



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° S2313723	
Décision attaquée : 11 janvier 2023 de la cour d'appel de Colmar	

la société Alsatec Environnement et Sécurité Industriels C/ la société Protego France	
rapporteur : Carole Caillard	RAPPORT

[Tableau 1](#)

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Alsatec environnement et sécurité industriels (la société Alsatec), spécialisée dans la distribution de matériels et d'équipements de sécurité très spécialisés, a embauché M. [C] [E] le 12 octobre 2004.

Ce dernier a démissionné et quitté la société Alsatec le 16 août 2014.

Il a été embauché par la société Sid Steible devenue la société Protego, qui distribue des produits identiques à ceux de la société Alsatec,

Suspectant des actes de concurrence déloyale, la société Alsatec a saisi par requête, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, le président du tribunal de grande instance de Mulhouse qui, par ordonnance du 16 octobre 2015, a fait droit à la demande d'organisation d'une mesure d'instruction.

Le 6 octobre 2020, la société Protego France (la société Protego) a assigné la société Alsatec devant le président du tribunal judiciaire de Mulhouse en rétractation de l'ordonnance et annulation des mesures d'instruction réalisées en exécution de cette ordonnance. M. [E] est intervenu volontairement à l'instance le 5 janvier 2021.

Par ordonnance du 4 juin 2021, le président du tribunal judiciaire de Mulhouse a principalement déclaré recevables les actions de la SARL Protego France et M. [C] [E], en rétractation de l'ordonnance sur requête n° RG 15/129 du 16 octobre 2015, mais a rejeté l'ensemble de leurs demandes.

M. [E] a relevé appel de cette décision le 14 juin 2021 (procédure n° RG 21/2924), et la société Protego le 21 juin 2021. Les deux procédures ont été jointes le 25 février 2022,

Par arrêt du 11 janvier 2023, la cour d'appel de Colmar a :

Infirmé l'ordonnance rendue le 4 juin 2021 par le président du tribunal judiciaire de Mulhouse en ce qu'elle a :

- rejeté les demandes de la SARL Protego France et M. [C] [E] de rétractation de l'ordonnance sur requête n° RG 15/ 129 du 16 octobre 2015,
- rejeté les demandes subséquentes de la SARL Protego France et M. [C] [E] d'annulation des mesures d'instruction réalisées en exécution de l'ordonnance précitée,
- rejeté la demande subséquente de la SARL Protego France de faire interdiction à la SARL Alsatec Environnement et Sécurité Industriels d'utiliser les procès-verbaux et pièces réalisées et obtenues en exécution de l'ordonnance précitée,
- rejeté la demande subséquente de la SARL Protego France de restitution des documents en possession de la SARL Alsatec Environnement et Sécurité Industriels,
- condamné la SARL Protego France et M. [C] [E] à payer à la SARL Alsatec Environnement et Sécurité Industriels la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- rejeté la demande de la SARL Protego France au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- rejeté la demande de M. [C] [E] au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la SARL Protego France et M. [C] [E] aux dépens,

Confirmé l'ordonnance entreprise pour le surplus,

Statuant à nouveau des chefs de demande infirmés et y ajoutant,

Ordonné la rétractation de l'ordonnance rendue en date du 16 octobre 2015 par la présidente du tribunal de grande instance de Mulhouse sur requête de la société Alsatec Environnement et Sécurité Industriels,

En conséquence,

Annulé les mesures d'instruction réalisées en exécution de l'ordonnance rétractée,

Fait interdiction à la SARL Alsatec Environnement et Sécurité Industriels d'utiliser les procès-verbaux et pièces réalisées et obtenues en exécution de l'ordonnance rétractée,

Ordonne la restitution par la SARL Alsatec Environnement et Sécurité Industriels de tous les documents en sa possession saisis à la SARL Protego France en exécution de l'ordonnance précitée, et ce sous astreinte de 30 euros par jour de retard, à compter de l'expiration du délai d'un mois à compter du présent arrêt et pour une durée de 60 jours,

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi, qui développe un moyen en deux branches.

