

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
3ème chambre A
ARRET DU 23 Mars 2017

R.G : 16/04038

APPELANTE :

SARL PEMACO

inscrite au RCS de LYON sous le numéro 392 986 535

Représentée par ses dirigeants légaux en exercice domicilié [...]

adresse [...]

69100 VILLEURBANNE

placé sous le régime de la sauvegarde de justice par jugement du tribunal de commerce de LYON du 30 juin 2016

Représentée par la SCP JACQUES AGUIRAUD ET PHILIPPE NOUVELLET, avocats au barreau de LYON

Assistée de la SELARL VEBER ASSOCIÉS, avocats au barreau de LYON

Intervenants volontaires

Selarl AJ PARTENAIRES représentée par Maîtres Bruno SAPIN et Ludivine SAPIN et Maître Didier LAPIERRE ès qualités d'administrateur avec mission de surveillance des opérations de gestion de la SARL PEMACO désigné par jugement du commerce de Lyon du 30 juin 2016

Représentée par la SCP JACQUES AGUIRAUD ET PHILIPPE NOUVELLET, avocats au barreau de LYON

Assistée de la SELARL VEBER ASSOCIÉS, avocats au barreau de LYON

Maître Jean-Philippe REVERDY ès qualités de mandataire judiciaire de la SARL PEMACO désigné par jugement du commerce de Lyon du 30 juin 2016

demeurant [...]

69003 LYON

Représentée par la SCP JACQUES AGUIRAUD ET PHILIPPE NOUVELLET, avocats au barreau de LYON Assistée de la SELARL VEBER ASSOCIÉS, avocats au barreau de LYON

INTIMEE :

SA SQUARE

inscrite au RCS de LYON sous le n° 329 032 650

représentée par ses dirigeants légaux en exercice domicilié [...]
adresse [...]

Prévoist

69006 LYON

Représentée par la SCP TUDELA ET ASSOCIES, avocats au barreau de LYON

Assistée de la SELAS CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON, avocats au barreau de LYON

Date de clôture de l'instruction : 24 Janvier 2017

Date des plaidoiries tenues en audience publique : 09 Février 2017

Date de mise à disposition : 23 Mars 2017

Audience tenue par Christine DEVALETTE, président et Pierre BARDOUX, conseiller, qui ont siégé en rapporteurs sans opposition des avocats dûment avisés et ont rendu compte à la Cour dans leur délibéré, assistés pendant les débats de Jocelyne PITIOT, greffier

A l'audience, Christine DEVALETTE a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Composition de la Cour lors du délibéré :

- Christine DEVALETTE, président
- Hélène HOMS, conseiller
- Pierre BARDOUX, conseiller

Arrêt

Contradictoire rendu publiquement par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

Signé par Christine DEVALETTE, président, et par Jocelyne PITIOT, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSE DU LITIGE

La S.A. SQUARE exerce une activité d'agent de production graphique.

La S.A.R.L. PEMACO intervient dans différents domaines de la communication et de ses applications, et notamment le packaging.

La société SQUARE a employé Florence DURANTON en qualité d'infographiste avant que celle-ci ne démissionne le 30 octobre 2008 et conclue le 26 janvier 2009 un contrat de travail avec la société PEMACO. Une autre infographiste a démissionné le 14 janvier 2009, Madame TAGLIOLI, qui a été embauchée par la société PEMACO.

Estimant être victime d'actes de concurrence déloyale de la part de la société PEMACO, par l'intermédiaire de Florence DURANTON, lui ayant fait perdre deux de ses principaux clients, la société SQUARE, par deux ordonnances du 19 octobre 2009, rendues par le président du TGI de Lyon, a été autorisée à procéder à un constat au siège de la société PEMACO et au domicile de Madame DURANTON afin d'accéder à un certain nombre de fichiers en relation avec des actes éventuels de concurrence déloyale.

Le 15 janvier 2010, la société PEMACO a assigné la société SQUARE afin d'obtenir la rétractation de l'ordonnance et par ordonnance du 3 mai 2010, le juge des référés a partiellement rétracté son ordonnance concernant l'accès au serveur informatique de la société par l'intermédiaire de tout poste informatique connecté au réseau, mesure qu'il a considéré comme insuffisamment précise et illégitime.

La société SQUARE a alors interjeté appel de cette décision et, par arrêt du 6 décembre 2011, la cour d'appel de Lyon a confirmé l'ordonnance déférée, en limitant toutefois la rétractation ordonnée d'accéder au serveur sur la base du seul mot clef Boiron et noms de médicaments et produits de la société BOIRON, la restriction ne se justifiant pas pour les mots clés SQUARE et KRAFT.

La société SQUARE a formé un pourvoi devant la Cour de cassation qui, par arrêt du 19 mars 2013, a cassé et annulé en toutes ses dispositions l'arrêt rendu le 6 décembre 2011 et renvoyé les parties devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée.

Par arrêt du 1er octobre 2013, la cour d'appel de Lyon a réformé l'ordonnance rendue et dit n'y avoir lieu à rétractation de l'ordonnance du 19 octobre 2009.

Par acte du 20 mai 2011, la société SQUARE avait entre temps assigné au fond la société PEMACO devant le tribunal de commerce de Lyon en concurrence déloyale et en dommages intérêts pour perte des clients GIFRER et BOIRON, et pour préjudice commercial.

A titre reconventionnel, la société PEMACO demandait la nullité des PV de constat et du rapport d'analyse, le rejet des prétentions de la société SQUARE et des dommages intérêts pour préjudice et procédure abusive.

Par jugement en date du 9 mai 2016, le tribunal de commerce de Lyon a :

- rejeté la demande de la société PEMACO en nullité des procès-verbaux de constat et des actes de saisie réalisés le 12 novembre 2009,
- jugé que la société PEMACO a commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société SQUARE,
- fixé le montant du préjudice subi par la société SQUARE à la somme de 299.195 euros,
- condamné la société PEMACO à verser la somme de 299.195 euros à la société SQUARE,
- rejeté la demande de dommages et intérêts formée par la société SQUARE au titre de l'indemnisation de son préjudice commercial,
- débouté la société PEMACO de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- condamné la société PEMACO à verser la somme de 1.500 euros à la société SQUARE en application des dispositions de l'article 700 du CPC,

- ordonné l'exécution provisoire du jugement,
- condamné la société PEMACO aux entiers dépens.

Par déclaration reçue le 25 mai 2016, la société PEMACO a relevé appel de ce jugement.

Par jugement du 30 juin 2016, le tribunal de commerce de Lyon a ouvert la procédure de sauvegarde de la société PEMACO, la SELARL AJ PARTENAIRES étant nommée en qualité d'administrateur avec mission de surveillance et Maître Jean-Philippe REVERDY étant nommé en qualité de mandataire judiciaire.

Par ordonnance du 19 juillet 2016, le Premier président de la cour a ordonné l'arrêt de l'exécution provisoire attachée au jugement du 9 mai 2016 pour la durée de la procédure d'appel.

Dans leurs dernières conclusions, déposées le 20 janvier 2017, la société PEMACO, la SELARAJ PARTENAIRES et Maître Jean-Philippe REVERDY ès qualités, demandent à la cour de :

- infirmer le jugement du tribunal de commerce de Lyon du 9 mai 2016 en toutes ses dispositions,
- dire et juger que l'huissier qui a réalisé son procès-verbal de constat le 12 novembre 2009 au siège de la société PEMACO a outrepassé la mission qui lui a été confiée par le Président du tribunal de grande instance de Lyon,
- dire et juger que le principe du contradictoire n'a pas été respecté dans le cadre deux missions intervenues le 12 novembre 2009,

En conséquence,

- prononcer la nullité des procès-verbaux de constats et des actes de saisie réalisés le 12 novembre 2009 par Maître FRADIN et Maître TRONEL, Huissiers de Justice,

En tout état de cause,

- dire et juger que la société SQUARE, qui ne peut se constituer de preuve à elle-même, ne rapporte pas la preuve de ses prétentions,
- dire et juger que le rapport d'analyse commandé à monsieur MELIN par la société SQUARE, doit être déclaré nul et en tout état de cause écarté des débats comme dépourvu de force probante,
- dire et juger que la société SQUARE est défaillante dans l'administration de la preuve des fautes qu'elle reproche à la société PEMACO,
- dire et juger que l'appel d'offres de la société BOIRON est incompatible avec une situation de concurrence déloyale,
- dire et juger que le fait pour la société SQUARE de s'être soumise à une situation de concurrence auprès de la société BOIRON est incompatible avec une situation de concurrence déloyale,

- dire et juger que la société PEMACO n'a pas commis d'acte de concurrence déloyale à l'égard de SQUARE,
- dire et juger que la société SQUARE ne rapporte pas plus la preuve de la réalité et la justification des préjudices allégués et encore moins de l'existence d'un lien de causalité avec les actes allégués,
- dire et juger que la société SQUARE a en outre déjà obtenu réparation par la société GIFRER et la société BOIRON des conséquences financières liées à la perte de ses deux clients par décisions des 16 janvier 2014 et 23 juin 2016,
- dire et juger que la société SQUARE ne justifie pas de l'existence du soit disant profit dont aurait bénéficié la société PEMACO à son détriment,

Subsidiairement,

- dire et juger que le lien entre la faute et le préjudice n'est pas établi,
- débouter la société SQUARE de toutes ses demandes, fins et conclusions comme irrecevables et en tout état de cause comme non fondées,

A titre reconventionnel,

- condamner la société SQUARE à régler à la société PEMACO une somme de 300.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices subis,
- faire interdiction à la société SQUARE d'utiliser les documents commerciaux et confidentiels irrégulièrement saisis le 12 novembre 2009,
- enjoindre à la société SQUARE de remettre l'ensemble des documents saisis à la société PEMACO dans les huit jours du prononcé de l'arrêt à intervenir, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard,
- condamner la société SQUARE à verser à la société PEMACO une somme de 10.000 euros à titre de dommages intérêts pour procédure abusive,
- condamner la société SQUARE à régler à la société PEMACO une somme de 35.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la société SQUARE aux entiers dépens d'instance.

La société PEMACO, la SELARL AJ PARTENAIRES et Maître Jean-Philippe REVERDY font valoir que les PV de constat et de saisies pratiquées le 12 novembre 2009 doivent être annulés en raison de la violation des termes de l'ordonnance du 19 octobre 2009, l'huissier ne s'étant pas assuré, au préalable, que toutes les données saisies comprenaient tout ou partie des mots visés par l'ordonnance, c'est à dire » BOIRON « « ,SQUARE », « KRAFT ,ou le nom d'un certain nombre de produits conçus par BOIRON, avant de procéder à la copie sur un support numérique . C'est ainsi que tous les documents commençant par PDF ont été copiés puis l'ensemble du répertoire « volumes /production/pao/boiron » et que tous ces documents ont été remis par l'huissier à la société SQUARE, sans qu'il ait été fait un inventaire contradictoire.

Ils ajoutent que l'huissier n'a pas régulièrement procédé à sa mission de constat mais simplement délégué sa mission à l'expert qui l'accompagnait, violant ainsi son obligation de

procéder lui-même aux constatations, le ramassage des données ayant été massif puisqu'ayant atteint 18 gigas octets.

Ils prétendent que le principe du contradictoire n'a pas été respecté lors de la mesure d'instruction puisque la mesure devait être réalisée avec la présence systématique d'un représentant de la société PEMACO, ce qui n'a pas été le cas, Madame BELTIER s'étant absentée ; qu'aucun inventaire contradictoire des documents saisis n'a été réalisé par l'huissier instrumentaire, ce qui vicie les procès-verbaux puisqu'aucune vérification n'est possible et que les données saisies et enregistrées sur disque dur Verbatim transmis directement à la société SQUARE et non joint au PV n'ont été communiquées que tardivement par une clef USB illisible d'autant plus troublante qu'elle contient 28,5 gigas octets , qu'elle n'a été communiquée qu'au bout de 5 ans et ne figurait pas en annexe du PV de constat.

Ils affirment par ailleurs que le rapport amiable MELIN réalisé 5 mois après, en avril 2010, avec bris de scellés du disque dur, est nul ou est, à tout le moins, dépourvu de force probante, puisque établi unilatéralement sur la base de données triées unilatéralement par la société SQUARE, dont l'origine n'est pas assurée, et en violation du principe du contradictoire.

Ils soutiennent que les opérations de constat et de saisies ainsi irrégulièrement pratiquées n'ont aucune force probante, et ont conduit à la saisie et à la communication de la quasi-totalité des documents techniques et commerciaux de la société PEMACO, notamment tous ceux commençant par « pdf » portant atteinte au secret des affaires, au secret des correspondances et à la vie privée (telles les correspondances privées de Madame DURANTON). Ils réclament à ce titre 300 000 euros de dommages intérêts.

Ils prétendent au fond que la société PEMACO n'a pas commis d'actes de concurrence déloyale puisque la société SQUARE a été mise en concurrence dans le cadre d'un appel d'offres de la société BOIRON auquel cette société a participé, comme le démontre notamment l'arrêt définitif de la cour d'appel de Paris du 23 juin 2016 rendu dans le cadre du litige opposant la société BOIRON à la société SQUARE et les courriers échangés avant le départ de Madame DURANTON, qui a démissionné en octobre 2008, démontrant que la société SQUARE avait déjà perdu une partie des prestations du client BOIRON et que la société GIFRER travaillait avec plusieurs prestataires et n'était pas satisfaite des prestations de la société SQUARE.

Ils ajoutent que la société SQUARE ne rapporte pas la preuve d'un détournement de clientèle, ni d'un démarchage systématique de clientèle ou d'un débauchage de personnel, ni d'un détournement de savoir-faire, aucun savoir-faire propre et protégeable n'existant dans le fait d'utiliser, de manière même combinée, un format pdf et le logiciel ADOBE INDESIGN.

De plus, la société SQUARE ne rapporte pas la preuve d'une utilisation ou d'un vol de fichiers de création packaging, la seule présence de fichiers sur l'ordinateur de Madame DURANTON ne suffisant pas à démontrer leur utilisation par la société PEMACO, la société SQUARE ne démontrant, en outre, ni en être l'auteur ni en être propriétaire.

Ils affirment que la société SQUARE n'a subi aucun préjudice du fait de la société PEMACO, la perte des clients BOIRON et GIFRER étant déjà actée du fait de l'appel d'offres non concluant pour BOIRON et du fait du mécontentement de GIFRER, et que la société SQUARE ne rapporte pas la preuve du quantum de ce prétendu préjudice, tout acteur

économique évoluant sur un marché hautement concurrentiel, se voyant exposé au risque de perdre ses clients. Ils observent que la société SQUARE a d'ailleurs un résultat en progression constante.

Ils affirment également que la société SQUARE ne rapporte pas la preuve du préjudice commercial qu'elle allègue, les techniques utilisées par cette société étant parfaitement connues du public et ne caractérisant pas un savoir faire particulier.

Ils soulignent que la société SQUARE ne peut, en tout état de cause, obtenir deux fois réparation d'un même préjudice, cette société s'étant déjà vue octroyer des indemnités en réparation des conséquences financières liées à la perte des clients GIFRER et BOIRON par deux jugements du tribunal de commerce de Lyon des 16 janvier et 18 avril 2014, dont le premier est définitif et a été exécuté et le second en cours de pourvoi.

Ils soutiennent enfin qu'aucun lien de causalité n'est établi entre la prétendue faute et le prétendu préjudice subi par la société SQUARE et que l'action menée par cette dernière est abusive.

Dans ses dernières conclusions, déposées le 23 janvier 2017, la société SQUARE demande à la cour de :

- confirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Lyon du 9 mai 2016 sauf s'agissant du préjudice alloué à la société SQUARE,

Statuant à nouveau,

- fixer au passif de la procédure de sauvegarde de la société PEMACO au bénéfice de la société SQUARE la somme de 1.033.432 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de la perte des clients BOIRON et GIFRER,

- fixer au passif de la procédure de sauvegarde de la société PEMACO au bénéfice de la société SQUARE la somme de 150.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice commercial,

- fixer au passif de la procédure de sauvegarde de la société PEMACO au bénéfice de la société SQUARE la somme de 35.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'en tous les dépens,

- fixer au passif de la procédure de sauvegarde de la société PEMACO tous les dépens de première instance et d'appel, ces derniers étant distrait au profit de la SCP TUDELA & Associés sur son affirmation de droit.

La société SQUARE fait valoir que les PV du 12 novembre 2009 et leur exécution ont été réalisés dans le strict respect des ordonnances, tant pour le dossier informatique BOIRON, leur volume s'expliquant par le caractère volumineux des fichiers de création graphique, que pour les dossiers pdf où l'expert n'a procédé qu' à la recherche des fichiers pdf visés dans l'ordonnance.

Elle soutient que le principe du contradictoire n'a pas été violé pendant les opérations de constat puisqu'une représentante de la société PEMACO était présente, les absences de cette représentante étant liées à des motifs propres et personnels à celle-ci, et puisqu'une copie

exacte de l'ensemble des fichiers saisis a été laissée sur le bureau de l'ordinateur du représentant de la société PEMACO, Madame DURANTON.

Elle expose, concernant la prétendue délégation de mission, que l'huissier a été expressément autorisé par l'ordonnance à se faire assister par un expert en informatique et que cet expert a agi sur les instructions de l'huissier qui a consigné dans un procès-verbal l'intégralité des opérations techniques qu'il effectuait. Elle soutient, concernant la copie des données que le disque dur a été copié dans un dossier déposé sur le bureau de Madame DURANTON et que Madame BELTIER en a constaté la concordance.

Concernant le rapport MELIN, elle soutient qu'elle n'avait aucune obligation d'organiser une expertise judiciaire, qu'elle est libre de faire réaliser, à titre amiable et à ses frais, tous les rapports techniques qu'elle souhaite et que le rapport d'analyse de Monsieur MELIN est une pièce versée aux débats, que la société PEMACO reste libre de discuter, critiquer ou contredire. De plus, la société PEMACO ne rapporte pas la preuve que Monsieur MELIN ait effectué une analyse inexacte.

Elle affirme que le secret des affaires n'est pas un obstacle en lui-même à l'application de l'article de l'article 145 dès lors que la mesure procède d'un motif légitime, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 6 décembre 2011, et n'a pas été violé en l'espèce, la mission de l'huissier étant strictement circonscrite et la société PEMACO ne rapportant pas la preuve qu'un seul des fichiers ne serait pas en strict lien avec les faits de concurrence déloyale reprochés.

De même, elle considère qu'aucune violation du secret des correspondances et de la vie privée de Madame DURANTON n'est établie.

Elle prétend que dans l'ordonnance, il n'était nullement exigé de l'huissier qu'il dresse un inventaire des fichiers, l'inventaire n'étant prévu que s'agissant de la remise à l'huissier de documents papiers originaux, et que dans les faits, cet inventaire a été réalisé puisque l'huissier a laissé une copie fidèle et intégrale des éléments saisis, sur le bureau de Madame DURANTON.

Concernant la prétendue communication tardive des données saisies, elle soutient que la société PEMACO était en possession depuis le 12 novembre 2009 de l'intégralité des fichiers copiés et qu'elle n'a communiqué à nouveau ces données dans le cadre de la procédure devant le tribunal de commerce sous forme d'une clef USB que pour éviter que la société PEMACO ne prétende ne rien avoir reçu. Elle relève que la société PAMACO est incapable de démontrer qu'un seul des fichiers copiés ait été frauduleusement modifié ou qu'il ait été rajouté des fichiers, rappelant que l'ensemble des fichiers faisait bien 28,5 octets.

Elle affirme comme l'a retenu le tribunal, à partir des documents saisis sur DVD chez Madame DURANTON que celle-ci a procédé à un détournement de clientèle alors qu'elle était encore sa salariée, puisqu'elle a adressé le 17 décembre 2008 à la société BOIRON un document de présentation de la société PEMACO ainsi qu'une grille tarifaire corrigée et qu'elle a adressé le 12 novembre 2008 des devis portant l'en-tête PEMACO à la société GIFRER, les offres étant adressées à des tarifs inférieurs.

Elle affirme également avoir été victime de la part de Madame DURANTON d'un vol de fichiers sources en format pdf sur un logiciel Adobe Indesign, qui ont permis à la société

PEMACO, en adaptant simplement ces fichiers, de répondre à des commandes de BOIRON et de GIFRER, et ainsi d'économiser de nombreuses heures de travail. Elle prétend également que les fichiers de réglage d'export lui ont été volés pour se retrouver sur les postes informatiques de la société PEMACO qui ne pratiquait pas l'activité de pré-press packaging et sur le poste de madame DURANTON à son domicile.

Elle soutient disposer d'un savoir-faire dans le domaine du packaging par l'utilisation combinée des logiciels Indesign et Indesign Server à la certification PDF.

Elle soutient que les clients GIFRER et BOIRON, envers lesquels elle n'avait certes aucune exclusivité, n'ont pas rompu leurs relations suite à la prétendue mauvaise qualité des prestations fournies, ce qu'a sanctionné le jugement définitif du tribunal de commerce le 16 janvier 2014, concernant GIFRER, mais en raison des manœuvres de la société PEMACO et des actes de concurrence déloyale commis.

Concernant BOIRON, elle prétend qu'il n'y a jamais eu d'appel d'offres ni de mise en concurrence, les deux autres sociétés MEDIAPACK et IDEOPS offrant des prestations différentes de celles de SQUARE qui n'intervient que sur le pré-press packaging.

Elle considère, sur l'indemnisation de son préjudice, que ses demandes au titre de la rupture brutale des relations commerciales formulées devant le tribunal de commerce dans les litiges l'opposant aux sociétés BOIRON et GIFRER ne se confondent pas avec les demandes présentées contre la société PEMACO au titre de la concurrence déloyale, les préjudices étant distincts.

Elle affirme avoir subi un préjudice du fait des actes de concurrence déloyale commis par la société PEMACO, son chiffre d'affaires ayant chuté en 2010 suite au départ de Madame DURANTON.

Elle prétend que les actes déloyaux commis par la société PEMACO ont eu pour conséquence de lui faire perdre ses deux clients les plus importants, le préjudice concernant GIFRER étant constitué, selon chiffrage de son expert-comptable, sur 4 années de marge brute auprès de ce client, soit 453.356 euros, le préjudice concernant BOIRON étant constitué de 4 années de marge brute auprès de ce client, soit 580.076 euros.

Elle demande une indemnisation complémentaire pour le préjudice résultant de la perte de l'avantage concurrentiel résultant d'un savoir-faire qui lui a été frauduleusement soustrait.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 24 janvier 2017.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la demande de nullité du procès-verbal de constat réalisé le 12 novembre 2009 au siège de la société PEMACO et du rapport d'analyse de Monsieur MELIN

C'est dans les termes de l'ordonnance sur requête du 19 octobre 2009 du président du tribunal de grande instance de Lyon, au final confirmée par l'arrêt du 1er octobre 2013, et du procès-verbal de constat du 12 novembre 2009, que doit s'apprécier la pertinence des griefs formulés par la société PEMACO contre ce constat, étant rappelé que s'agissant d'une atteinte à une liberté fondamentale, la mission judiciairement autorisée et confiée à un huissier doit être strictement respectée et réalisée contradictoirement.

En l'espèce, le procès-verbal n'encourt pas la critique en ce que l'huissier instrumentaire n'a pas délégué sa mission à l'expert informatique, dont il s'est adjoint les services, comme l'y autorisait expressément l'ordonnance sur requête, dès lors que ce dernier a opéré sous sa direction et son contrôle et que le procès-verbal relate de manière précise toutes les étapes de cette opération.

Celle-ci a été menée, contradictoirement, en l'absence de Monsieur MENUET, directeur d'agence, mais en présence d'un représentant de la société PEMACO, Madame BELTIER, directrice de clientèle, même si celle-ci a pris sur elle de s'absenter à plusieurs reprises pour vaquer à ses occupations. Le déroulement des opérations réalisées sur les ordinateurs de Mesdames DURANTON et Madame TAGLIOLI et sur les serveurs de la société PEMACO, et le contenu du disque dur externe VERBATIM a été copié sur un dossier dénommé « constat 200 91 112 » sur le bureau de l'ordinateur de Madame DURANTON, la correspondance de la copie de ce disque dur ayant été constatée, selon l'huissier, par Madame BELTIER, présente lors de cette opération finale.

Aucune disposition de l'ordonnance, n'imposait à l'huissier instrumentaire d'établir un inventaire des documents ainsi copiés qui sont précisément répertoriés, hors les documents papiers qui sont annexés au procès-verbal, sur un disque dur externe Verbatim, dont le contenu est accessible par la société PEMACO sur le dossier visé ci-dessus, déposé sur le bureau de Madame DURANTON.

En revanche, comme l'a relevé la société PEMACO, l'huissier instrumentaire a dépassé sa mission, en ce que, par le système dit de « scripts » préparé par l'expert informatique pour faciliter les recherches en fonction des termes « BOIRON », « SQUARE », « KRAFT » ou le nom d'un certain nombre de produits fabriqués par la société BOIRON, ou de 13 fichiers précisément listés dans l'ordonnance, le fichier « Job Options -PPP.txt » contenu dans ces scripts, a conduit à copier « l'ensemble de nom de fichiers commençant notamment par pdf » (cf p 12 du procès-verbal) se trouvant sur l'ordinateur de Madame DURANTON, alors que 9 fichiers seulement commençant par pdf étaient visés dans l'ordonnance.

Par ailleurs sur les serveurs de la société PEMACO, et compte tenu du temps extrêmement long de la recherche sur le serveur de production, l'expert informaticien n'a pas procédé à une recherche par scripts, mais sur /volumes/production/pao/Boiron/ et a copié sur disque dur le dossier « pao/boiron », dont l'huissier indique qu'il apparaît contenir tous les éléments BOIRON du disque production, sans s'assurer préalablement à la copie de ce dossier, comme le lui imposait l'ordonnance qui précisait que l'huissier devait procéder en deux temps, que celui-ci contenait tout ou partie des mots visés dans l'ordonnance.

Par suite du dépassement de mission par l'huissier, le procès verbal du 12 novembre 2009 réalisé au siège de la société PEMACO et les opérations de saisies informatiques formalisées sur disque dur externe, doivent être annulés.

Partant le rapport d'analyse de Monsieur MELIN qui porte exclusivement sur ce disque dur Verbatim est dénué d'effet en terme probatoire. Son caractère probant est d'ailleurs largement fragilisé, non pas du fait qu'il a été fait choix par la société SQUARE de ne pas faire procéder à une expertise judiciaire, donc contradictoire, du contenu de ce disque dur, mais du fait de l'absence de traçabilité entre le disque dur placé sous scellés et remis par l'huissier à la société PEMACO, et les données sur lesquelles a travaillé l'expert amiable, cinq mois après, copiées

sur le serveur de la société SQUARE, sous bibliothèque dénommées PEMACO, après que les scellés apposés sur ce document aient été brisés, en dehors de tout contradictoire, par la société SQUARE.

La copie de ce disque dur, sous clef USB, transmise cinq années après par la société SQUARE à la société PEMACO, et que la cour ne peut consulter pour raison de sécurité, présente, indépendamment de la question de son volume, encore moins de garantie de fiabilité sur les documents qu'elle contient.

Sur la demande de nullité du procès-verbal de constat établi le 12 novembre 2009 au domicile de Madame DURANTON.

Selon ordonnance distincte du 19 octobre 2009, le juge des référés a autorisé un huissier à procéder, sur le poste informatique de Madame DURANTON à son domicile à la recherche, sur les supports de fichiers, de documents contenant une liste de noms correspondant des clients de la société SQUARE, puis sur ces supports, de fichiers Packaging ou PDF limitativement énumérés, et sur le logiciel de messagerie, les messages entrants ou sortants, portant dans leur objet ou contenu, les noms de clients. L'huissier a également été autorisé à procéder à la saisie de documents papiers éventuels contenant ces noms et à en faire inventaire avant de les restituer.

Il n'est formulé aucune critique sur ces opérations qui se sont déroulées en présence constante de Madame DURANTON, et en écartant tout document déclaré confidentiel par cette dernière qui, au demeurant [...].

Il n'est pas formulé de critique non plus sur un éventuel dépassement de la mission, au demeurant plus large, autorisée par l'ordonnance présidentielle, et l'exigence qu'elle contient relative à l'établissement d'un inventaire des documents papiers saisis n'a pas été transgressée puisqu'aucun document papier n'a fait l'objet d'une telle saisie.

Les données informatiques saisies ont enfin été copiées sur une carte mémoire COMPACT FLASH recopiée par l'huissier à l'étude sur un DVD, gravé en double exemplaire, dont un annexé au procès-verbal et consultable par la cour.

La société PEMACO doit être en conséquence déboutée de sa demande de nullité de ce procès-verbal et des saisies informatiques opérées.

Le jugement doit être confirmé sur ce point mais infirmé sur le rejet de la demande d'annulation du procès-verbal réalisé au siège de la société PEMACO.

Sur l'action en concurrence déloyale dirigée contre la société PEMACO

La société SQUARE reproche tout d'abord à la société PEMACO, qui est seule dans la cause, d'avoir détourné sa clientèle par l'intermédiaire de Madame DURANTON qui aurait démarché ses clients GIFRER et BOIRON alors qu'elle était encore sa salariée.

Elle en veut pour preuve un document créé sur son ordinateur personnel le 17 décembre 2008, soit avant son départ, et gravé sur le CD annexé au procès-verbal de Maître TRONEL, ci-dessus validé, présentant à la société BOIRON les nouvelles compétences de PEMACO, annonçant son arrivée prochaine dans cette société, et proposant un tarif plus compétitif que celui pratiqué, avec en annexe une copie d'une grille tarifaire SQUARE et une grille tarifaire corrigée intitulée « REVU FLO1208 ».

Il n'est cependant pas établi à l'examen de ce document qui, comme l'indique la société SQUARE n'est pas un email mais un fichier Word, et de la copie écran de ces grilles tarifaires (pièce 37) que ces documents, créés certes alors que Madame DURANTON était salariée de la société PEMACO aient été envoyés et à quelle date, à la société SQUARE, en collusion avec son futur employeur, et serait constitutif d'un acte de démarchage déloyal au profit de celui-ci d'un client de la société SQUARE, indépendamment du litige qui oppose celle-ci à la société BOIRON au titre de la rupture de leurs relations commerciales.

