

Le difficile établissement du motif légitime lors de la requête de mesures d'instruction avant tout procès

Thomas Bulinge

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Après 13 ans à son service, le responsable commercial d'une entreprise spécialisée dans le contrôle de l'hygiène des restaurants et des commerces de bouche a reçu un avis d'inaptitude du médecin du travail. M. K. a été licencié en septembre 2015. En février 2016, il a fondé une société concurrente, dans le même secteur économique et géographique, à Lyon.

Préparant une action en concurrence déloyale et parasitisme, son précédent employeur a demandé des mesures d'instruction de l'art. 145 du Code de procédure civile. Par une ordonnance du 31 janvier 2017, le président du tribunal de commerce de Lyon a fait droit à cette demande. Une saisie a été effectuée, au cours de laquelle plusieurs documents ont été appréhendés par l'huissier de justice.

M. K. a obtenu auprès du juge des référés la rétractation de l'ordonnance du 31 janvier 2017, la restitution des documents saisis et la condamnation à l'article 700 de la partie adverse par une seconde ordonnance du 12 avril 2017. C'est cette seconde décision qui fait l'objet d'un appel formé par le premier employeur. Par cet arrêt du 23 janvier 2017, la 8^e chambre de la cour d'appel de Lyon confirme l'ordonnance déférée.

Le fondement de la décision n'est pas la question du secret des affaires, qui est néanmoins évoquée vraisemblablement après avoir été invoquée par M. K., mais le motif légitime de la demande de mesures d'instruction avant tout procès.

Si le secret des affaires est mentionné, c'est pour l'exclure : il n'est pas un obstacle aux mesures d'instruction *in futurum*. Ce faisant, la cour d'appel adopte une position jurisprudentielle constante (Cass. civ. 2^e, 7 janvier 1999, n° 95-21.934, JurisData n° 1999-000014 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 2016, n° 15-20.495, JurisData n° 2016-022739). Tant la décision que la formulation adoptée par la cour d'appel de Lyon étaient donc prévisibles.

Le motif légitime est, quant à lui, apprécié souverainement par les juges du fond, en fonction notamment de l'utilité de la mesure probatoire demandée (Cass. civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 13-14.985, JurisData n° 2014-006517).

Cependant, concernant les faits eux-mêmes, et non les mesures d'instruction éventuelles, la jurisprudence de la Cour de cassation impose aux juridictions inférieures d'effectuer un difficile travail de conciliation. D'un côté, le juge du fond ne saurait réclamer un

Bacaly n° 11 - octobre 2017-septembre 2018

commencement de preuve (Cass. civ. 2^e, 3 septembre 2015, n° 14-20.453, JurisData n° 2015-019742), ce qui semble une évidence puisque les mesures d’instruction avant tout procès ont justement un objectif de protection ou d’acquisition de preuves. Parallèlement, il doit constater l’existence d’un litige potentiel (Cass. civ. 3^e, 16 avril 2008, n° 07-15486, JurisData n° 2008-043657). La cour d’appel de Lyon a parfaitement conscience de ces injonctions opposées, puisqu’elle énonce que l’art. 145 du Code de procédure civile ne préjuge pas de la responsabilité éventuelle des parties, ou des « chances de succès du procès susceptible d’être ultérieurement engagé », mais relève le souci de démonstration de la plausibilité d’une action.

Néanmoins, elle procède à l’examen systématique des différents critères de la concurrence déloyale : débauchage de salarié, de fournisseurs de l’ancien employeur, ou démarchage de clientèle et création d’une confusion entre les deux sociétés. Systématiquement, au regard des faits qui sont portés à sa connaissance, le juge du fond rejette la caractérisation de la concurrence déloyale. Une lecture rapide des deux derniers tiers du motif donnerait même l’impression de ne pas lire une décision d’appel sur des demandes d’instruction, mais une décision traitant du fond de l’affaire dans le cadre d’une action en concurrence déloyale. Cet examen systématique s’apparente par conséquent à un examen de commencement de preuves de l’action éventuelle, ce qui viendrait contredire la jurisprudence de la Cour de cassation. Quoi qu’il en soit, le critère d’exigence en vue d’obtenir des mesures d’instruction semble particulièrement élevé dans cette décision. La mise en œuvre de l’article 145 n’est pas censée passer par l’évaluation des chances de succès du procès, mais il semble qu’en pratique elle implique paradoxalement un niveau minimal de chances de succès.

Indirectement, cet examen scrupuleux du motif légitime empêche l’instrumentalisation des mesures d’instruction avant tout procès pour percer à jour des secrets d’affaires. Cela ne facilite pas l’investissement par les avocats du domaine de l’intelligence économique. Il permet néanmoins opportunément de maintenir une position jurisprudentielle constante qui traverse notre droit économique : les entreprises n’ont vocation à se concurrencer que dans le champ économique, dans la vie normale des affaires, et non par des détournements de moyens judiciaires.

Arrêt commenté :

CA Lyon., 8^e chambre, 23 janvier 2018, n° 17/03045