2 - Analyse succincte des moyens

La société Alsatec fait grief à l'arrêt infirmatif d'ordonner la rétractation de l'ordonnance sur requête du 16 octobre 2015 ; en conséquence d'annuler les mesures d'instruction réalisées en exécution de l'ordonnance rétractée, de lui faire interdiction d'utiliser les procès-verbaux et pièces réalisées et obtenues en exécution de l'ordonnance rétractée et d'ordonner la restitution à la SARL Protego France de tous les documents en sa possession saisis en exécution de l'ordonnance précitée, et ce sous astreinte de 30 euros par jour de retard, à compter de l'expiration du délai d'un mois à compter de l'arrêt et pour une durée de 60 jours, alors :

« 1 °/ que le juge qui vise la requête qui le saisit dans son ordonnance est réputé en avoir adopté les motifs ; qu'en retenant néanmoins que « l'ordonnance rendue le 16 octobre

2015 [...] vise la requête déposée le même jour par la société Alsatec, sans toutefois s'en

approprier les motifs, ce qui signifie que le juge a pris connaissance de la requête mais, ne peut en principe, suffire à caractériser une motivation par renvoi » (arrêt, p. 9, al. 3), pour en déduire que le recours à une procédure non contradictoire n'était pas justifié et prononcer en conséquence la rétractation de l'ordonnance rendue sur requête, la cour d'appel a violé l'article 495 du code de procédure civile ;

2 °/ que le risque de déperdition des preuves, justifiant le recours à une mesure d'instruction prononcée au terme d'une procédure non contradictoire, doit s'apprécier tant au regard des motifs de l'ordonnance que de la requête ayant saisi le juge ; qu'en retenant que les motifs de l'ordonnance sur requête étaient insuffisants à justifier une dérogation au principe du contradictoire, sans rechercher si la société Alsatec n'établissait pas dans sa requête qu'il existait en l'espèce un risque sérieux de déperdition des preuves, compte tenu de la nature des faits de concurrence déloyale suspectés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 495 du code de procédure civile. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Domaine : Ordonnance sur requête fondée sur l'article 145 du code de procédure civile.

La première branche , tirée de la violation de l'article 495 du code de procédure civile, pose la question de savoir si le juge qui vise dans son ordonnance, la requête qui le saisit est nécessairement réputé en avoir adopté les motifs.

La seconde branche, tirée d'un manque de base légale au regard de l'article 495 du code de procédure civile reproche à la cour d'appel, après avoir retenu que le risque de déperdition des preuves était insuffisamment établi dans l'ordonnance sur requête, de ne pas avoir examiné la requête sur ce point .

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

En l'espèce , il résulte des productions (prod. 2) que l'ordonnance sur requête du 16 octobre 2015, est ainsi rédigée :

« Vu la requête présentée le 16 octobre 2015 par Me [Avocat 1] de l'AARPI Bergeron & Trens avocats associés pour le compte de la SARL Alsatec environnement et sécurité industriels, dont le siège social est (...),

Attendu que la société Alsatec est spécialisée dans la distribution de matériels et d'équipements de sécurité très spécialisés ;

Attendu qu'elle a embauché M. [E] selon contrat de travail du 12 octobre 2004 ;

Attendu que par courrier du 15 mai 2014, ce dernier a informé son employeur de sa décision de démissionner ;

Attendu que M. [E] a effectivement quitté la société Alsatec le 16 août 2014 ; qu'il travaille maintenant chez SID Steible qui distribue des produits identiques à ceux de la société Alsatec,

Attendu que la société Alsatec a enregistré une perte de chiffre d'affaires de l'ordre de 450 000 euros hors taxes, soit l'équivalent d'un tiers du chiffre d'affaires de l'entreprise ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, il y a lieu de faire droit à la demande :

(...) »

L'ordonnance du 4 juin 2021 retient sur cette question :

« Toutefois, la Cour de cassation n'impose pas à ce que les circonstances justifiant qu'il soit dérogé au respect du principe de la contradiction soient expressément dans l'ordonnance, dès lors que les éléments propres au cas d'espèce figurent dans la requête visée par l'ordonnance. Or, la requête fait état des éléments tenant au risque de déperdition des preuves dès le dépôt d'une assignation en concurrence déloyale qu'elle entendait mettre en oeuvre (page 8 de la requête) ».

Pour infirmer cette ordonnance et rétracter l'ordonnance sur requête, l'arrêt relève :

« En l'espèce, s'agissant tout d'abord de la motivation de l'ordonnance, la cour rappelle que par application des textes précités, en matière de mesure d'instruction ordonnée par voie de requête, l'ordonnance sur requête doit être motivée de façon suffisamment précise

s'agissant des circonstances qui exigent que la mesure sollicitée ne soit pas prise contradictoirement, ainsi que sur l'existence d'un motif légitime, l'adoption des motifs de la requête pouvant suffire, lorsque l'ordonnance sur requête y renvoie, à satisfaire à l'obligation de motivation ainsi requise, dès lors que la requête comporterait une motivation sur les circonstances susceptibles de justifier qu'il soit procédé non contradictoirement et sur l'existence d'un motif légitime.

En outre, il n'appartient ni au juge saisi de la demande de rétractation, ni à la cour saisie en appel, de suppléer à la carence de motivation de l'ordonnance sur requête.

Or, en l'espèce, l'ordonnance rendue le 16 octobre 2015, si elle vise la requête déposée le même jour par la société Alsatec, sans toutefois s'en approprier les motifs, ce qui signifie que le juge a pris connaissance de la requête mais, ne peut en principe, suffire à caractériser une motivation par renvoi aux termes de ladite requête, indique (...). »

L'arrêt reprend les motifs précités de l'ordonnance puis retient : « *Dans ces conditions, et sans même qu'il n'y ait lieu à rechercher si l'existence d'un motif légitime est suffisamment caractérisée, la cour relève que les motifs de l'ordonnance, dans les termes qui viennent d'être rappelés, sont insuffisants à caractériser un risque de déperdition des preuves et partant, à justifier une dérogation au principe du contradictoire.* »

Ainsi, l'arrêt constate bien que l'ordonnance vise la requête, mais « sans toutefois s'en approprier les motifs ». La cour d'appel considère donc que « l'adoption des motifs de la requête peut suffire » à satisfaire à l'obligation de motivation, « lorsque l'ordonnance sur requête y renvoie », mais qu'un simple visa de la requête, signifie que le juge en a pris connaissance mais pas qu'il en adopte les motifs, et ne suffit donc pas à caractériser une « motivation par renvoi ». En conséquence, elle n'a pas examiné la requête.

- **Sur la première branche** : portée du visa de la requête, dans l'ordonnance sur requête : ce visa suffit-il pour que l'ordonnance s'approprie les motifs de la requête ?

En droit, l'article 145 du code de procédure civile dispose qu'à la demande de tout intéressé justifiant de l'existence d'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 sur requête ou en référé.

Aux termes de 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 la partie adverse.

Les articles 494 et 495 du même code précisent l'un et l'autre dans leur premier alinéa, que la requête (article 494) comme l'ordonnance (article 495) doit chacune être motivée.

En application de ces textes, le requérant doit justifier, dans la requête, des conditions procédant de l'article 145 du code de procédure civile (absence de procès au fond, motif légitime, utilité de la mesure, demande de mesures légalement admissibles) ainsi que des circonstances justifiant de déroger au principe de la contradiction. Et l'ordonnance doit caractériser ces conditions et notamment, les circonstances propres au cas d'espèce qui justifient la dérogation au principe de la contradiction.

Il est toutefois jugé de manière constante qu'une ordonnance qui vise la requête est réputée en avoir adopté les motifs. Voir les arrêts suivants, dont plusieurs sont cités par le

mémoire ampliatif :

- 1e Civ., 24 octobre 1978, n° 77-11.513, publié dont le sommaire indique : « *Une Cour d'appel peut admettre qu'une ordonnance sur requête, en visant la requête, en a adopté les motifs, et a ainsi satisfait aux exigences de l'article 495 du nouveau Code de procédure civile. Et le juge des référés, statuant sur opposition à cette ordonnance sur requête, a pu, pour justifier les mesures prises par cette ordonnance, ajouter d'autres motifs à ceux de cette décision.* »

- 2e Civ, 6 mai 1999, pourvoi n° 96-10.631, publié

« *Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le moyen, qu'une ordonnance sur requête doit être motivée ; que le fait d'avoir signé au pied de la requête l'ordonnance critiquée sans viser celle-ci ne vaut pas adoption par le juge des motifs de cette requête ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 495 du nouveau Code de procédure civile ;*

Mais attendu que la cour d'appel a pu admettre qu'en rendant l'ordonnance au pied de la requête, le juge en avait adopté les motifs ; »

- 2e Civ., 18 novembre. 2004, n° 02-21.252 :

« *Mais attendu que l'ordonnance rendue sur requête des salariés faisant corps avec celle-ci en avait nécessairement adopté les motifs ; »*

- 1e Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 06-11.783 : « *Attendu, d'abord, que, par motifs adoptés, la cour d'appel, analysant les éléments de fait décrits dans la requête sollicitant la prescription de la mesure litigieuse, en a déduit que cette requête, à laquelle l'ordonnance contestée se réfère, faisait état de circonstances propres à justifier que cette mesure ne fût pas prise contradictoirement, constatant ainsi la motivation à cet égard de ladite ordonnance ; que le premier grief n'est donc pas fondé ; »*

- 2e Civ., 21 février 2013, pourvoi n° 12-13.738, publié : « *L'ordonnance conférant force exécutoire au projet de distribution, en application de l'article R. 332-6 du code des procédures civiles d'exécution, qui vise la requête comportant l'indication de la date de notification du projet de distribution aux créanciers concernés et au débiteur ainsi que les pièces qui y sont annexées, est réputée en avoir adopté les motifs.* »

- 2e Civ. 2e, 4 mars 2021, n° 19-25.092 : « *D'une part, ayant à juste titre retenu que le juge des requêtes, en visant la requête de la société ..., s'en était approprié les motifs, la cour d'appel, qui a constaté que la requête faisait état de circonstances précises (...), a légalement justifié qu'il soit dérogé au principe de la contradiction.* »

- 3e Civ., 7 décembre 2022, pourvoi n° 21-20.264, publié :

« *9.La cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'ordonnance de prorogation de la mission de l'administrateur provisoire, qui visait l'ordonnance initiale du 21 décembre 2015, ainsi que la requête, pour en adopter les motifs, satisfaisait à l'exigence de motivation.*

10. Le moyen n'est donc pas fondé . »

Il convient d'observer qu'aucun de ces arrêts susvisés n'exige que l'ordonnance vise expressément les motifs de la requête ou renvoie précisément à ces derniers.

La doctrine admet également, dans sa majorité, que l'ordonnance qui vise la requête en adopte les motifs (M. Hoonakker, Droit et pratique de la procédure civile, éd. 2012/2013, §324.51 ; N. Fricero, T. Goujon-Bethan, A. Danet, Procédure civile, LGDJ 6^{ème} édition, n° 1569) et évoque des raisons pratiques, liées au fait que l'ordonnance est souvent prononcée au pied de la requête dont elle reprend les motifs en visant les pièces indiquées (S. Pierre-Maurice, V° Ordonnance sur requête, Rép. procédure civile, Dalloz, n° 128 ; L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Lexis Nexis, 12^{ème} édition, n° 645).

