

Lexbase Hebdo édition privée n°569 du 8 mai 2014

[Procédure civile] Jurisprudence

## La rétractation de l'ordonnance sur requête, l'article 145 du Code de procédure civile et l'impact du principe du contradictoire

N° Lexbase : N2034BUU



par Emmanuel Raskin, Avocat au barreau de Paris, cabinet SEFJ, Chargé d'enseignement à l'Université Paris V, Président de la Commission nationale "Procédure" de l'ACE

**Deux sociétés ont allégué des actes de concurrence déloyale par détournement de clientèle et débauchage massif de salariés qu'elles ont imputés à une autre société. Les sociétés plaignantes ont obtenu du président d'un tribunal de commerce, statuant sur requête, la désignation d'un huissier de justice aux fins de se rendre dans les locaux de la société incriminée et rechercher tous documents relatifs à leurs anciens salariés et principaux clients. Cette société a demandé, en référé, la rétractation de l'ordonnance sur requête.**

Débouté en première instance, le demandeur à la rétractation se vit opposer un arrêt de confirmation par la cour d'appel de Paris, le 11 septembre 2012 (CA Paris, 11 septembre 2012, n° 12/01 218 N° Lexbase : A4264ISQ) contre lequel il forma un pourvoi en cassation.

Il opposa à l'arrêt attaqué le principe selon lequel le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats : l'absence de contradiction imposait au requérant d'exposer les faits avec loyauté et sans mensonge ni dissimulation, la violation de cette obligation, en l'espèce, justifiant, selon lui, la rétractation de l'ordonnance sur requête, au visa notamment des articles 3 (N° Lexbase : L1111H4W), 145 (N° Lexbase : L1497H49), 493 (N° Lexbase : L6608H7U) et 494 (N° Lexbase : L6610H7X) du Code de procédure civile et 10, alinéa 1er, du Code civil (N° Lexbase : L3306AB3).

Le pourvoi fut rejeté, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation prenant soin de poser, dans un premier attendu, le principe selon lequel le juge doit examiner seulement deux conditions, au jour où il statue, lorsqu'il est

saisi d'une demande de rétractation d'une ordonnance sur requête rendue sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile : l'existence ou non d'un motif légitime à ordonner la mesure et des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement.

La Cour rappela, dans un deuxième attendu, que les éléments de faits de la cause reposaient sur des pièces nécessitant une interprétation et une appréciation auxquelles il appartenait à la juridiction du fond, elle seule, de procéder, ce qui ne privait pas les sociétés requérantes de l'intérêt légitime dont elles justifiaient à établir l'existence de faits de concurrence déloyale, ces sociétés ayant démontré, par ailleurs, dans leur requête des circonstances suffisantes à caractériser la nécessité de procéder non contradictoirement.

Cette décision rappelle la particularité du fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (I). En y adjoignant la condition de droit commun des ordonnances rendues sur requête, à savoir la nécessaire justification de circonstances dispensant le contradictoire que prévoit l'article 493 du Code de procédure civile, cet arrêt ne laisse pas indifférent quant à sa portée car la nécessaire justification de l'exception au contradictoire serait alors générale, ce qui semblait pourtant discuté à la lecture des décisions qui distinguaient les requêtes nommées de celles innommées (II).

## I — La particularité du régime de l'article 145 du Code de procédure civile

Ce fondement ne s'imposait pas mais son choix rend plausibles les prétentions du demandeur sur le fond.

### A - Le choix

Les demandeurs avaient le choix des armes : se fonder sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile alors que le texte de droit commun des ordonnances sur requête est l'article 493 du Code de procédure civile.

L'article 493 définit l'ordonnance sur requête comme : "[...] *une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*".

Il était, en effet, tout à fait possible pour les sociétés requérantes de se fonder sur les dispositions de l'article 493 qui n'imposent qu'une seule condition : justifier être fondé à ne pas appeler de partie adverse, c'est-à-dire que la mesure réclamée ne soit pas prise contradictoirement.

S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance, précise l'article 496 du Code de procédure civile (N° [Lexbase : L6613H73](#)).

La procédure de référé est alors la seule ouverte à ceux auxquels l'ordonnance fait grief : il s'agit effectivement de la seule procédure de rétractation ouverte, l'appel étant irrecevable (1).

Il convient donc d'examiner les conditions posées par le texte sur la base duquel l'ordonnance sur requête a été rendue.

Le choix de l'article 145 peut renforcer le fond de l'affaire en ce qu'il rend les prétentions du demandeur plausibles mais ouvre davantage le champ de rétractation de l'ordonnance en ce qu'il ajoute une condition non négligeable : l'existence d'un motif légitime.

### B — La mesure "in futurum"

L'article 145 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*".

L'existence de motifs légitimes conditionne le bien-fondé d'une demande fondée sur l'article 145.

Nul besoin de justifier d'urgence (2), une instance de référé ne pouvant, par ailleurs, faire obstacle à l'application de l'article 145 (3).

Il a été jugé par une jurisprudence bien établie que le demandeur à une mesure sollicitée sur ce fondement doit démontrer l'existence d'un litige plausible et crédible sur lequel pourra influencer le résultat de la mesure ordonnée (4).

Le juge doit en particulier contrôler les motivations du demandeur à la mesure et au caractère apparemment sérieux des prétentions qu'il envisage de soumettre ultérieurement au juge du fond.

A cet égard, la jurisprudence a précisé que l'article 145 n'exige pas l'absence de contestation sérieuse sur le fond, l'application de ce texte n'impliquant aucun préjugé sur la responsabilité des personnes appelées comme parties à la procédure ni sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé (5).

Cette autonomie et absence de préjugé sur la responsabilité des personnes appelées est néanmoins relative dans la mesure où s'il suffit de constater qu'un tel procès est possible, qu'il a un objet et un fondement suffisamment déterminés, que la solution peut dépendre de la mesure sollicitée et que celle-ci ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux d'autrui (6), il n'en demeure pas moins que lorsque la prétention au fond est manifestement irrecevable ou vouée à l'échec, le motif légitime n'est pas retenu et la demande, fondée sur l'article 145, rejetée (7).

Il existe là un examen souverain du juge des requêtes, donc du juge de la rétractation.

L'arrêt commenté, s'agissant de la seule condition requise par l'article 145, à savoir l'existence d'un motif légitime, approuve les magistrats de la cour d'appel en ce qu'ils ont souverainement, après examen des pièces, considéré qu'il existait un motif légitime dont elles justifiaient à établir l'existence de faits de concurrence déloyale : peu importe l'interprétation et l'appréciation de ces mêmes pièces, ce qui ressort du pouvoir de la seule juridiction du fond, dès lors que ces pièces suffisent à démontrer la plausibilité de l'existence de faits de concurrence déloyale.

Le choix de ce fondement aurait pu laisser penser que cette procédure sur requête "nommée" axerait l'examen du bien-fondé de la demande de rétractation de l'ordonnance sur l'existence d'un motif légitime.

La deuxième chambre civile rappelle cependant l'importance qu'elle attache au principe du contradictoire en précisant clairement la nécessité pour le juge de la rétractation de s'assurer également, au jour où il statue, de ce que les circonstances justifient de ne pas procéder contradictoirement à la mesure ordonnée sur le fondement de l'article 145.

## **II — L'impact du contradictoire**

Alors que l'article 145 du Code de procédure civile prévoit une procédure sur requête autonome, la deuxième chambre civile rattache à ce fondement la condition essentielle posée à l'article 493 : la nécessaire justification de circonstances excluant le respect du contradictoire.

Le principe général du contradictoire a-t-il alors vocation à élargir le champ de rétractation de toutes les ordonnances rendues sur requête ?

L'impact n'est pas négligeable : s'il s'agit d'une solution propre au choix du fondement de l'article 145, ce particularisme tendrait à diminuer l'autonomie qui lui est paradoxalement attachée. Si la solution est générale, il serait alors mis fin au débat tenant à la distinction des requêtes nommées ou innomées pour évincer ou non la justification de circonstances excluant le contradictoire.

### **A — Un principe général**

Il convient à titre liminaire de rappeler que le principe du contradictoire constitue le principe cardinal de notre procédure civile, pénale et administrative.

Il est consacré par le Conseil constitutionnel (8), la Cour de cassation (9) comme un principe général du droit et rattaché à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (N° Lexbase : L6613H73) par la Cour européenne des droits de l'Homme (10).

Motulsky faisait relever ce principe du droit naturel (11).

Quoi de plus naturel alors que de reprendre ce principe général rappelé dans le régime de droit commun des ordonnances rendues sur requête là où certains pensaient se réfugier dans l'autonomie d'un régime spécifique ?

L'article 145 du Code de procédure civile n'y échappe effectivement pas. Depuis plusieurs années, la Cour de cassation juge que les mesures d'instruction prévues à l'article 145 ne peuvent être ordonnées par voie de requête que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement (12). L'existence de motifs légitimes ne pouvait interférer.

Il a en effet été jugé par une cour d'appel, qu'en confirmant le refus de rétracter la décision au motif que la requérante justifiait de motifs légitimes, elle n'avait pas donné de base légale à sa décision (13).

Il appartient à la cour d'appel de vérifier, même d'office, si le juge a été régulièrement saisi (14).

Au-delà de l'article 145, le pouvoir d'office rappelé par la Cour de cassation donne clairement le ton de la suprématie qu'elle attache au principe de la contradiction.

La procédure sur requête n'est recevable que s'il est justifié "d'office" une dérogation à la règle du contradictoire (15) : *"attendu que pour confirmer l'ordonnance de référé ayant refusé de rétracter la décision, l'arrêt retient que la société A. justifiait au vu des pièces produites d'un motif légitime à voir ordonner la mesure d'expertise ; qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle était tenue de rechercher d'office si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe de la contradiction, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*.

La seule urgence ne justifie aucunement la dérogation au principe du contradictoire (16) : *"attendu que, pour confirmer l'ordonnance de référé ayant refusé de rétracter cette décision, l'arrêt retient que l'urgence liée à la nécessité de procéder dans les meilleurs délais aux constatations, réparations et interrogatoires justifie le recours à la procédure sur requête ; qu'en se déterminant ainsi, sans avoir recherché si la mesure sollicitée exigeait une dérogation à la règle de la contradiction, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*.

L'arrêt du 20 mars 2014 s'assure bien que les sociétés requérantes avaient démontré, dans leur requête, des circonstances *"suffisantes à caractériser la nécessité de procéder non contradictoirement"*, de sorte que la cour d'appel, selon la deuxième chambre civile, n'avait pas à procéder à la recherche inopérante prétendument délaissée des moyens tenant notamment à la loyauté des débats.

La remarque d'un auteur se confirme à nouveau : *"le principe de la contradiction serait l'expression d'un principe plus large de loyauté des débats, non énoncé dans le nouveau Code de procédure civile, mais consacré par la Cour de cassation"* (17).

L'ajout de cette condition du droit commun de la procédure des ordonnances sur requête (C. pr. civ., art. 493) à une procédure de saisine sur requête spécifiée par la loi (C. pr. civ., art.145), préservant ainsi le respect d'un principe général du droit, semble apporter une certaine clarification à des débats qui laissent malheureusement encore douter les praticiens devant les juridictions de fond.

## **B — Feu l'exception des requêtes "nommées" ?**

Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 17 octobre 2013 (18) aurait pu laisser croire, par une lecture rapide, qu'en cassant un arrêt de cour d'appel qui avait rétracté une ordonnance sur requête au motif notamment qu'il n'était pas justifié d'une situation d'urgence et de la nécessité de recourir au contradictoire, le régime des requêtes nommées confirmait l'exception à ce principe général.

