

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 8
ARRÊT DU 12 JANVIER 2018

Numéro d'inscription au répertoire général 16/20930

Décision déférée à la Cour : Ordonnance du 05 Octobre 2016 -Tribunal de Commerce d'EVRY - RG n° 2016R00162

APPELANTE

SNC LIDL agissant en la personne de son gérant domicilié en cette qualité audit siège STRASBOURG N° SIRET 343.262.622

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque C2477

Assistée par Me Yohann TOREAU de l'AARPI GOWLING WLG, avocat au barreau de PARIS, toque P0127

INTIMÉE

SASU ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés PARIS

Représentée par Me Frédérique ETEVENARD, avocat au barreau de PARIS, toque K0065

Assistée par Me Olivier GUIDOUX de la SCP DEPREZ, GUIGNOT & ASSOCIÉS, avocat au barreau de PARIS, toque P221

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 30 novembre 2017, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme Sylvie KERNER-MENAY, Présidente, et M. Thomas VASSEUR, Conseiller, chargés du rapport.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Mme Sylvie KERNER-MENAY, Présidente de chambre

M. Thomas VASSEUR, Conseiller

Mme Christina DIAS-DA-SILVA, Conseillère

Qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats M. Aymeric PINTIAU

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Mme Sylvie KERNER-MENAY, présidente et par Mme Patricia PUIPIER, greffière.

EXPOSÉ DU LITIGE

La société LIDL est une enseigne de la grande distribution à prédominance alimentaire qui exploite sur le territoire national une chaîne de supermarchés.

La société ITM Alimentaire international est en charge de la stratégie et de la politique commerciale des enseignes de distribution alimentaire du Groupement des Mousquetaires notamment l'enseigne INTERMARCHE.

Entre avril et juin 2016, la société LIDL a réalisé une campagne de publicité diffusée sur les chaînes télévisées pour la promotion successive de 5 produits non-alimentaires vendus dans ses magasins, publicités télévisuelles encadrées par des règles spécifiques, notamment l'article 8 du Décret n°92-280 du 27 mars 1992.

Exposant qu'elle avait constaté que ces produits n'étaient plus disponibles depuis le 20 juin 2016 dans quatre magasins parisiens et franciliens, et estimant que ces opérations étaient des ventes éphémères et constituaient des opérations promotionnelles prohibées par l'article 8 du Décret n°92-280 du 27 mars 1992 aux motifs que les produits visés n'étaient plus disponibles à la vente moins de 15 jours après la diffusion des spots publicitaires et susceptibles en conséquence de constituer des pratiques commerciales déloyales, la société ITM Alimentaire International a saisi, par requête en date du 8 juillet 2016, le président de tribunal de commerce d'Evry pour obtenir la nomination d'un huissier de justice chargé de :

1°- se rendre au sein de chaque magasin sous enseigne LIDL exploités par la société LIDL mentionnés ci-après :

· LIDL, à Paris 12ème

· LIDL, à Paris 14ème

· LIDL, à Ris-Orangis 91 130

· LIDL, rue Descartes, route nationale à Evry 91 000 et dans chacun de ces magasins, constater en présence d'une personne représentant chacun desdits magasins et prendre copie, par tout moyen et à partir de tous supports disponibles, notamment informatiques, les informations et les documents suivants relatifs aux produits suivants (i) glacière électrique de

marque CRIVIT, (ii) barbecue à charbon de bois FLORABEST, (iii) appareil de mise sous vide SILVERCREST, (iv) mallette à outils POWERFIX, (v) set de manucure et pédicure SILVERCREST, à savoir :

· l'état du stock au jour de la première diffusion à la télévision des spots publicitaires relatifs à chacun de ces produits, à savoir :

(i) glacière électrique de marque CRIVIT : le 12 avril 2016

(ii) barbecue à charbon de bois FLORABEST : le 26 avril 2016

(iii) appareil de mise sous vide SILVERCREST : le 3 mai 2016

(iv) mallette à outils POWERFIX : le 10 mai 2016

(v) set de manucure et pédicure SILVERCREST : le 4 juin 2016.

· les quantités initialement livrées et la date à laquelle les ruptures de stocks ont été constatées pour chacun de ces produits dans chaque magasin,

· les quantités desdits produits disponibles dans les rayons dans les réserves le jour du constat réalisé par l'huissier désigné, pour chacun de ces produits, dans chaque magasin,

2°- se rendre au siège social de la société LIDL sis Strasbourg et/ou dans tous les locaux désignés par cette dernière dans lesquels se trouveraient les informations recherchées ci-après, pour :

Constater et prendre copie, par tout moyen et à partir de tous supports disponibles, notamment informatiques, les informations et les documents suivants relatifs aux produits suivants (i) glacière électrique de marque CRIVIT, (ii) barbecue à charbon de bois FLORABEST, (iii) appareil de mise sous vide SILVERCREST, (iv) mallette à outils POWERFIX, (v) set de manucure et pédicure SILVERCREST, à savoir :

· le nombre de diffusions à la télévision et les chaînes concernées relatif aux produits mentionnés ci-avant,

· le nombre et le montant des achats relatifs aux produits mentionnés ci-avant,

· les quantités livrées à l'ensemble des magasins LIDL situés sur le territoire de France métropolitaine.

Par une ordonnance sur requête en date du 11 juillet 2016, le président du tribunal de commerce d'Evry a, aux vises des articles 145, 493 et 874 du code de procédure civile désigné la SCP VAISSEYRE-BASTIDE-VINCENT huissiers de justice, pour procéder aux constats sollicités.

Les opérations se sont déroulées le 19 juillet 2016.

Les 20 juillet 2016 puis le 9 août 2016, la société LIDL a adressé un courrier à la SCP VAISSEYRE-BASTIDE-VINCENT pour l'informer de la mise en oeuvre d'une procédure de

référé-rétractation et lui a demandé de ne pas se dessaisir des éléments appréhendés.

Le 9 août 2016, de nouvelles opérations de constat ont eu lieu dans des locaux de la société LIDL à Rungis.

Par assignation en référé du 5 août 2016, la société LIDL a demandé principalement au juge des référés du tribunal de commerce d'Evry de rétracter l'ordonnance du 11 juillet 2016 aux motifs de l'absence, dans la requête et dans l'ordonnance, de circonstances justifiant le non-respect du principe du contradictoire et de l'absence d'un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile.

Suivant une ordonnance en date du 5 octobre 2016, le juge des référés du tribunal de commerce d'Evry a rejeté la demande de la société LIDL et l'a condamnée à payer une somme de 1.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que les dépens de l'instance.

Par déclaration du 20 octobre 2016, la société LIDL a interjeté appel de cette décision.

Suivant des dernières conclusions en date du 17 novembre 2017, la société LIDL demande à la cour d'infirmer l'ordonnance du 5 octobre 2016, de rétracter l'ordonnance sur requête en date du 11 juillet 2016 et la condamnation de la société ITM Alimentaire International à lui payer la somme de 10.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

En fait, elle précise que les spots publicitaires litigieux ont été soumis à la Haute Autorité de Régulation professionnelle de la publicité (ARPP) pour validation avant diffusion. Elle ajoute que cette Autorité a émis un avis favorable. Elle soutient que les cinq produits en cause ont été disponibles à la vente pendant une durée de 17 à 24 semaines.

En droit, elle soutient qu'elle a ainsi respecté les termes de l'article 8 du Décret n°92-280 du 27 mars 1992 et de l'annexe 3 de la Note de l'ARPP en date du 15 mai 2006 qui au principe de l'interdiction de diffusion d'opérations promotionnelles à la télévision, prévoit la possibilité de telles opérations sous plusieurs conditions dont celle de la mise à disposition des produits concernés pour une période d'au moins 15 semaines. Elle conteste s'être rendue coupable d'actes de concurrence déloyale.

Elle considère que la requête et l'ordonnance sur requête ne contiennent pas les éléments justifiant la dérogation au principe du contradictoire, motivation exigée par les textes et par la jurisprudence, la simple énonciation d'un risque de dépérissement des preuves étant insuffisante.

Elle ajoute que cette dérogation est d'autant moins justifiée lorsque la mesure porte sur des documents comptables qui, par nature, ne peuvent être détruits. Elle soutient encore que la volonté de destruction ou d'altération d'une partie ne résulte nullement d'une évidence et qu'il convient d'apporter les éléments permettant de considérer comme crédible cette éventualité.

Elle précise que la carence dans la motivation de l'ordonnance sur requête n'est pas régularisable a posteriori, le bien-fondé de la mesure sollicitée par voie de requête devant se trouver dans la requête initiale et non dans d'autres faits non invoqués à l'origine.

En l'espèce, précise-t-elle, seul un risque de dépérissement des preuves a été indiqué dans la requête sans élément concret se rapportant aux faits de la cause et, par ailleurs, l'ordonnance sur requête ne contient aucune référence à l'absence de contradictoire.

En outre, l'ordonnance sur rétractation en indiquant que "la requête vise de manière formelle le risque de dépérissement des preuves et la nécessité d'un effet de surprise " ne contient qu'une clause de style, trop générale pour être pertinente et justifier au-delà de la mesure sollicitée le non-respect du contradictoire. De plus, la référence à la suspicion de faits de concurrence déloyale ne suffit pas, en soi, à justifier l'absence de contradictoire sauf à considérer qu'il n'y aurait plus nécessité d'en justifier dans ce domaine.

De surcroît, aucun risque de dépérissement des preuves n'existait dans la mesure où les documents sollicités devaient être conservés et pouvaient être réclamés de façon contradictoire tels l'état des stocks et les quantités livrées retranscrits dans le livre d'inventaire et les pièces justificatives, bons de commande, de livraison ou de réception, factures clients et fournisseurs.

Elle reproche encore au juge de la rétractation de s'être contenté de vérifier que la requête visait le risque de dépérissement des preuves sans vérifier que ce risque existait réellement.

Enfin, la société LIDL s'étonne de ce que la mesure ordonnée n'ait pas été assortie d'une mesure de séquestre pour éviter une atteinte au secret des affaires.

La société LIDL observe en outre que la requête ne repose pas sur un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile. Il appartient au juge de se prononcer sur la plausibilité du procès au fond et l'utilité, voire la pertinence, des mesures d'instruction sollicitées.

Elle rappelle que six magasins étaient initialement visés par son adversaire mais que seuls quatre d'entre eux ont fait l'objet de mesures de constat ce qui est insuffisant pour en tirer des conséquences générales au regard des 1.500 magasins du groupe en France dans la mesure où les stocks détenus par ces magasins ne représentent pas l'intégralité des produits concernés.

Elle soutient que l'objectif réel du demandeur initial était d'obtenir des informations confidentielles sur le changement de stratégie de son concurrent et souligne que le fait que le juge du fond saisi dès le 4 octobre 2016 par son adversaire ait statué en faveur de son adversaire suivant un jugement du 5 juillet 2017 frappé d'appel, est indifférent à la solution du présent litige.

Par dernières conclusions en date du 9 novembre 2017, la société ITM Alimentaire International a conclu à la confirmation de l'ordonnance entreprise et à la condamnation de la société LIDL à lui payer la somme de 10.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens avec distraction au profit de Me ... en application de l'article 699 du code de procédure civile.

Elle soutient que les spots litigieux diffusés par LIDL constituent de graves distorsions de concurrence en ce qu'ils sont tout à la fois des violations de l'article 8 du Décret précité et une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L.121-2 et suivants du code de la consommation.

Elle entend démontrer pour chacun des cinq articles concernés qu'ils n'étaient plus disponibles bien avant l'expiration du délai de 15 semaines dans six magasins LIDL et estime qu'au vu des éléments dont elle disposait déjà, elle avait un motif légitime à obtenir les mesures de constat et d'appréhension de copies des documents déjà cités.

Elle précise qu'au fond, elle a d'ores et déjà obtenu par un jugement du tribunal de commerce d'Evry en date du 5 juillet 2017, le constat de ce que la société LIDL s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale et de pratiques commerciales trompeuses et la condamnation de cette dernière société à lui payer une somme de 252.700 euros à titre de dommages et intérêts pour concurrence déloyale ainsi qu'à une somme de 250.000 euros pour pratiques commerciales trompeuses.

Elle soutient que les conditions de mise en oeuvre des articles 145 et 493 du code de procédure civile au regard des textes et de la jurisprudence, étaient parfaitement réunies. Elle reprend les termes de sa requête selon laquelle, à défaut de non contradictoire, la société LIDL pouvait procéder au réapprovisionnement de ses magasins concernant les produits litigieux ou procéder à la destruction des documents établissant la commission des actes de concurrence déloyale.

Elle rappelle que l'ordonnance sur requête peut, comme en l'espèce, viser les motifs de la requête explicitant les raisons de l'atteinte au respect du contradictoire.

S'agissant du motif légitime, elle indique qu'elle était en droit d'obtenir les mesures sollicitées en lien direct avec un litige futur dont le fondement juridique était suffisamment déterminé, ce qu'a reconnu la juridiction consulaire d'Evry statuant au fond.

Elle soutient que LIDL ne peut contester la plausibilité du procès à venir, qu'une société concurrente l'avait déjà assignée en mars 2016 pour violation de l'interdiction de diffusion d'opérations commerciales de promotion faisant suite à des mesures de constat obtenues par voie de requête et réalisées en décembre 2015 dans plusieurs magasins LIDL.

En application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour renvoie aux écritures des parties pour un plus ample exposé des faits et moyens développés au soutien de leurs prétentions respectives.

SUR CE, LA COUR

Sur l'existence d'un motif légitime

Selon 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.

Le juge, saisi d'une demande de rétractation d'une ordonnance sur requête ayant ordonné une mesure sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile est tenu d'apprécier au jour où il statue les mérites de la requête. Il doit s'assurer de l'existence d'un motif légitime, au jour du dépôt de la requête initiale et à la lumière des éléments de preuve produits à l'appui de la requête qui a ordonné la mesure probatoire et des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement.

L'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145. L'existence de contestations sérieuses ne constitue pas un obstacle à la mise en oeuvre de la mesure sollicitée, l'application de cet article n'impliquant aucun préjugé sur la responsabilité des parties appelées à la procédure, ni sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé.

Il résulte enfin de l'article 145 que le demandeur à la mesure d'instruction n'a pas à démontrer l'existence des faits qu'il invoque puisque cette mesure in futurum est destinée à les établir, mais il doit justifier d'éléments rendant crédibles les griefs allégués.

La société LIDL conteste le motif légitime de son adversaire à solliciter la réalisation des mesures visées faute d'utilité voire de pertinence de la mesure d'instruction dans la perspective d'un procès au fond. Elle soutient que les constats opérés auprès de 4 magasins ne permettent pas de tirer des conséquences générales pour les 1.500 dont elle dispose en France.

La société ITM soutient au contraire qu'en sa qualité de concurrent direct de LIDL, elle a intérêt à faire respecter les règles s'appliquant aux conditions d'exercice de la concurrence. En l'espèce, les campagnes de publicité opérées par LIDL étant en réalité des opérations promotionnelles interdites, elles sont constitutives d'une infraction à l'article L.121-1-I-2° du code de la consommation qui interdit toute allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant notamment sur la disponibilité du produit ou sa quantité. Dès lors, il existe, selon elle, un lien suffisant entre les faits et un éventuel procès futur.

En l'espèce, la requête soumise au juge du tribunal de commerce d'Evry développe les éléments de fait et de droit au soutien de la demande formulée. Il est en effet rappelé les circonstances dans lesquelles les publicités télévisées contestées sont intervenues et les premiers constats opérés par la société ITM dans les magasins de son concurrent, directement ou par la voie de consommateurs quant à la disponibilité des produits. Ces développements s'accompagnent du rappel des règles applicables à la matière, notamment l'article 8 du Décret 92-280 du 27 mars 1992, dont la requérante estime qu'elles ont été violées ce qui, selon elle, pourrait ouvrir droit à une action en concurrence déloyale.

Le juge de la rétractation a également repris ces éléments pour caractériser l'existence d'un motif légitime à obtenir des mesures d'investigation in futurum.

La cour ne peut que confirmer l'analyse des premiers juges qui établit parfaitement le lien entre les mesures sollicitées et une possible action future sans qu'il soit nécessaire de porter une appréciation sur les chances de succès de cette action au regard des preuves qui pourraient ainsi être collectées, le lien entre la recherche des preuves et une possible action étant suffisant pour caractériser le motif légitime prévu par l'article 145 du code de procédure civile.

Sur les circonstances permettant de déroger au principe de la contradiction

L'article 145 du code de procédure civile permet la recherche de la preuve sur requête ou en référé.

Selon l'article 493 du code de procédure civile, l'ordonnance sur requête est une décision

rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse.

Il est ainsi admis que les mesures d'instruction prévues à l'article 145 du code de procédure civile ne peuvent être ordonnées sur requête que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. Il appartient au juge de la rétractation, au besoin d'office, de rechercher si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe de la contradiction. Les circonstances susceptibles d'autoriser une telle dérogation doivent être caractérisées dans la requête ou dans l'ordonnance la visant.

Au cas d'espèce, l'ordonnance sur requête du 11 juillet 2016 vise la requête présentée par la société ITM Alimentaire International et les motifs qui y sont exposés sans autre motivation. Cette pratique est parfaitement admise pour peu que la requête soit suffisamment détaillée.

Les mesures sollicitées sont de trois ordres.

Elles visent en premier lieu à obtenir le constat par un huissier, localement dans quatre magasins LIDL de la région parisienne, de la situation de disponibilité des produits litigieux en rayon, de la situation des stocks de ces produits dans lesdits magasins et des quantités livrées dans ceux-ci.

Elles visent en second lieu à obtenir les mêmes informations sur un plan national par la recherche des quantités de produits achetés et de produits livrés à l'ensemble des magasins sur le territoire de France métropolitaine.

Elles visent enfin à obtenir toutes informations sur le nombre de diffusions à la télévision et les chaînes concernées.

Sur le premier type de mesures, la requête, expressément visée par l'ordonnance qui en a ainsi adopté les motifs, expose notamment en page 8, les circonstances justifiant in concreto qu'il soit dérogé au principe de la contradiction, en l'occurrence, le fait qu'informée de la mesure, la société LIDL aurait pu faire procéder au réapprovisionnement dans ses magasins des cinq produits mis en avant dans les spots télévisés. Il est ainsi soutenu, qu'avisée de la demande, la société LIDL aurait pu procéder au réassortiment généralisé des magasins de son enseigne pour faire échec au constat, déjà opéré par ITM, selon lequel les magasins LIDL n'ont reçu les produits qu'en faible quantité et qu'aucun n'était plus disponible à la vente dès le 20 juin 2016 alors que les dates de disponibilité obligatoire s'étaient étalées du 28 juillet au 19 septembre 2016, sans que cette mesure de réassortiment s'inscrive dans une dynamique normale de gestion du stock national.

Sans préjuger de la réalité de ces allégations, il est établi que la connaissance par LIDL de l'action engagée par son concurrent aurait effectivement été de nature à lui permettre de modifier l'état de disponibilité de ses produits dans les quatre magasins visés.

Sur les deuxième et troisième type de mesures, il est encore indiqué, toujours en page 8 de la requête qu'avisée de la volonté d'ITM de caractériser des manoeuvres déloyales, la société LIDL qui a sciemment pu disposer de stocks de produits insuffisants compte tenu de l'ampleur de la diffusion des spots, aurait pu procéder à la dissimulation, l'altération ou la destruction de documents pouvant caractériser la commission de ces actes de concurrence déloyale.

La requête et l'ordonnance s'y référant évoquent ainsi suffisamment la nécessité de la surprise dont la cour relève qu'elle est seule de nature à permettre à la société ITM d'obtenir effectivement et rapidement les documents recherchés en s'assurant qu'ils soient complets et en format original.

Il convient dès lors de confirmer l'ordonnance entreprise.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

L'équité commande de condamner la société LIDL à payer à la société ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL une somme de 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel.

La société LIDL qui succombe sera condamnée aux dépens.

PAR CES MOTIFS

Confirme l'ordonnance du juge des référés du tribunal de commerce d'EVRY en date du 5 octobre 2016 en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant,

Condamne la société LIDL à payer à la société ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL une somme de 3.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel ;

Condamne la société LIDL aux dépens d'appel dont distraction au profit de Me ..., avocat, en application de l'article 699 du code de procédure civile ;

Le greffier, Le président