

COMM.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 11 mai 2017

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 691 F-D

Pourvoi n° Y 15-17.883

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Jean-François X..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 12 février 2015 par la cour d'appel de Metz (chambre commerciale), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Aloris, société à responsabilité limitée, venant aux droits de la société 3I Ingénierie, dont le siège est [...],

2°/ à la société Polymont Engineering, société anonyme, anciennement dénommée Polymont, venant aux droits de la société Arma Ingénierie, dont le siège est [...],

défenderesses à la cassation ;

La société Aloris a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, un moyen de cassation également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 14 mars 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme B..., conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme B..., conseiller référendaire, les observations de la SCP Ghestin, avocat de M. X..., de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Polymont Engineering, de la SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat de la société Aloris, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., directeur du département des installations industrielles de la société Arma Ingénierie (la société Arma), spécialisée dans les études et l'ingénierie pour projets industriels, a démissionné de son poste le 29 septembre 2006 et a été dispensé d'effectuer son préavis ; qu'il a constitué, le 27 novembre 2006, la société 3I Ingénierie ; qu'invoquant des actes de concurrence déloyale par débauchage de salariés et détournement de clientèle, de fichiers et de documents professionnels, la société Arma a assigné M. X... et la société 3I Ingénierie en paiement de dommages-intérêts ; que la société Arma a fait appel du jugement qui avait constaté que les actes établis à l'encontre de M. X... étaient fautifs et obligeaient ce dernier à réparer le préjudice en résultant pour la société Arma et qui, avant dire droit, avait invité cette dernière à produire le traité de cession à la société Polymont ; qu'en cours d'instance, la société 3I Ingénierie a fait l'objet d'une fusion-acquisition par la société Aloris ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'appel de la société Polymont alors, selon le moyen :

1°/ que les décisions qui ne tranchent pas le fond du litige et qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent faire l'objet d'un appel immédiat ; qu'en l'espèce après avoir relevé que le jugement du 18 mars 2008 avait, avant dire droit, invité la société Arma Ingénierie à produire un traité de cession entre elle-même et la société Polymont, enjoint aux parties de conclure et renvoyé l'affaire à la mise en état, la cour d'appel devait en déduire qu'avant dire droit, le tribunal avait invité les parties à lui permettre de vérifier la qualité pour agir de la société Polymont qui prétendait reprendre l'instance engagée par la société Arma Ingénierie à la suite de la transmission universelle du patrimoine de la société Arma Ingénierie à la société Polymont intervenue le 30 novembre 2007 ; qu'en considérant qu'une partie du principal avait été tranchée par ce jugement qui s'était borné à constater l'intérêt à agir de la société Arma Ingénierie lorsqu'il avait constaté un fait de concurrence déloyale, pour déclarer recevable l'appel immédiat, la cour d'appel a violé l'article 544 du code de procédure civile ;

2°/ qu'à l'occasion d'une reprise d'instance, le juge doit vérifier le droit d'action de la partie qui prétend avoir intérêt et qualité à exercer cette reprise ; qu'après avoir constaté que, selon le jugement, la société Arma Ingénierie, demanderesse, avait intérêt et qualité à agir en concurrence déloyale, la cour d'appel devait rechercher si, en invitant les parties à produire le traité de cession entre la société Arma Ingénierie et la société Polymont, le jugement s'était borné, avant dire droit, à permettre au tribunal de vérifier la possibilité pour la société Polymont de reprendre l'instance ; qu'en s'abstenant de procéder à cette recherche avant de considérer qu'une partie du principal avait été tranché par le jugement, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard de l'article 30 du code de procédure civile, ensemble les articles 544 et 373 du même code ;

Mais attendu qu'ayant retenu que le jugement se présentait comme une décision mixte puisque celle-ci, d'une part, statuait sur le fond du litige en déclarant établis les actes fautifs retenus à l'encontre de M. X..., lequel était tenu de réparer le préjudice de la société Arma, et, d'autre part, ordonnait avant dire droit la communication du traité de cession de la société Arma à la société Polymont, ce dont il résultait que la décision tranchait une partie de la demande principale, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la seconde branche, que ses appréciations rendaient inopérante, en a exactement déduit que l'appel était recevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de ce pourvoi, pris en ses deuxième et troisième branches :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré établis à son encontre les actes fautifs l'obligeant à réparer le préjudice en résultant pour la société Polymont venant aux droits et obligations de la société Arma et de déclarer la société 3I Ingénierie responsable d'actes constitutifs de concurrence déloyale commis au préjudice de la société Polymont alors, selon le moyen :

1°/ que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en fondant sa décision sur le moyen tiré de la confusion créée par usage de documents identiques, traduisant une « volonté délibérée de la part de Jean-François X... et de la SARL 3I Ingénierie de détenir des documents leur permettant de connaître les tarifs pratiqués par leur concurrent et d'adapter leurs propres offres », sans provoquer les explications des parties sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2°/ que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en fondant sa décision sur le moyen tiré du fait qu' en dissimulant la date exacte de la fin de son contrat ou en n'indiquant pas la date de sa démission à son interlocuteur au sein de la société Total qui était un client important de la SARL Arma, M. X... avait créé une confusion dans l'esprit de ce client durant son préavis auquel il a été mis fin le 20 novembre 2006, sans provoquer les explications des parties sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la société Polymont, venant aux droits de la société Arma, ayant soutenu, dans ses conclusions, que M. X... et la société 3I Ingénierie s'étaient largement inspirés des exemples jurisprudentiels, qu'elle citait, comme celui d'un ancien employé qui avait créé sa propre entreprise et qui continuait d'agir auprès de la clientèle commune comme s'il en était toujours le représentant ou celui qui, par une utilisation de renseignements techniques et commerciaux recueillis à l'occasion de ses anciennes fonctions, détournait les commandes d'un client de son ancien employeur, c'est sans relever un moyen d'office, ni se fonder sur un fait qui n'était pas dans le débat que la cour d'appel a retenu que M. X... et la société 3I Ingénierie avaient commis des actes de concurrence déloyale, en favorisant la confusion par l'emploi de documents identiques, dans le dessein de connaître les tarifs pratiqués par leur concurrent et d'adapter leurs propres offres, et par la dissimulation auprès de la clientèle de la société Arma de la date exacte de la fin du contrat de M. X... et celle de sa démission ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société Aloris fait grief à l'arrêt de déclarer recevables l'appel principal de la société Polymont et l'appel incident de M. X..., de déclarer la société 3I Ingénierie responsable d'actes constitutifs de concurrence déloyale commis au préjudice de la société Polymont, de condamner la société 3I Ingénierie, in solidum avec M. X..., à payer à la société Polymont la somme de 765 713,59 euros à titre de dommages-intérêts et d'ordonner la destruction de l'ensemble des données informatiques ayant trait à l'activité de l'ancienne société Arma détenues dans les mémoires et logiciels des ordinateurs utilisés par la société 3I Ingénierie alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en se prononçant, par arrêt du 12 février 2015, sur le litige opposant les sociétés Polymont et 3I Ingénierie sans que la société Aloris, qui avait absorbé la société 3I Ingénierie par traité de fusion du 28 septembre 2012, n'ait été appelée ou entendue, la cour d'appel, qui ne lui a pas permis de faire valoir ses moyens de défense, a violé les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du code de procédure civile ;

Mais attendu que M. X... et la société 3I Ingénierie étaient tous deux représentés dans l'instance d'appel par le même avocat et ont déposé des conclusions communes ; qu'à la suite de la fusion, l'intégralité des droits et obligations de la société 3I Ingénierie a été transmise à la société Aloris ; qu'il s'ensuit que la procédure suivie devant la cour d'appel a permis à la société Aloris de faire valoir ses moyens de défense ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en ses première, quatrième et cinquième branches, et sur le troisième moyen, pris en sa seconde branche, de ce pourvoi :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le troisième moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu les articles 4, 5 et 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner solidairement M. X... et la société 3I Ingénierie à payer à la société Polymont la somme de 765 713,59 euros à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient qu'il ressort des éléments du dossier et notamment des investigations menées par M. Y..., huissier de justice, et de l'analyse effectuée par l'expert-comptable et commissaire aux comptes que l'évolution de la marge brute de la société Arma et du chiffre d'affaires réalisé pour certains clients par la société Polymont a pu être déterminée de manière suffisamment fiable par des experts du chiffre pour que la cour s'estime suffisamment informée quant à la portée du préjudice économique subi, de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande d'expertise comptable ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société Polymont n'avait formulé qu'une demande d'indemnité provisionnelle, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige sans inviter les parties à compléter leur demande en vue de la réparation définitive de ce préjudice, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne solidairement M. X... et la société 3I Ingénierie à payer à la société Polymont, venant aux droits de la société Arma, la somme de 765 713,59 euros à titre de dommages-intérêts et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 12 février 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Metz ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Dit n'y avoir lieu de mettre hors de cause la société Aloris dont la présence devant la cour de renvoi est nécessaire à la solution du litige ;

Condamne la société Polymont Engineering aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à M. X... la somme de 3 000 euros et rejette les autres demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président

en son audience publique du onze mai deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Ghestin, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Metz d'avoir déclaré recevable l'appel interjeté par la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie ;

AUX MOTIFS QUE par jugement avant dire droit du 18 mars 2008, le tribunal a invité la sarl Arma Ingenierie à produire le traité de cession à la SA Polymont et a enjoint aux parties de conclure sur cette cession avant l'audience de mise en état de renvoi ordonnée par cette juridiction ; que l'appelante joint à la procédure une déclaration de dissolution sans liquidation de la SARL Arma Ingénierie dont il ressort que la SA Polymont est propriétaire de la totalité des parts composant le capital social de la SARL Arma Ingénierie depuis le 30 novembre 2007 et surtout que l'absorption de la SARL Arma Ingenierie par la SA Polymont s'effectue conformément à l'article 1844-5 du code civil ; que le mode de fusion choisi par les deux sociétés à savoir la transmission universelle du patrimoine n'est réalisé que lorsque le délai accordé aux créanciers pour faire opposition est écoulé et que tel est le cas en l'espèce comme l'atteste le document n° 3 versé aux débats par l'appelante ; que la transmission universelle du patrimoine prévue par l'article 1844-5 du code civil ne requiert pas, contrairement à la fusion simplifiée, un traité de cession évaluant sous le contrôle d'un commissaire aux comptes les actifs et les passifs pris en charge ; qu'en conséquence, c'est à tort que les premiers juges ont invité la SARL Arma Ingénierie à produire le traité de cession à la SA Polymont ; qu'en outre il n'est pas précisé dans les motivations du jugement entrepris les raisons pour lesquelles il a paru utile de renvoyer à la procédure à la mise en état sur le seul fondement de la communication du traité de cession ni d'indiquer en quoi les parties devaient conclure sur cette cession ; qu'il résulte de ces constatations et des pièces jointes au dossier qu'il y a bien eu transmission universelle de patrimoine par la SARL Arma Ingénierie à la SA Polymont de l'ensemble de ses biens, droits et obligations ; qu'en conséquence, il convient de considérer que les parties ont satisfait à l'invitation des premiers juges et à leur injonction de conclure et de dire que la SA Polymont a qualité pour agir dans le présent contentieux ; que le jugement entrepris se présente comme une décision mixte puisque cette décision statue sur le fond du litige en déclarant établis les actes fautifs retenus à l'encontre de Jean-François X... et en ordonnant avant dire droit la communication du traité de cession de la SARL Arma Ingénierie à la SA Polymont ; qu'il n'y a pas dans la cause expliquant la mesure avant dire droit de la décision querellée de lien avec l'examen de la responsabilité éventuelle de la SARL 3 I Ingénierie, pourtant nommément assignée et nommément visée dans le dispositif des conclusions de première instance de la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie mais que, pour autant, les premiers juges ont omis de statuer sur ce chef ; qu'en application de l'article 556 du code de procédure civile, la Cour considère que, dans le cadre de l'appel qu'elle a interjeté, la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie a explicité et développé les prétentions d'origine soumises aux premiers juges ; qu'en conséquence, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens invoqués par l'appelante, il y a lieu de constater que la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie a satisfait aux exigences posées par cette cour dans son arrêt avant dire droit du 10 mai 2011 et de déclarer recevables l'appel principal relevé par cette société et subséquemment l'appel incident formé par Jean-François X... ; qu'il résulte de l'article 562 du code de procédure civile que l'appel ne défère à la Cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément ou implicitement et ceux qui en dépendent ; que les premiers juges, en ce qu'ils ont statué sur la responsabilité ne se sont prononcés que sur celle de Jean-François X..., l'un des deux défendeurs sans examiner, pour l'admettre ou la rejeter, celle de la SARL 3 I Ingénierie ; qu'il résulte de l'article 568 du code de procédure civile que lorsque la cour est saisie d'un jugement avant dire droit, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive ; qu'en l'espèce, le jugement querellé doit être qualifié de mixte puisque tranchant une partie du principal et ordonnant une mesure d'instruction ; que dès lors il est susceptible d'appel immédiat ; que dans ces conditions c'est à bon droit que la Cour de céans peut évoquer le litige dans la mesure où elle est saisie de la responsabilité des intimés mais aussi de la mesure d'instruction ordonnée, en l'espèce, la fourniture du traité de cession ; que la cour, constatant que les parties ont conclu sur le fond et estimant de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive évoque en conséquence l'intégralité de la procédure ;

1/ ALORS QUE les décisions qui ne tranchent pas le fond du litige et qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent faire l'objet d'un appel immédiat ; qu'en l'espèce après avoir relevé que le jugement du 18 mars 2008 avait, avant dire droit, invité la société Arma Ingénierie à produire un traité de cession entre elle-même et la société Polymont, enjoint aux parties de conclure et renvoyé l'affaire à la mise en état, la cour d'appel devait en déduire qu'avant dire droit, le tribunal avait invité les parties à lui permettre de vérifier la qualité pour agir de la société Polymont qui prétendait reprendre l'instance engagée par la société Arma Ingénierie à la suite de la transmission universelle du patrimoine de la société Arma Ingénierie à la société Polymont intervenue le 30 novembre 2007; qu'en considérant qu'une partie du principal avait été tranché par ce jugement qui s'était borné à constater l'intérêt à agir de la société Arma Ingénierie lorsqu'il avait constaté un fait de concurrence déloyale, pour déclarer recevable l'appel immédiat, la cour d'appel a violé l'article 544 du code de procédure civile ;

2/ ET ALORS SUBSIDIAIREMENT QU'à l'occasion d'une reprise d'instance, le juge doit vérifier le droit d'action de la partie qui prétend avoir intérêt et qualité à exercer cette reprise ; qu'après avoir constaté que, selon le jugement, la société Arma Ingénierie, demanderesse, avait intérêt et qualité à agir en concurrence déloyale, la cour d'appel devait rechercher si, en invitant les parties à produire le traité de cession entre la société Arma Ingénierie et la société Polymont, le jugement s'était borné, avant dire droit, à permettre au tribunal de vérifier la possibilité pour la société Polymont de reprendre l'instance; qu'en s'abstenant de procéder à cette recherche avant de considérer qu'une partie du principal avait été tranché par le jugement, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard de l'article 30 du code de procédure civile, ensemble les articles 544 et 373 du même code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir « confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré établis à l'encontre de Jean-François X... les actes fautifs l'obligeant à réparer le préjudice en résultant pour la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie » et « déclaré la SARL 3 I Ingénierie responsable d'actes fautifs constitutifs d'actes de concurrence déloyale commis au préjudice de la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie » ;

AUX MOTIFS QUE la notion de concurrence déloyale qui émane de l'article 2 de la loi de finance n° 63-628 du 2 juillet 1963 se définit par la constitution de l'ensemble des procédés concurrentiels contraires à la loi ou aux usages, constitutifs d'une faute intentionnelle et de nature à porter préjudice aux concurrents (cf. arrêt, p. 13); 1° sur le grief tenant à la confusion provoquée et entretenue par M. X... et la société 3 I Ingénierie, a) qu'est non fondée l'imputation d'un acte fautif constitué par le recrutement de salariés ayant travaillé pour le compte de la société Arma Ingénierie (cf. arrêt, p. 14) b) que la sarl 3 I Ingénierie a utilisé des documents identiques dans leur présentation aux documents commerciaux de la société Arma Ingénierie (cf. arrêt, p. 14, 15 et 16) ; c) que M. X... et M. Z... ont participé aux réunions d'octobre 2006 organisées par la société Arkema, en indiquant que la SARL 3 I Ingénierie était en cours de création et de recrutement de personnel (cf. arrêt, p. 16 et 17); d) qu'à l'insu de la société Arma Ingénierie, pendant la période de préavis, M. X... s'est fait délivrer par la société Total, cliente de la société Arma Ingénierie, un duplicata de carte d'accréditation (cf. arrêt, p. 18) ; e) que M. X... a créé une confusion dans l'esprit des clients de la sarl Arma Ingénierie en leur dissimulant les dates de sa démission et de la fin de son contrat, lorsqu'il leur a indiqué le 7 novembre qu'il ne faisait plus partie de la société Arma Ingénierie à compter de ce jour (cf. arrêt, p. 18) ; 2° sur le grief tiré de la désorganisation de la sarl Arma Ingénierie, a) sur le débauchage massif que sur un effectif de 44 personnes 16 salariés dont M. X... ont démissionné entre août 2006 et novembre 2006 ; que la comparaison entre les salaires versés par la sarl Arma Ingénierie et ceux octroyés par la sarl 3 I Ingénierie révèle un écart entre 3,57 et 11,11% ; que si cette amélioration de la rémunération ne saurait être critiquée, la démarche consistant à proposer des salaires améliorés avant la démission participe d'une entreprise de déstabilisation par débauchage massif, le départ des salariés qui s'est manifestée par des difficultés avec la clientèle (cf. arrêt, p. 18, 19, 20, 21 et 22) ; b) sur le grief de détournement de correspondance, qu'il doit être reproché à M. X... d'avoir transmis le 13 janvier 2007 à l'ensemble de ses anciens collègues ses nouvelles coordonnées pour les « messages professionnels » (cf. arrêt, p. 24 et 25); c) sur le grief tiré de l'absence de restitution par M. X... de documents et de matériels appartenant à la sarl Arma Ingénierie, que lors de la rupture du contrat de travail, M. X... a omis de restituer l'ordinateur personnel que lui confié par la société Arma Ingénierie et que contraint de remettre cet ordinateur à l'huissier de justice commis sur requête, M. X... a préalablement supprimé le disque dur qui s'y trouvait (cf. arrêt, p. 25, 26 et 27), d) sur le grief de purge du fichier client restitué par M. X... à la société Arma Ingénierie

lors de la rupture du contrat de travail, que M. X... fait valoir que la société Arma Ingénierie a elle-même procédé à cette purge pour le confondre mais que la différence résulte des constatations de l'huissier de sorte qu'il a été établi que M. X... a délibérément supprimé du fichier un certain nombre de sociétés et de noms patronymiques de ce fichier client pour désorganiser la société Arma Ingénierie (cf. arrêt, p. 27 et 28) ; 3° sur le grief tiré d'actes parasitaires, que la société 3 I Ingénierie a tiré partie d'une formation payée par la société Arma Ingénierie, intervenue en 2006, dont avait pu bénéficier un des salariés démissionnaires qu'elle a embauchés (cf. arrêt, p. 28 et 29), que M. X... et la sarl 3 I Ingénierie se sont appropriés de données informatiques appartenant à la société Arma Ingénierie (cf. arrêt, p. 29 et 30) ; 4° sur le grief de détournement de clientèle, que M. X... a procédé à du démarchage alors même qu'il était encore en lien avec la sarl Arma ingénierie (cf. arrêt, p. 30 et 31) ;

1/ ALORS QUE l'action en concurrence déloyale suppose seulement l'existence d'une faute, sans requérir un élément intentionnel ; qu'en jugeant du contraire, la cour d'appel a violé les articles 1382 et 1383 du code civil ;

2/ ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en fondant sa décision sur le moyen tiré de la confusion créée par usage de documents identiques, traduisant une « volonté délibérée de la part de Jean-François X... et de la SARL 3 I Ingénierie de détenir des documents leur permettant de connaître les tarifs pratiqués par leur concurrent et d'adapter leurs propres offres » (cf. arrêt, p. 14, 15 et 16), sans provoquer les explications des parties sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3/ ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en fondant sa décision sur le moyen tiré du fait qu' en dissimulant la date exacte de la fin de son contrat ou en n'indiquant pas la date de sa démission à son interlocuteur au sein de la société Total qui était un client important de la SARL Arma Ingénierie, M. X... avait créé une confusion dans l'esprit de ce client durant son préavis auquel il a été mis fin le 20 novembre 2006 (cf. arrêt, p. 18), sans provoquer les explications des parties sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

4°/ ALORS QUE sauf à porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au principe fondamental de liberté du travail, le fait, pour une entreprise, d'engager une partie des salariés d'un concurrent et de profiter ainsi de la formation que ceux-ci ont acquis dans le cadre de leur précédent emploi ne saurait caractériser l'existence d'actes de concurrence déloyale en l'absence de violation, par celle-ci, d'une clause de non-concurrence ou de l'accomplissement de tout autre acte positif caractérisant une manœuvre et un manquement à l'obligation générale de loyauté ; qu'en jugeant du contraire, cependant qu'elle avait constaté que les embauches avaient été assorties d'améliorations de rémunération modérées , la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe fondamental de liberté du travail, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les articles 15 et 16 de la Charte communautaire des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

5/ ALORS QU'après avoir constaté que la sa Polymont venant aux droits de la sarl Arma ingénierie n'avait pas été à même d'établir que la purge de son fichier client était imputable à M. X... qui, selon sa thèse, l'aurait effectuée avant de le lui restituer lors de la rupture du contrat de travail, la cour d'appel s'est fondée sur une constatation inopérante tirée du constat opéré par l'huissier de justice pour considérer qu'il était établi que M. X... avait délibérément supprimé un certain nombre de sociétés ou de noms patronymiques de ce fichier ; qu'en se déterminant de la sorte la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (TRES SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à la Cour d'appel de Metz d'avoir condamné solidairement Jean-François X... et la SARL 3 I Ingénierie à payer à la SA Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie, une somme de 765.713,59 € à titre de dommages et intérêts » ;

AUX MOTIFS SUR LES PREJUDICES ALLEGUES QUE la société Polymont venant aux droits et obligations de la SARL Arma Ingénierie fait valoir que les actes de concurrence déloyale dont elle a été la victime ont engendré une baisse d'activité

du département « installations industrielles » ; qu'ainsi en comparant les quatre premiers mois de l'année 2007 avec ceux des années 2004, 2005 et 2006, il apparaît une baisse du chiffre d'affaires de 652.343 € entre 2006 et 2007, alors qu'il était en augmentation régulière jusqu'au premier décrochage constaté au premier trimestre 2007 ; que selon l'appelante, la désorganisation de l'entreprise est à l'origine d'impayés d'un montant total de 60.930 € ; qu'elle fait état de préjudices complémentaires s'établissant à 119.707 € supportés par elle, de sorte que le coût total du préjudice subi par la SA Polymont se chiffrent à 1.398.183 € ; qu'elle fait cependant observer que ce chiffre n'étant pas définitif, il convient que la cour ordonne une expertise comptable et par conséquent lui alloue le bénéfice d'une provision de 1.300.000 € (cf. arrêt, p. 31 et 32) ; sur la demande d'expertise comptable, qu'il convient de rappeler à titre liminaire que ne peut être considérée comme une prétention au sens de l'article 565 du code de procédure civile une demande dont le seul objet est d'obtenir avant dire droit l'organisation d'une expertise judiciaire et qu'une telle mesure d'instruction peut être ordonnée par la juridiction qui ne s'estime pas suffisamment informée même si aucune des parties n'a conclu en ce sens ; qu'en considération des éléments du dossier et notamment des investigations menées par Maître Y..., huissier de justice et de l'analyse effectuée par la société Sofico, expert-comptable et commissaire aux comptes (pièce n° 82), il s'évince que l'évolution de la marge brute de la SARL Arma Ingenierie et du chiffre d'affaires réalisé pour certains clients par la société appelante, a pu être déterminée d'une façon suffisamment fiable par des experts du chiffre dont la compétence n'est remise en cause par aucune des parties pour que la cour soit suffisamment informée quant à la portée du préjudice économique subi ; qu'en conséquence, il y a lieu de rejeter la demande d'expertise comptable comme étant superfétatoire (cf. arrêt, p. 33) ; sur l'évaluation des préjudices allégués, que le cadre à fixer pour déterminer le préjudice doit présenter un caractère certain de sorte qu'il y a lieu de limiter l'évaluation à l'exercice 2007 et ce d'autant plus qu'à partir des propres études prévisionnelles de la sarl Arma Ingenierie, les contrecoups et agissements fautifs menés en seconde moitié de l'année 2006 et en première moitié de l'année 2007, se sont estompés en 2008 comme l'attestent les prévisions de l'appelante (pièce n° 91) ; que les exigences de certitude et d'imputabilité du préjudice conduisent la cour à circonscrire ce dernier à l'activité du seul département « installations industrielles » où oeuvrait M. X..., sauf connexité avérée avec d'autres secteurs ; qu'il résulte de l'évolution du chiffre d'affaire ht des clients réguliers de la sarl Arma ingénierie telle qu'estimée par la société Sofico qu'un certain nombre de clients sont totalement perdus pour l'appelante comme ne lui passant plus aucune commande (pour exemple les sociétés Elyo Nord Est, Honoré sas, Ponticelli) ; que d'autres sites ont réduit notablement leurs relations commerciales avec la société Arma Ingénierie en raison de son incapacité à faire face à leurs commandes en raison de l'hémorragie de leur personnel ; que l'activité de la société Arma ingénierie mesurée sur les quatre premiers mois de 2004, 2005, 2006 et 2007 à partir du nombre de devis demandés, du nombre de commandes reçues et du nombre de facturations effectuées se caractérise par une hausse d'importance variable entre 2004 et 2005, puis de 2005 à 2006 et par une baisse marquée en 2007 qui trouve son fondement dans la désorganisation résultant du départ important de salariés de l'entreprise à l'initiative de M. X... et de la sarl 3 I Ingenierie qui ont assuré leur réembauche sitôt terminée la durée de leur préavis mais aussi dans la confusion délibérément entretenue auprès de la clientèle par ces derniers entre deux sociétés concurrentes ; qu'ainsi selon l'étude de la société Sofico, les nombres de devis et de commandes en 2007 ont chuté à un niveau inférieur à celui qui était le leur en 2004 tout en accusant une baisse de 20 % par rapport à 2006 pour ce qui concerne les devis et de 45 % pour ce qui a trait aux commandes et que le chiffre de facturation ht en 2007 est inférieur de 28,57 % et de 44,30 % à celui de 2006 ; que le commissaire aux comptes dont s'agit a évalué la baisse du chiffre d'affaires sur l'année 2007 à 35,44 % passant de 3.100.000 € en 2006 à 2.000.000 € tandis que la marge brute a diminué de 42,26 % passant de 2.264.000 € à 1.300.000 € ; que dans ces conditions pour déterminer le préjudice en terme de chiffre d'affaires de la SA Polymont venant aux droits de la sarl Arma Ingenierie, la cour a distingué selon que les entreprises étaient clientes sans interruption de 2004 à 2007 et les autres cas, c'est à dire ceux où des sociétés ont noué des relations commerciales avec la SA Polymont venant aux droits de la SARL Arma Ingénierie après 2004 ou ont cessé toute commande en 2007 (cf. arrêt, p. 33, 34 et 35) ; sur le préjudice tiré de la perte du chiffre d'affaires avec des sociétés clientes permanentes, qu'il résulte de la pièce n° 79 que 7 sociétés répondent au critère : Arkema (« baisse subie en 2007 améliorée d'un bénéfice de 18,78 % soit 79 797,62 € + 18,78 % soit 94 783,61 € ») TPF (« il y a lieu d'appliquer la baisse relevée en 2006 soit - 11,7 % au résultat de 2006, le chiffre ainsi obtenu devant ainsi correspondre au chiffre d'affaires qui aurait dû être réalisé a minima, le résultat ainsi obtenu devant être déduit du chiffre d'affaires pour 2007 soit 129 496,18 € - 11,7 % c'est à dire 114.345,13 € ; or le chiffre d'affaires réalisé en 2007 s'est établi à 77 978,12 €, ainsi le préjudice doit être fixé à 114 345,13 € - 77 978,12 € soit 36 367,01 € »), Solvay, Air liquide (cf. arrêt, p. 35 à 38) ; sur le préjudice de la perte du chiffre d'affaires avec les autres sociétés clientes, que la cour retient les différentiels de chiffre d'affaires pouvant légitimement être attendues de clientes qui ont noué des relations commerciales avec la société appelantes en 2005, ont réitéré en 2006 mais n'ont pas renouvelé la moindre commande en 2007 à raison de retard dans l'exécution de travaux en cours du fait de la démission

de nombreux salariés générant des erreurs et des travaux supplémentaires (pièce n° 47, point 4) : Filtres Intensiv, Ctia ; qu'il ressort des documents comptables et financiers versés aux débats que le déficit dans le chiffre d'affaires concernant l'ensemble de ces entreprises doit être fixé à 91.832 € ; qu'en conséquence, la cour prend en compte de la même manière les résultats des sociétés qui ont commencé leurs relations commerciales en 2006 mais n'ont pas passé de nouvelles commandes en 2007 : Stockam, Elyo le préjudice correspondant a minima à la somme des chiffre d'affaires de 2006 soit 111 628 € ; que s'agissant de la société Gea Metal, elle apparaît au palmarès précité de 2004 avec un chiffre d'affaires de 163 € et de 2006 avec un chiffre d'affaires de 266 € ; qu'ainsi le chiffre d'affaires de cette société ayant augmenté de 103 € en deux ans il est légitime de considérer que sa progression annuelle est de 51,50 € (lire %) de sorte que le préjudice subi en 2007 pour cette société doit être estimé à 317,50 € ; que s'il est constant que la réparation du préjudice doit être intégral et que la fixation du préjudice commercial né d'actes fautifs de concurrence déloyale ne saurait se limiter à la seule perte du chiffre d'affaires mais également à la marge brute, encore faut-il que l'appelante démontre elle-même ou à travers les documents versés aux débats qu'elle doit assumer les mêmes charges en dépit de la diminution de son activité (Cassation, 3ème chambre civile, 7 mai 2014, pourvoi n° 13-10397) ; qu'en l'espèce non seulement la société Polymont ne se prévaut pas du maintien de ses charges ce qui suppose qu'elle a induit dans ses achats la baisse de ses commandes mais il est établi qu'elle a eu une charge salariale diminuée par le départ de ses salariés ; qu'en conséquence, le préjudice économique et commercial s'établit à la somme de 724 399,50 € montant correspondant à la perte de son chiffre d'affaires en 2007 (cf. arrêt, p. 38 à 40) ; sur le préjudice complémentaire que l'appelante allègue l'existence d'un préjudice complémentaire qu'elle chiffre à 119.707 € et qu'elle détaille comme suit dans sa pièce n° 91 : frais engagés pour la procédure 78 146,44 €, frais liés aux locaux vacants de l'agence 24.760 €, frais de recherche d'un nouveau commercial 16 800 € ; qu'elle fait état dans la rubrique « frais engagés pour la procédure contre la sarl 3 I Ingenierie » des heures consacrées au dossier par les salariés de l'entreprise (Denis, Francis et les secrétaires de 52 240 €) et les honoraires d'avocats et d'huissiers soit 25 906,44 € ; qu'elle n'explique nullement en quoi cette mobilisation du personnel et de conseils sort du cadre des frais exposés par une partie et non compris dans les dépens ; qu'il ne peut être allégué une urgence particulière dans la mesure où M. X... a effectivement quitté l'entreprise le 20 novembre 2006 mais que ce n'est que le 17 mai 2007 qu'une requête est adressée pour l'assigner ; qu'en revanche, il n'est pas contestable que le personnel a dû continuer son travail ordinaire tout en oeuvrant pour la préparation de la procédure générant par là même des frais internes d'heures supplémentaires directement en lien avec les faits de concurrence déloyale ; qu'en conséquence, la cour considère qu'il y a lieu d'évaluer à 32 000 € les frais engagés ayant un lien de causalité avec le préjudice né de la procédure ; que l'appelante expose avoir du faire face à des frais découlant de la démission de Guy A..., ingénieur et responsable de l'agence de Vandoeuve Les Nancy du fait que les bureaux en question se sont retrouvés sans activité mais que, cependant, compte tenu du bail, la société appelante a dû payer les loyers et charges de janvier 2007 à septembre 2008 ; que Guy A... était l'interlocuteur privilégié de la société Air Liquide et qu'il a démissionné le 31 octobre 2006 pour quitter réellement l'entreprise le 31 janvier 2007 ; que compte tenu de l'importance du rôle joué par Guy A... dans la relation avec Air liquide, son départ pour rejoindre la sarl 3 I Ingénierie a pu occasionner des frais supplémentaires mais qu'il convient de ramener à de plus justes proportions dans la mesure où l'appelante avait toute latitude pour remplacer, depuis le 31 octobre 2006, l'intéressé afin de réamorcer, à tout le moins, les échanges commerciaux avec la société Air Liquide tombés à un faible niveau en 2007 ; qu'en conséquence, il sera fait une juste appréciation du préjudice subi de ce chef (par) une somme de 3.714,09 € ; qu'enfin, l'appelante se prévaut de frais complémentaire de recherche d'un nouveau commercial en remplacement de M. X... que rien n'empêchait de rechercher un remplaçant entre le moment de sa démission et le 20 novembre 2006 de sorte que le seul préjudice présentant un lien de causalité avec les actes qui lui sont reprochés se limite au mois de décembre et peut être évalué à 5.600 € ; qu'en conséquence, la cour reçoit le remboursement de frais pour préjudice complémentaire pour la somme de 41.314,09 € ;

1/ ALORS QUE le juge ne peut modifier l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans les avoir invitées à présenter des observations complémentaires ; qu'aucune des parties n'avait invité la cour d'appel à procéder à la liquidation du préjudice ; qu'en procédant à la liquidation de celui-ci, cependant que la société Polymont venant aux droits de la société Arma Ingenierie n'avait elle-même formé qu'une demande d'indemnité provisionnelle et sollicité une mesure d'instruction, sans avoir préalablement invité les parties à s'expliquer sur les documents de la cause où elle a cru pouvoir trouver de quoi se déterminer, la cour d'appel a violé les articles 4, 5 et 16 du code de procédure civile ;

2/ ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE dans ses conclusions d'appel, la société Polymont avait soutenu qu'entre l'exercice

2006 et l'exercice 2007, le chiffre d'affaires de la société Arma Ingénierie avait diminué de 652.343 € (cf. conclusions, p. 9 al. 1 et 2); qu'en considérant pour déterminer le préjudice, qu'il avait été soutenu que ce chiffre correspondait à la baisse du chiffre d'affaires des quatre premiers mois de l'année 2007 par rapport à ceux des quatre premiers mois des années 2004, 2005 et 2006, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat aux Conseils pour la société Aloris

La société Aloris fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevables l'appel principal de la société Polymont et l'appel incident de M. X..., d'avoir déclaré la société 3I responsable d'actes fautifs constitutifs de concurrence déloyale commis au préjudice de la société Polymont, d'avoir condamné la société 3I, in solidum avec M. X..., à payer à la société Polymont la somme de 765.713,59 euros à titre de dommages et intérêts et d'avoir ordonné la destruction de l'ensemble des données informatiques ayant trait à l'activité de l'ancienne société Arma détenues dans les mémoires et logiciels des ordinateurs utilisés par la société 3I ;

ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en se prononçant, par arrêt du 12 février 2015, sur le litige opposant les sociétés Polymont et 3I Ingénierie sans que la société Aloris, qui avait absorbé la société 3I Ingénierie par traité de fusion du 28 septembre 2012, n'ait été appelée ou entendue, la cour d'appel, qui ne lui a pas permis de faire valoir ses moyens de défense, a violé les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du code de procédure civile.