Il n'en est rien car cette décision de cassation, pourtant mêlée au régime de la requête *"in futurum"*, se fondait sur les dispositions de l'article 149 du Code de procédure civile, le juge des requêtes ayant en l'espèce, en autorisant la prorogation d'une mesure de séquestre des documents dont il avait ordonné la saisie, qu'exercé les pouvoirs que lui confère l'article précité, qu'il s'était d'ailleurs expressément réservés par une précédente ordonnance sur requête exécutoire : il fallait demander alors la rétractation de l'ordonnance sur requête initiale.

Le juge de l'article 149 pourrait-il alors se dispenser de la contradiction ? Un effet rétroactif de la rétractation d'une ordonnance subséquente à l'ordonnance initiale pour laquelle des circonstances justifiant que le contradictoire n'avait pas à être respecté étaient avérées serait effectivement dangereux.

La décision de la deuxième chambre civile du 20 mars 2014 ne vient donc pas contrecarrer celle qu'elle a rendue le 17 octobre 2013.

En revanche, cette décision permet de revoir sérieusement la position des cours d'appel qui persisteraient à reprendre leur habituelle motivation : *"considérant que le principe de l'article 16 du Code de procédure civile, qui exige la saisine d'un juge par une voie contradictoire, ne tolère que deux exceptions, la première par autorisation du juge et la seconde par autorisation de la loi"*(19).

Selon cette position des cours d'appel, les requêtes "nommées" ou "spéciales" dispenseraient le requérant de prouver les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction.

L'article 145 du Code de procédure civile correspond pourtant à une disposition spéciale prévoyant, selon un régime spécifique, la saisine d'un juge par voie de requête.

La deuxième chambre civile ne s'est pas contentée, le 20 mars 2014, de vérifier l'examen de la seule condition de l'existence d'un motif légitime que prévoit ce texte.

Elle a également examiné le respect par la cour d'appel de celle posée à l'article 493, sans autres précisions ni réserves :

*"mais attendu que le juge, saisi d'une demande de rétractation de l'ordonnance sur requête ayant ordonné une mesure sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile et tenu d'apprécier au jour où il statue les mérites de la requête, doit s'assurer seulement de l'existence d'un motif légitime à ordonner la mesure probatoire et des circonstances justifiant de ne pas devoir y procéder contradictoirement"*.

Il convient de remarquer que le texte de l'article 145 ne contient aucune disposition qui tendrait à déroger au principe du droit commun posé en la matière par l'article 493.

Dès lors, pourquoi distinguer là où la loi ne distingue pas ?

Beaucoup de textes prévoyant un régime spécifique de saisine du juge par voie de requête seraient alors concernés dès lors qu'ils ne dérogent pas expressément au régime commun de l'article 493.

Il en irait notamment ainsi de la procédure spéciale prévue en matière de saisie contrefaçon par l'article R. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L9857IAC) prévoyant qu'à la demande de la partie saisie agissant sans délai et justifiant d'un intérêt légitime, le président du tribunal peut prendre toute mesure pour préserver la confidentialité de certains éléments.

Il convient également de songer aux ordonnances principales rendues sur requête, régies par des dispositions spécifiques, aux fins d'abréger les délais de comparution et/ou de placement (procédure de référé d'heure à heure, assignation à bref délai, assignation à jour fixe) étant, dans ce dernier cas, précisé qu'une certaine jurisprudence, bien que contrecarrée par celle de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (20), a pu considérer que de telles ordonnances, échappant au contrôle de la cour d'appel, sont susceptibles d'un recours en rétractation fondé sur les articles 496, alinéa 2 (N° Lexbase : L6613H73), et 497 (N° Lexbase : L6614H74) du Code de procédure civile (21).

Il est donc permis d'espérer que l'arrêt rendu le 20 mars 2014 avance l'apport d'une harmonie en la matière. Il y a bien eu *"des philosophes pour croire que les mouvements célestes composent une harmonie"* (22) ?

---

(1) Cass. civ. 2, 6 avril 1987, n° 85-18.192 (N° Lexbase : A6702AAH), Bull. civ., II, n° 85 ; 22 janvier 1997, n° 95-11.039 (N° Lexbase : A0290ACQ), Bull. civ. II, n° 19.

(2) Cass. com., 25 octobre 1983, n° 82-13.595 (N° Lexbase : ), Bull. civ. IV, n° 275.

(3) Cass. civ. 2, 17 juin 1998, n° 95-10.563 (N° Lexbase : A5066ACM), Bull. civ. II, n° 200.

(4) CA Nancy 22 Juin 2011, n° 1852/11 (N° Lexbase : A0851HWG).

(5) CA Paris, 19 avril 2000, D., 2000, IR, 193.

(6) Voir arrêt note 5 *supra*. (7) Cass. civ. 1, 29 avril 1985, n° 84-10.401 (N° Lexbase : A2924AAK), Bull. civ. I, n° 131 ; CA Orléans, 4 mars 1983, n° 1694/81 (N° Lexbase : A3361DE9) : D., 1983 ; 343, note Jeantin ; CA Versailles, 28 février 2001, D., 2001. Somm. 2719, obs. Julien.

(8) Cons. const., 13 novembre 1985, décision n° 85-142 L (N° Lexbase : A8125ACW), JORF du 20 novembre 1985, p. 13 457.

(9) Cass. civ., 7 mai 1828, S., 1828, 1, 93.

(10) CEDH, 20 février 1996, Req. 21/1994/468/549 (N° Lexbase : A8394AWS), RTDCiv., 1997, p. 992, obs. R. Perrot.

(11) H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Paris, 1961, tome 2, p. 175.

(12) Cass. soc., 13 mai 1987, n° 84-12.773 (N° Lexbase : A7349AAG), Bull. civ. V, n° 112 ; Cass. civ. 2, 11 février 2010, n° 08-21.469, F-P+B (N° Lexbase : A7731ERR), Bull. civ. II., n° 32.

(13) Cass. civ. 2, 30 avril 2009, n° 08-13.468, F-D (N° Lexbase : A6516EGG), Bull. civ. II, n° 105.

(14) Cass. civ. 2, 11 février 2010, préc. *supra*, note 8.

(15) Cass. civ. 2, 30 avril 2009, préc. *supra*, note 9 ; Cass. civ. 2, 11 mai 2006, n° 04-17.399 (N° Lexbase : [A3714DPA](#)), Bull. civ. II, n° 128 ; Cass. civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-25.403, F-P+B (N° Lexbase : [A5445HXX](#)), Bull. civ. II, n° 68.

(16) Cass. civ. 2, 11 mai 2006, n° 04-17.399, précité.

(17) Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 3ème édition, n° 276, p.221.

(18) Cass. civ. 2, 17 octobre 2013, n° 12-25.461, FS-P+B (N° Lexbase : [A1030KNH](#)), Gaz. Pal. éd. spéc. 9-11 mars 2014, p. 41.

(19) Cf. notamment : CA Paris, 17 mars 2010, n° 09/20 548.

(20) Cass. civ. 2, 25 février 2010, FS-P+B, n° 09-10.403 (N° Lexbase : [A4478ESN](#)), D., 2010, AJ 713 ; Cass. civ. 2, 24 juin 2004, n° 02-14.886, FS-P+B (N° Lexbase : [A7996DC7](#)), D., 2004, IR, 2086.

(21) Cass. civ. 3, 3 mai 1983, n° 81-14.617 (N° Lexbase : [A8716CEK](#)), Bull. civ. III, n° 101 ; CA Aix-en-Provence, 14 février 1985, Gaz. Pal., 1985, 1, 353, note Dureuil ; CA Bordeaux, 29 mars 1995, D., 1996, IR 132, obs. Julien ; CA Lyon, 20 mai 1997, Gaz. Pal., 1998, 1, Somm. 149, obs. Vray.

(22) "L'éthique" — Spinoza.