

# Texte de la décision

Grosses délivrées RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

14ème Chambre - Section B

ARRÊT DU 07 DÉCEMBRE 2007

(no 713 , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 07/09847

Décisions déferées à la Cour : Ordonnances du 22 Mai 2007 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG no 2007024646 et 2007025697 prononcées par Monsieur ANKRI

APPELANTES

S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

...

75009 PARIS

représentée par la SCP HARDOUIN, avoués à la Cour

assistée de Me Stéphane Y..., avocat au barreau de PARIS, P 283 (Y... SARI FREVILLE)

S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS A TERME agissant poursuites et diligences en la personne de son gérant

...

75009 PARIS

représentée par la SCP BAUFUME - GALLAND - VIGNES, avoués à la Cour

assistée de Me Jérôme Z..., avocat au barreau de PARIS, P 485 (Z... et Associés)

INTIMÉE

S.N.C. ETC POLLAK EP, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

...

75009 PARIS

représentée par la SCP BOLLING - DURAND - LALLEMENT, avoués à la Cour

assistée de Me Frédéric A... et Me Marc B... de BURY, avocats au barreau de PARIS, (SCP AUGUST & DEBOUZY), P 438

\*

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 8 novembre 2007, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme FEYDEAU, président

Mme PROVOST-LOPIN, conseiller

Mme DARBOIS, conseiller,

qui en ont délibéré, sur le rapport de Mme DARBOIS

Greffier : lors des débats, Mme TURGNÉ.

ARRÊT : - CONTRADICTOIRE, prononcé 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 nouveau Code de procédure civile

- signé par Mme FEYDEAU, président et Mme TURGNÉ, greffier présent lors du prononcé.

\*

Vu l'appel formé par la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME de l'ordonnance de référé rendue le 22 mai 2007 (RG 07/24646) par le président du tribunal de commerce de PARIS qui l'a déboutée de sa demande de rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007, a maintenu cette dernière en toutes ses dispositions, a dit n'y avoir lieu à référé sur les autres demandes, a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et l'a condamnée aux dépens ;

Vu l'appel formé par la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE de l'ordonnance de référé rendue le 22 mai 2007 (RG 07/25697) par le président du tribunal de commerce de PARIS qui l'a déboutée de sa demande de rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007, a maintenu cette dernière en toutes ses dispositions, a dit n'y avoir lieu à référé sur les autres demandes, a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et l'a condamnée aux dépens ;

Vu l'ordonnance, en date du 28 juin 2007, de jonction des instances enrôlées sous les numéros 07/9847 et 07/10232 ;

Vu les conclusions en date du 25 octobre 2007 par lesquelles la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME (ci-après

FIMAT SNC) demande à la cour d'infirmier l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions et, statuant à nouveau, de :

- constater que l'ordonnance sur requête du 13 mars 2007 a été rendue sans que la dérogation au principe du contradictoire ne soit justifiée, sur le fondement d'éléments inexacts et qu'elle concourt à la violation du secret professionnel, du secret bancaire, de la confidentialité de l'activité réglementée de courtage financier et du secret des affaires auquel FIMAT SNC est légalement tenue,

- constater que l'ordonnance sur requête du 13 mars 2007 concourt à porter atteinte à l'activité de FIMAT SNC,

- faire injonction à la société ETC POLLAK de communiquer à FIMAT SNC, sous astreinte de 1 500 € par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir :

  - o les livres d'entrée et de sortie de son personnel depuis le 1er juillet 2005,

  - o toute la correspondance entre ETC POLLAK et M. Paul C..., Mme Marie-Caroline D... et M. Karim E... dans les douze mois précédant leur départ d'ETC Pollak,

  - o tous les procès-verbaux du comité d'entreprise et autres instances représentatives du personnel depuis le 1er juillet 2005,

- ordonner la rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007 en toutes ses dispositions,

- débouter la société ETC POLLAK de l'ensemble de ses demandes,

- prononcer la restitution à FIMAT SNC, sous astreinte de 1 500 € par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir, de l'ensemble des "documents saisis" par l'huissier instrumentaire au siège social de FIMAT SNC lors des "opérations de saisie" des 23 mars, 30 mars et 2 avril 2007,

- se réserver la liquidation de l'astreinte en application de l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991,

à titre subsidiaire,

- dire et juger que l'huissier instrumentaire ne pourra se dessaisir des "documents saisis" lors de ses opérations au siège social de FIMAT SNC que sur accord des parties ou après décision du juge saisi du fond du litige,

en tout état de cause,

- condamner la société ETC POLLAK à payer à la société FIMAT SNC la somme de 15 000 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

- condamner la société ETC POLLAK aux entiers dépens ;

Vu les conclusions en date du 24 octobre 2007 par lesquelles la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE demande à la cour de :

- infirmier l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions,

- ordonner la rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007,

- enjoindre à ETC POLLAK de produire aux débats, sous astreinte de 1 500 € par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance, toute pièce de nature à établir l'évolution de son effectif salarié, le nombre de salariés démissionnaires

embauchés par FIMAT INTERNATIONAL BANQUE, celui des embauches compensatrices réalisées, le motif des démissions enregistrées et, de manière plus générale, toute pièce sur lesquelles ETC POLLAK fonderait ses allégations contenues dans la requête contestée,

- ordonner la restitution à FIMAT INTERNATIONAL BANQUE, sous astreinte de 1 500 € par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, de l'ensemble des "documents saisis" par l'huissier au siège social de FIMAT INTERNATIONAL BANQUE lors des "opérations de saisie" des 23, 30 mars et 2 avril 2007,
- dire que la cour sera compétente pour liquider cette astreinte,
- débouter la société ETC POLLAK de sa demande reconventionnelle,
- condamner la société ETC POLLAK à payer à la société FIMAT INTERNATIONAL BANQUE la somme de 10 000 € par application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et à supporter les dépens ;

Vu les conclusions en date du 8 novembre 2007 par lesquelles la S.A.S. ETC POLLAK - EP, intimée, demande à la cour de :

- confirmer les ordonnances du 22 mai 2007 en toutes leurs dispositions,
- débouter les sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE de leur appel,
- débouter les sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE de leur demande de production forcée de pièces sous astreinte,
- débouter les sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE de l'ensemble de leurs autres demandes,

à titre reconventionnel,

- condamner chacune des sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE à lui verser la somme de 1 500 € pour appel abusif,

en tout état de cause,

- condamner chacune des sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE à lui verser la somme de 15 000 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,
- condamner les sociétés FIMAT SNC et FIMAT INTERNATIONAL BANQUE aux dépens de première instance et d'appel ;

SUR CE, LA COUR,

Considérant que la société ETC POLLAK - EP, reprochant aux sociétés FIMAT SNC et FIMAT International Banque des actes de concurrence déloyale par des débauchages massifs ayant entraîné une désorganisation de son activité, a obtenu, le 13 mars 2007, du président du tribunal de commerce de PARIS statuant sur requête, une ordonnance commettant Me F..., huissier de justice, avec pour mission de se rendre dans les locaux de ces sociétés ou dans tout autre lieu où serait assurée leur gestion administrative et financière, de rechercher tous dossiers, fichiers, documents, correspondances quel

qu'en soit le support, papier, informatique ou autre, en rapport avec les faits litigieux précédemment exposés (suit une liste), en prendre copie, au besoin sur place, et conserver lesdites copies réalisées en séquestre ;

Qu'après une tentative d'exécution infructueuse dont il a dressé procès-verbal le 23 mars 2007, l'huissier instrumentaire a procédé à ses opérations les 30 mars et 2 avril 2007 ;

Que, par actes des 6 et 20 avril 2007, les sociétés FIMAT SNC et FIMAT International Banque ont saisi le président du tribunal de commerce de demandes tendant à la rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007 et à la condamnation sous astreinte de la société ETC POLLAK à communiquer diverses pièces ;

Que c'est dans ces conditions qu'ont été rendues les ordonnance entreprises ;

Considérant qu'au soutien de leur appel, les sociétés FIMAT SNC et FIMAT International Banque font valoir, pour l'essentiel, qu'aucune circonstance n'autorisait la société ETC POLLAK à requérir, de manière non contradictoire, les mesures sollicitées, que les conditions de l'obtention de la mesure d'instruction sollicitée n'étaient pas réunies et que la requête reposait sur des affirmations inexactes et une présentation trompeuse des faits qui lui ont permis de violer le secret professionnel et le secret bancaire auquel elles sont tenues et de porter injustement atteinte à leur activité ; qu'elles maintiennent en conséquence leur demande de rétractation avec restitution des documents "saisis" et de communication de pièces sous astreinte ;

Considérant qu'aux termes de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées sur requête ou en référé, à la demande de tout intéressé, 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 ;

Considérant qu'il ressort des écritures des parties et des pièces versées aux débats que les appelantes et l'intimée, exercent leur activité dans le même secteur, fortement concurrentiel ;

Qu'en effet, la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME, créée en 1986 par la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE lors de l'ouverture du marché à terme d'instruments financiers, a pour activité l'ensemble des services d'intermédiation et de compensation sur les principaux marchés mondiaux organisés de produits dérivés et autres instruments financiers ;

Que la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE, également filiale de la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE immatriculée le 18 janvier 1990, exerce une activité de courtier sur les marchés à terme et les autres marchés d'instruments financiers ; qu'ayant son siège social à Paris, ses activités opérationnelles sont conduites dans les places financières de Londres, Madrid, Francfort et Zurich ;

Que la S.A.S. ETC POLLAK - EP, immatriculée le 26 janvier 1999, a pour objet social de négocier des ordres sur le marché à terme, transmettre et négocier tous instruments financiers et exerce ainsi une activité d'intermédiation sur les marchés financiers ; que située à Paris, elle a ouvert un bureau à Londres en 2005 et fait partie depuis cette année-là du Groupe BGC International ;

Que huit courtiers ont quitté la société ETC POLLAK en quelques mois et ont été embauchés par la société FIMAT International Banque :

\* quatre dans le secteur "covered bonds" (obligations garanties), dont le directeur de l'activité, M. G..., en l'espace de deux mois (dont trois en trois jours) :

o M. H..., parti le 6 février 2006 et embauché à une date non précisée (fiche de CV datée du 16 janvier),

o MM. I... et J..., tous deux partis le 14 avril 2006 et embauchés le 4 mai,

o M. G..., parti le 17 avril 2006 et embauché le 5 mai,

\* deux dans le secteur "monetary" (monétaire), le directeur de l'activité, M. K..., et M. L..., partis le même jour, 15 novembre 2006, et embauchés le même jour, 13 décembre 2006,

\* deux, en l'espace d'un mois dans le secteur "equities", M. E..., parti le 24 février 2006 et embauché le 23 mars 2006, et Mme D..., partie le 31 mars 2006 et embauchée le 9 mai 2006 ;

Que tous ont été recrutés pour le site de Madrid alors qu'au vu des pièces produites, aucun d'eux ne parle l'espagnol ou, pour certains, à un niveau professionnel ;

Que M. E... et Mme D... ont, par la suite, été embauchés par la société FIMAT à son siège à Paris, respectivement les 2 octobre 2006 et 2 janvier 2007 ;

Qu'au cours de la même période, M. C..., qui occupait des fonctions de gestionnaire des ressources et de gestionnaire de projets chez ETC POLLAK jusqu'au 21 mars 2006, a été embauché, le 5 avril 2006, dans des fonctions équivalentes ("business developer manager"), comprenant le recrutement, par la société FIMAT ;

Qu'il est ainsi démontré une simultanéité entre ces départs par vagues de salariés intervenant dans des fonctions stratégiques, dont deux directeurs d'activité, et leur recrutement par les appelantes pour un site à Madrid pouvant amener légitimement la société ETC POLLAK, au vu de la situation du marché et de l'absence de compétences linguistiques des intéressés, à suspecter un artifice destiné à contourner la clause de non concurrence à laquelle, à l'exception de M. J..., ils étaient toujours tenus ;

Que l'intimée démontre, par une attestation de son commissaire aux comptes en date du 26 septembre 2007, connaître une baisse significative des chiffres d'affaires de - 1 574 995 € pour l'activité "covered bonds" et de - 720 748 € pour l'activité "monetary" ainsi que d'un manque à gagner complémentaire sur 2006 de - 1 013 247 € pour ces deux activités réunies, confirmant les baisses déjà relevées au mois de mars 2007, consécutives à ces départs ;

Qu'il s'ensuit que la société ETC POLLAK a fait valoir, dans la présentation de sa requête, des éléments précis et objectifs constituant des indices d'actes de concurrence déloyale de la part des sociétés FIMAT SNC et FIMAT International Banque, qui n'ont pas été démentis par les éléments produits, notamment par les appelantes, dans le cadre du présent débat et justifiant l'existence, pour elle, d'un motif légitime d'obtenir la mesure d'instruction sollicitée, par la voie d'une requête afin de se prémunir contre le risque de déperdition des preuves en cas de débat préalable ;

Qu'il convient, à cet égard, d'observer que la nécessité d'avoir recours à la voie de la requête s'est trouvée confortée par les constatations de Me F..., lequel était autorisé à se faire assister par un expert en informatique, dont il ressort qu'entre le 23 mars 2007, date à laquelle il s'est heurté à une opposition au déroulement de ses opérations et le 30 mars, date de l'exécution de sa mission, M. C... avait procédé à un nettoyage de sa messagerie ; qu'en effet, l'expert, M. M..., a relevé, après l'examen des restitutions de sauvegarde qu'entre les deux passages de l'huissier, le nombre de messages répondant aux mots-clés visés dans l'ordonnance était passé de 3 054 à 2 558, soit une suppression de 496 messages ;