Le mémoire en défense cite toutefois un auteur qui est beaucoup plus nuancé sur ce point (Y. Strickler, Exigence de motivation des jugements - Affirmation n'est pas raison : le défaut de réponse à conclusions - Procédures n° 5, Mai 2022) :

« Il est des cas dans lesquels l'insuffisance voire l'absence de motivation du juge est plus contestable. Ainsi, le juge ne peut-il se contenter de reproduire les conclusions de l'une des parties. Ce ne serait là qu'« une apparence de motivation pouvant faire peser un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction » (Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-71.679, F-D : JurisData n° 2010017802). De même, la motivation des ordonnances sur requête – qui dérogent pourtant au principe le plus fondamental de la procédure – est souvent fort réduite dans la pratique quotidienne des juridictions. Pire, bon nombre de juges se contentent de viser simplement la requête qui les a saisis, et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « le fait d'avoir signé au pied de la requête l'ordonnance critiquée sans viser celle-ci » pouvait valoir « adoption par le juge des motifs de cette requête » (Cass. 2e civ., 6 mai 1999, n° 96-10.631 : JurisData n° 1999-001944 ; Bull. civ. II, n° 81). Dans une récente décision, la Cour de cassation a modifié la présentation de la règle en substituant un « et » au « ou » lorsqu'elle dit 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, doit s'assurer de l'existence, dans la requête et l'ordonnance, des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement » (Cass. 2e civ., 3 mars 2022, n° 20-22.349, F-B : JurisData n° 2022002843). Il est à souhaiter que l'évolution possible puisse se confirmer dans le futur : ce n'est pas parce que l'on entend évacuer rapidement un contentieux qu'il faut se permettre d'alléger à ce point ce qui est du devoir du juge ! »

Dans l'arrêt frappé de pourvoi, la cour d'appel semble effectuer une distinction entre le seul visa de la requête, insuffisant à satisfaire à l'obligation de motivation de l'ordonnance, et une « motivation par renvoi », qui serait suffisante mais nécessiterait de manière précise, un renvoi aux motifs de la requête.

Selon le mémoire ampliatif, le juge qui vise la requête qui le saisit dans son ordonnance

est réputé en avoir adopté les motifs. Il en déduit que la cour d'appel a violé l'article 495 du code de procédure civile.

Selon le mémoire en défense, le simple fait de viser la requête dans l'ordonnance, sans aucune référence ni motivation quant au fait de déroger au principe fondamental qu'est le contradictoire, est insuffisant.

C'est à la lumière de ces éléments qu'il sera statué sur la première branche.

- **Sur la seconde branche** : la cour d'appel devait-elle rechercher si la société Alsatec n'établissait pas dans sa requête un risque sérieux de déperdition de preuves

Quel est l'office du juge saisi d'une demande de rétractation ?

Une cour d'appel, saisie de l'appel d'une décision ayant statué sur une ordonnance sur requête prescrivant des mesures d'instruction, est investie des attributions du juge qui l'a

rendue et doit statuer sur le mérite de la requête (2e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.485 publié)

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, doit s'assurer de l'existence de circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement (2e Civ., 25 mars 2021, n° 19-22.965, ; 2e Civ., 25 mars 2021, n° 19-23.018, ; 2e Civ., 24 mars 2022, n° 20-23.281, ; 2e Civ., 3 mars 2022, n° 20-22.349, publié).

Cette recherche doit être effectuée, y compris d'office (2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-15.421, publié ; 2e Civ., 13 mai 2015, pourvoi n° 14-17.610 ; 1e Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-19.825, publié ; 2e Civ., 5 octobre 2023, pourvoi n° 23-12.642, diffusé).

Aux termes d'une jurisprudence récente, comme indiqué dans l'article de doctrine précité (Y. Strickler, - Procédures n° 5, mai 2022) et dans le mémoire en défense , le juge doit rechercher si ces circonstances sont justifiées dans l'ordonnance et la requête.

Il est ainsi retenu par la Cour de cassation, au visa des articles 145 et 493 du code de procédure civile, la formule suivante :

« Il résulte de ces textes 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 de l'existence, dans la requête et l'ordonnance, des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement. » (2e Civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 19-23.018, et 25 mars 2021 pourvoi n° 19-22.965 ; 2e Civ., 3 mars 2022, pourvoi n° 20-22.349, publié ; 2e Civ., 24 mars 2022, pourvoi n° 20-23.281 ; Com., 13 avril 2023, pourvoi n° 22-21.376 ; 2e Civ., 23 novembre 2023, pourvoi n° 23-15.993, 23-15.994 ; 2e Civ., 6 mars 2025, pourvoi n° 24-15.890 ; 2e Civ., 27 mars 2025, pourvoi n° 22-23.285)

Auparavant, il était employé l'expression « ou » au lieu de « et » : les circonstances devaient être caractérisées dans la requête ou dans l'ordonnance. Voir 2e Civ., 28 septembre 2017, pourvoi n° 16-23.538 (*« la cour d'appel en a exactement déduit qu'était établie, dans la requête ou l'ordonnance, l'existence de circonstances susceptibles de justifier qu'il soit dérogé au principe de la contradiction »*) et 2e Civ., 14 janvier 2021, n° 19-25.206 (*« La cour d'appel a exactement retenu que les circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe de la contradiction doivent être caractérisées dans la requête ou l'ordonnance qui y fait droit. »*)

A la lecture intégrale des arrêts contenant la formule « *dans la requête et l'ordonnance* », on peut toutefois constater que dans la majorité d'entre eux, et après énoncé du « chapeau » précité, la Cour de cassation, dans la suite des motifs, n'exige pas systématiquement que les motifs justifiant de déroger au principe de la contradiction figurent à la fois dans l'ordonnance et la requête.

Notamment, dans plusieurs de ces arrêts, la Cour de cassation se fonde uniquement sur les motifs de la requête, pour en déduire, soit que la cour d'appel, en confirmant l'ordonnance ayant rétracté l'ordonnance sur requête, a violé les textes susvisés (les arrêts précités 2e Civ. 2, 25 mars 2021, n° 19-23.018, et 25 mars 2021 n° 19-22.965) soit que la cour d'appel, qui a statué « en considération des éléments de la requête », a exactement déduit de ces constatations, qu'il était justifié de déroger au principe de la contradiction (2e Civ., 23 novembre 2023, n° 23-15.993, 23-15.994).

Dans les arrêts 2e Civ., 3 mars 2022, n° 20-22.349, publié ; Com., 13 avril 2023, pourvoi n° 22-21.376 elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant confirmé l'ordonnance qui avait rétracté l'ordonnance sur requête, après avoir relevé que selon les constatations de l'arrêt, ni la requête ni l'ordonnance ne précisait les circonstances justifiant que la mesure ne soit pas prise contradictoirement.

Dans l'arrêt 2e Civ., 24 mars 2022, pourvoi n° 20-23.281, il est retenu : « En statuant ainsi, alors que faute de preuve de l'existence, dans la requête **ou** l'ordonnance, des circonstances justifiant de déroger au principe de la contradiction, l'ordonnance sur requête devait être rétractée, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés. »

Dans l'arrêt 2e Civ., 6 mars 2025, pourvoi n° 24-15.890, en revanche, il est constaté que « tant la requête que l'ordonnance » faisaient état de circonstances justifiant que la mesure ne soit pas prise contradictoirement.

Ainsi, il semble qu'au delà de la conjonction et/ou, l'objet de cette jurisprudence est d'exiger que les circonstances justifiant le principe de la dérogation existent au jour de la requête et qu'elles soient explicitées dans la requête et dans l'ordonnance si l'ordonnance ne renvoie pas à la requête .

Par suite, lorsque l'ordonnance se borne à viser la requête sans autre motifs, la requête doit faire état de circonstances justifiant de procéder non contradictoirement, faute de quoi, l'ordonnance ayant fait droit à la demande de mesure d'instruction doit être rétractée. Voir 2e Civ., 23 juin 2016, n° 15-19.671, publié :

« Qu'en statuant ainsi, alors que la requête ne faisait état d'aucune circonstance susceptible de justifier qu'il soit procédé non contradictoirement et que l'ordonnance n'était motivée que par renvoi à la requête , la cour d'appel, qui ne pouvait suppléer la carence de motivation du juge des requêtes, a violé les textes susvisés ; »

et dans le même sens 2e Civ., 12 avril 2018, pourvoi n° 17-14.086 .

Et il a été rappelé très récemment que le juge doit rechercher dans l'ordonnance mais aussi dans la requête , les circonstances justifiant de ne pas procéder contradictoirement : 2e Civ., 27 mars 2025, pourvoi n° 22-23.285 :

« Vu les articles 145 et 493 du code de procédure civile :

7. 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, doit s'assurer, même d'office, de l'existence, dans la requête et l'ordonnance, de circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement.

8. Une cour d'appel, saisie de l'appel d'une décision ayant rétracté une ordonnance prescrivant des mesures d'instruction destinées à conserver ou à établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, est investie des attributions du juge qui l'a rendue et doit statuer sur les mérites de la requête.

9. Pour rétracter l'ordonnance sur requête du 20 août 2021, prononcer l'annulation et la destruction des procès-verbaux de constat d'huissier ainsi que les rapports subséquents établis à la suite des saisies opérées, ordonner la restitution aux sociétés Connectt des pièces et documents saisis, copiés, séquestrés ou archivés, l'arrêt retient qu'il ressort de

l'ordonnance du 18 janvier 2022 que le président du tribunal a motivé le non-respect du contradictoire par le fait que le contentieux entre les parties était noué de manière irréductible, bien établi comme il ressortait des échanges entre les parties et pièces produites qui caractérisaient un risque d'évasion ou de disparition de pièces probantes.

10. Il relève que l'ordonnance entreprise ne fait pas état de circonstances susceptibles de justifier qu'il soit procédé non contradictoirement, puisqu'il est renvoyé aux échanges entre les parties et aux pièces produites.

11. Il retient, enfin, qu'il n'y a pas de démonstration que le comportement passé des parties défenderesses pouvait laisser craindre qu'elles fassent disparaître des preuves ni de prise en compte d'éléments propres au cas d'espèce pour justifier qu'il convenait de déroger au principe du contradictoire.

12. En statuant ainsi, alors qu'il lui incombait de vérifier, même d'office, s'il existait, dans l'ordonnance et dans la requête, des circonstances justifiant de déroger au principe de la contradiction, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Lorsque « ni la requête ni l'ordonnance rendue sur cette requête n'énoncent les circonstances justifiant que la mesure d'instruction réclamée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne soit pas prise contradictoirement » la requête doit être rejetée. (2e Civ., 11 mars 2010, n° 09-66.338, publié ; 2e Civ. 26 juin 2014 n° 13-18.895, publié ; 2e Civ., 26 janvier 2017, n° 16-13.416 ; 2e Civ., 1 mars 2018, n° 17-10.107 ; 2^e Civ, 22 mars 2018, n° 17-10311 ; 2e Civ., 14 novembre 2019, n° 18-22.937) .

La Cour de cassation exerce un contrôle soutenu, qui peut être qualifié de lourd, sur les circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe du contradictoire (2e Civ. 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-22.393 ; 2e Civ., 13 juin 2024, pourvoi n° 21-25.210) .

Le risque de dépérissement des preuves ou l'effet de surprise sont les motifs les plus souvent retenus, mais à la condition qu'ils soient expliqués au regard d'un contexte circonstancié, ce qui exclut les motifs vagues, abstraits ou stéréotypés (Voir p. ex., 2e Civ., 22 septembre 2016, n° 15-22.393 ; 2e Civ., 16 mai 2019, n° 18-14.368, 2e Civ., 29 septembre 2022, n° 22-12545 ; 2e Civ., 21 décembre 2023, n° 21-25.535).

Le pourvoi contre un arrêt ayant confirmé une ordonnance de référé refusant de rétracter une ordonnance sur requête est toutefois rejeté, même « lorsque l'ordonnance renvoie de manière formelle au risque de dépérissement des preuves et à la nécessité d'un effet de surprise, dès lors qu'elle est motivée par renvoi à la nature des faits de concurrence déloyale expressément dénoncés dans la requête comme justifiant le recours à une procédure non contradictoire seule susceptible de garantir un nécessaire effet de surprise » (2e Civ., 23 juin 2016 pourvoi n° 15-15186, publié. Dans le même sens 2e Civ., 29 septembre 2022, pourvoi n° 21-14552)

Par suite, la Cour de cassation censure régulièrement des arrêts de cours d'appel ayant rétracté des ordonnances sur requête au motif que la caractérisation des circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe du contradictoire était insuffisante, alors que la requête faisait état d'éléments circonstanciés révélateurs d'un risque de dissimulation ou de dépérissement des preuves ou d'un effet de surprise (2e Civ., 12 avril 2018, n° 17-14086 ; 2e Civ., 1 octobre 2020, n° 19-18.479 ; 2e Civ., 10 juin 2021, n° 20-13.803, et récemment, 2e Civ., 26 octobre 2023, n° 21-23.361 :

« 8. L'arrêt relève enfin que l'ordonnance sur requête du 4 décembre 2019 retient de manière péremptoire que la nature des agissements dénoncés, considérés à tort comme acquis, implique nécessairement la disparition des éléments de preuve recherchés s'il n'était pas dérogé au principe du contradictoire, sans pour autant relever que la requête ne caractérise aucunement les circonstances justifiant une telle dérogation .

9. En se déterminant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les sociétés Metalic et Laser Force dénonçaient dans leur requête des faits de concurrence déloyale et de parasitisme, faisaient état d'éléments circonstanciés laissant craindre un risque de dissimulation des preuves et invoquaient la nécessité d'un effet de surprise pour l'exécution des mesures, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, n'a pas donné de base légale à sa décision. »

En l'espèce, dans ses conclusions en appel (page 19), la société Alsatec faisait valoir que « sa requête faisait parfaitement état des éléments tenant au risque de déperdition des preuves (page 8 de la requête) »

Dans sa requête (page 4), la société Alsatec expliquait être à même de prouver les données dont M. [E] était personnellement détenteur en son sein, données qu'il avait manifestement emportées puisque dans les mois qui ont suivi, les affaires sur lesquelles il travaillait ne se sont pas fait avec la société Alsatec mais avec la société Sid Steible. Elle détaillait ces données (page 5), citait les clients perdus (pages 6 et 7) en expliquant que compte tenu du secteur d'activité particulier et du temps moyen de réalisation d'une affaire entre le premier contact et son dénouement définitif, la société Sid Steible avait nécessairement bénéficié de données stratégiques confidentielles. Elle en déduisait « la nécessité de solliciter non contradictoirement une mesure de constat, eu égard au risque évident de déperdition des preuves, dès le dépôt de l'assignation en concurrence déloyale que la société Alsatec ne manquera pas de mettre en oeuvre » (page 9).

La cour d'appel a déduit la rétractation de l'ordonnance sur requête de l'insuffisance de motivation de cette ordonnance quant aux circonstances de nature à justifier de déroger au principe de la contradiction, sans examiner les motifs de la requête .

Le mémoire ampliatif en déduit un manque de base légale .

Le mémoire en défense estime le moyen non fondé, la requête de la société Alsatec, qui se bornait à affirmer qu'il serait « évident » que les exposants dissimuleraient les éléments objets de la mesure d'expertise in futurum, n'étant pas motivée de manière précise et circonstanciée comme l'exige la jurisprudence.

Il sera statué au regard de ces observations sur la seconde branche du moyen.

Tableau 1 - arrêt de la cour d'appel de Colmar du 11 janvier 2023,

- déclaration de pourvoi de la société Alsatec environnement et sécurité industriels reçue le 22 mars 2023,

- mémoire ampliatif reçu le 17 juillet 2023, avec demande de condamnation de la défenderesse à hauteur de 4000 € au titre de l'article 700 du CPC,

- mémoire en défense de la société Protego France et de M. [E] reçu le 18 septembre 2023 et, avec demande de condamnation à hauteur de 4000 € au titre de l'article 700 du CPC,

La procédure paraît régulière.