Il en va de même pour les fichiers Word créés en décembre 2008, au domicile de la salariée et correspondant aux devis établis à l'attention de la société GIFRER, qui portent certes les initiales FD de Madame DURANTON, mais dont rien ne prouve qu'ils aient été envoyés à la société GIFRER et encore moins avec la collusion de la société PEMACO chez laquelle aucune facture, au demeurant, n'a été saisie concernant le client GIFRER comme le client BOIRON. Là encore, le litige qui a opposé la société SQUARE à son client GIFRER au titre de la rupture brutale des relations commerciales définitivement imputée à celui-ci, n'a aucune incidence sur l'action en concurrence déloyale exercée par la société SQUARE contre la société PEMACO.

La société SQUARE reproche également un débauchage de deux de ses salariées mais ne caractérise pas les manœuvres qui auraient été employées pour embaucher ses deux salariées démissionnaires et libres de tous engagements, ni la désorganisation qui en serait résultée pour elle.

Elle ne justifie pas plus des griefs de vol de fichiers sources ou des fichiers de réglage qu'elle impute à la société PEMACO, via Madame DURANTON, dès lors que la saisie des données informatiques relatives à ces fichiers figurant sur le poste de travail de Madame DURANTON au sein de cette société, et l'analyse qu'en a faite Monsieur MELIN, ont été invalidées, et que rien ne permet de présumer que ces fichiers, qui figuraient sur l'ordinateur personnel de Madame DURANTON ont été transférés en collusion avec son nouvel employeur auquel il ne peut être reproché, en revanche, de profiter de l'expérience acquise par ses salariés nouvellement embauchés.

Dans le même ordre d'idée, le parasitisme reproché à la société PEMACO dans l'utilisation d'un savoir faire, toujours opéré par le biais de Madame DURANTON, et qui serait tiré de l'utilisation d'un logiciel Adobe Indesign combiné avec le format pdf, il n'est ni établi que cette combinaison constituerait un savoir faire propre et confidentiel ni, à partir des éléments de preuve retenus, que celui-ci aurait été transféré à la société PEMACO, par collusion frauduleuse, et utilisé par Madame DURANTON ou Madame TAGLIOLI.

De son côté, la société PEMACO qui les emploie, justifie avoir acquis le logiciel Adobe Indesign en novembre 2005 et que les préconisations relatives au paramétrage de ce logiciel sont mises à disposition de tous depuis 2002 sur un site WWW.GWG.org auquel la société SQUARE apporte elle-même sa contribution.

Faute de caractérisation ou de preuve des actes de concurrence déloyale reprochés à la société PEMACO, le jugement qui a condamné cette dernière à indemniser à ce titre la société SQUARE, doit être infirmé, y compris sur l'indemnité de procédure qui a été allouée à celle-ci.

Sur les demandes reconventionnelles de la société PEMACO

La société PEMACO ne tente même pas de caractériser la faute de la société SQUARE et le préjudice, distinct des frais de procédure, qu'elle aurait subi du fait de cette faute. Elle ne prétend même pas que la procédure de sauvegarde ouverte à son égard serait en lien avec un comportement fautif de la société SQUARE.

Elle doit être déboutée également de sa demande de remise sous astreinte du disque dur contenant les documents saisis, qui sont de simples copies, et de sa demande de dommages intérêts pour procédure abusive, faute de caractérisation de la faute qu'aurait commise la société SQUARE en mettant en oeuvre des mesures pré-contentieuses autorisées et en exerçant son droit d'agir en justice .

Il doit être fait interdiction en revanche à la société SQUARE d'utiliser les documents objets de la saisie électronique opérée au siège de la société PEMACO.

La société SQUARE doit être condamnée à payer à la société PEMACO, en sauvegarde, une indemnité de procédure de 35.000 euros.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant contradictoirement,

Infirme le jugement entrepris excepté en ce qu'il a refusé d'annuler le procès-verbal d'huissier et les saisies informatiques opérées le 12 novembre 2009 au domicile de Madame DURANTON ;

Et statuant à nouveau,

Annule le procès-verbal et les saisies électroniques opérées le 12 novembre 2009 au siège de la société PEMACO ;

Fait interdiction à la société SQUARE d'utiliser les documents contenus dans ces saisies électroniques ;

Déboute la société SQUARE de son action en concurrence déloyale contre la société PEMACO et de ses demandes subséquentes et à titre d'indemnité de procédure ;

Condamne la société SQUARE à payer à la société PEMACO, en sauvegarde, la somme de 35 000 euros d'indemnité de procédure;

Déboute la société PEMACO de ses autres demandes reconventionnelles ;

Condamne la société SQUARE aux dépens de 1ère instance et d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRESIDENT