CIV. 2

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 14 janvier 2021

Rejet

M. PIREYRE, président

Arrêt n° 43 F-D

Pourvoi n° R 19-25.206

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 14 JANVIER 2021

La société Free Mobile, société par actions simplifiée, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° R 19-25.206 contre l'arrêt rendu le 22 novembre 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 8), dans le litige l'opposant à la Société française du radiotéléphone (SFR), société anonyme, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Bohnert, conseiller référendaire, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société Free Mobile, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de la Société française du radiotéléphone, et l'avis de M. Aparisi, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 25 novembre 2020 où étaient présents M. Pireyre, président, Mme Bohnert, conseiller référendaire rapporteur, Mme Martinel, conseiller doyen, et Mme Thomas, greffier de chambre,

la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 novembre 2019), la société Free Mobile, se plaignant d'agissements déloyaux commis par la société française de radiotéléphone (la société SFR), a saisi le président d'un tribunal de commerce à fin de voir désigner un huissier de justice pour rechercher ou recueillir certaines informations sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

2. La requête de la société Free Mobile ayant été accueillie, la société SFR a saisi un juge des référés pour obtenir la rétractation de l'ordonnance et l'annulation par voie de conséquence des constats effectués.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses deuxième, cinquième, sixième et septième branches, ci-après annexé

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen, pris en ses première, troisième et quatrième branches

Enoncé du moyen

4. La société Free Mobile fait grief à l'arrêt d'infirmier l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Bobigny le 4 avril 2019 et, statuant à nouveau, de rétracter l'ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de commerce de Bobigny le 20 décembre 2018 et d'annuler les constats dressés par huissier de justice les 8 et 21 janvier 2019, alors :

« 1°/ qu'il appartient au juge saisi d'un recours en rétractation contre une ordonnance rendue sur requête d'examiner les faits et le droit à la date à laquelle il statue ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte, pour apprécier l'existence de circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe de la contradiction, des difficultés d'exécution de l'ordonnance du 20 décembre 2018, au seul motif que ces difficultés étaient postérieures à l'ordonnance précitée, la cour d'appel a violé les articles 145, 496 et 497 du code de procédure civile ;

3°/ que les mesures prévues par l'article 145 du code de procédure civile peuvent être ordonnées sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ; qu'en l'espèce, en jugeant que la dérogation au principe de la contradiction n'était nullement justifiée, lorsque la société Free Mobile se prévalait dans sa requête d'éléments circonstanciés laissant craindre un risque de dissimulation des preuves recherchées, lequel résultait de la possibilité, étayée par le comportement antérieur de la société SFR, que cette dernière bloque temporairement les terminaux concernés, la cour d'appel a violé les articles 145 et 493 du code de procédure civile ;

4°/ que les mesures prévues par l'article 145 du code de procédure civile peuvent être ordonnées sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ; qu'en l'espèce, en jugeant que la société SFR était en mesure, dès la réception des courriers de mise en demeure de la société Free Mobile, de bloquer temporairement les terminaux litigieux afin de faire obstacle à une mesure sollicitant la remise de la liste des terminaux n'ayant pas été bloqués actifs sur son réseau, lorsqu'elle constatait que les courriers de mise en demeure ne sollicitaient aucunement une telle remise, de sorte que la société SFR ne pouvait, à ce stade, concevoir l'utilité d'un blocage temporaire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 145 et 493 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

5. La cour d'appel a, d'abord, 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 et que les éventuelles difficultés d'exécution intervenues postérieurement à l'ordonnance ne peuvent a posteriori venir entériner le non respect du contradictoire.

6. Ayant relevé, ensuite, le caractère général de la motivation du juge de la requête, et constaté que préalablement à sa requête, la société Free Mobile avait adressé à la société SFR des mises en demeure d'avoir à bloquer un certain nombre de terminaux téléphoniques litigieux, pour en déduire que cette dernière était parfaitement informée des critiques formulées par la société Free Mobile à son encontre et de son intention de saisir la justice en cas de difficulté et était donc en mesure, si elle le souhaitait, dès la réception de ces mises en demeure de procéder à des mesures de blocage temporaire des terminaux qu'elles visaient, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que la nécessité de procéder par effet de surprise n'était pas établie, a exactement déduit de l'ensemble de ces constatations, sans encourir les griefs du moyen, qu'il n'était pas justifié de déroger au principe de la contradiction et qu'il y avait lieu, en conséquence, de rétracter l'ordonnance du président du tribunal de commerce et d'annuler les procès-verbaux de constat dressés par l'huissier de justice.

7. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Free Mobile aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Free Mobile et la condamne à payer à la société française du radiotéléphone la somme de 3 000 euros.

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, prononcé par le président en son audience publique du quatorze janvier deux mille vingt et un et signé par lui et Mme Martinel, conseiller doyen, en remplacement du conseiller référendaire rapporteur empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour la société Free Mobile

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Bobigny le 4 avril 2019 et, statuant à nouveau, d'avoir rétracté l'ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de commerce de Bobigny le 20 décembre 2018 et d'avoir annulé les constats dressés par huissier de justice les 8 et 21 janvier 2019 ;

Aux motifs que « La demande de rétractation de l'ordonnance sur requête du 20 décembre 2019

Aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, 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'article 493 du même code prévoit que 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.

Il résulte des articles 497 et 561 du code de procédure civile que la cour d'appel, saisie de l'appel d'une ordonnance de référé statuant sur une demande en rétractation d'une ordonnance sur requête 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, devant lequel le contradictoire est rétabli. Cette voie de contestation n'étant que le prolongement de la procédure antérieure, le juge doit statuer en tenant compte de tous les faits s'y rapportant, ceux qui existaient au jour de la requête mais aussi ceux intervenus postérieurement à celle-ci.

Il doit ainsi apprécier l'existence du motif légitime au jour du dépôt de la requête, à la lumière des éléments de preuve produits à l'appui de la requête et de ceux produits ultérieurement devant lui.

Le juge doit également rechercher si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe du contradictoire. Les circonstances justifiant cette dérogation doivent être caractérisées dans la requête ou l'ordonnance qui y fait droit.

Contrairement à ce qui est soutenu par la société Free Mobile, le rétablissement du contradictoire dans la phase postérieure de rétractation est sans effet sur l'exigence d'une justification au jour où l'ordonnance sur requête a été rendue. Il en va de même des éventuelles difficultés d'exécution intervenues postérieurement à l'ordonnance qui ne peuvent a posteriori venir entériner le non-respect du contradictoire.

La référence à une autre procédure sur requête engagée ultérieurement par la société SFR à l'encontre de la société Free Mobile n'est pas de nature à éclairer sur les conditions exigées par la loi lors du dépôt de la requête. Il s'ensuit que les arguments avancés sur ce point par la société Free Mobile sont inopérants.

La requête de la société Free Mobile portait à titre principal sur une demande tendant à obtenir un accès à tout système informatique afin de permettre de comparer la liste des IMEI déclarés volés avec ceux encore actifs sur le réseau SFR.

Il n'a pas été fait droit à cette demande principale mais en revanche, le juge de la requête a fait droit à la demande subsidiaire et a demandé à la société SFR de communiquer à l'huissier de justice désigné : "la liste de l'ensemble des IMEI correspondant aux 300.000 téléphones mobiles appartenant à Free Mobile et qui sont actifs sur le réseau SFR au jour de l'exécution de la mesure, dans un délai de quatre jours ouvrés sous peine d'une astreinte de 10.000 euros par jour de retard".

Sur ce point de la dérogation au principe du contradictoire, la requête indique en page 3 que "la requérante craint en outre légitimement, au regard de la mauvaise foi de la société SFR qui tente de se travestir en victime et qui nie systématiquement les agissements dont elle se rend coupable, que les preuves qui peuvent exister à ce jour, disparaissent".

Elle ajoute encore dans un paragraphe dédié à la dérogation au contradictoire que "le contexte qui vient d'être exposé exige que les mesures sollicitées ne soient pas prises contradictoirement, en raison du risque de dépérissement des preuves qui résulterait du cas contraire", et d'ajouter "si SFR venait à avoir connaissance de la présente procédure, il est en effet à craindre qu'elle effectue un blocage temporaire des terminaux concernés, quitte à autoriser leur remise en fonction quelques minutes après, sans que Free Mobile ne soit en mesure de déterminer de quels terminaux il s'agit et ainsi le préjudice qu'elle a subi en raison de l'absence de blocage le 1 novembre 2018. En raison de ce risque très important de dépérissement et/ou d'altération des éléments de preuves recherchées, la requérante ne peut donc que procéder par voie de requête pour assurer l'efficacité des mesures sollicitées".

