

331

# Mesures d'instruction *in futurum* accordées *ex parte*

## État des lieux de la jurisprudence des 12 derniers mois

Les demandes de mesures d'instruction nécessaires à la manifestation de la vérité doivent, en principe, suivre une procédure contradictoire. Ce n'est que par exception, lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement, qu'elles peuvent être accordées sur requête. Sous réserve de ne pas se contenter de formules générales, abstraites et stéréotypées, on constate que ces requêtes sont plutôt favorablement accueillies par les juges. Quelles sont donc les circonstances retenues par ces derniers justifiant une dérogation au principe de la contradiction ? Cet article synthétise l'état de la jurisprudence rendue entre les mois de janvier 2022 et 2023, soit plus d'une centaine de décisions. C'est dire l'abondance du contentieux en la matière.



**Emmanuelle Bouretz**, docteur en droit, avocate associée  
Vivien & associés AARPI

### 1. Observations liminaires

**1 - Textes applicables.** - Pour mémoire, l'article 145 du Code de procédure civile 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* ». En vertu de l'article 493 dudit code, ces mesures peuvent être ordonnées sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement.

**2 - Voie d'exception.** - L'article 145 du Code de procédure civile n'indique pas laquelle de ces deux options (i.e. référé ou requête) est à privilégier. Cela ne signifie pas, pour autant, que le demandeur aux mesures d'instruction disposerait d'une liberté de choix totale. La voie de la requête doit rester l'exception, ce qu'a rappelé la cour d'appel de Toulouse le 18 janvier 2023 : il est nécessaire de préciser « *par des motifs propres à l'espèce les motifs conduisant à exclure la voie du référé contradictoire pour préférer*

*la voie de la procédure non contradictoire (...)* »<sup>1</sup>.

**3 - Portée relative de l'atteinte au principe de la contradiction.** - Ceci étant précisé, il y a lieu de relativiser la portée réelle d'une atteinte au principe de la contradiction que doivent respecter les juges en application de l'article 16 du Code de procédure civile. De fait, initier une procédure sur requête ne met à mal ce principe que dans un premier temps. Le débat est simplement différé. « *Le "contentieux est inversé" et la contradiction apparaît uniquement en cas de nécessité, c'est-à-dire, si une contestation est élevée* »<sup>2</sup> devant le juge des référés dans

le cadre d'une procédure aux fins de rétractation, laquelle n'est enfermée dans aucun délai.

On précisera, ici, que cette procédure n'est pas une voie de recours, mais une demande en justice qui ne tend qu'au rétablissement du principe du contradictoire. Et, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation, le 3 mars 2022, le juge saisi d'une demande en rétractation ne pourra se fonder sur des circonstances postérieures à la requête ou à l'ordonnance pour justifier qu'il est dérogé au principe de la contradiction. Le défaut de motivation ne peut faire l'objet d'une régularisation *a posteriori*.

**4 - Motivation de l'ordonnance.** Ainsi que l'a également rappelé la cour d'appel de Colmar, le 11 janvier 2023, le visa de la requête dans l'ordonnance – emportant adoption de ses motifs – suffit à la motivation requise par l'article 495 du Code de procédure civile à condition, toutefois, que la motivation de la requête soit suffisante. Dit autrement, l'ordonnance qui vise la requête et les pièces qui y sont jointes, vaut adoption implicite des motifs figurant dans la requête<sup>3</sup>. Il est admis que cette motivation peut découler de l'exposé par le requérant des circonstances de faits du litige sans devoir

1 CA Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 18 janv. 2023, n° 22/00614 (réouverture des débats T. com. Albi, 18 janv. 2022, n° 2021 02326). – V. également, CA Grenoble, 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 déc. 2022, n° 22/01390 (infirmation partielle, TJ Vienne, 24 mars 2022, n° 22/00005) et plus récemment CA Douai, 2<sup>e</sup> ch., sect. 1, 9 févr. 2023, n° 22/02466 (confirmation T. com Lille, 12 mai 2022, n° 2022003916).

2 X. Vuitton, *Ordonnances sur requête* : JCl. Procédure civile, Fasc. 1300-20, § 40. – V. également, J.-D. Bretzner et E. Duminy, *Les tribulations du principe de la contradiction en matière d'ordonnance sur requête fondée sur l'article 145 du CPC* : RD&A 2018, n° 15, 18.

3 CA Colmar, 1<sup>re</sup> ch., sect. A, 11 janv. 2023, n° 21/02924 (infirmation, TJ Mulhouse, 4 juin 2021). – V. également, CA Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 18 janv. 2023, n° 22/00614 (réouverture des débats T. com. Albi, 18 janv. 2022, n° 2021/02326). – CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch., 13 déc. 2022, n° 22/00997 (infirmation, T. com. La Roche-sur-Yon, 28 mars 2022). – CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 24 nov. 2022, n° 22/02907 (confirmation, TJ Versailles, 4 avr. 2022). – CA Pau, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 24 nov. 2022, n° 21/03927 (infirmation partielle, T. com. Pau, 21 nov. 2021).