

10 novembre 2023
Cour d'appel de Nîmes
RG n° 23/01298

4ème chambre commerciale

Texte de la décision

Entête

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT N°

N° RG 23/01298 - N° Portalis DBVH-V-B7H-IZB4

AV

PRESIDENT DU TC DE NIMES

12 avril 2023

RG:2022R00078

S.A.S. DIABSANTE

C/

S.A.S. IDS

Grosse délivrée

le 10 NOVEMBRE 2023

à Me Nicolas JONQUET Me Sonia HARNIST

COUR D'APPEL DE NÎMES

CHAMBRE CIVILE

4ème chambre commerciale

ARRÊT DU 10 NOVEMBRE 2023

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du Président du TC de NIMES en date du 12 Avril 2023, N°2022R00078

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ :

Mme Christine CODOL, Présidente de Chambre,

Madame Claire OUGIER, Conseillère,

Madame Agnès VAREILLES, Conseillère,

GREFFIER :

Madame Isabelle DELOR, Greffière à la Chambre commerciale, lors des débats et du prononcé de la décision

DÉBATS :

A l'audience publique du 19 Octobre 2023, où l'affaire a été mise en délibéré au 10 Novembre 2023.

Les parties ont été avisées que l'arrêt sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la cour d'appel.

APPELANTE :

S.A.S. DIABSANTE, société par actions simplifiée au capital de 10.000 euros, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de NÎMES sous le n°790 199 111, prise en la personne de son représentant légal, domicilié en cette qualité audit siège, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège,

[Adresse 1]

[Localité 2]

Représentée par Me Nicolas JONQUET de la SCP SVA, Plaidant/Postulant, avocat au barreau de NIMES substitué par Me Stéphane DESTOURS avocat au barreau de NIMES

INTIMÉE :

S.A.S. IDS, Société par actions simplifiée au capital de 870,22 €, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 794 416 081, agissant poursuites et diligences en la personne de son Président, domicilié en cette qualité audit siège

[Adresse 3]

[Localité 4]

Représentée par Me Sonia HARNIST de la SELARL HARNIST AVOCAT, Plaidant/Postulant, avocat au barreau de NIMES

Représentée par Me Georges-louis HARANG du PARTNERSHIPS Addleshaw Goddard (Europe) LLP, Plaidant, avocat au barreau de PARIS

Affaire fixée en application des dispositions de l'article 905 du code de procédure civile avec ORDONNANCE DE CLÔTURE rendue le 12 Octobre 2023

ARRÊT :

Arrêt contradictoire, prononcé publiquement et signé par Mme Christine CODOL, Présidente de Chambre, le 10 Novembre 2023, par mise à disposition au greffe de la Cour

Exposé du litige

EXPOSE DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Vu l'appel interjeté le 14 avril 2023 par la S.A.S. Diabsanté à l'encontre de l'ordonnance rendue le 12 avril 2023 par le président du tribunal de commerce de Nîmes, dans l'instance n°2022R00078,

Vu l'avis du 25 avril de fixation de l'affaire à bref délai à l'audience du 19 octobre 2023,

Vu les dernières conclusions remises par la voie électronique le 29 septembre 2023 par l'appelante et le bordereau de pièces qui y est annexé,

Vu les dernières conclusions remises par la voie électronique le 12 octobre 2023 par la S.A.S. IDS, intimée, et le bordereau de pièces qui y est annexé,

Vu l'ordonnance du 25 avril 2023 de clôture de la procédure à effet différé au 12 octobre 2023,

La société IDS, qui est venue aux droits de la société Isis Diabète Sud à la suite d'une opération de fusion absorption, exerce une activité d'insulinothérapie à domicile et est spécialisée dans la livraison, l'installation et le suivi des pompes à insuline externes, incluant la formation des patients et la livraison des consommables à domicile.

L'activité de la société IDS est concurrente de celle de la société Diabsanté.

La société IDS a soupçonné son concurrent direct d'avoir débauché et recruté neuf de ses anciens salariés alors même que certains d'entre eux étaient soumis à une interdiction de non-concurrence au titre d'une clause prévue au sein de leur contrat de travail. Ces embauches seraient à l'origine de détournement de patients, voire de simples prospects, et d'utilisation du savoir-faire de la société IDS.

Par courrier du 9 juillet 2021, la société IDS a demandé à la société Diabsanté de confirmer ou d'infirmer ses soupçons quant à l'éventuel débauchage de son personnel et la violation par ses anciens salariés de leur obligation de non-concurrence.

Sans réponse de la part de la société Diabsanté, la société IDS lui a fait délivrer le 29 septembre 2021 une sommation d'avoir à 'confirmer ou infirmer l'embauche au sein de son personnel de Monsieur [T] [V], Madame [B] [P], Madame [N] [I], Monsieur [W] [E], Monsieur [S] [R] et Madame [X] [A]' et ' de communiquer la copie du registre d'entrée et de sortie du personnel de toute l'entreprise à compter du mois d'octobre 2019 jusqu'à ce jour'. Cette sommation est demeurée infructueuse.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 29 septembre 2021, la société IDS a dénoncé à la Fédération des prestataires de santé à domicile les violations au code des bonnes pratiques des prestataires de santé à domicile (PSAD) qui auraient été commises par son concurrent.

A la requête du 19 novembre 2021 de la société IDS, le président du tribunal de commerce de Nîmes a rendu le 25 novembre 2021 une ordonnance désignant un huissier de justice afin de recueillir des éléments de preuve lui permettant d'engager une action en indemnisation au fond.

Il était donné mission à l'huissier de justice de se rendre, au besoin, accompagné d'un expert en informatique de son choix, au siège social de la société Diabsanté, et, plus généralement dans tous autres lieux qui s'avèreraient nécessaires pour l'accomplissement de sa mission afin de :

-se faire accompagner du commissaire de police compétent et d'un serrurier, lequel sera autorisé à ouvrir toutes les portes, tiroirs, placards, coffres, si besoin est, ainsi que de tout expert en informatique ou homme de l'art qu'il jugera utile pouvant procéder à toutes investigations utiles

-au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, faire toute recherche et constat utiles et à rechercher notamment dans les programmes informatiques ou dossiers papiers, tous fichiers, programmes, échantillons, documentations, devis, factures et projets concernant, émanant ou appartenant à la société Diabsanté et plus généralement tout document démontrant la prospection et/ou la fourniture de prestations de services aux clients/patients de la société IDS, notamment en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs, ci-dessous énumérée :

1) Noms des anciens salariés d'IDS

Madame [B] [P]

Madame [N] [I]

Monsieur [W] [E]

Monsieur [S] [R]

Monsieur [T] [V]

Madame [X] [A]

Madame [J] [U]

Madame [O] [M]

Madame [L] [F]

2) Références en liens avec IDS et son activité propre

Telesis

Expertis

Intensis

Protocole HDJ

DEEP

GRP

FID

Mon diabète à moi

Sano

Chartre des bonnes pratiques IDS

Liste des contacts IDS

3) Noms des patients d'IDS

Liste des mots clefs - liste des patients IDS

et en prendre copie sur tout support

- au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, rechercher toute

correspondance signée ou émise par les anciens salariés de la société IDS adressées à la clientèle/patientèle (clients/patients, prospects) de la société IDS sur tout support que ce soit, notamment dans le cadre d'échange de courriels sur le disque dur des ordinateurs professionnels, y compris les ordinateurs portables de l'entreprise et notamment les ordinateurs professionnels de

Madame [B] [P]

Madame [N] [I]

Monsieur [W] [E]

Monsieur [S] [R]

Monsieur [T] [V]

Madame [X] [A]

Madame [J] [U]

Madame [O] [M]

Madame [L] [F]

ainsi que sur leur PDA, notamment en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs fournie aux termes de la présents requête, et en prendre copie sur tout support ;

-au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, rechercher toutes offres commerciales, propositions de services et factures adressées aux prospects et clients/patients de la société Diabsanté, en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs fournie aux termes de la présente requête, et en prendre copie, sur quelque support que ce soit ;

- au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, se faire remettre le fichier clients/patients et prospects de la société Diabsanté et le comparer avec celui de la société IDS et l'autoriser à procéder au croisement des fichiers et de constater uniquement les prospects et clients/patients que ces deux sociétés ont en commun et d'en établir la liste et d'établir le nombre de sollicitations ou propositions de services émanant de la société Diabsanté auprès des clients/patients communs avec la société IDS

-au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, prendre copie du bulletin de paye des douze (12) derniers mois de

Madame [B] [P]

Madame [N] [I]

Monsieur [W] [E]

Monsieur [S] [R]

Monsieur [T] [V]

Madame [X] [A]

Madame [J] [U]

Madame [O] [M]

Madame [L] [F]

-au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant, prendre copie, sous quelque support que ce soit, du registre des entrées et sorties du personnel et d'éventuels échanges de courriels ou autres documents, contrats notamment en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs fournie aux termes de la présente requête

-se faire remettre, et/ou faire remettre à l'expert informatique l'assistant, les originaux des documents ou fichiers pour en dresser photocopie ou en imprimer le contenu en son étude ou sur place.

Il était ordonné que l'ensemble des éléments recueillis par l'huissier instrumentaire seraient conservés par lui, en séquestre, pendant une durée de trente jours, sans qu'aucune communication, ni divulgation puissent être faites durant cette période.

Le 15 décembre 2021, l'huissier instrumentaire s'est présenté au siège de la société Diabsanté, puis, dans les locaux de la société Groupe [...] à laquelle elle appartient et a dressé un procès-verbal de constat auquel il a annexé les documents saisis ainsi que la note technique de l'expert informatique qui l'a assisté.

Par exploit du 13 mai 2022, la société IDS a fait assigner la société Diabsanté devant le tribunal de commerce de Nîmes aux fins de la voir condamner à lui verser la somme de 110 170,90 euros à titre de dommages et intérêts, en s'appuyant sur les constats et saisies opérés le 15 décembre 2021.

Parallèlement, par exploit du 19 septembre 2022, la SAS Diabsanté a fait assigner la SAS IDS en référé devant le président du tribunal de commerce de Nîmes aux fins de voir notamment rétracter l'ordonnance rendue le 25 novembre 2021 autorisant les dits constats et saisies.

Par ordonnance du 12 avril 2023, le président du tribunal de commerce de Nîmes a, au visa des articles 514, 514-1 alinéa 3 du code de procédure civile, des articles 14, 145, 493 et suivants du code de procédure civile, des articles L. 151-1, R. 152-1 et suivants du code de commerce, des articles 9 & 6 du RGPD, de l'article 226-14 du code pénal, des chapitres 1 & 5 du code de bonnes pratiques des prestataires de santé à domicile édité par la Fédération des PSAD, de la requête du 19 novembre 2021, de l'ordonnance du 25 novembre 2021, :

-Déclaré être compétent pour connaître des demandes de la SAS Diabsanté;

-Constaté que la mesure d'instruction prononcée par l'ordonnance du 25 novembre 2021, par le président du tribunal de commerce de Nîmes sur requête de la SAS IDS, est justifiée par un motif légitime et que l'absence de débat contradictoire est justifiée, compte tenu du risque de déperdition de preuves;

-Débouté la SAS Diabsanté de sa demande en rétractation;

-Maintenu l'ordonnance du 25 novembre 2021, en toutes ses dispositions;

-Constaté que la SAS Diabsanté n'a ni qualité, ni intérêt à agir sur le fondement d'une prétendue utilisation illicite des données des patients de la société IDS;

-Déclaré irrecevables les demandes de la SAS Diabsanté tenant à la prétendue utilisation illicite des données des patients de la société IDS;

-Débouté la SAS Diabsanté, de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions en toutes fins qu'elles comportent

- Condamné la SAS Diabsanté à régler à la SAS IDS, la somme de 2 000 euros, au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile;
- Rejeté toutes autres demandes, fins et conclusions contraires;
- Dit la présente décision exécutoire de plein droit
- Condamné la SAS Diabsanté, aux dépens prévus à l'article 695 du code de procédure civile et les a liquidés conformément à l'article 701 du code de procédure civile.

Le 17 avril 2023, la S.A.S. Diabsanté a interjeté appel de cette ordonnance aux fins de la voir réformer en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'elle a déclaré le président du tribunal de commerce de Nîmes compétent pour connaître de ses demandes.

EXPOSE DES PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Dans ses dernières conclusions notifiées par voie électronique, l'appelante demande à la cour, au visa des articles 145, 496 alinéa 2 du code de procédure civile, du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, des articles 226-13, 226-16 et suivants du code pénal, de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, des articles 30, 21, 122 du code de procédure civile, des articles 455, 458 du code de procédure civile, de :

Rejetant toutes demandes, prétentions et fins contraires,

-Juger nulle l'ordonnance du 12 avril 2023 pour défaut de motivation

-Subsidiairement, infirmer l'ordonnance du 12 avril 2023

Et, statuant à nouveau,

Sur la compétence du juge de la requête :

-Rétracter l'ordonnance du 25 novembre 2021, les mesures ayant été autorisées par une juridiction incompétente

-Subsidiairement, rétracter l'ordonnance du 25 novembre 2021, les mesures étant insuffisamment circonscrites aux faits exposés dans la requête et au litige in futurum et s'analysant en des mesures d'investigation générale prohibées

-A titre infiniment subsidiaire, juger nulles les mesures exécutées qui ont procédé d'un dépassement des termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 ou renvoyer les parties à débattre au fond de cette cause de nullité;

Sur le fondement illicite de la requête et de l'ordonnance :

-Juger recevable la société Diabsanté à invoquer le caractère illicite et non légalement admissible de la requête, d'une pièce fondant la requête et d'une pièce non légalement admissible intégrée dans l'ordonnance du 25 novembre 2021;

-Rétracter l'ordonnance du 25 novembre 2021, celle-ci se fondant et intégrant une pièce illicite et non légalement admissible

Sur la disproportion des mesures :

-Juger que les mesures autorisées par l'ordonnance du 25 novembre 2021 s'analysent en une mission générale et sont disproportionnées

-Rétracter l'ordonnance du 25 novembre 2021;

Sur le principe du contradictoire :

-Juger que ni la requête du 19 novembre 2021, ni l'ordonnance du 25 novembre 2021 n'énoncent de circonstance concrète autorisant une dérogation au principe du contradictoire

-Rétracter l'ordonnance du 25 novembre 2021

En conséquence,

-Ordonner l'absence de mention dans un quelconque procès-verbal de constat des déclarations ou constatations opérées sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021

-Ordonner le retrait de tout document obtenu sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021

-Juger nul le procès-verbal de constat du 15 décembre 2021, y inclus ses annexes et plus généralement tout procès-verbal de constat dressé en exécution de l'ordonnance du 25 novembre 2021

-Ordonner l'absence de mention dans un quelconque rapport d'expertise ou dans un autre procès-verbal de constat du contenu, de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021;

-Ordonner l'absence de mention ou le retrait dans un quelconque acte de procédure (assignation, conclusions, décision judiciaire) du contenu de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021;

-Ordonner, dans un délai de huit (8) jours à compter de l'arrêt à intervenir, la restitution de l'intégralité des documents, quels qu'en soient les supports (informatique, papier ou autre), des documents saisis en original ou en copie et ce, sous astreinte de 1 000 (mille) euros par jour de retard ou, sous la même astreinte comminatoire, la communication d'un procès-verbal attestant de leur destruction par l'intermédiaire d'un commissaire de justice

-Juger que les mesures autorisées par l'ordonnance du 25 novembre 2021 ne pourront pas fonder de nouvelles mesures et qu'aucune mesure ne pourra s'exécuter sur celles autorisées par l'ordonnance du 25 novembre 2021 en raison de la conséquence directe et automatique attachée à la rétractation de cette ordonnance

-Condamner la société IDS à verser à la société Diabsanté la somme de 6 000 (six mille) euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile

-Condamner la société IDS aux entiers dépens

-Si la décision à intervenir devait contenir les données à caractère personnel et médicales des patients, juger que l'arrêt devra être préalablement biffé pour retirer la mention de ces données avant toute communication à un tiers et/ou toute publication.

Au soutien de ses prétentions, l'appelante rappelle, à titre liminaire, que les conditions d'exécution de l'ordonnance du

25 novembre 2021 ne relèvent pas du contentieux de la rétractation, de sorte que la cour d'appel ne peut être saisie de contestations des opérations de constats. Par ailleurs, elle indique que l'action en rétractation peut être introduite à tout moment et n'est encadrée par aucun délai.

Par la suite, la société Diabstanté énonce que l'ordonnance entreprise est nulle en ce qu'elle est dépourvue de motivation. Le juge de la rétractation ne s'est pas prononcé, dans son dispositif, et n'a pas motivé sa décision sur les moyens invoqués de l'incompétence du juge de la requête du 19 novembre 2021, le fondement et l'intégration dans l'ordonnance initiale d'une pièce devant pourtant être exclue et la disproportion des mesures ordonnées. L'exigence de motivation est posée, à peine de nullité de la décision, et elle participe au droit à un procès équitable. Ainsi, si le juge de la rétractation a retranscrit complètement les prétentions des parties, cela ne signifie pas qu'il a motivé sa décision sur les moyens qu'elles ont exposés. De même, le respect du principe du contradictoire n'a aucun lien avec l'exigence de motivation.

En outre, l'appelante fait valoir que le président du tribunal de commerce de Nîmes était incompétent pour statuer sur une requête aux fins de sollicitation d'une mesure d'instruction non contradictoire. En effet, au jour du dépôt de cette requête le 19 novembre 2021, un contentieux opposant la société Diabstanté à la société IDS était déjà pendant devant la cour d'appel de Nîmes. Ainsi, seul le conseiller de la mise en état avait compétence exclusive pour ordonner toutes mesures d'instruction concernant les faits, objets des débats devant la cour. Au surplus, les mesures d'instruction, susceptibles d'entretenir un lien avec le contentieux dont la cour d'appel était saisie, ne pouvaient être fondées sur l'article 145 du code de procédure civile puisque ces dispositions trouvent à s'appliquer avant tout procès et non lorsqu'un contentieux est déjà pendant.

Elle ajoute que le président du tribunal de commerce n'a pas motivé sa position quant à l'irrecevabilité de l'appelante à invoquer l'utilisation illicite des données des patients de la société IDS pour défaut de qualité et d'intérêt. Or, la société Diabstanté a bien qualité et intérêt à invoquer le caractère non légalement admissible de pièces ayant fondé la requête et l'ordonnance autorisant les mesures d'instruction.

Concernant la pièce sur laquelle s'est fondé le président du tribunal de commerce pour rendre son ordonnance, il s'agit d'une liste de 376 patients incluant pour chacun d'entre eux leurs noms et prénoms, leur numéro de sécurité sociale, leur lieu de domicile, leur diagnostic (diabète) et leur traitement (pompe à insuline externe). Ainsi, cette pièce et la requête ont violé le secret médical, d'autant plus qu'il n'était pas justifié par la demanderesse de l'autorisation de chaque patient à voir ces informations dévoilées. En outre, les dispositions du RGPD du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données ont été violées. En effet, la pièce et la requête ont entraîné la communication de données à caractère personnel qualifiées de 'sensibles' puisqu'elles concernaient des données médicales. De plus, cette communication n'a pas été faite à la demande d'une autorité publique et ne peut donc être légitimée. L'ordonnance du 25 novembre 2021 s'étant fondée sur des éléments illicites, elle doit être rétractée.

S'agissant des mesures ordonnées par la décision du 25 novembre 2021, la société Diabstanté énonce d'abord qu'elles étaient disproportionnées en ce que le secret médical lui incombant n'était pas garanti. En effet, la requête et l'ordonnance n'envisageaient pas la présence d'un médecin chargé d'assurer le respect d'un tel secret. Or, lors de ses investigations, le commissaire de justice a procédé à des recherches étendues et a pu accéder à des données couvertes par le secret médical dont l'appelante est pourtant garante. En outre, ces mesures apparaissent disproportionnées en ce

qu'elles ne sont pas délimitées par l'ordonnance, celle-ci utilisant l'adverbe 'notamment'. Par ailleurs, la période de recherche n'a pas été encadrée puisque l'ordonnance a autorisé des mesures ne comportant aucune limite temporelle, ni période d'investigation.

La SAS Diabsanté précise que si le juge de la rétractation a largement motivé sa décision de rejet sur l'existence d'un motif légitime, elle n'a jamais fondé ses demandes sur l'absence d'un tel motif. De plus, la motivation de l'ordonnance relative au principe du contradictoire n'est pas suffisante en ce que la simple évocation d'un risque de disparition de preuves et la nature informatique des supports ne peuvent suffire à justifier qu'il soit dérogé à un tel principe.

Enfin, l'appelante indique qu'il est constant que la rétractation d'une ordonnance entraîne l'anéantissement rétroactif des mesures exécutées sur son fondement et des actes consécutivement dressés ou établis.

Dans ses dernières conclusions notifiées par voie électronique, l'intimée demande à la cour, au visa des articles 31, 122, 145, 493 et suivants du code de procédure civile, de la requête de la société IDS du 19 novembre 2021, de l'ordonnance du président du tribunal de commerce de Nîmes du 25 novembre 2021, de l'ordonnance de référé du président du tribunal de commerce de Nîmes du 12 avril 2023, de :

-la Recevoir en ses conclusions, l'en dire bien fondée et par conséquent,

-Constater qu'au jour où Monsieur le président du tribunal de commerce de Nîmes a statué sur ses demandes formées sur requête, elle a justifié d'un intérêt et de motifs légitimes, sur la base d'éléments objectifs, et elle a démontré la nécessité de ne pas recourir à une procédure contradictoire;

-Constater que la société Diabsanté n'a ni qualité ni intérêt à agir sur le fondement d'une prétendue utilisation illicite des données des patients de la société IDS;

-Constater que l'ordonnance du 12 avril 2023 rendue par le Président du Tribunal de commerce de Nîmes, dont appel, est suffisamment motivée;

Ce faisant,

-Débouter la société Diabsanté de toutes ses demandes en toutes fins, moyens et prétentions qu'elles comportent;

-Confirmer, en toutes ses dispositions, l'ordonnance de référé du 12 avril 2023 rendue par le Président du Tribunal de commerce de Nîmes

Par conséquent,

-Confirmer l'ordonnance du 21 novembre 2021 rendue par Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Nîmes en toutes ses dispositions;

-Condamner la société Diabsanté à verser à la société IDS la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

-Condamner la société Diabsanté aux entiers dépens de l'instance.

L'intimée réplique que la procédure qui était pendante devant la cour d'appel de Nîmes, lorsqu'elle a déposé sa requête devant le président du tribunal de commerce de Nîmes, reposait sur des faits distincts et non indivisibles. En effet, en 2017, la société Diabsanté a commis des actes de concurrence déloyale dénoncés par la société IDS par une procédure en référé pour désignation d'un expert puis une procédure au fond ayant abouti à un arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 30 novembre 2022. Puis, en 2020 et 2021, la société Diabsanté a commis de nouveaux actes de concurrence déloyale distincts de ceux de 2017 et qui ont mené à l'ordonnance rendue le 25 novembre 2021 par le président du tribunal de commerce de Nîmes. Ainsi, au jour de la soutenance de la requête, il n'existait aucune identité d'objet entre les deux litiges, de sorte que le conseiller de la mise en état était incompetent pour connaître de la demande de mesure d'instruction. En outre, au jour de sa requête, l'intimée n'avait pas la volonté d'obtenir des éléments de preuves concernant les faits de 2017 pour alimenter son dossier d'appel.

L'intimée rappelle également que le référé rétractation consiste uniquement en un réexamen contradictoire des motifs contestés de la saisine du juge par requête. Or, la société Diabsanté ne conteste pas les actes de concurrence déloyale et le débauchage des salariés.

De plus, la société Diabsanté n'est pas en mesure de démontrer qu'il existerait un défaut de motif légitime au stade de la présentation de la requête de la société IDS puisqu'elle s'est contentée de faire croire à une ordonnance qui aurait permis une mesure d'investigation générale.

La société IDS indique que sa requête non contradictoire était fondée en raison de l'existence d'actes de concurrence déloyale et de la nécessité de recourir à une procédure non contradictoire. En effet, si la société Diabsanté soutient qu'aucune circonstance ne justifiait qu'il ne soit dérogé au principe du contradictoire, elle ne fait état d'aucun élément concret visant à appuyer cet argument. Quant à la société IDS, elle était parfaitement fondée à former une telle requête non contradictoire puisqu'elle a rapporté la preuve de l'existence d'un litige potentiel entre les parties et des indices permettant d'établir la vraisemblance des faits allégués tels que l'embauche fautive de salariés ou encore le détournement de clientèle. Elle souhaitait donc appréhender les fichiers et données informatiques sur les serveurs de la société Diabsanté afin de confirmer ses soupçons et étayer de preuves le litige au fond. Faute d'un effet de surprise, il existait un risque non négligeable de déperdition de preuve par le fait que l'appelante pouvait facilement supprimer ou déplacer les fichiers/données. Enfin, la société Diabsanté ne démontre pas en quoi elle se serait soumise d'elle-même aux obligations de conservation de ses données comptables et qu'aucune déperdition d'informations ne serait à craindre.

L'intimée fait de plus valoir que les mesures ordonnées ne sont pas disproportionnées, l'expert informatique et l'huissier instrumentaire étant soumis au secret professionnel, dans le cadre de leur mission. En outre, les demandes émises par la société IDS étaient proportionnées au but recherché, à savoir l'obtention de la communication d'éléments de preuve complémentaires. Dès lors, l'huissier et l'expert ne pouvaient nullement fouiller à leur gré les serveurs de la société Diabsanté ; de plus que le commissaire de justice ne disposait pas d'un pouvoir d'enquête. Cela ne pose aucune difficulté qu'il n'y ait pas de limitation quant aux années ou mois à apprécier dès lors que la mission de l'huissier était circonscrite dans son objet et limitée aux données identifiées appartenant à la société IDS ou à ses anciens salariés au regard des faits de concurrence déloyale dénoncés. Limiter les investigations aux éléments concernant les faits fautifs de 2020 et de 2021 limite par principe dans le temps les investigations.

S'agissant de la prétendue violation de règles impératives non applicables aux faits de l'espèce, la société IDS énonce que

la société Diabsanté est irrecevable à agir sur le fondement du RGPD en ce que cette dernière revendique la violation de droits personnels que seuls les patients peuvent invoquer et pour lesquels elle ne peut prétendre disposer d'un mandat de représentation. Egalement, la société IDS ne fait, à aucun moment, état, de manière précise, détaillée et spécifique, pour chaque patient de son état de santé, de sorte que le secret médical n'a pas été violé.

Subsidiairement, l'intimée fait valoir que le juge n'était pas tenu de demander au requérant de prouver que les données dont il est fait état pour délimiter l'objet de sa requête sont collectées de manière licite et d'en vérifier la teneur. De plus, il n'existe aucun texte imposant à la société IDS de démontrer le respect de la réglementation RGPD pour justifier de la validité de la requête. En tout état de cause, la collecte comme la transmission des données personnelles des patients ont été réalisées dans le respect du dispositif applicable. Enfin, dans la mesure où cette collecte, ce traitement et ce transfert de données à l'huissier instrumentaire étaient indispensables à la constatation du droit en justice de la société IDS, le consentement des patients n'était pas nécessaire au regard du droit applicable.

Pour un plus ample exposé, il convient de se référer à la décision déferée et aux conclusions visées supra.

Motivation

MOTIFS

1) Sur la demande d'annulation de l'ordonnance du 12 avril 2023

Aux termes de l'article 455, alinéa 1 du code de procédure civile, le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Il doit être motivé.

L'article 458, alinéa 1, précise que ce qui est prescrit par l'article 455 (alinéa 1er) doit être observé à peine de nullité.

L'appelante reproche au président du tribunal de commerce de Nîmes de ne pas avoir motivé sa décision.

L'appelante, lors de l'instance en rétractation, avait soulevé le moyen tiré de l'incompétence du président du tribunal de commerce de Nîmes pour statuer sur la requête en mesure d'instruction présentée le 19 novembre 2021 par la société IDS sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, en raison de l'instance d'appel en cours devant la cour d'appel de Nîmes à l'encontre du jugement rendu sur le fond le 2 octobre 2020.

Dans son ordonnance du 12 avril 2023, le président du tribunal de commerce ne s'est pas prononcé sur ce point.

En application de l'article 542 du code de procédure civile, il convient de prononcer l'annulation de la dite décision.

2) Sur la compétence du juge qui a rendu l'ordonnance sur requête

Conformément aux dispositions de l'article 562, alinéa 2, du code de procédure civile la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement.

Il convient donc de se prononcer sur la compétence du juge saisi de la requête.

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.

Lors du dépôt de la requête du 19 novembre 2021 de la société IDS ayant abouti à l'ordonnance rendue le 25 novembre 2021 par le président du tribunal de commerce de Nîmes, était pendante devant la cour d'appel de Nîmes une procédure au fond opposant les mêmes parties. Cette dernière procédure a donné lieu à un arrêt du 30 novembre 2022 confirmant le jugement rendu le 2 octobre 2020 par le tribunal de commerce de Nîmes qui avait débouté la société IDS de sa demande en dommages-intérêts pour des faits de concurrence déloyale.

Au cours de l'instance d'appel, la société IDS a communiqué le procès-verbal de constat du 15 décembre 2021 dressé en exécution de l'ordonnance du 25 novembre 2021 ainsi qu'une liste de patients désappareillés en 2017 qui serait extraite de ce procès-verbal.

La société Diabsanté soutient qu'en raison de l'instance d'appel en cours, le président du tribunal de commerce de Nîmes n'était pas compétent pour statuer sur la requête en mesure d'instruction présentée le 19 novembre 2021 par la société IDS, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. Selon l'appelante, seul le conseiller de la mise en état avait compétence exclusive pour ordonner toutes mesures d'instruction concernant les faits objets des débats pendant devant la cour.

L'absence de procès est une condition de recevabilité de la demande fondée sur l'article 145 du code de procédure civile. Au jour où la requête en mesure d'instruction est présentée, aucune juridiction ne doit avoir été saisie sur le fond.

L'existence d'une instance en cours ne constitue un obstacle à une mesure d'instruction in futurum que si l'instance au fond est ouverte sur le même litige à la date de la requête (Com., 20 février 2019, no 17-27.668)

Les faits allégués de concurrence déloyale ayant donné lieu à l'arrêt confirmatif du 30 novembre 2022 consistaient en l'embauche par la société Diabsanté de deux anciennes salariées de la société IDS, Madame [Y] [D] et Madame [K] [Z], le démarchage de salariés et le détournement illicite de patients qui en serait résulté au cours de l'année 2017.

Les faits allégués de concurrence déloyale dont la mesure d'instruction sollicitée le 25 novembre 2021 tendait à établir la preuve découlaient de l'embauche par la société Diabsanté de neuf autres salariés au cours des années 2020 et 2021 et du détournement illicite de patients qui en aurait découlé.

Bien qu'à l'occasion de la mesure de constat exécutée le 15 décembre 2021, la société IDS ait récupéré des éléments d'information relatifs aux patients qui auraient demandé leur désappareillage en 2017, à la suite du départ de Madame [Y] [D] et de Madame [K] [Z] de l'entreprise, documents qu'elle a produit au cours de l'instance au fond, le but poursuivi par la mesure d'instruction in futurum était de recueillir des preuves des agissements de la société Diabsanté, consécutifs à l'embauche d'autres salariés de la société IDS, au cours des années 2020 et 2021.

Il s'en suit que la mesure d'instruction sollicitée le 19 novembre 2021 et autorisée le 25 novembre 2021 ne concernait pas le même litige que celui alors pendant devant la cour d'appel. L'existence d'un procès en cours entre les mêmes parties devant la cour d'appel ne constituait donc pas un obstacle à la saisine du président du tribunal de commerce, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, pour obtenir l'autorisation de procéder à une mesure d'instruction en vue d'introduire un autre procès au fond.

Le conseiller de la mise en état n'avait aucunement compétence pour ordonner une mesure d'instruction sur le fondement des articles 907 et 789 du code de procédure civile alors que la dite mesure n'avait pas pour objectif d'établir la preuve de faits dont pouvait dépendre la solution du litige dont était saisie la cour d'appel.

Par conséquent, le moyen tiré de l'incompétence du président du tribunal de commerce de Nîmes pour statuer sur la requête en mesure d'instruction présentée le 19 novembre 2021 par la société IDS sera rejeté.

3) Sur le caractère non légalement admissible des pièces ayant fondé la requête du 19 novembre 2021 et qui y sont incorporées

La société IDS a produit, au soutien de sa requête, une liste de 376 patients comprenant leurs noms et prénoms, leur numéro de sécurité sociale et la localité de leur domicile. Cette liste est reprise dans l'ordonnance du 25 novembre 2021 comme faisant partie des mots clefs que l'huissier de justice instrumentaire devait utiliser pour effectuer sa recherche de document démontrant la prospection et/ou la fourniture de prestations de services aux clients/patients de la société IDS.

L'appelante soutient que le juge de la requête aurait dû écarter cet élément non légalement admissible, qu'il n'aurait pas dû fonder sa décision sur un tel élément et, moins encore, intégrer ce même élément non légalement admissible dans son ordonnance.

Aux termes de l'article 9 du code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée.

L'article L.1110-4 du code de la santé publique pose le principe selon lequel toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (RGPD) vise à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Les prestataires de santé à domicile sont garants du secret médical et se doivent de respecter la confidentialité imposée à toute prestation liée au domaine médical.

En l'occurrence, les noms et prénoms, le numéro de sécurité sociale et la localité du domicile des patients de la société IDS constituent incontestablement des données à caractère personnel ; de plus, au nom des patients du prestataire de soins est nécessairement associée la pathologie du diabète présentée par ceux-ci et le traitement par pompes à insuline externes dans lequel est spécialisée la société IDS.

L'intimée prétend que la prétendue violation de règles impératives n'entre pas dans le champ de compétence du juge de la rétractation et que l'appelante n'a pas qualité pour revendiquer la violation des droits personnels que seuls les patients peuvent invoquer .

Selon les dispositions des articles 493 et 496, alinéa 2 du code de procédure civile telles qu'interprétées par la Cour de cassation (Civ., 1re, 13 juillet 2005, n°05-10.519, publié), le référé afin de rétractation ne constitue pas une voie de recours. L'instance en rétractation a pour seul objet de soumettre à l'examen d'un débat contradictoire les mesures initialement ordonnées à l'initiative d'une partie en l'absence de son adversaire. L'objet de l'instance est donc de statuer sur les mérites de la requête. Le juge saisi d'une demande de rétractation d'une décision ayant ordonné une mesure, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, doit s'assurer de l'existence d'un motif légitime à ordonner la mesure probatoire et des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement.

Le juge doit écarter un moyen de preuve illicite pour caractériser le motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction

avant tout procès (2e Civ., 17 mars 2016, n°15-11.412). Quand bien même les patients disposent d'un recours pour faire cesser la violation de leurs droits personnels, il convient de s'assurer du caractère licite des données fournies à l'appui de la requête en mesure d'instruction, ce d'autant plus qu'en l'espèce, ces données ont été retranscrites dans la décision qui l'ordonne.

L'article 6-1 b) du RGPD prévoit que le traitement des données à caractère personnel est licite s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci; il est également licite si f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.

L'article 9-1 du RGPD interdit le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sauf exceptions prévues au paragraphe 2 et notamment si

-(article h) le traitement des données sensibles (dont les données concernant la santé) est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3;

-(article f) le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle.

Il est précisé au paragraphe 3 que:

'Les données à caractère personnel visées au paragraphe 1 peuvent faire l'objet d'un traitement aux fins prévues au paragraphe 2, point h), si ces données sont traitées par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel conformément au droit de l'Union, au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents, ou sous sa responsabilité, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents.'

Le traitement par la société IDS des données personnelles et sensibles de ses patients, collectées légalement auprès des intéressés eux-mêmes, en vertu d'un contrat, était nécessaire à la constatation et à l'exercice d'un droit en justice de sorte qu'il était licite et qu'il ne s'agissait pas d'un moyen de preuve obtenu illégalement.

Pour autant, l'article 13-1 e) du RGPD prévoit que lorsque des données à caractère personnel relatives à une personne concernée sont collectées auprès de cette personne, le responsable du traitement lui fournit, au moment où les données en question sont obtenues, toutes les informations suivantes :

d) lorsque le traitement est fondé sur l'article 6, paragraphe 1, point f), les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers;

e) les destinataires ou les catégories de destinataires des données à caractère personnel, s'ils existent.

Lorsqu'il a l'intention d'effectuer un traitement ultérieur des données à caractère personnel pour une finalité autre que celle pour laquelle les données à caractère personnel ont été collectées, le responsable du traitement fournit au préalable à la personne concernée des informations au sujet de cette autre finalité et toute autre information pertinente visée au paragraphe 2.

La société IDS prétend avoir collecté les données de l'ensemble de ses patients dans le respect des conditions de sa politique de confidentialité qui prévoit que, de façon générale, les demandes de renseignements sur ses patients ne peuvent être satisfaites que pour des autorités publiques qui disposent dans le cadre de l'exercice de leur mission, de prérogatives particulières pour se voir communiquer des informations.

Il est mentionné que : 'Les données des patients peuvent être transmises à un membre de l'équipe de soin désigné par le patient, destinataire prévu par la réglementation applicable à nos activités (assurance maladie obligatoire et/ou mutuelle complémentaire compétente, ANESM), hébergeur de données de santé agréé par le ministère en charge de la santé ou autre certificat de conformité suivant la réglementation en cours, sous-traitants et partenaires dans le cadre des missions que nous leur confions, destinataire prévu par une disposition législative ou réglementaire ou auquel le patient aura donné son accord, fabricant d'un l'équipement connecté pour les données relatives au bon fonctionnement de l'équipement connecté. '

L'autorité judiciaire n'a pas sollicité que lui soient communiquées les données personnelles des patients de la société IDS. L'autorité judiciaire ne peut pas non plus être assimilée, d'une manière générale, au destinataire prévu par une disposition législative ou réglementaire.

En l'occurrence, la société IDS n'a donc pas informé, de manière transparente, ses patients que les informations personnelles collectées pourraient être transmises à l'autorité judiciaire et surtout à son concurrent, la société Diabsanté. Les patients concernés n'ont pas donné leur consentement éclairé à l'utilisation de ces données en vue spécifiquement d'une action en justice intentée par la société IDS à l'encontre de son concurrent.

La société Diabsanté a précisé que sa demande de rétractation de l'ordonnance ayant autorisé la mesure d'instruction n'a jamais été fondée sur le motif légitime invoqué par son adversaire. L'appelante ne conteste donc pas que la société IDS ait établi la vraisemblance des faits allégués de concurrence déloyale et que son action au fond ne soit pas manifestement vouée à l'échec.

La société IDS fait donc valoir un motif légitime de recourir à une mesure d'instruction nécessaire à la protection de ses droits. L'utilisation de la liste des patients de la société IDS comme mot clé pour la comparer à ceux de la société Diabsanté était indispensable au succès des mesures de saisie et de constat. L'investigation menée n'a pas permis à la société IDS d'obtenir d'autres informations concernant ses patients que celles qu'elle détenait déjà. L'huissier de justice est un officier ministériel soumis au secret professionnel et la société Diabsanté est un prestataire de santé professionnel soumis au secret médical. L'huissier de justice et la société Diabsanté n'ont pas eu accès au dossier

médical des patients de la société IDS mais seulement à une information donnant une indication sur la pathologie de ces personnes. La mesure d'investigation sollicitée et autorisée n'est pas une mesure à caractère général dès lors qu'elle a été circonscrite à la recherche d'informations portant sur la concurrence déloyale reprochée à la société Diabsanté ; dès lors, le consentement des personnes concernées par la mesure d'instruction n'était pas un préalable obligatoire.

Au surplus, les personnes concernées par l'atteinte à leur vie privée ont la faculté d'exercer le recours juridictionnel effectif prévu par l'article 79 du RGPD si elles considèrent que les droits que lui confère le présent règlement ont été violés du fait d'un traitement de ses données à caractère personnel; elles disposent également du droit prévu par l'article 80 de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes.

L'atteinte à la vie privée et la divulgation d'indications sur leur santé n'a donc pas porté une atteinte excessive aux droits des patients de la société IDS au regard du but poursuivi par celle-ci de parvenir à la manifestation de la vérité.

4) La disproportion des mesures ordonnées

L'intimée soutient qu'il était indispensable de prévoir dans l'ordonnance la présence d'un médecin chargé d'assurer qu'il ne serait pas porté atteinte au secret médical dont ses patients bénéficient.

Il a été donné mission à l'huissier de justice au besoin avec l'aide de l'expert informatique l'assistant de se faire remettre le fichier clients/patients de la société Diabsanté, de le comparer avec celui de la société IDS et de procéder au croisement des dits fichiers. L'huissier de justice s'est donc seulement contenté de saisir les fichiers comportant les noms des patients que les sociétés concurrentes avaient en commun. Il n'a pas eu accès au dossier médical couvert par le secret concernant ces patients de sorte qu'il n'était pas nécessaire qu'il se fasse assister par un médecin.

Les documents saisis concernent uniquement les patients de la société Diabsanté qui étaient anciennement ceux de la société IDS. Cette dernière n'a donc pas eu accès à des informations sur la pathologie de ces patients qu'elle ne détenait pas déjà.

L'ordonnance a encadré le sort des documents et fichiers saisis en prévoyant leur séquestration entre les mains de l'huissier désigné et la communication au requis de leur liste afin de lui permettre, dans un délai imparti, de saisir le juge des référés aux fins de faire valoir son opposition à leur saisie, notamment concernant les documents qui auraient pu être soumis au secret médical.

Par conséquent, la disproportion des mesures ordonnées au regard du but poursuivi n'est pas avérée.

5) Le respect du contradictoire

Selon les articles 145 et 493 du code de procédure civile, le juge, saisi d'une demande de rétractation de l'ordonnance sur requête ayant ordonné une mesure sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, doit s'assurer de l'existence, dans la requête et l'ordonnance, des circonstances justifiant de ne pas y procéder contradictoirement. Il en résulte que le juge saisi d'une demande en rétractation ne peut se fonder sur des circonstances postérieures à la requête ou à l'ordonnance pour justifier qu'il est dérogé au principe de la contradiction (2^e Civ., 3^e mars 2022, n°20-22.349).

En l'espèce, la mesure d'instruction porte notamment sur des correspondances sur support informatique ou papier échangées avec les anciens salariés de la société IDS, qui ont été embauchés par la société concurrente ; ces correspondances qui ne sont pas des documents comptables conservés sous le contrôle de l'administration fiscale et qui ne sont pas non plus nécessaires au fonctionnement de la société Diabsanté peuvent être facilement supprimées ou transférées sur des serveurs externes non saisissables par l'huissier de justice mandaté. La publicité effectuée par la société [...] qui propose ses services pour supprimer des fichiers sur le disque dur de l'ordinateur ne suffit pas à démontrer qu'un fichier supprimé puisse être facilement retrouvé dans le disque dur, sans passer par le traditionnel gestionnaire de fichier généré par le système d'exploitation. En effet, bien que seul le référencement du fichier soit effacé, il est nécessaire d'utiliser un logiciel spécifique pour le retrouver et il est expliqué dans l'article trouvé sur Wikipédia par l'intimée que ces logiciels ne sont pas toujours efficaces car le système d'exploitation considère les emplacements des fichiers supprimés comme de l'espace libre et les réutilise pour y écrire des données, effaçant du même coup les anciennes données du fichier supprimé.

L'effet de surprise était donc nécessaire pour prévenir le risque de dépérissement des preuves.

Par conséquent, il y a lieu de débouter la société appelante de sa demande en rétractation de l'ordonnance du 25 novembre 2021.

6) Le caractère non suffisamment circonscrit des mesures

Les mesures ordonnées ne doivent pas s'analyser en une « mesure générale d'investigation », mais être « circonscrites aux faits litigieux » (Com. 23 juin 2021, n°20-22.253 ; 24 mars 2022, n° 20-22.955), de sorte que les preuves susceptibles d'être appréhendées soient « en rapport direct avec les faits dénoncés » (Com. 17 janv. 2018, n°15-29.114).

Les mesures d'investigation doivent être légalement admissibles, les mesures d'investigation générales étant prohibées, de sorte qu'elles doivent être circonscrites dans le temps et leur objet.

En l'espèce, des fichiers informatiques ont pu être identifiés au moyen de mots-clés précis et exhaustifs en rapport avec l'activité propre de la société IDS ou constitués des noms de ses anciens salariés. Ces mots-clés sont pertinents en ce

qu'ils ont un lien avec les faits dénoncés. En revanche, dans la mission donnée à l'huissier de justice, l'adverbe 'notamment' en ce qui concerne l'utilisation des mots clefs doit être supprimé de manière à ce qu'aucun document ne puisse être saisi sans le recours à ces derniers.

La mesure n'a pas été limitée dans le temps, ce qui a pu, le cas échéant, permettre à la société IDS de récupérer des éléments d'information relatifs aux faits antérieurs et distincts de concurrence déloyale allégués de 2017. La circonscription de la mission dans son objet n'était donc pas suffisante pour qu'elle ne se rapporte qu'aux nouveaux faits litigieux. La société IDS indique que le premier débauchage de salarié en lien avec le présent litige serait intervenu le 3 octobre 2019. Par conséquent, il convient de limiter les constats et saisies aux documents créés, modifiés, envoyés ou reçus postérieurement au 1er mars 2019, soit six mois à compter du premier débauchage allégué.

L'ordonnance du 25 novembre 2021 sera donc modifiée en ce qui concerne la mission confiée à l'huissier de justice, selon les modalités précisées au dispositif du présent arrêt.

L'instance en rétractation ayant pour seul objet de soumettre à un débat contradictoire les mesures initialement ordonnées à l'initiative d'une partie, en l'absence de son adversaire, la saisine du juge de la rétractation se trouve limitée à cet objet (Civ., 2è, 27 septembre 2018, n°17-20.127, publié). Ainsi le juge saisi d'une demande de rétractation n'a pas le pouvoir de statuer sur les litiges portant sur les modalités d'exécution de la mesure d'instruction. En revanche, il appartient au juge qui fait droit à une demande de modification ou de rétractation de l'ordonnance prescrivant une mesure d'instruction de tirer les conséquences de la perte de fondement de cette mesure.

Les parties seront donc renvoyées à débattre au fond de la nullité des mesures exécutées qui auraient procédé du dépassement des termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 sauf à tirer les conséquences de la modification de la mission telle que prononcée par la présente décision.

En effet, les mesures exécutées qui ont pu procéder d'un dépassement des termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021, telle que modifiée par le présent arrêt, ont perdu leur fondement juridique et sont frappées de nullité. Il en résulte qu'il doit être fait droit aux demandes de l'appelante relatives à l'absence de mention dans un quelconque procès-verbal de constat des déclarations ou constatations opérées, au retrait de tout document obtenu, à l'absence de mention dans un quelconque rapport d'expertise ou dans un autre procès-verbal de constat du contenu, de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis, à l'absence de mention ou le retrait dans un quelconque acte de procédure futur (assignation, conclusions) du contenu de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis, la restitution de l'intégralité des documents, quels qu'en soient les supports (informatique, papier ou autre), des documents saisis en original ou en copie, qui ont, le cas échéant, procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice, selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt, et qui n'auraient donc pas été saisis si la mission de l'huissier de justice avait été circonscrite initialement.

En revanche, en l'absence de rétractation de l'ordonnance susvisée, l'appelante sera déboutée de sa demande en nullité du procès-verbal de constat du 15 décembre 2021 et de ses annexes, et plus généralement de tout procès-verbal de constat dressé en exécution de l'ordonnance du 25 novembre 2021. Seules les mentions dans ce constat et les annexes n'entrant pas dans le périmètre de la mission plus restreinte confiée à l'huissier de justice seront, le cas échéant, retirées.

Pour les mêmes motifs de l'absence de rétractation de l'ordonnance susvisée, il n'y a pas lieu de juger que les mesures autorisées par l'ordonnance du 25 novembre 2021 ne pourront pas fonder de nouvelles mesures et qu'aucune mesure ne pourra s'exécuter sur celles autorisées par l'ordonnance du 25 novembre 2021.

Le présent arrêt ne contenant pas de donnée à caractère personnel et médical concernant des patients, la demande de retrait de la mention de ces données est sans objet.

7) Sur les frais du procès

L'appelante qui succombe sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel.

L'équité commande de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en faveur de l'intimée et de lui allouer une indemnité de 4 500 euros, à ce titre.

Dispositif

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Prononce l'annulation de l'ordonnance rendue le 12 avril 2023 par le président du tribunal de commerce de Nîmes

Statuant à nouveau,

Déboute la société Diabsanté de sa demande en rétractation de l'ordonnance du 25 novembre 2021

Modifie l'ordonnance du 25 novembre 2021 en ce qui concerne la mission confiée à l'huissier de justice selon les modalités suivantes:

-la phrase figurant en page 2 de l'ordonnance 'notamment en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs, ci-dessous

énumérée' est remplacée par la phrase 'en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs, ci-dessous énumérée'

-la phrase figurant en pages 11 et 12 de l'ordonnance 'notamment en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs fournie aux termes de la présente requête'est remplacée par la phrase 'en utilisant pour ce faire la liste de mots clefs fournie aux termes de la présente requête'

-les constats et saisies seront limités aux documents créés, modifiés, envoyés ou reçus postérieurement au 1er mars 2019,

Dit et juge nulles les mesures exécutées qui auraient procédé d'un dépassement des termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt

Ordonne l'absence de mention dans un quelconque procès-verbal de constat, et notamment dans le constat du 15 décembre 2021 et ses annexes, des déclarations ou constatations opérées sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021 qui auraient procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice, selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt

Ordonne le retrait de tout document obtenu sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021, et notamment dans le constat du 15 décembre 2021 et ses annexes, qui aurait procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice, selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt

Ordonne l'absence de mention dans un quelconque rapport d'expertise ou dans un autre procès-verbal de constat, et notamment dans le constat du 15 décembre 2021 et ses annexes, du contenu, de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021 qui auraient procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt

Ordonne l'absence de mention ou le retrait dans un quelconque acte de procédure futur (assignation, conclusions) du contenu de la teneur, de l'existence des documents et informations saisis sur le fondement de l'ordonnance du 25 novembre 2021 qui auraient procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt

Ordonne, dans un délai de huit jours à compter du présent arrêt, la restitution de l'intégralité des documents, quels qu'en soient les supports (informatique, papier ou autre), des documents saisis en original ou en copie, qui auraient procédé d'un dépassement de la mission confiée à l'huissier de justice selon les termes de l'ordonnance du 25 novembre 2021 telle que restreinte par le présent arrêt et ce, sous astreinte provisoire de 150 euros par jour de retard ou, sous la même astreinte comminatoire, la communication d'un procès-verbal attestant de leur destruction par l'intermédiaire d'un commissaire de justice

Déboute la société Diabsanté du surplus de ses prétentions

Y ajoutant,

Condamne la société Diabsanté aux entiers dépens de première instance et d'appel

Condamne la société Diabsanté à payer à la société IDS une indemnité de 4 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Arrêt signé par la présidente et par la greffière.

LA GREFFIÈRE, LA PRÉSIDENTE,