Et considérant, qu'au vu de ce qui précède dont il ne ressort pas qu'il y ait eu un manque de loyauté de la part de la société ETC POLLAK dans la présentation de sa requête, les pièces dont les appelantes demandent la communication sous astreinte par ladite société ne sont pas utiles à l'appréciation de la demande de rétractation ;

Considérant, par ailleurs, qu'à l'exception du chef dont il sera question ci-après, la mission confiée à l'huissier étant précisément définie et circonscrite dans le temps et dans son étendue à partir de mots-clés constitués des noms des salariés en cause et des parties -outre la société BGC International, en adéquation avec la situation dénoncée et l'établissement de faits précis dont la preuve est recherchée, la mesure ordonnée ne concerne pas des documents couverts par le secret bancaire et ne porte pas davantage atteinte au secret des affaires, de sorte qu'elle s'avère légalement admissible au sens de l'article susvisé ;

Qu'en revanche, il a été donné mission à Me F... de rechercher "tous documents établissant le chiffre d'affaires généré par M. G..., M. I..., M. J..., M. H..., M. K..., M. L..., Mme D... et M. E... et permettant d'identifier les clients pour lesquels ils sont intervenus depuis leur arrivée chez FIMAT International Banque SA et FIMAT SNC", en prendre copie et les conserver en qualité de séquestre ;

Qu'en l'absence de mots-clés à partir d'une liste de ses propres clients susceptibles d'être démarchés par ses anciens salariés ou dont elle aurait d'ores et déjà constaté le retrait, une telle mesure, par sa généralité et eu égard au secteur d'activité concerné, d'une part, permet à la société ETC POLLAK de prendre connaissance d'éléments couverts par le secret bancaire et d'autre part, constitue une atteinte à la loyauté qui doit présider les relations entre concurrents pour garantir le principe fondamental de la liberté des affaires ; que la mesure de séquestre ne suffit pas à protéger le caractère confidentiel de ces documents ;

Considérant, dans ces conditions, qu'il convient, en réformant la décision déferée de ce chef, de rétracter l'ordonnance du 13 mars 2007 concernant cette seule disposition tandis que c'est à bon droit que, pour le surplus, le premier juge a rejeté la demande en rétractation dont il était saisi ainsi que la demande de communication de pièces ;

Qu'il y a lieu, en conséquence, de débouter les sociétés FIMAT SNC et FIMAT International Banque de leurs demandes de restitution des pièces obtenues par le biais de la mesure d'instruction à l'exception de celles visées au dispositif ci-après, lesquelles seront restituées sans qu'il y ait lieu à astreinte, étant détenues par l'huissier ;

Qu'enfin, l'intimée ne sollicite pas la mainlevée du séquestre qu'elle estime, à juste titre, ne pas relever de la compétence du juge de la rétractation et il ne peut être, dans le cadre de l'examen de la demande de rétractation, ajouté à une ordonnance sur requête ;

Qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu, en répondant à la demande des appelantes, de dire que l'huissier ne pourra se dessaisir des "documents saisis" -terme au demeurant impropre- que sur accord des parties ou après décision du juge saisi du fond du litige ;

Considérant que la rétractation partielle démontre que les appels étaient dépourvus de tout caractère fautif, de sorte que la société ETC POLLAK sera déboutée de sa demande de dommages-intérêts ;

Que le sens de cet arrêt conduit à laisser à chacune des parties ses propres dépens de première instance et d'appel et à rejeter les demandes respectives d'indemnité de procédure ;

PAR CES MOTIFS,

Infirmes l'ordonnance entreprise sauf en ce qu'elle a rejeté la demande de communication de pièces sous astreinte formée par la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME et la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE et dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant,

Ordonne la rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007 en ce qu'elle a donné mission à Me F... de rechercher "tous documents établissant le chiffre d'affaires généré par M. G..., M. I..., M. J..., M. H..., M. K..., M. L..., Mme D... et M. E... et permettant d'identifier les clients pour lesquels ils sont intervenus depuis leur arrivée chez FIMAT International Banque SA et FIMAT SNC" , d'en prendre copie et de les conserver en qualité de séquestre ;

Ordonne, en conséquence, la restitution à la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME et à la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE, par Me F... qui en est le séquestre, des documents recueillis en exécution de ce chef de mission ;

Rejette, pour le surplus la demande de rétractation de l'ordonnance du 13 mars 2007 et de restitution des pièces recueillies en exécution des ses autres dispositions ;

Déboute la S.N.C. FINANCIÈRE DES MARCHÉS À TERME et la S.A. FIMAT INTERNATIONAL BANQUE du surplus de leurs demandes ;

Rejette la demande de dommages-intérêts pour appel abusif ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile en cause d'appel ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT