 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. » *On ne voit pas à quel titre l'organisation d'une multinationale pourrait revêtir une valeur commerciale nécessitant de garder l'information secrète. Encore moins lorsque cette information est nécessaire afin d'exercer des droits fondamentaux.*

14. *Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et son décret d'application n° 2018-1126 du 11 décembre 2018.*

15. *M. Mekki, La fondamentalisation du droit de la preuve : Réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité », RDA n° 11, oct. 2015, p. 58.*

16. *G. Lardeux, Du droit de la preuve au droit à la preuve, D. 2012 p. 1596.*

17. *Cass. 1re civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177.*

18. *RDA n° 11, oct. 2015, p. 58, précité. ; voir aussi G. Goubeaux, Le droit à la preuve,* in *La preuve en droit, C. Pereman, P. Foriers (dir.), Bruylant, 1981, p. 277.*

19. *CEDH., 27 oct. 1993, Dombo Beheer BV c/ Pays Bas, § 33.*

20. *Cass. com., 15 mai 2007 n° 06-10.606.*

1923.indd 14 29/09/2020 11:04:07

Il ressort de l'application *in concreto* des dispositions de l'article 145 du CPC que le droit français ne permet pas de garantir le respect des dispositions l'article 6 de la CESDH.

Les refus d'exécution de mesures d'instruction ordonnées sur le fondement de l'article 145 du CPC, qualifiés de rares en pratique[21], n'en ont pas moins des effets désastreux pour les victimes.

Au vu du caractère hautement préjudiciable de cette situation, il appartient à l'État français de prendre les mesures nécessaires afin de garantir aux justiciables un accès effectif aux moyens de preuve nécessaires à leurs actions en justice.

La nécessité de respecter l'article 6 de la CESDH justifie que l'État français initie une réforme en ce sens.

◗ Sur les pistes de solutions pratiques envisageables pour faciliter l'accès aux preuves

Obligations de transparence accrues à la charge des entreprises

L'accès aux preuves pourrait être garanti *via* des obligations accrues de transparence à la charge des multinationales, pourquoi pas, par exemple, grâce à un registre des décisionnaires effectifs[22] ou, plus généralement, grâce à une obligation de *reporting* extra-financier ciblée sur les informations nécessaires dans le cadre d'une action judiciaire en responsabilité civile ou pénale ?

Pour le moment, ainsi qu'il a été vu plus haut, les obligations de transparence pesant sur les entreprises sont insuffisantes.

Consécration du droit d'accès à ces informations et création d'une autorité dédiée

L'accès aux preuves pourrait également prendre la forme d'une demande d'accès motivée auprès d'une autorité dédiée et indépendante, à laquelle les entreprises auraient préalablement fourni les informations désignées comme pertinentes. Le droit d'accès serait ainsi consacré mais encadré et limité.

Réforme du droit français, en faveur d'une communication spontanée et complète des éléments de preuve pertinents

À défaut d'obligation de transparence suffisante pesant sur les entreprises, de droit d'accès dédié à ces informations, et de solution garantissant l'efficacité d'une décision de justice ordonnant la communication de preuves, il faut envisager de réformer le droit français de la preuve afin qu'il soit à la hauteur des exigences que commande le respect des droits fondamentaux.

À cet égard, il pourrait être utile de s'inspirer des pratiques anglo-saxonnes de *discovery* et *disclosure*, qui permettent de contraindre une partie à produire, avant tout procès, tous les éléments de preuve pertinents pour la solution du litige, qu'ils lui soient favorables ou défavorables (ce qui est le cas en droit français où l'adage *nemo contra se edere tenetur* présente l'auto-incrimination comme anormale, et dispense, par principe, les parties de produire des pièces qui desservent leurs intérêts.

Car le mécanisme prévu par l'article 145 du CPC n'a rien d'une *« discovery à la française »*, en dépit de ce que l'on peut lire sous la plume de certains juristes français vantant les mérites de cette disposition, vraisemblablement pour préserver la compétitivité de leur droit national et les opportunités commerciales y attachées.

En réalité, le droit français ne propose qu'un maigre palliatif : *« Le recours à l'article 145 du CPC permet de pallier en partie le dénuement du dispositif processuel français en matière de recherche de preuves. »*[23]

Une réforme de grande ampleur en ce domaine pourrait permettre aux victimes de violations économiques de droits fondamentaux d'obtenir l'accès aux informations leur permettant de faire valoir lesdits droits fondamentaux en justice.

Il pourrait être utile de s'inspirer des pratiques anglo-saxonnes de *discovery* et *disclosure*, qui permettent de contraindre une partie à produire, avant tout procès, tous les éléments de preuve pertinents pour la solution du litige, qu'ils lui soient favorables ou défavorables

Une certaine appréhension à l'égard de ces mécanismes de la part des juristes français, à qui l'on apprend traditionnellement que les justiciables ne sont pas tenus de communiquer spontanément des éléments pouvant être utilisés à leur détriment, et qui viennent d'assister à la consécration d'un secret des affaires, est compréhensible et prévisible.

Il ne s'agit pas de considérer ces mécanismes comme la panacée et de les importer purement et simplement en droit français. Tant la *discovery* que la *disclosure* comportent leurs propres dérives. Nul doute que les demandeurs ne souhaitent pas être noyés sous une masse d'informations inutiles, ni avoir à recourir systématiquement à des prestations d'audit pour analyser les chances de succès de leur procès : des garde-fous seraient indispensables.

Simplement, nous n'identifions aucun empêchement juridique dirimant à l'adaptation de ces mécanismes en droit français.

De la même manière, aucun motif d'ordre économique ne peut selon nous raisonnablement être opposé à une telle réforme du droit français : au Royaume-Uni, comme aux États-Unis, symbole du libéralisme économique, cette pratique traditionnelle perdure depuis des décennies, sans être remise en cause par les entreprises. ●●●

21. *C. Dupeyron et K. Haeri, L'article 145 du code de procédure civile : le préparer... et s'y préparer..., Le Monde du Droit, 24 sept. 2014.*

22. *Par analogie avec le registre des bénéficiaires effectifs, v. https://www.infogreffe.fr/rbe*

23. *Lexology, Collecte de preuves avant tout procès : la Cour de cassation continue de préciser le cadre et la portée de l'article 145 du Code de procédure civile, K. Haeri et B. Javaux.*

1923.indd 15 29/09/2020 11:04:08

La solution transitoire à la disposition des juges et fondée sur l'article 11 du Code de procédure civile

Une solution transitoire pourrait, d'ici là, résider dans l'application des dispositions de l'article 11 du Code de procédure civile aux cas de refus de mesures d'instruction ordonnées sur le fondement de l'article 145 du CPC.

Pour mémoire, l'article 11 alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que : *« 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. »*

En application de cette disposition, la jurisprudence retient traditionnellement que les magistrats apprécient souverainement[24] les conséquences qu'ils sont tenus[25] de donner à un refus de concourir à la manifestation de la vérité, en considérant comme établis les faits que la mesure d'instruction inexécutée avait pour but de prouver[26] sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la répartition de la charge de la preuve[27].

Cette disposition pourrait trouver à s'appliquer en cas de refus d'exécution d'une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du CPC, et conduire le juge du fond à considérer comme établi ce que les éléments demandés *in futurum* avaient précisément vocation à prouver.

Dans l'attente d'une réforme législative, cette solution nous apparaît comme le meilleur pis-aller au vu de l'objectif de preuve poursuivi.

Il reste donc à espérer que, dans les cas où d'autres défendeurs s'estimeraient en mesure de refuser d'exécuter de telles mesures d'instructions, les juges saisis des actions au fond qui auront pu être intentées en dépit de ces refus sauront en *« tirer toutes les conséquences »* au sens de l'article 11 du CPC. ■

▶ ***CA Paris, 17 sept. 2020, n° n°19/20669***

24. Cass. 2e civ., 9 déc. 1987, n° 86-15.940.
25. Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-13.151.
26. J.Cl. Procédure civile - Fasc. 700-20 : Production forcée de pièces : « Le juge du fond sera alors à bon droit fondé à affirmer que l'absence de production de la pièce sollicitée équivaut, dans les faits, à la reconnaissance du bien-fondé de l'allégation adverse. » *voir aussi : CA Paris, 29 oct. 2009, n°08/04480 ; TGI Créteil, 5 janv. 2012, n°11/11324.*
27. Cass. 1re civ., 30 mars 2005, n° 02-20.429.

1923.indd 16 29/09/2020 11:04:08