L'ordonnance sur requête renvoie comme la jurisprudence l'y autorise à la requête n° 2018021244.

Le juge de la requête ajoute au titre de la motivation au regard de la dérogation au principe du contradictoire que "l'absence de contradictoire est motivé par le risque manifeste de dissimulation, destruction ou dénaturation d'élément de preuve justifiant la mise en demeure des articles 145, 493 et 875 du code de procédure civile ; (...) Que la nécessité de préserver un effet de surprise afin d'éviter l'éventuelle disparition de ces preuves nécessitent qu'une telle mesure ne soit pas prise contradictoirement".

Il convient d'abord de relever le caractère général de la motivation du juge de la requête contraire aux exigences de préciser au regard du litige et de façon circonstanciée et développée les raisons justifiant de déroger au principe de la contradiction.

Par ailleurs, et contrairement à ce qui est indiqué dans la requête, la société SFR était parfaitement informée des critiques formulées par la société Free à son encontre à l'occasion de la demande de blocage des terminaux litigieux.

En effet, il est constant qu'antérieurement au dépôt de la requête le 20 décembre 2018, suivant un premier courrier du 9 novembre 2018, réitéré dans les mêmes formes le 27 novembre 2018, le président de Free Mobile a fait signifier par exploit d'huissier au président de SFR un courrier de mise en demeure d'avoir à bloquer les terminaux dont les numéros IMEI concernés lui a été transmise par l'association GSMA en lui reprochant des actes de concurrence déloyale par le fait qu'elle arguerait de l'absence de blocage sur son réseau pour inciter les abonnés à résilier leur abonnement mobile. Ces courriers de mise en demeure contiennent chacun l'indication qu'à défaut d'une exécution "sans délai à compter de la réception du courrier", la société Free Mobile n'aura d'autre choix que de l'y contraindre par "la voie judiciaire et notamment en saisissant le tribunal des référés".

Il convient d'ailleurs de relever que tel avait été la voie procédurale qu'entendait suivre la société Free à en lire les courriers des 9 novembre et 27 novembre 2018 cités ci-dessus. Dans ce contexte et quand bien même les mesures sollicitées ont été différentes, et en réalité moins contraignantes que la demande de blocage sollicitée, force est d'admettre que la société SFR était parfaitement informée des reproches de concurrence déloyale formulés par SFR et était donc en mesure, si elle le souhaitait dès après la réception de ces courriers de procéder à des mesures de blocage temporaire comme soutenu par son adversaire dans la requête.

Par ailleurs, et quels que soient les longs développements sur ce point de la société Free Mobile, force est d'admettre qu'en sollicitant du juge de la requête qu'il soit demandé à la société SFR de remettre la liste des terminaux volés encore actifs sur ses réseaux dans un délai de 4 jours ouvrés à compter de l'exécution de la mesure, elle signifie que cette demande pouvait être de la même façon sollicitée devant le juge des référés et aussi ou plus rapidement en demandant une autorisation d'assigner à heure déterminée.

Ceci est confirmé par les conditions dans lesquelles l'ordonnance sur requête a été exécutée. En effet, l'huissier de justice instrumentaire a entrepris le 8 janvier 2019 de procéder à l'exécution de l'ordonnance du 20 décembre 2018, il a sur demande des responsables rencontrés au siège de la société SFR, communiqué les pièces déposées à l'appui de la requête, informé ces derniers du contenu de l'ordonnance et de la demande de communication dans un délai de quatre jours de la liste en cause avant de constater le 27 janvier 2019 que la société SFR n'avait pas déféré à cette demande.

Il s'ensuit que la dérogation au principe du contradictoire n'était nullement justifiée et, sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'existence d'un motif légitime, il y a lieu d'infirmar la décision du juge de la rétractation qui a rejeté la demande de rétractation formulée par la société SFR. Au surplus, le juge de la rétractation ne pouvait se baser sur le refus antérieur à l'ordonnance de la société SFR de communiquer la liste litigieuse puisqu'une telle demande n'avait pas été formulée et qu'il ne pouvait davantage, ajoutant en cela à la requête et à l'ordonnance, prendre en compte le refus d'exécuter ladite ordonnance pour considérer qu'il était justifié de procéder par voie de mesure non contradictoire. Cette décision d'infirmer l'ordonnance ayant refusé de rétracter l'ordonnance sur requête du 20 décembre 2018 entraîne l'annulation des procès-verbaux établis en son exécution » ;

