


Indépendance de l'expert assistant l'huissier instrumentaire lors d'une saisie-contrefaçon

Pierre Véron, Avocat à la Cour (Lamy, Véron, Ribeyre & associés), Professeur au CEIPI de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Président de l'Association des avocats de propriété industrielle

Le rapprochement des arrêts rendus le 18 avril 2000 par la Chambre commerciale et le 6 juillet 2000  (1) par la première Chambre civile de la Cour de cassation incite à la réflexion sur l'indépendance de « l'expert » qui peut assister l'huissier pratiquant une saisie-contrefaçon.

Le premier de ces arrêts approuve une cour d'appel d'avoir décidé que la présence, aux côtés de l'huissier, d'un avocat du saisissant, ne vicie pas la procédure.

Le second censure, au contraire, une cour d'appel qui n'avait pas vu dans la présence, aux côtés de l'huissier, du dirigeant d'une partie saisissante, une irrégularité de procédure.

Quels enseignements tirer du rapprochement de ces deux décisions ? Sont-elles contradictoires ? Quel expert peut, en définitive, assister l'huissier ou le commissaire de police pratiquant une saisie-contrefaçon ?

La réponse à ces questions sera donnée après avoir, d'abord, rappelé les circonstances de fait des deux affaires et les textes en vigueur, puis précisé la mission impartie à l'expert assistant l'huissier pratiquant la saisie-contrefaçon.

L'arrêt du 18 avril 2000 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

Dans cette espèce, l'huissier, venant pratiquer une saisie-contrefaçon en matière de marques, s'était fait accompagner de l'un des avocats du saisissant.

La lecture de l'arrêt frappé de pourvoi (CA Paris, 4e ch. civ. B, 6 juin 1997, RD propr. ind. 1997, n° 77, p. 26) nous apprend qu'il ne s'agissait pas de l'avocat chargé de la procédure en contrefaçon, mais d'un autre avocat, « précédemment conseil en marques qui a la qualité d'avocat depuis la fusion des professions intervenue en 1992 », selon les termes employés par l'arrêt.

Il faut sans doute comprendre (car la profession de « conseil en marques » n'existe pas) qu'il s'agissait d'un ancien conseil en brevets d'invention (ou d'une personne exerçant, avant 1990, la représentation des parties dans le domaine de la propriété industrielle), qui était, en outre, conseil juridique.

En cette dernière qualité, et comme conséquence de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 (D. 1991, Lég p. 81), cette personne était devenue *ipso facto*, avocat.

Mais, dans la procédure en question, cet avocat avait rempli le rôle habituellement joué par les conseils en propriété industrielle, en assistant l'huissier de justice chargé des opérations de saisie-contrefaçon.

L'ordonnance qui avait autorisé la saisie avait prévu, de façon classique que l'huissier pourrait être accompagné « d'un expert choisi par la requérante en dehors de ses préposés ».

La partie saisie avait plaidé que le choix, comme « expert », d'un avocat du saisissant avait porté atteinte aux droits de la défense et à son droit à un procès équitable, tel qu'organisé par l'article 6, 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi... ») (2).

Cette demande en nullité avait été rejetée par la Cour d'appel de Paris, dont l'arrêt est approuvé par la Chambre commerciale au motif « qu'aucun texte ne prévoit qu'une telle qualité (avocat) interdit d'être désigné comme sachant ».

L'arrêt du 6 juillet 2000 de la première Chambre civile

La situation factuelle était ici quelque peu différente, quoique - on le verra - le pourvoi en cassation se fondait également sur l'article 6, 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'huissier, venant pratiquer une saisie-contrefaçon en matière de logiciels à la demande de plusieurs requérants, dont l'Agence pour la protection des programmes (APP), s'était fait assister par le représentant légal (le dirigeant en exercice) de cette agence.

Les défendeurs à la procédure en contrefaçon qui s'en était suivie avaient soutenu que cette assistance viciait la procédure.

La Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> ch. A, 23 sept. 1997, Expertises, déc. 1997, p. 398 et note Alain Weber, *ibid.*, p. 389) avait rejeté ce moyen, après avoir noté que l'ordonnance de saisie-contrefaçon n'avait imposé aux requérants aucune limitation dans le choix de l'expert devant assister l'huissier, au motif que « le moyen qui tend à introduire une condition de validité de la saisie, prévue ni par la loi, ni par les ordonnances d'autorisation de saisie, ne peut qu'être rejeté ».

Sa décision est cassée, au visa de l'article 6, 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article L. 332-4 du code de la propriété intellectuelle, relatif à la saisie-contrefaçon de logiciels, par l'arrêt du 6 juillet 2000 dont le chapeau est sans ambiguïté : « Attendu que le droit à un procès équitable, consacré par le premier des textes susvisés, exige que l'expert, mentionné par le second pour assister l'huissier instrumentaire ou le commissaire de police procédant à la saisie-contrefaçon d'un logiciel soit indépendant des parties ».

Il n'est pas inutile, avant de commenter cette solution, de rappeler les textes en vigueur.

Les textes réglementant la saisie-contrefaçon

Les textes en vigueur, qui prévoient l'assistance d'un expert aux opérations de saisie-contrefaçon, sont ainsi conçus :

- en matière de logiciels, l'article L. 332-4 du code de la propriété intellectuelle : « En matière de logiciels et de bases de données, la saisie-contrefaçon est exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance. [Le président autorise, s'il y a lieu, la saisie réelle.] L'huissier instrumentaire ou le commissaire de police peut être assisté d'un expert désigné par le requérant. »

- en matière de brevets d'invention, l'article L. 615-5 du code de la propriété intellectuelle, après avoir rappelé que le breveté peut faire la preuve par tous moyens de la contrefaçon, lui donne la possibilité suivante : « Il est par ailleurs en droit de faire procéder, sur ordonnance du président du tribunal de grande instance du lieu de la contrefaçon présumée, par tous huissiers assistés d'experts de son choix, à la description détaillée, avec ou sans saisie réelle, des produits ou procédés prétendus contrefaits. »

- en matière de marques, l'article L. 716-7 du code de la propriété intellectuelle est encore conçu en termes voisins : « Le titulaire d'une demande d'enregistrement, le propriétaire d'une marque enregistrée ou le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation est en droit de faire procéder en tout lieu par tout huissier assisté d'experts de son choix, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance rendue sur requête, soit à la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des produits ou des services qu'il prétend marqués, offerts à la vente, livrés ou fournis à son préjudice en violation de ses droits. »

On notera que ni l'article L. 521-1 sur la saisie-contrefaçon en matière de dessins et modèles, ni l'article L. 623-27 sur la saisie-contrefaçon en matière d'obtentions végétales ne prévoient expressément l'assistance d'un expert.

Cette discordance s'explique, pour le premier texte, par une raison historique (il est issu de la codification, à droit constant, de la loi du 14 juillet 1909).

Mais elle ne s'explique pas pour le second texte, beaucoup plus moderne, qui aurait été avantageusement calqué sur les dispositions applicables en matière de brevets et de marques.

Et si les textes sur les produits semi-conducteurs (art. L. 622-1 à L. 622-7 du code de la propriété intellectuelle) ne prévoient pas même la possibilité d'une saisie-contrefaçon, c'est sans doute parce qu'ils ont été rédigés en trop grande hâte.

On retiendra cependant que les textes relatifs aux brevets d'inventions, aux marques et aux logiciels prévoient expressément que le choix de l'expert appartient au requérant.

Les enseignements des arrêts commentés

Il faut préciser, en préambule, que le problème tranché par les deux arrêts commentés est celui de l'indépendance de l'expert et non celui de savoir si le saisissant et ses préposés peuvent assister, en tant que « spectateurs », aux opérations de saisie-contrefaçon.

On sait que la doctrine et la pratique sont plutôt hostiles à cette présence (en ce sens, J.-P. Stenger, J.-Cl. Brevets, Fasc. n° 4630, v° Saisie-contrefaçon ; notre ouvrage Saisie-contrefaçon, Dalloz Référence, 1999, n° 166).

Elle est, tout d'abord, peu compatible avec les exigences de dignité d'opérations d'exécution d'une décision de justice.

C'est d'ailleurs pourquoi elle est, en principe, interdite par l'article 4 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 (D. 1992, Lég. p. 451), instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution (« La personne qui a requis une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire ne peut assister aux opérations d'exécution, si ce n'est avec l'autorisation du juge de l'exécution lorsque les modalités de l'appréhension l'exigent. »)

La présence personnelle du saisissant est, ensuite, de nature à susciter de graves difficultés au regard du secret des affaires du saisi : la saisie-contrefaçon est un mode de preuve de la contrefaçon, elle ne doit pas devenir un mode d'espionnage industriel.

Mais le problème abordé par les deux arrêts commentés n'est pas de savoir si le saisissant peut assister aux opérations de saisie-contrefaçon en sa qualité de saisissant.

