

**Cour de cassation, civile,
Chambre commerciale**

N° de pourvoi : 18-23725

Non publié au bulletin

Président
Mme Mouillard (président)

Avocat(s)
SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh,
SCP Waquet, Farge et Hazan

Audience publique du mercredi 02 décembre 2020

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Rejet

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 2 décembre 2020

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 721 F-D

Pourvoi n° K 18-23.725

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 2 DÉCEMBRE 2020

La société Cofigex, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] , a formé le pourvoi n° K 18-23.725 contre l'arrêt rendu le 19 juillet 2018 par la cour d'appel de Nouméa (chambre commerciale), dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme G... H..., domiciliée [...] ,

2°/ à la société Plein cap expertise comptable, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Boisselet, conseiller, les observations de la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh, avocat de la société Cofigex, de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de Mme H..., de la société Plein cap expertise comptable, et l'avis de M. Douvreur, avocat général, après débats en l'audience publique du 13 octobre 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Boisselet, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Nouméa, 19 juillet 2018), la société d'expertise comptable Cofigex (la société Cofigex) a eu pour associés M. Y..., qui détenait 85 % du capital, et Mme H..., qui en détenait 15 %. A la suite de dissensions, Mme H... a informé son associé, par une lettre du 25 octobre 2012, de sa décision de quitter la société pour créer son propre cabinet. Elle a démissionné de sa fonction de co-gérante le 31 décembre 2012 et a créé la société Plein cap expertise comptable (la société Plein cap), immatriculée le 11 janvier 2013.

2. Reprochant à Mme H... et à la société Plein cap des actes de concurrence déloyale, la société Cofigex les a assignées en paiement de dommages-intérêts.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. La société Cofigex fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors :

« 1°/ que commet un acte de concurrence déloyale l'associé d'un cabinet d'expertise-comptable qui, cessant d'y travailler à la fin d'un exercice fiscal, crée son propre cabinet d'expertise comptable en emportant avec lui la comptabilité déjà saisie des clients qu'il suivait au sein du cabinet qu'il a quitté ; qu'en retenant, pour débouter la société Cofigex de ses prétentions sur le fondement de la concurrence déloyale, que celle-ci ne démontrait pas un détournement frauduleux de données par Mme H..., quand elle avait pourtant constaté, d'une part, que la clef USB conservée par celle-ci comportait une partie de la comptabilité des clients de la société Cofigex, c'est-à-dire le travail réalisé pour le compte de cette société, et, d'autre part, que les clients n'avaient pas eux-mêmes personnellement demandé à la société Cofigex que leur dossier soit transféré à la nouvelle structure de Mme H..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations en violation de l'article 1382 du code civil, désormais article 1240 dudit code ;

2°/ qu'en se bornant à retenir, pour débouter la société Cofigex de ses prétentions sur le fondement de la concurrence déloyale, que celle-ci ne rapporte pas la preuve que les éléments figurant sur la clef USB suffisaient à Mme H... pour établir les comptes de fin d'année et qu'ils étaient ainsi à l'origine du départ de la clientèle dont s'occupait l'associée minoritaire, outre que celle-ci s'était par ailleurs fait remettre par certains clients leurs grands livres et leurs états financiers, sans rechercher si, compte-tenu des explications données par la présidente de l'ordre des experts-comptables et des comptables libéraux agréés de Nouvelle Calédonie dans un courrier régulièrement produit aux débats par la société Cofigex dont celle-ci se prévalait, il n'était pas impossible que Mme H... ait pu ressaisir toute la comptabilité de dizaines de clients en pleine saison fiscale et très improbable que ces derniers aient pu lui communiquer leurs grands livres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, désormais article 1240 dudit code. »

Réponse de la Cour

4. Après avoir énoncé que le démarchage de la clientèle d'autrui n'est fautif que s'il est réalisé par des procédés déloyaux, et relevé que le départ de Mme H... avait été précédé de négociations en vue d'une cession d'une partie de la clientèle, lesquelles avaient échoué, et que certains clients avaient décidé de la suivre, en souhaitant qu'elle conserve leurs dossiers, comme ils en étaient libres en raison du fort intuitu personae caractérisant les relations d'un client avec son expert comptable, l'arrêt retient que la conservation par Mme H... d'une clé USB, dont elle se servait pour travailler à domicile et contenant une partie de la comptabilité des clients qu'elle suivait au sein de la société Cofigex, ne constitue pas un détournement frauduleux de données confidentielles appartenant à celle-ci, les fichiers relatifs aux données comptables des clients appartenant à ces derniers, qui étaient en droit de réclamer leurs dossiers à la société Cofigex. Il retient encore que rien n'établit que ces fichiers suffisaient à Mme H... pour établir les comptes de fin d'année et que leur conservation par elle était à l'origine du départ de ces clients.

5. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour, qui n'a pas constaté, contrairement à ce que prétend le moyen en sa première branche, que les clients n'avaient pas eux-mêmes personnellement demandé le transfert de leurs dossiers, et qui n'était pas tenue de procéder à la

recherche invoquée par la seconde branche, que ses constatations rendaient inopérantes, a pu retenir que les actes reprochés à Mme H... et de la société Plein cap ne constituaient pas des actes de concurrence déloyale.

6. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Cofigex aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Cofigex et la condamne à payer à Mme H... et à la société Plein cap expertise comptable la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du deux décembre deux mille vingt.
MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh, avocat aux Conseils, pour la société Cofigex.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Cofigex de toutes ses demandes tant à l'encontre de Mme H... que de la société Plein Cap Expertise-Comptable et de l'avoir condamnée à payer à chacun de ses adversaires la somme de 250 000 F CFP sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE

« Constitue un acte de concurrence déloyale, toute pratique concurrentielle contraire à la loi ou aux usages, jetant le discrédit, la confusion ou désorganisant l'entreprise concurrente et constitutive d'une faute de nature à causer un préjudice aux concurrents.

En l'espèce, la SARL COFIGEX reproche à Mme H... d'avoir détourné la clientèle par un manquement à l'obligation déontologique d'information et en utilisant et détournant les fichiers informatiques ; d'avoir désorganisé l'entreprise en débauchant une salariée et en obtenant des données des clients après le départ de la société ; d'avoir entretenu la confusion en refusant de restituer et en utilisant à son profit, un téléphone de la société.

Sur le détournement de clientèle

Le code de déontologie des experts-comptables met à la charge du successeur en cas de transfert de clients l'obligation d'informer son confrère de ce qu'il prend la suite du dossier.

Depuis le décret du 30/03/2012 qui a supprimé du code de déontologie, comme contraire à la liberté de commerce et d'industrie, l'interdiction de démarcher la clientèle, la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence considère que le seul manquement de l'expert-comptable à des règles déontologiques, ne constitue un acte de concurrence déloyale que si ce manquement est à l'origine du transfert de clientèle. (Arrêt Cour de cassation, chambre commerciale du 07/07/2015).

En l'espèce, par suite de graves dissensions entre les associés, Mme H... a avisé M. C... Y..., fin octobre 2012 qu'elle quitterait la société au 31 décembre 12 pour créer sa propre structure. Elle a proposé la cession de ses parts en échange d'un portefeuille de clients constitué par ceux qu'elle avait l'habitude de suivre ; elle a également indiqué qu'elle entendait embaucher sa collaboratrice Mme I... U... (aide comptable),

Des négociations ont été engagées avec le concours d'un confrère et d'un avocat lesquels ont élaboré un protocole d'accord qui prévoyait la cession de clientèle contre la cession de parts. Mme H... s'est engagée par ailleurs à assurer le suivi gratuit dans le cadre d'un préavis jusqu'au 22/02/2012, afin de faciliter la transmission des dossiers. L'accord n'a pu être formalisé pour des raisons sur lesquelles les parties sont contraires. Selon Mme H..., son associé aurait inséré une clause pénale exorbitante de cinquante millions de francs excédant la valorisation des parts vendues et aurait subordonné son engagement à l'accord du bailleur d'accepter une résiliation anticipée du bail de la COFIGEX ; selon M. Y..., Mme H... n'aurait jamais eu l'intention de s'engager sérieusement et de signer le protocole d'accord, les négociations servant de paravent à un départ organisé avec pillage des données

Quelles aient été les raisons de l'échec des pourparlers, il n'en reste pas moins que la SARL COFIGEX était parfaitement informée du départ de Mme H... et de l'éventualité que Mme I... U... la suive.

La circonstance que certains des clients, et non nécessairement tous les clients dont s'occupait Mme H... l'ont suivie et ont souhaité qu'elle conserve leur dossier plutôt que de rester avec le nouveau dirigeant qu'ils ne connaissaient pas alors qu'ils sont entièrement libres de choisir leur expert, l'intuitu personae, étant, comme souligné par le premier juge, particulièrement puissant dans les relations de confiance que nécessite la fonction de conseil d'un expert comptable est incompatible avec un détournement déloyal de clientèle. En vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui, fût-ce par un ancien salarié ou associé de celui-ci, est libre. Il ne devient fautif que s'il est réalisé par des procédés déloyaux.

Certes, dans le cadre de la procédure pénale ouverte sur plainte de M. Y..., Mme H... a reconnu qu'elle avait conservé sur la clé USB dont elle se servait pour travailler à domicile une partie de la comptabilité des clients qu'elle suivait mais la SARL COFIGEX ne démontre ni le détournement frauduleux de données ni la preuve que ces éléments suffisaient à Mme H... pour établir les comptes de fin d'année et qu'ils étaient ainsi à l'origine du départ de la clientèle dont s'occupait l'associée minoritaire.

Dans le cadre de l'enquête pénale, Mme H... a indiqué qu'elle avait pu obtenir les données comptables de ses clients de trois façons :

- certaines données étaient conservées sur un support clé USB
- nombre de ses clients étaient venus avec leur propre comptabilité (grand livre)
- elle s'est fait remettre par ses derniers leurs états financiers

A cet égard, il doit être précisé que les fichiers relatifs aux données comptables des clients n'appartiennent pas à la société comptable laquelle ne dispose que d'un droit de rétention sur le travail comptable qu'elle a réalisé et ce, jusqu'à complet paiement de ses prestations.

Mme H... n'est pas partie avec des données confidentielles de la SARL COFIGEX mais avec des éléments appartenant à la clientèle dont elle assurait le suivi, laquelle était en droit de réclamer leur entier dossier auprès de la SARL COFIGEX.

Pareillement, postérieurement à sa création, la société Plein Cap a gardé des contacts avec les salariés en place de la société COFIGEX et a sollicité des renseignements sur les aspects sociaux des dossiers de ses propres clients pour établir les fiches de salaires ou de déclarations sociales comme il est d'usage de le faire entre différents prestataires d'un même client. La faute reprochée n'est pas démontrée.

Sur la désorganisation de l'entreprise

De même, le débauchage de Mme I... U... dans le contexte de la séparation des associés ne présente pas un caractère déloyal. Mme H... a informé son associé de son souhait d'engager Mme I... U... ; cette dernière, entendue dans le cadre de l'enquête pénale a indiqué qu'embauchée ou non par Mme H..., elle serait de toute façon partie en juin 2012 en raison du comportement de M. Y....

En soi l'engagement d'ancien salarié ne constitue pas un acte de concurrence déloyale.

Sur la confusion

De la même façon, s'il est exact que Mme H... a gardé pendant deux mois le téléphone personnel qui lui avait été attribué par la société COFIGEX comme avantage en nature, le procès-verbal d'huissier établi le 06 février 2013 par la SCP Burignat-Fandoux à la demande de M. Y... montre que Mme H... en décrochant suite à l'appel de l'officier ministériel s'est présentée sous son nom et non comme associée de la SARL COFIGEX. Aucun acte tendant à entretenir la confusion dans l'esprit des clients entre l'ancienne société et la structure nouvellement créée ne peut être reproché à Mme H....

En réalité, la chronologie des faits montre que M. Y... n'a pas pris la mesure du départ de son associée minoritaire et n'a pas anticipé celui-ci. Nouvellement arrivé au sein de la SARL COFIGEX alors qu'il aurait dû s'appuyer sur une associée plus ancienne et plus au fait des usages, il s'est comporté comme le seul patron faisant fi de sa partenaire. Il a ainsi licencié la proche collaboratrice de Mme H... sans lui demander son avis et alors que cette salariée était compétente et constituait un rouage important au sein de COFIGEX. Il a présenté sa nouvelle équipe à la clientèle sans convier Mme H... et sans y faire référence. Il a entendu revenir sur la rémunération de son associée (à la baisse) alors qu'elle avait été fixée par une assemblée générale récente. Toutes ces maladresses expliquent un départ que n'aurait pas voulu Mme H... mais qui s'avérait nécessaire en l'absence d'affectio societatis.

Le jugement du Tribunal Mixte de Commerce qui a écarté toutes manoeuvres dolosives constitutives de concurrence déloyale et qui a débouté la SARL COFIGEX de ses demandes sera confirmé en toutes ses dispositions » ;

ET AUX MOTIFS REPUTES ADOPTES QUE

« fondée sur les dispositions de l'article 1382 du code civil, l'action de la société COFIGEX en réparation de faits de concurrence déloyale commis selon elle à son préjudice par à la fois Mme H... et la nouvelle société de celle-ci, PLEIN CAP EXPERTISE COMPTABLE, lui impose de

faire la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice ;

qu'au soutien de cette faute, elle invoque des faits de concurrence déloyale en quoi aurait consisté pour l'essentiel, de la part de son ancienne associée et cogérante, Mme H..., un véritable détournement de clientèle dont la preuve résulterait à la fois :

-des conditions dans lesquelles elle a quitté COFIGEX et s'est ainsi séparée de son seul co-associé dans cette société, M. Y...,

-du débauchage de l'un de ses anciens salariés,

-de l'utilisation du téléphone portable de la même société après qu'elle en eut quitté la gérance le 31 décembre 2012,

-et le départ de beaucoup de ses clients pour le nouveau cabinet de Mme H... ;

Or, une telle faute doit être appréciée à l'aune de deux principes essentiels au système économique libéral qui gouverne l'économie calédonienne et qui est marqué au coin de la liberté d'entreprendre, celui, d'une part, de la liberté d'installation des professions commerciales, industrielles et libérales, et d'autre part, de la pleine et entière liberté du client de choisir son expert-comptable, sachant qu'en cette matière ce dernier principe est d'autant plus essentiel que la fonction principale d'un expert-comptable est, ou devrait être, le conseil, et que dès lors la relation d'une entreprise à son expert-comptable est emprunte nécessairement d'un puissant intuitu personae relativement incompatible avec toute cession de clientèle et, plus encore, avec la revendication par un cabinet comptable d'une clientèle attachée à celui-ci bien plutôt qu'à la personne de l'expert-comptable qui, dépendant de ce cabinet comme associé ou salarié, traite son dossier et la reçoit ;

Or, encore, des actes de concurrence déloyale de la part d'un ancien associé de la société qui s'en plaint ne peuvent consister en un simple transfert de clients de cette société vers le nouveau cabinet de cet ancien associé, ceci n'étant que la conséquence d'actes qui, pour être sanctionnés, doivent caractériser de véritables manoeuvres fautives uniquement destinées à détourner cette clientèle ;

qu'en l'espèce, si Mme H... reconnaît expressément avoir récupéré, après son départ de COFIGEX et création de PLEIN CAP, des clients de la première, notamment ceux dont elle traitait les dossiers avant ce départ, il n'y a rien là, en soi, qui dépasse la stricte application des principes ci-avant rappelés quant à la liberté d'installation et, surtout, quant à la liberté pleine et entière des clients de faire le choix qu'ils entendent de leur expert comptable et conseil ;

que force est ici de constater que la société COFIGEX ne produit rien aux débats qui fasse la preuve de ce que ces transferts de clientèle auraient été le résultat de manoeuvres déloyales de la part des défenderesses ;

qu'il est en effet à noter en tout premier lieu à cet égard que COFIGEX dédie bien de ses développements, en ses différentes écritures, ainsi que de nombreuses pièces, aux raisons pour lesquelles Mme H... a fini par démissionner de ses fonctions de gérante et même de quitter cette société, et ce alors même que ces motifs, d'une part, sont parfaitement étrangers au présent litige, et d'autre part, ne sont pas forcément en faveur de la première ou de son principal associé ; qu'il résulte en effet des productions des colitigants (notamment l'audition par la Police de Nouméa de Mme U...) que dès son arrivée au sein du cabinet, M. Y..., certes associé majoritaire, s'est

comporté en une sorte de potentat indifférent à son associé minoritaire et que la responsabilité de la rupture, si elle avait eu un quelconque intérêt dans la présente affaire, lui incomberait bien plutôt qu'à la défenderesse et que cette responsabilité mériterait d'ailleurs d'être recherchée à bien des égards, ce dont le tribunal n'est pas ici saisi ;

qu'en second lieu, s'agissant des preuves dont COFIGEX a la charge en cette affaire à l'encontre des deux défendeurs, --celles de manoeuvres déloyales de ceux-ci en vue de s'accaparer de tout ou partie de sa clientèle--, force est de constater qu'au-delà d'un discours bien construit qui ne peut y suffire, celle-ci ne verse aux débats, --hors différents arrêts de jurisprudence qui ne peuvent davantage faire cette preuve--, que les pièces essentielles suivantes, dont aucune n'est efficiente à cet égard :

- un PV de constat d'huissier de justice du 6 février 2013 qui démontre que Mme H... répondait encore à cette date à un appel téléphonique reçu par un téléphone appartenant à la COFIGEX, et ce alors même qu'il ne résulte pas de ce constat que la sus-nommée utilisait cette ligne pour capter la clientèle de son titulaire, Mme H... s'étant contentée de donner son nom à l'huissier qui l'appelait, sans même faire référence à sa nouvelle société pourtant immatriculée près d'un mois auparavant,

- divers échanges de courriers, notamment par sommation, qui sont indifférents aux débats comme ayant trait le plus souvent aux raisons et modalités de la séparation d'entre les co-associés de COFIGEX,

- la liste des clients ayant quitté COFIGEX, alors même que cette liste ne pourrait intéresser que le préjudice éventuellement subi d'actes de concurrence déloyale, et que, surtout, s'agissant de la question de la faute des défendeurs ici recherchée, cette liste ne signifie pas que chacun des clients y visés se soit ensuite adressé au nouveau cabinet PLEIN CAP, non plus que tous ou presque les clients COFIGEX soient passés chez PLEIN CAP,

- différents courriels dont les termes, en leur extrême concision et en leur libellé même dont la modernité confine à l'illisibilité, sont insusceptibles d'éclairer les débats quant à la faute recherchée,

- un PV d'audition par la Police de Nouméa de l'ex-salariée de COFIGEX qui a été embauchée par PLEIN CAP, Mme U..., laquelle y indique clairement :

****que si Mme H... lui a très vite proposé de la salarier une fois sa propre société créée, elle n'a accepté cette proposition que parce qu'elle avait décidé bien avant de quitter COFIGEX en raison de l'incompétence manifeste de M. Y... et de son comportement au sein du cabinet (licenciement d'un salarié compétent sans motif réel, embauche de salariés incompetents etc...),**

****et que Mme H... n'a pas récupéré la majeure partie des clients COFIGEX, mais "son portefeuille de clients suivis",**

- un PV d'audition dans les mêmes conditions de Mme H..., laquelle y reconnaît avoir récupéré une partie des clients COFIGEX, ceux qu'elle y suivait, mais ce sans jamais évoquer un quelconque fait qui puisse être tenu pour une manoeuvre déloyale envers son ancienne société ;

qu'il ne résulte d'aucune de ces pièces la preuve formelle, non plus d'ailleurs qu'un simple faisceau d'indices des manoeuvres déloyales et fautives imputées à Mme H... et sa nouvelle société pour capter la clientèle COFIGEX ; et qu'il y a lieu par suite de débouter celle-ci de

toutes ses demandes indemnitaires de ce chef, et ce sans même qu'il soit besoin de s'intéresser ici à la preuve, qui aurait été nécessaire, du préjudice considérable invoqué par la requérante, puisqu'estimée par elle à la somme de plus de 22 000 000 F CFP » ;

1°) ALORS QUE commet un acte de concurrence déloyale l'associé d'un cabinet d'expertise-comptable qui, cessant d'y travailler à la fin d'un exercice fiscal, crée son propre cabinet d'expertise comptable en emportant avec lui la comptabilité déjà saisie des clients qu'il suivait au sein du cabinet qu'il a quitté ; qu'en retenant, pour débouter la société Cofigex de ses prétentions sur le fondement de la concurrence déloyale, que celle-ci ne démontrait pas un détournement frauduleux de données par Mme H..., quand elle avait pourtant constaté, d'une part, que la clef USB conservée par celle-ci comportait une partie de la comptabilité des clients de la société Cofigex, c'est-à-dire le travail réalisé pour le compte de cette société, et, d'autre part, que les clients n'avaient pas eux-mêmes personnellement demandé à la société Cofigex que leur dossier soit transféré à la nouvelle structure de Mme H..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations en violation de l'article 1382 du code civil, désormais article 1240 dudit code ;

2°) ALORS QU'en se bornant à retenir, pour débouter la société Cofigex de ses prétentions sur le fondement de la concurrence déloyale, que celle-ci ne rapporte pas la preuve que les éléments figurant sur la clef USB suffisaient à Mme H... pour établir les comptes de fin d'année et qu'ils étaient ainsi à l'origine du départ de la clientèle dont s'occupait l'associée minoritaire, outre que celle-ci s'était par ailleurs fait remettre par certains clients leurs grands livres et leurs états financiers, sans rechercher si, compte-tenu des explications données par la présidente de l'ordre des experts-comptables et des comptables libéraux agréés de Nouvelle Calédonie dans un courrier régulièrement produit aux débats par la société Cofigex dont celle-ci se prévalait (concl. p. 7 et 8), il n'était pas impossible que Mme H... ait pu ressaisir toute la comptabilité de dizaines de clients en pleine saison fiscale et très improbable que ces derniers aient pu lui communiquer leurs grands livres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, désormais article 1240 dudit code.