Alors que, de première part, il appartient au juge saisi d'un recours en rétractation contre une ordonnance rendue sur requête d'examiner les faits et le droit à la date à laquelle il statue ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte, pour apprécier l'existence de circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe de la contradiction, des difficultés d'exécution de l'ordonnance du 20 décembre 2018, au seul motif que ces difficultés étaient postérieures à l'ordonnance précitée, la cour d'appel a violé les articles 145, 496 et 497 du code de procédure civile ;

Alors que, de deuxième part, si l'ordonnance rendue sur requête doit être motivée quant aux circonstances justifiant qu'il soit dérogé au principe de la contradiction, cette exigence est satisfaite lorsque l'ordonnance renvoie à la requête et que cette dernière est suffisamment motivée ; qu'en l'espèce, en retenant que l'ordonnance du 20 décembre 2018 n'était pas suffisamment motivée s'agissant de la justification de la dérogation au principe de la contradiction, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée (conclusions d'appel, p. 10, § 1), si la requête présentée par la société FREE MOBILE, à laquelle l'ordonnance renvoyait expressément, ne contenait pas de tels motifs, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 145, 493 et 495 du code de procédure civile ;

Alors que, de troisième part, les mesures prévues par l'article 145 du code de procédure civile peuvent être ordonnées sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ; qu'en l'espèce, en jugeant que la dérogation au principe de la contradiction n'était nullement justifiée, lorsque la société FREE MOBILE se prévalait dans sa requête d'éléments circonstanciés laissant craindre un risque de dissimulation des preuves recherchées, lequel résultait de la possibilité, étayée par le comportement antérieur de la société SFR, que cette dernière bloque temporairement les terminaux concernés, la cour d'appel a violé les articles 145 et 493 du code de procédure civile ;

Alors que, de quatrième part, les mesures prévues par l'article 145 du code de procédure civile peuvent être ordonnées sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ; qu'en l'espèce, en jugeant que la société SFR était en mesure, dès la réception des courriers de mise en demeure de la société FREE MOBILE, de bloquer temporairement les terminaux litigieux afin de faire obstacle à une mesure sollicitant la remise de la liste des terminaux n'ayant pas été bloqués actifs sur son réseau, lorsqu'elle constatait que les courriers de mise en demeure ne sollicitaient aucunement une telle remise, de sorte que la société SFR ne pouvait, à ce stade, concevoir l'utilité d'un blocage temporaire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 145 et 493 du code de procédure civile ;

Alors que, de cinquième part, les mesures prévues par l'article 145 du code de procédure civile peuvent être ordonnées

sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ; qu'en l'espèce, en retenant que les modalités d'exécution de l'ordonnance démontraient que la mesure litigieuse aurait tout aussi bien pu être sollicitée devant le juge des référés, de sorte que la dérogation au principe de la contradiction n'était pas justifiée, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée (conclusions d'appel, p. 27), si le fait, d'une part, qu'il ait été enjoint à la société SFR d'établir la liste des terminaux litigieux au jour d'exécution de la mesure et, d'autre part, que cette mesure ait été mise à exécution le 8 janvier en fin d'après-midi, n'indiquait pas au contraire que la voie de la requête permettait seule de circonscrire le risque de blocage temporaire des terminaux litigieux et, partant, de garantir l'efficacité de la mesure sollicitée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 145 et 493 du code de procédure civile ;

Alors que, de sixième part, le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en retenant d'office que la société FREE MOBILE indiquait, en raison des modalités de la mesure d'instruction qu'elle sollicitait à titre subsidiaire dans la requête, que cette même mesure aurait pu être tout aussi efficacement sollicitée devant les juges des référés, sans inviter les parties à en débattre préalablement et contradictoirement, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Alors que, de septième part, le juge ne peut dénaturer les termes du litige ; qu'en l'espèce, les débats ne portaient que sur la question de savoir si les modalités d'exécution de la mesure ordonnée par le juge de la requête démontraient qu'elle aurait pu tout aussi efficacement être sollicitée devant le juge des référés ; qu'en retenant que la société FREE MOBILE indiquait, en raison des modalités de la mesure d'instruction qu'elle sollicitait à titre subsidiaire dans la requête, que cette même mesure aurait pu être tout aussi efficacement sollicitée devant les juges des référés, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile.