



Réagir à un débauchage et à une concurrence déloyale



Isabelle AYACHE-REVAH

Avocat associé
Raphaël Avocats
www.raphael-avocats.com



Margaux ORSINI

Avocat
Raphaël Avocats
www.raphael-avocats.com

Choisir la procédure la plus appropriée pour collecter des preuves...

Un de vos concurrents débauche de manière massive ou ciblée vos salariés ?

Ces agissements s'accompagnent d'une prospection abusive de votre clientèle et/ou d'une offre commerciale similaire à la vôtre ?

Votre entreprise est peut-être victime d'actes dits de concurrence déloyale, face auxquels vous ne devez pas rester inactif.

Il faut que vous réagissiez vite pour constituer un dossier solide et éviter l'hémorragie.

L'article 145 du Code de procédure civile prévoit 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 ».

Ces mesures peuvent être prononcées par le Président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, selon la nature de votre entité.

REQUÊTE OU RÉFÉRÉ ?

Première étape : déterminer la voie judiciaire la plus appropriée à la situation.

L'article 145 du Code de procédure civile laisse la possibilité au requérant de choisir entre la voie du référé ou celle de la requête.

Contrairement au référé, la requête n'est pas une procédure contradictoire, c'est là son principal atout. Cet avantage est tout de même à relativiser, comme nous l'exposerons ci-après.



La voie de la requête en matière de concurrence déloyale

En matière de concurrence déloyale, le recours à la requête est bien souvent la voie la plus adaptée.

Comme le rappelle l'article 493 du Code de procédure civile, « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».

Le non-respect du principe du contradictoire

Le requérant devra démontrer la nécessité de ne pas respecter le principe du contradictoire.

Sur ce point, la Cour de cassation exige du requérant qu'il démontre que :

- l'effet de surprise est une condition d'efficacité de la mesure d'instruction ;
- ou qu'il y a des risques élevés de dépérissement, de disparition, de destruction ou de falsification des documents réclamés ⁽¹⁾.

La Cour de cassation a déjà précisé que le recours à une procédure non contradictoire, seule susceptible de garantir un nécessaire effet de surprise, était justifié ⁽²⁾.

En pratique, on comprend aisément que les enjeux financiers sont tels que la société accusée est susceptible de faire disparaître certaines preuves. Quant à la société victime, il est pour elle très difficile d'obtenir des preuves.

Ainsi, les documents découverts permettront à la société d'étayer son action au fond en évitant toute discussion ultérieure sur la recevabilité des éléments de preuve.

L'existence d'un intérêt légitime

La demande de mesure d'instruction formée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile est subordonnée à l'existence d'un intérêt légitime.

Il faut donc rapporter la preuve d'un intérêt à agir dans la perspective d'un éventuel litige avec la société concurrente. Plus précisément, il conviendra de démontrer un ou plusieurs agissements susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale. Ces agissements peuvent se traduire notamment par le débauchage de personnel.

L'étendue de la mission de l'huissier désigné

La Cour de cassation rappelle avec constance que les tribunaux doivent faire droit aux demandes, dès lors que les mesures d'instruction réclamées, quelle qu'ait pu être leur étendue, sont circonscrites aux faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

Très récemment, les Hauts magistrats ont considéré que la recherche confiée à l'huissier de justice, strictement liée aux faits de concurrence déloyale et de divulgation par deux anciens salariés de données confidentielles nécessairement combinée aux mots-clés énumérés dans les ordonnances et limitée dans le temps, ne portaient pas sur une mission générale d'investigation, mais sur la recherche de preuves en rapport direct avec les faits dénoncés au titre de la concurrence déloyale ⁽³⁾.

Il est bien entendu crucial de déterminer avec précision l'étendue de la mission de l'huissier. À défaut, le risque serait que le magistrat prononce la rétractation de l'ordonnance en cas de contestation par la société incriminée.

En pratique, les mots-clés choisis doivent être restreints et pertinents. Il faut également éviter d'opter pour des mots génériques pour lesquels les recherches aboutiront à de trop nombreux documents sans rapport avec l'objet initial.

En outre, il est opportun de circonscrire les recherches dans le temps, ainsi qu'à certaines personnes ayant des fonctions stratégiques au sein de la société.

Ces conditions étant réunies, le Président de la juridiction compétente sera en mesure de rendre une ordonnance permettant à la société requérante de mandater une étude d'huissier, désignée par la juridiction, afin de procéder aux mesures déterminées et ainsi récolter des preuves.

(1) Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-20.469 ; Cass. civ., 17 mars 2016, n° 15-12.955.

(2) Cass. civ., 23 juin 2016, n° 15-15.186.

(3) Cass. com. 17 janv. 2018, n° 15-29.114.



Quid des preuves recueillies ?

Certaines juridictions décident que l'ensemble des éléments recueillis par le mandataire de justice sera conservé par lui, en séquestre, sans qu'il puisse en donner connaissance au requérant.

Le Président de la juridiction peut ainsi contraindre le requérant à engager une nouvelle procédure en assignant en référé aux fins d'obtenir la communication des pièces séquestrées.

Dans le cadre de cette nouvelle instance, le requérant devra à nouveau démontrer que l'ordonnance rendue sur requête est régulière et solliciter, à ce titre, que le Président ordonne la communication de l'ensemble des documents séquestrés à la suite des opérations de constat diligentes.

En revanche, le Président ne statuera sur cette demande de communication de pièces qu'en l'absence d'un référé rétractation intentée par la partie adverse.

LE RÉFÉRÉ DE RÉTRACTATION

Ce recours est mis en place pour combler le non-respect du principe du contradictoire. En effet, la société visée par la mesure n'a pas eu la possibilité de faire valoir ses arguments et ainsi de démontrer qu'aucun agissement de concurrence déloyale n'a été commis de sa part.

Cette procédure permet donc de rétablir le principe du contradictoire.

La société expose alors ses arguments de droit et de fait et tentera de démontrer :

- que le recours à la procédure de l'ordonnance sur requête n'était pas justifié ;
- qu'il était insuffisamment motivé ;
- que la société requérante n'établit l'existence d'aucun motif légitime justifiant l'autorisation de la mesure d'instruction ;
- que les mesures sollicitées sont disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi et s'apparentent à une véritable perquisition judiciaire.

En pratique, le débat a lieu devant le Président qui a rendu l'ordonnance. Ce dernier devra alors statuer

sur la rétractation ou la confirmation de son ordonnance.

Deux hypothèses sont donc envisageables :

- soit le Président décide de rétracter l'ordonnance. Dans ce cas, les copies des documents séquestrés auprès du mandataire de justice seront remises au requis et/ou détruites. Dans les faits, c'est comme si aucune procédure n'avait eu lieu. On comprend mieux pourquoi ce débat n'a pas lieu dans le cadre d'une audience publique ;
- soit le Président décide de confirmer l'ordonnance. Dans ce cas, le président statuera par la suite sur la communication des pièces séquestrées.

QUID DE LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES ?

En cas de confirmation de l'ordonnance rendue par le Président de la juridiction compétente, se posera la problématique du respect du secret des affaires relatif aux documents communiqués.

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, codifiée à l'article L. 151-1 du Code de commerce, définit la notion de secret des affaires comme toute information non généralement connue ou aisément accessible, qui a une valeur commerciale et qui fait l'objet de mesures particulières de protection.

On comprend fort bien que la société visée par la mesure d'instruction s'en prévale afin qu'un minimum de pièces ne soit communiqué à la société victime d'agissements de concurrence déloyale.

Or, le décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires a introduit des garanties procédurales permettant de concilier le secret des affaires avec l'exercice des droits de la défense.

Certaines dispositions autorisent donc le juge, si la protection du secret des affaires ne peut pas être assurée autrement et afin de ne pas porter préjudice à l'exercice des droits de la défense à :

- prendre seul connaissance de la pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la présenter, afin de



décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection ;

- décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ces éléments ;
- ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou dans une version confidentielle ;
- restreindre l'accès pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ⁽⁴⁾.

Ces dispositions permettent ainsi de trouver un véritable compromis pour les deux parties.

Chaque pièce sera discutée afin de déterminer si elle est ou non protégé par le secret des affaires.

Il s'agit d'un débat déterminant pour la suite des actions menées par la société requérante.



Face aux attaques féroces de la concurrence, l'inaction est mauvaise conseillère.

Notre arsenal juridique est complet et efficace. Une fois les preuves rassemblées, il ne reste plus qu'à convaincre le juge du fond... ou à trouver un accord.

Courage ! ♦

(4) C. com art. L. 153-1 ; C. com., art.R. 153-2 et s.