

Concurrence - Création d'une société par l'ancien salarié et récupération du fichier clients : le pouvoir d'attraction de la théorie de la concurrence déloyale - Commentaire par Lucas Bettoni

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 16 mars 2023, 1078

Création d'une société par l'ancien salarié et récupération du fichier clients : le pouvoir d'attraction de la théorie de la concurrence déloyale

Commentaire par Lucas Bettoni maître de conférences à l'université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires (EA780)

CONCURRENCE

Solution. - Constituent des actes de concurrence déloyale le fait pour une société créée par un ancien salarié de débiter son activité avant la fin du contrat de travail ainsi que le fait pour celle-ci de détenir des informations confidentielles relatives à l'activité du concurrent et obtenues par le salarié durant son contrat.

Impact. - Le rattachement discutable de ces deux actes à la faute de concurrence déloyale témoigne de la force d'attraction de la théorie de la concurrence déloyale.

[Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-19.860, F-B](#) ; [JurisData n° 2022-020839](#) (non reproduit)

Note :

Le détournement déloyal de la clientèle par l'ancien salarié génère un contentieux abondant (*V. C. Le Goffic, Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente* : [JCI, Concurrence - Consommation, fasc. 225, n° 26 s.](#), et les nombreuses références citées). Dans ce domaine, la jurisprudence privilégie la casuistique en conciliant, pour chaque espèce, la liberté d'établissement du salarié avec le souci légitime de l'employeur de se protéger contre l'appropriation d'informations stratégiques et la captation de clients. Par cet arrêt du 7 décembre 2022 à paraître au bulletin ([Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-19.860](#) ; [JurisData n° 2022-020839](#) ; [JCP E 2022, act. 1059](#) ; [JCP S 2023, 1009](#), note V. Armillei), on peut néanmoins se demander si la chambre commerciale ne va pas à l'encontre de cette logique d'équilibre.

Les faits de l'affaire portée devant elle sont classiques : une société exerçant une activité d'administration d'immeubles se plaint d'agissements de deux salariés démissionnaires qui auraient illicitement démarché sa clientèle avant la fin des contrats de travail en créant et exploitant une entreprise concurrente. Celle-ci décide alors de former, devant la juridiction commerciale, un recours en indemnisation, sur le fondement de la concurrence déloyale, contre la nouvelle société. Par arrêt du 25 mai 2021 ([CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 mai 2021, n° 19/11131](#)), la cour d'appel de Paris rejette l'action en concurrence déloyale aux motifs que, d'une part, il n'existe pas de faute imputable aux anciens salariés dont la défenderesse se serait rendue complice durant l'exécution des contrats de travail et, d'autre part, le transfert par les anciens salariés à leur société de listes de résidences gérées par la demanderesse et d'adresses électroniques des membres des conseils syndicaux n'est pas fautif en l'absence de preuve de leur exploitation par un moyen déloyal.

Sur pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation est invitée à passer au crible de la théorie de la concurrence déloyale les agissements des salariés démissionnaires à travers leur entreprise. Pendant l'exécution des contrats de travail, la société créée a-t-elle commis un acte d'exploitation illicite ? Le fait pour la société nouvelle de détenir des informations relatives à l'activité de l'entreprise rivale, obtenues par les anciens salariés durant leur contrat de travail, est-il en soi constitutif de concurrence déloyale ?

La décision attaquée est censurée dans sa totalité. Afin de conférer à la cassation une portée normative, la chambre commerciale formalise deux attendus de principe. Suivant le premier, « *Constitue un acte de concurrence déloyale le fait, pour une société à la création de laquelle a participé le salarié d'une société concurrente, de débiter son activité avant le terme du contrat de travail liant ceux-ci* ». Et en vertu du second, « *Le seul fait, pour une société à la création de laquelle a participé l'ancien salarié d'un concurrent, de détenir des informations confidentielles relatives à l'activité de ce dernier et obtenues par ce salarié pendant l'exécution de son contrat de travail, constitue un acte de concurrence déloyale* ». Ce sont donc deux actes distincts de concurrence déloyale qui sont stigmatisés par la Haute Juridiction : un acte en cours d'exécution du contrat de travail, tenant à l'exploitation de l'activité concurrente par la société créée par le salarié ; et un autre, aussi commis par la nouvelle société, pendant et après le contrat de travail, et résidant dans la seule détention d'informations confidentielles relatives à l'activité de l'employeur.

1. L'exploitation de l'activité concurrente pendant le contrat de travail

De manière classique, la Cour de cassation fait la distinction entre la préparation - licite - et l'exploitation - illicite - d'une activité concurrente par le salarié. Est en revanche plus discutable la qualification de l'activité de la société créée par ce dernier en acte de concurrence déloyale.

A. - La distinction entre la préparation et l'exploitation de l'activité concurrente

En vertu de l'[article L. 1222-1 du Code du travail](#), il pèse sur le salarié une obligation d'exécuter loyalement son contrat de travail. À ce titre, la jurisprudence considère que pendant la durée de son contrat, le salarié est de plein droit tenu de ne pas faire concurrence à son employeur, même en l'absence de clause expresse le prévoyant (*Cass. soc., 5 mai 1971, n° 70-40.021* ; *Bull. civ. V, n° 327*). Constitue ainsi un manquement à l'obligation de loyauté le fait de créer une société concurrente qui exerce une activité alors que le contrat de travail n'est pas encore expiré (*Cass. com., 4 juin 1973, n° 72-11.737* ; *Bull. civ. IV, n° 192*), quand bien même ladite activité débiterait seulement pendant l'exécution du préavis (*Cass. com., 2 mars 1982, n° 80-12.232* ; *Bull. civ. IV, n° 80*). En revanche, l'engagement implicite de non-concurrence du salarié ne lui interdit pas de préparer une future activité concurrente, dès lors que cette société n'a eu aucun commencement d'activité au jour de la cessation du contrat de travail (*Cass. soc., 20 févr. 1975, n° 74-40.238* ; [JurisData n° 1975-096084](#) ; *Bull. civ. V, n° 84*). C'est ainsi qu'il demeure libre de procéder aux démarches administratives, dont l'immatriculation de la future société (*Cass. soc., 23 sept. 2020, n° 19-15.313* ; [JurisData n° 2020-014740](#) ; *JCP E 2020, act. 692*).

L'arrêt sous étude s'inscrit dans le sillage des solutions passées en considérant comme fautif le fait « de débiter son activité avant le terme du contrat de travail », laissant ainsi entendre que les seuls actes préparatoires à l'exercice d'une future activité concurrente ne sont pas répréhensibles. Or, dans le cas présent, la Cour de cassation a relevé l'envoi par la société créée par le salarié démissionnaire d'une offre commerciale à une copropriété cliente de l'employeur le 24 février 2017, soit le jour où le contrat de travail a pris fin. Le juge d'appel aurait donc dû rechercher si cet envoi ne constituait pas un acte d'exploitation antérieur au terme du contrat et par conséquent fautif, étant entendu que le détournement de clientèle n'a pas besoin d'être massif ou systématique pour être sanctionné ([Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-17.714](#) ; [JurisData n° 2021-007415](#) ; *Lettre distrib. 2021/6, obs. N. Eréséo*).

B. - Le rattachement de l'exploitation à la concurrence déloyale

Dans les différentes décisions précitées, l'employeur victime d'un détournement de clientèle avait dirigé son action indemnitaire contre son ancien salarié. Ici, c'est la société créée par le salarié qui est mise en cause et qui se voit imputer la faute. À cet égard, le visa de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil s'imposait, les sociétés concurrentes n'entretenant aucun lien contractuel.

L'apport et l'originalité de la solution résident dans la qualification de cette faute délictuelle en acte de concurrence déloyale. Ce choix, que la Cour de cassation ne justifie pas, n'a pourtant rien d'évident. Dans le cas d'espèce en effet, la faute de la société résidait dans sa participation à l'inexécution par le salarié de son obligation contractuelle de non-concurrence et constituait, par conséquent, un acte de tierce-complicité (*V. en ce sens, Cass. com., 13 mars 1979, n° 77-13.518* ; *Bull. civ. IV, n° 100*). Or, ce que la doctrine appelle la « concurrence anticontractuelle », qui consiste dans la violation d'une obligation conventionnelle, expresse ou implicite, de non-concurrence, se distingue de la concurrence déloyale, laquelle ne met pas en cause l'exercice de la concurrence en lui-même, mais les moyens employés jugés contraires à la morale des affaires (*Y. Picod, Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle, in La concurrence déloyale : Dalloz, 2001, p. 11 s.*). Si ces comportements concurrentiels sont générateurs de responsabilité civile, les règles qui leur sont applicables peuvent différer. Ainsi, tandis que la responsabilité du salarié pour manquement à son obligation de loyauté « n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde et que celle-ci est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur » ([Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16.880, dans un cas d'activité concurrente menée en parallèle](#)), l'élément intentionnel n'est en revanche pas requis pour caractériser la concurrence déloyale ([Cass. com., 2 juill. 1991, n° 89-14.042](#) ; [JurisData n° 1991-001772](#) ; *Bull. civ. IV, n° 244*). En assimilant l'activité exercée par la nouvelle société en cours de contrat de travail à de la concurrence déloyale, la chambre commerciale semble donc dissocier cette faute du manquement du salarié à son obligation de loyauté, ce qui ne sera pas sans incidence sur le dénouement du litige. En plus de n'avoir pas à rapporter la preuve d'une faute intentionnelle, l'employeur pourra en effet bénéficier de l'avantage probatoire non négligeable qu'offre la présomption simple de préjudice propre à la responsabilité pour concurrence déloyale (*V. Cass. 1re civ., 10 avr. 2019, n° 18-13.612* ; [JurisData n° 2019-005868](#) ; [Contrats. conc. consom. 2019, comm. 123, obs. M. Malaurie-Vignal](#) ; *D. 2019, p. 1549, note B. Ménard*).

2. La détention d'informations confidentielles pendant et après le contrat de travail

La société des salariés est également mise en cause pour avoir obtenu de ces derniers des fichiers clients appartenant au concurrent qui les emploie. Le caractère confidentiel des informations paraît déterminant dans le choix de la Cour de cassation d'assimiler leur détention à de la concurrence déloyale. Ce choix demeure malgré tout contestable.

A. - Le caractère confidentiel des informations détenues

En l'espèce, l'employeur reprochait aux salariés démissionnaires d'avoir transféré sur leur messagerie personnelle les contacts des membres des conseils syndicaux ainsi que la liste des résidences gérées. Alors qu'aucun engagement de confidentialité ne semble avoir ici été stipulé, la Cour de cassation qualifie sans plus de précisions ces renseignements d'informations confidentielles, comme si ce caractère relevait de l'évidence (*V. aussi laconique, Cass. com., 6 avr. 2022, n° 21-11.434* ; [JurisData n° 2022-005414](#) ; [Contrats. conc. consom. 2022, comm. 116, obs. M. Malaurie-Vignal](#) ; *RJDA 7/22, n° 446*). Par le passé pourtant, la confidentialité des listes clients a pu prêter à discussion devant elle. Par exemple, une décision rejeta l'action en concurrence déloyale d'une entreprise au motif qu'elle n'avait pas rapporté la preuve que les informations relatives à sa clientèle exploitées par son ancien salarié étaient confidentielles et relevaient d'un savoir-faire propre à celle-ci ([Cass. com., 11 févr. 2003, n° 00-15.149](#) ; [JurisData n° 2003-017601](#) ; *Bull. civ. IV, n° 17*).

Si cette confidentialité ne fait plus débat dans l'esprit du juge, c'est certainement en raison de la consécration en droit français de la protection du secret des affaires ([L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires](#) : *JO 31 juill. 2018, texte n° 1* ; [JCP E 2018, act. 641](#) ; [JCP E 2018, 1444, note T. d'Alès et O. Sicsic](#)) dans la mesure où les informations sur la clientèle semblent renvoyer à la définition légale du secret des affaires ([C. com., art. L. 151-1](#)). Il s'agit en effet d'informations difficilement accessibles (1re condition) qui revêtent une certaine valeur commerciale (2e condition). Pourtant, la vérification de la troisième exigence - la nécessité de prendre des mesures raisonnables pour conserver le caractère secret de l'information - est beaucoup moins évidente quand, comme en l'espèce, le détenteur légitime ne prend pas la précaution d'insérer dans ses contrats avec ses salariés ou partenaires une clause de confidentialité et /ou de restitution de documents relatifs à la clientèle (*V. en ce sens, M.-A. Frison-Roche et J.-Ch. Roda, Droit de la concurrence : Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2022, n° 1031*).

Il n'en demeure pas moins que ce devoir de précaution, qui conditionne l'action en réparation pour atteinte au secret des affaires ([C. com., art. L. 152-1](#)), demeure propre au dispositif de protection contenu dans le Code de commerce. L'assimilation de la détention d'informations confidentielles à un acte de concurrence déloyale permet à la Cour de cassation de s'en affranchir. En somme, même si la consécration récente du secret des affaires permet d'admettre plus aisément qu'auparavant le caractère confidentiel des informations sur l'activité du concurrent, leur appropriation n'en reste pas moins dans le giron de la concurrence déloyale.

B. - Le rattachement de la détention à la concurrence déloyale

La décision attaquée avait jugé le transfert des listes non-répréhensible en l'absence de preuve de l'exploitation de ces informations par un moyen fautif de la part des salariés démissionnaires. Ce faisant, l'employeur considérait dans son pourvoi que le juge d'appel avait à tort ajouté une condition à la caractérisation d'un détournement déloyal du fichier clients. Mais, pour la Cour de cassation, l'exploitation importe peu, puisque la seule détention par la nouvelle société d'informations confidentielles relatives à l'activité de la société concurrente, obtenues par l'ancien salarié durant son contrat de travail, suffit à constituer un acte de concurrence déloyale.

La solution retenue par la Haute Juridiction a de quoi surprendre. Traditionnellement en effet, constitue un procédé déloyal le détournement du fichier clientèle d'un concurrent en vue de démarcher ladite clientèle (V. [Cass. com., 6 déc. 1977, n° 76-11.735](#) : *Bull. civ. IV, n° 290*). L'entreprise à qui on apporte le fichier clients est donc sanctionnée non pas parce qu'elle détient ces informations privilégiées, mais parce qu'elle les utilise pour prospector les clients du concurrent (Contra, [Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506](#) : *JurisData n° 1991-001769* ; *Bull. civ. IV, n° 236*, *retenant que le mandataire commet une faute en conservant le fichier de la clientèle de son mandant après la rupture de leurs relations, mais parce que les parties étaient liées ici par un mandat d'intérêt commun*). Dit plus simplement, sans démarchage des clients mentionnés sur le fichier, pas de concurrence déloyale (*sachant qu'un démarchage massif ou systématique n'est pas nécessaire et qu'une seule utilisation avérée du fichier suffit* : [Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-17.714](#), *préc.*). De ce point de vue, l'arrêt sous étude marque une sévérité renforcée vis-à-vis de la captation des fichiers clients des rivaux. Il est à noter que ce changement de cap de la Cour de cassation avait été amorcé quelques mois plus tôt, par deux arrêts inédits qui retinrent que l'appropriation d'informations confidentielles par l'ancien salarié ou la société que ce dernier a créée constitue un acte de concurrence déloyale ([Cass. com., 1er juin 2022, n° 21-11.921](#) : *JurisData n° 2022-009489* ; *Propr. industr. 2022, chron. 10, n° 11*, *obs. J. Larrieu*. - [Cass. com., 7 sept. 2022, n° 21-13.505](#) : *JurisData n° 2022-014566*).

La publication au bulletin et la formulation d'un attendu de principe officialisent donc un revirement de jurisprudence pourtant critiquable. Prise au pied de la lettre, la solution signifie qu'une entreprise qui conserve des informations sur les clients de l'ancien employeur ou partenaire dans le but d'identifier les personnes qu'elle ne peut solliciter est aussi fautive que celle qui cible cette clientèle dans son activité de prospection. Plus fondamentalement, réputer illicite la détention d'informations sur la clientèle, n'est-ce pas présumer le détournement déloyal de cette clientèle et, finalement, ce qui fait la faute de concurrence déloyale ? Une telle solution glisse dangereusement vers la présomption de responsabilité qui, pourtant, constituait jusqu'à présent pour la Cour de cassation une ligne rouge à ne jamais franchir (V. [Cass. com., 30 nov. 1983, n° 82-11.099](#) : *Bull. civ. IV, n° 331*).

Mots clés : Concurrence. - Concurrence déloyale. - Création par le salarié d'une entreprise concurrente. - Détournement du fichier clients.