Le problème abordé par les deux arrêts est donc de savoir qui peut être l'expert assistant l'huissier lors des opérations de saisie-contrefaçon.

On peut, à cet égard, se demander si les textes ne sont pas trompeurs en employant le mot « expert » pour désigner la personne techniquement qualifiée qui accompagne l'huissier instrumentaire.

La pratique ancienne utilisait l'expression « homme de l'art » qui ne véhiculait pas la notion d'assistant du juge que comporte, devant les tribunaux, le mot « expert ».

En effet, le rôle de la personne assistant l'huissier instrumentaire n'est pas réellement comparable à celui d'un expert chargé d'éclairer le juge sur des questions techniques, dans le cadre des articles 232 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Le rôle de cette personne est seulement d'aider l'huissier instrumentaire dans la partie technique de ses opérations.

Mais les déclarations de cet expert - qui n'a pas été désigné par le juge et qui intervient avant même le début de la procédure, dans une étape de collecte des preuves - n'auront aucune valeur juridique particulière.

C'est donc par une interprétation large de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la première Chambre civile de la Cour de cassation fait de cette personne un acteur du procès équitable que demande l'article 6, 1, de ce texte.

Mais la solution retenue ne suscite aucune réserve.

Tout au plus peut-on regretter qu'elle ne s'appuie en rien sur la protection du secret des affaires de la partie saisie qui, sans pouvoir, peut-être, être placée sur un pied d'égalité avec la notion de procès équitable, est une notion parfaitement respectable qui eût, elle-aussi, justifié cette solution.

Les deux arrêts ne sont-ils pas contradictoires ?

On pourrait, certes, penser que l'arrêt du 18 avril 2000 de la Chambre commerciale considère que l'article 6, 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas violé lorsqu'un conseil du saisissant participe aux opérations de saisie-contrefaçon : en effet, l'arrêt frappé de pourvoi est approuvé pour avoir déclaré « qu'aucun texte ne prévoit qu'une telle qualité interdit d'être désigné comme sachant ».

Et l'on pourrait, de la sorte, imaginer qu'il existe une divergence de vues entre la Chambre commerciale et la première Chambre civile de la Cour de cassation, l'une considérant que l'indépendance de l'expert assistant l'huissier n'est pas une condition de validité de la saisie-contrefaçon, l'autre voyant, au contraire, dans cette indépendance une garantie essentielle du procès équitable.

Il faut assurément lire l'arrêt du 18 avril 2000 de la Chambre commerciale de façon plus positive.

En effet, si cette décision a considéré comme justifié l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait rejeté la demande en annulation de la saisie-contrefaçon, ce n'est certes pas parce que l'indépendance de l'expert est indifférente à la validité de la saisie-contrefaçon.

C'est, au contraire, parce que la qualité d'avocat de la personne qui avait assisté l'huissier était le gage de son indépendance.

Car chacun sait que l'avocat n'est pas lié à son mandant par un lien de subordination.

Il doit, sans doute, respecter ses instructions quant aux lignes de la procédure.

Mais il demeure libre de sa conduite, et doit, notamment, respecter un certain nombre de principes essentiels de sa profession, au nombre desquels la dignité, la délicatesse et le secret professionnel.

C'est sans doute au vu de ces considérations que la Chambre commerciale a pu estimer que la qualité d'avocat de la personne ayant assisté l'huissier n'avait pas vicié les opérations.

On peut donc, en définitive, estimer que les deux formations de la Cour de cassation s'accordent pour considérer que l'indépendance de l'expert assistant l'huissier instrumentaire est une condition de validité de la saisie-contrefaçon.

Quel expert peut, en définitive, assister l'huissier ou le commissaire de police pratiquant une saisie-contrefaçon ?

Le saisissant lui-même ne peut certainement pas s'auto-désigner comme expert, qu'il s'agisse du représentant légal d'une personne morale ou de la personne physique poursuivante ; il faut très certainement étendre cette prohibition aux salariés du saisissant qui, étant unis à celui-ci par un lien de subordination, ne peuvent être considérés comme indépendants.

A l'inverse, un professionnel entièrement indépendant du saisissant, tel qu'un ingénieur conseil ou un universitaire n'ayant pas de liens particuliers avec le saisissant, pourra, incontestablement, assister l'huissier.

Le conseil de la partie poursuivante peut être désigné comme expert, à condition qu'il témoigne d'indépendance à son égard, ce qui sera le cas s'il exerce une profession dont la réglementation garantit cette indépendance, comme celles d'avocat ou de conseil en propriété industrielle.

Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il soit souhaitable, d'un point de vue déontologique, que l'avocat qui représente la partie dans la procédure assiste l'huissier lors des opérations de saisie-contrefaçon.

En effet - mais nous exprimons ici une idée qui nous est personnelle - il ne nous paraît pas souhaitable, au regard des exigences de délicatesse et de dignité qui président à l'exercice de la profession d'avocat, qu'un membre de cette profession assiste celui qui exécute une décision de justice.

Plusieurs raisons feront que les armes seront alors inégales entre le poursuivant et le poursuivi en contrefaçon :

- la saisie-contrefaçon se pratique toujours par surprise, sans que la partie saisie soit prévenue à l'avance (c'est d'ailleurs, le plus souvent, une condition *sine qua non* de son efficacité) ;

- la partie saisie ne peut pas être efficacement assistée d'un conseil (il est exceptionnel que son conseil puisse se libérer dans l'instant) ;

- l'avocat du poursuivant, connaissant mieux le dossier que l'huissier instrumentaire, pourra être considéré comme dirigeant ses opérations.

Nous ne pensons donc pas qu'il soit souhaitable, d'un point de vue déontologique, que l'avocat du poursuivant participe aux opérations de saisie-contrefaçon.

S'il le fait, cependant, il doit décliner sa qualité d'avocat.

A défaut, la saisie sera nulle (TGI Paris, 3e ch., 23 févr. 1994, RD propr. ind. 1996, n° 64, 27).

Faut-il, *de lege ferenda*, réviser les textes actuels et prescrire que l'expert soit désigné par le juge ?

C'est ce que propose le Professeur Christophe Caron dans sa note *in* Communication, commerce électronique, octobre 2000, p. 23.

Ce serait cependant un retour en arrière.

Car la désignation par le juge de l'expert était prévue par l'article 47 de la loi de 1844 sur les brevets d'invention.

C'est encore la pratique belge où la « saisie-description » est opérée avec le concours d'un expert désigné par le juge.

Mais ce système a été abandonné, en France, depuis la réforme opérée par la loi du 2 janvier 1968.

La désignation par le juge, qui peut paraître séduisante en théorie, présente toutefois plus d'inconvénients que d'avantages.

En effet, l'efficacité de la saisie-contrefaçon repose très souvent sur une excellente connaissance du dossier et des questions techniques et juridiques qu'il peut poser.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la pratique française de la saisie-contrefaçon est si efficace et qu'elle est enviée, notamment, par nos voisins allemands, dont le droit ne connaît pas cette mesure : le rôle des conseils en propriété industrielle, à la formation à la fois technique et juridique y contribue puissamment.

Or, tous les experts habituellement désignés par les tribunaux n'ont pas cette double formation.

De plus, la connaissance des problèmes techniques spécifiques au dossier (pensons à une saisie-contrefaçon en matière de génie chimique dans une raffinerie ou une installation nucléaire) peut demander une longue préparation.

Enfin, la disponibilité des experts judiciaires ne sera sans doute pas comparable avec celle du conseil en propriété industrielle du demandeur.

Pour l'ensemble de ces raisons, il serait inopportun de prévoir une désignation par le juge de l'expert chargé d'assister l'huissier opérant une saisie-contrefaçon.

La pratique actuelle, selon laquelle le conseil en propriété industrielle du poursuivant est l'expert assistant l'huissier, a démontré son efficacité, mais aussi sa sécurité : les incidents tenant au comportement de ces experts sont rarissimes.

La jurisprudence heureusement inaugurée par les arrêts commentés permettra d'éviter des dérapages qui, jusqu'ici ne se sont produits que lorsque le soi-disant expert n'était, en réalité, qu'un *alter ego* du saisissant, ce qui n'est pas admissible.

**Mots clés :**

PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE \* Logiciel \* Saisie-contrefaçon \* Commissaire de police \* Assistance \* Expert

MARQUE \* Contrefaçon \* Saisie-contrefaçon \* Huissier \* Assistance \* Expert

(1) D. 2000, AJ p. 362, obs. Bénédicte Poisson ; Communication, commerce électronique, oct. 2000, p. 23, note Christophe Caron

(2) Ce n'est pas la première application de ce texte à la saisie-contrefaçon : il a déjà été utilisé pour décider que le délai de trente jours imparté au saisi par l'article L. 332-2 du code de la propriété intellectuelle, en matière de droits d'auteur, ne court qu'à compter du jour de la signification de l'ordonnance (CA Colmar, 1<sup>re</sup> ch. A, 9 juin 1998, RD propr. ind. n° 109, p. 17, note J.-P. Dechristé).


Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012