

## Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 17 septembre 2013) et les productions, que la société Deloitte conseil exerçait depuis 2005 une activité d'actuariat employant trente salariés, placés sous la responsabilité de deux salariés associés, MM. X... et Y... ; que ceux-ci ont démissionné en juillet 2008 pour exercer leur activité au sein de la société par actions simplifiée Milliman (la société Milliman), créée en janvier 2008 par la société Milliman Inc., spécialisée dans l'activité d'actuariat ; que la société Milliman a, dans les deux mois de la démission de MM. X... et Y..., embauché vingt-cinq des vingt-huit personnes qui travaillaient avec eux dans le département actuariat de la société Deloitte conseil ; que se plaignant de ce départ massif ainsi que de la perte de ses principaux clients au profit de la société Milliman, la société Deloitte conseil a assigné les sociétés Milliman Inc. et Milliman (les sociétés Milliman) en concurrence déloyale et parasitaire devant le tribunal de commerce de Nanterre ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés Milliman font grief à l'arrêt de rejeter leur exception d'incompétence alors, selon le moyen, qu'il résulte de la combinaison des articles 42 et 46 du code de procédure civile que l'option de compétence ouverte au profit du demandeur par l'article 46 ne s'applique pas en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur ne pouvant dans cette hypothèse que saisir le tribunal du lieu où se trouve l'un des défendeurs ; que la cour d'appel, qui a jugé l'inverse, a violé les articles 42 et 46 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le dommage invoqué par la société Deloitte conseil a été subi dans le ressort du tribunal de commerce de Nanterre, l'arrêt retient que la faculté pour le demandeur, prévue par l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile, de saisir à son choix, en cas de pluralité de défendeurs, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux n'est pas exclusive de celle que lui offre l'article 46, alinéa 3, du même code en matière délictuelle de saisir la juridiction du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle il a été subi, lorsque cette juridiction est à ce titre compétente à l'égard de tous les défendeurs ; que la cour d'appel a pu en déduire que le tribunal de commerce de Nanterre était compétent ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les sociétés Milliman font grief à l'arrêt de leur condamnation alors, selon le moyen :

1°/ qu'il n'est de concurrence déloyale qu'en cas d'actes positifs caractérisant un manquement de leur auteur à l'obligation générale de loyauté entraînant la désorganisation de l'entreprise concurrente ; qu'à cet égard, le recrutement massif par une société concurrente de salariés libres de tout engagement, hors toute manoeuvre déloyale, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, même s'il entraîne un déplacement d'une partie de la clientèle, dès lors que la désorganisation de l'entreprise n'est pas établie ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui s'est bornée à relever l'embauche par les sociétés Milliman de la plupart des salariés composant le département actuariat de la société Deloitte conseil et le déplacement, vers celle-ci, de la clientèle sans caractériser la désorganisation de l'entreprise, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

2°/ que ne peuvent être qualifiés d'actes de concurrence déloyale ceux qui, quelle que soit leur nature, sont uniquement relatifs à une activité accessoire de l'entreprise concurrente ; qu'en l'espèce, les sociétés Milliman avaient exposé dans leurs conclusions d'appel que le département actuariat, seul concerné par les actes qui leur étaient reprochés, ne représentait qu'une activité accessoire de la société Deloitte conseil, réalisant moins de 10 % du chiffre d'affaires de celle-ci et n'employant que trente salariés, dont deux associés, sur un effectif global de quatre cent soixante-deux salariés, dont une centaine d'associés ; qu'en retenant l'existence d'actes de concurrence déloyale au seul regard de la situation du département actuariat de la société Deloitte conseil quand il lui appartenait de statuer au regard de celle de l'entreprise dans son ensemble et de rechercher si, au regard de cette situation, les actes reprochés aux sociétés Milliman, à les supposer fautifs, pouvaient être qualifiés d'actes de concurrence déloyale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

3°/ que le seul fait, pour une entreprise, de procéder à l'embauche même massive des salariés d'une entreprise concurrente, et ce avec l'espoir que ces embauches conduiront à un déplacement d'une partie de la clientèle, ne caractérise pas à lui seul un acte de concurrence déloyale dès lors que les salariés concernés sont libres de tout engagement et que, mises à part ces embauches, le juge ne constate l'accomplissement d'aucun acte manifestant un manquement de l'entreprise à l'obligation générale de loyauté qui s'attache aux relations commerciales ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à relever :

- que vingt-sept des trente salariés du département conseil en actuariat de la société Deloitte, dont les deux associés de ce département, MM. X... et Y..., ont quitté celle-ci pour s'engager auprès de la société Milliman qui venait d'ouvrir un bureau à Paris, et ce alors qu'ils n'étaient pas liés à la société Deloitte par une clause de non-concurrence et que la société Milliman ne leur avait consenti aucun avantage, notamment financier, susceptible de les inciter à ce départ, si ce n'est l'absence de période d'essai ;
- que MM. X... et Y..., qui étaient au départ les seuls interlocuteurs des sociétés Milliman, avaient envisagé, dès le début de leurs négociations avec celles-ci, que leur équipe et éventuellement une partie de leurs clients souhaiteraient les rejoindre et qu'ils avaient construit sur ces bases un « projet » de business plan ;
- que les sociétés Milliman avaient engagé MM. X... et Y... et ceux de leurs collaborateurs qui avaient choisi de les suivre, avec l'espoir qu'une partie des clients avec lesquels ils travaillaient au sein de la société Deloitte les suivent également ;
- que MM. X... et Y..., craignant la réaction de la société Deloitte conseil, ont demandé à la société Milliman de les protéger dans le cas d'un éventuel litige avec celle-ci ;

qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui n'a relevé aucun acte de nature à caractériser un manquement à l'obligation générale de loyauté, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

4°/ que, dans leurs conclusions d'appel, les sociétés Milliman avaient longuement insisté sur la spécificité de l'activité d'actuariat conseil, laquelle se caractérise par l'absence de clientèle captive transférable, les clients d'un cabinet d'actuariat conseil, même lorsqu'ils sont réguliers, n'étant pas spécifiquement attachés à celui-ci auquel il se borne à confier, en fonction de ses besoins et souvent de manière non récurrente, des missions ponctuelles, de courte durée ; que la cour d'appel, qui a retenu de façon péremptoire l'existence d'un transfert de clientèle sans vérifier si, comme cela avait été soutenu, la spécificité de l'activité d'actuariat conseil ne s'opposait pas en elle-même à une telle notion de transfert d'activité, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

5°/ 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 les salariés d'un concurrent et de profiter ainsi de l'expérience, du savoir-faire et du réseau 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 décidant que les sociétés Milliman avaient commis des actes de concurrence déloyale dès lors qu'en engageant les salariés de l'équipe actuariat de la société Deloitte conseil, elles entendaient bénéficier de l'expérience, du savoir-faire et du réseau que ceux-ci avaient constitué dans le cadre de leur expérience professionnelle, la cour d'appel, qui a constaté qu'aucun de ces salariés n'était lié à la société Deloitte conseil par une clause de non-concurrence et qui n'a par ailleurs caractérisé aucun manquement à l'obligation générale de loyauté, 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 ;

6°/ que le principe fondamental de la liberté du travail implique le droit pour tout salarié non lié par une clause de non-concurrence de choisir librement son employeur et, plus généralement, les personnes avec lesquelles ou sous les ordres desquelles il entend travailler ; qu'en reprochant aux sociétés Milliman d'avoir engagé les collaborateurs de MM. X... et Y... au sein de la société Deloitte conseil quand ces salariés, qui n'étaient pas liés à la société Deloitte conseil par une clause de non-concurrence, étaient libres de préférer continuer à travailler sous les ordres de MM. X... et Y... et pouvaient ainsi les rejoindre librement au sein de la société dans laquelle ils avaient décidé d'exercer dorénavant leur activité professionnelle, la cour d'appel a violé le principe fondamental de liberté du travail, ensemble l'article 1382 du code civil et l'article 15 de la Charte communautaire des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu que, par une appréciation souveraine des circonstances de la cause, l'arrêt retient que le caractère massif, simultané et planifié du recrutement de vingt-sept des trente membres de l'équipe en charge de l'activité d'actuariat au sein de la société Deloitte conseil, constituée de salariés d'un niveau de qualification élevé et très spécialisés, incluant les deux associés la dirigeant, et l'appropriation de la clientèle et du chiffre d'affaires correspondant qui devait inéluctablement en résulter caractérisent des manoeuvres déloyales ayant eu pour objet et pour effet d'entraîner la désorganisation complète du département d'actuariat conseil de la société Deloitte conseil, dont l'activité a été ainsi brutalement et durablement anéantie ; qu'en cet état, la cour d'appel, sans encourir le grief invoqué par la troisième branche, un élément intentionnel n'étant pas requis en matière de concurrence déloyale, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les sociétés Milliman font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que le parasitisme n'existe que si une entreprise s'inscrit dans le sillage d'une autre en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis par celle-ci ; que la cour d'appel, qui s'est bornée à relever l'engagement de salariés composant l'équipe d'actuariat de la société Deloitte conseil sans constater l'accomplissement d'un acte propre à établir que les sociétés Milliman se seraient inscrites dans le sillage de la société Deloitte conseil et auraient profiter indûment de la notoriété de celle-ci ou de ses investissements, a statué par des motifs impropres à caractériser des actes de parasitisme et a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord, que les agissements des sociétés Milliman leur ont permis l'économie des efforts financiers importants qu'elles auraient dû accomplir si elles avaient dû créer ex nihilo une activité d'actuariat conseil en France puisqu'elles ont pu se dispenser d'exposer les frais nécessaires au recrutement et à la formation de l'équipe performante d'actuaire qu'avait constituée la société Deloitte conseil, ensuite, qu'elles ont bénéficié d'une rentabilité quasi immédiate, échappant aux aléas d'une croissance hypothétique sur un marché dont elles ont écarté un concurrent ; qu'en cet état, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le quatrième et le cinquième moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Milliman Inc. et la société Milliman aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Deloitte conseil la somme globale de 3 000 euros et rejette leur demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze avril deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat aux Conseils, pour les sociétés Milliman Inc. et Milliman

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté l'exception d'incompétence formulée par la Société Milliman Inc. et la Société Milliman SAS ;

AUX MOTIFS QUE : « la faculté pour le demandeur de saisir à son choix, en cas de pluralité de défendeurs, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux prévue par l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile, n'est pas exclusive de celle que lui offre l'article 46, alinéa 3, du même code de saisir en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi, lorsque cette juridiction est à ce titre compétente à l'égard de tous les défendeurs ; Qu'il n'est pas en l'espèce contesté que le dommage invoqué par la société Deloitte conseil a été subi dans le ressort du tribunal de commerce de Nanterre; qu'ainsi que l'a retenu ce tribunal, par des motifs qui ne sont pas contestés, l'activité d'actuariat dont la société Deloitte conseil allègue la désorganisation du fait des actes de concurrence déloyale qu'elle impute aux sociétés Milliman et à MM. Z... et A... était exercée à Neuilly Sur Seine, où travaillait l'équipe d'actuariat ; que plusieurs clients prétendument perdus avaient leur siège social dans le ressort de ce tribunal ; Que le jugement doit, par conséquent, être confirmé en ce qu'il a rejeté l'exception d'incompétence et s'est déclaré compétent pour statuer sur l'action en concurrence déloyale exercée par la société Deloitte conseil » ;

ALORS QU'il résulte de la combinaison des articles 42 et 46 du code de procédure civile que l'option de compétence ouverte au profit du demandeur par l'article 46 ne s'applique pas en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur ne pouvant cette hypothèse que saisir le tribunal du lieu où se trouve l'un des défendeurs ; que la cour d'appel, qui a jugé l'inverse, a violé les articles 42 et 46 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné in solidum la Société Milliman Inc. et la Société Milliman SAS à payer à la Société Deloitte Conseil 12.000.000 € à titre de dommages-intérêts au titre du préjudice matériel qu'elle aurait subi du

fait des prétendus actes de concurrence déloyale commis par celles-ci, 150.000 € au titre du préjudice d'image et 50.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE : « il est établi par les pièces produites que le département d'actuariat conseil de la société Deloitte conseil était composé, en 2008, d'une équipe de 30 personnes dont MM. X... et Y..., associés et que, dans les semaines qui ont suivi la démission de ces derniers intervenue en juillet 2008, environ 90 % des effectifs de l'équipe avaient quitté la société Deloitte Conseil pour rejoindre la société Milliman SAS, créée par la société Milliman Inc., et qui n'avait jusqu'alors aucune activité ; Que le départ de l'équipe d'actuariat de la société Deloitte Conseil a été suivi du départ de nombreux clients au profit de la société Milliman SAS ; Que s'il est constant, ainsi que le font valoir les sociétés Milliman, que l'embauche d'anciens salariés d'une entreprise concurrente n'est pas en elle-même fautive, même si elle concerne un nombre important de salariés, de nombreux éléments permettent au cas présent d'établir que les sociétés Milliman ont commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société Deloitte Conseil ; Qu'il est l'espèce établi que la société Milliman Inc. s'est fait transmettre en avril 2008 par MM. X... et Y... les comptes de résultat de l'activité d'actuariat de Deloitte conseil des deux dernières années ainsi que le budget prévisionnel pour 2008/2009, chiffres ne prenant en compte, selon un courriel de M. X..., que les 28 personnes que nous souhaitons prendre avec nous, ce dont il résulte que les discussions avec les deux associés de Deloitte, salariés de Deloitte Conseil, avaient pour objet de récupérer toute l'équipe d'actuaire de la société et partant, une grande partie du chiffre d'affaires de l'activité d'actuariat ; Qu'il résulte par ailleurs des pièces produites que la société Milliman Inc. a proposé par courriel du 19 avril 2008 à MM. X... et Y... une garantie de "protection contre un litige avec Deloitte" d'un montant de 7 millions d'euros portée, à la demande de ces derniers, à 15 millions d'euros ; que l'explication de la société Milliman Inc. selon laquelle elle a accepté d'accorder cette protection afin de rassurer MM. X... et Y... qui craignaient que la société Deloitte Conseil ne tente de les poursuivre et ou de poursuivre Milliman SAS, en raison des clauses de non-concurrence contenues dans la Charte Associative Deloitte, alors qu'elle-même ne partageait cette crainte, convaincue de la nullité de ces clauses non rémunérées, n'est guère convaincante lorsque l'on constate que, dans les contrats de travail signés avec MM. X... et Y..., la disposition affirmant qu'ils étaient libres de tout engagement envers leurs précédents employeurs, et notamment non liés par une quelconque clause de non-concurrence a été rayée ; que le financement proposé montre au contraire, qu'indépendamment de la question de la validité de la clause de non-concurrence figurant dans la charte, la société Milliman Inc. avait conscience que le débauchage de toute l'équipe d'actuariat de la société Deloitte Conseil et le transfert de l'activité d'actuariat de cette société vers la société Milliman SAS qui devait en résulter caractérisaient des actes déloyaux de concurrence ; Que dans des documents présentés par M. A... au conseil d'administration de Milliman Inc. le 23 août 2008 et ayant pour objet la nomination d'Eric X... et Jérôme Y... en qualité d'associés de Milliman, il est indiqué que MM. X... et Y... dirigeront le bureau parisien de Milliman et que l'équipe locale sera constituée de 30 professionnels à Paris et fournira des services d'actuariat en priorité pour le marché français et dans une moindre mesure, pour certaines zones de l'Europe continentale ; qu'il est également précisé que le chiffre d'affaires de l'équipe s'élève aujourd'hui à environ 9 millions d'euros et que nous espérons que ce niveau de revenu sera transféré harmonieusement chez Milliman ; Qu'en tout état de cause, le business plan établi par l'équipe prévoit des pertes de chiffre d'affaires durant la transition ; Qu'il est encore indiqué dans ces documents, pour justifier la nomination de chacun des intéressés en tant qu'associé dès son embauche et attendre l'issue de la période de 2 ans habituellement respectée pour de telles nominations, qu'au regard (...) de l'engagement qu'il prend envers Milliman en transférant son équipe, nous pensons qu'il est opportun de le nommer Associé dès à présent ; Que les documents listent également les noms des principaux clients de Deloitte en actuariat conseil (CNF, Predica, Groupama, Generali, Aviva France, MMA, SCOR, Swiss life), évoquent "le sacrifice fait par MM. B... et Y... et les risques qu'ils prennent pour transférer leur activité chez Milliman" et précisent que MM. X... et Y... "ont développé une équipe composée de 30 professionnels au sein du premier groupe de conseil en actuariat en France" ; qu'il est indiqué que "les senior managers de cette équipe" ont été rencontrés et que la totalité de l'équipe s'apprête à rejoindre Milliman ; Qu'il n'est pas inutile de relever en outre que si les salariés qui ont rejoint la société Milliman SAS n'ont pas bénéficié d'augmentation substantielle de leur rémunération, ils ont en revanche été recrutés sans période d'essai, ce qui démontre la connaissance qu'avait leur nouvel employeur de leur très haut niveau de formation et de technicité et de leur capacité à constituer une équipe immédiatement performante ; Qu'il est enfin avéré que la société Deloitte conseil a perdu la plupart de ses principaux clients historiques, les sociétés Crédit agricole, CNP et Groupama qui représentaient 60 % de son chiffre d'affaires en 2007 et 2008 n'en représentant plus que 3 % en 2012 ; qu'alors qu'elle réalisait un chiffre d'affaires de 9 millions en 2008 pour son activité d'actuariat conseil, son chiffre d'affaires pour cette activité était inférieur à 3 millions d'euros en 2009, tandis que la société Milliman réalisait en 2009 pour sa première

année d'activité plus de 7 millions d'euros de chiffre d'affaires, et en 2010 13 millions d'euros ; que le site internet français de Milliman en février 2010 revendiquait comme clients : CNP, Predica (Crédit agricole assurance), Groupama, Generali.. Considérant qu'il n'est pas sérieusement contestable que ce transfert de clientèle et de chiffre d'affaires au profit de la société Milliman SAS était le résultat recherché du débauchage de 90 % des effectifs de l'équipe de Deloitte Conseil qui avait justement pour finalité de s'approprier, en quelques mois et à moindre frais, tout ou partie de l'activité d'actuariat conseil générée par le savoir faire et l'expérience d'une équipe complète, homogène et formée à laquelle la clientèle était attachée ; que ces agissements ne pouvaient qu'entraîner la désorganisation totale du département actuariat conseil de la société Deloitte conseil, privé de ses acteurs qualifiés qui ne pouvaient être remplacés à bref délai et de ses moyens d'action ; Que le fait que les salariés débauchés n'aient pas été tenus à une clause de non-concurrence, n'aient pas bénéficié d'incitations financières substantielles pour quitter Deloitte ne suffit pas à ôter à ces agissements leur caractère fautif ; Qu'ainsi que l'a retenu le tribunal, les agissements déloyaux des sociétés Milliman leur ont permis l'économie d'efforts financiers importants qu'elles auraient dû accomplir si elles avaient dû créer ex nihilo une activité d'actuariat conseil en France puisqu'elles ont pu économiser les frais nécessaires au recrutement et à la formation de l'équipe performante d'actuaire qu'avait constituée Deloitte conseil et ont bénéficié d'une rentabilité quasi immédiate, échappant aux aléas d'une croissance hypothétique sur un marché dont elles ont écarté un concurrent ; Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que le caractère massif, simultané et planifié du recrutement de 27 des 30 membres de l'équipe en charge de l'activité d'actuariat conseil au sein de la société Deloitte conseil, constituée de salariés d'un niveau de qualification élevé et très spécialisés parmi lesquels les deux associés la dirigeant, et l'appropriation de la clientèle et du chiffre d'affaires correspondant qui devait inéluctablement en résulter caractérisent des manoeuvres déloyales ayant eu pour objet et pour effet la désorganisation complète et durable du département d'actuariat conseil de la société Deloitte conseil dont l'activité a été ainsi brutalement et durablement anéantie » ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il n'est de concurrence déloyale qu'en cas d'actes positifs caractérisant un manquement de leur auteur à l'obligation générale de loyauté entraînant la désorganisation de l'entreprise concurrente ; qu'à cet égard, le recrutement massif par une société concurrente de salariés libres de tout engagement, hors toute manoeuvre déloyale, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, même s'il entraîne un déplacement d'une partie de la clientèle, dès lors que la désorganisation de l'entreprise n'est pas établie ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui s'est bornée à relever l'embauche par les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS de la plupart des salariés composant le département actuariat de la Société Deloitte Conseil et le déplacement, vers celle-ci, de la clientèle sans caractériser la désorganisation de l'entreprise, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil.

ALORS, D'AUTRE PART ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE ne peuvent être qualifiés d'actes de concurrence déloyale ceux qui, quelle que soit leur nature, sont uniquement relatifs à une activité accessoire de l'entreprise concurrente ; qu'en l'espèce, les Sociétés Milliman avaient exposé dans leurs conclusions d'appel que le département actuariat, seul concerné par les actes qui leur étaient reprochés, ne représentait qu'une activité accessoire de la Société Deloitte Conseil, réalisant moins de 10 % du chiffre d'affaires de celle-ci et n'employant que trente salariés, dont deux associés, sur un effectif global de 462 salariés, dont une centaine d'associés ; qu'en retenant l'existence d'actes de concurrence déloyale au seul regard de la situation du département actuariat de la Société Deloitte Conseil quand il lui appartenait de statuer au regard de celle de l'entreprise dans son ensemble et de rechercher si, au regard de cette situation, les actes reprochés aux sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS, à les supposer fautifs, pouvaient être qualifiés d'actes de concurrence déloyale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE le seul fait, pour une entreprise de procéder à l'embauche même massive des salariés d'une entreprise concurrente et ce, avec l'espoir que ces embauches conduiront à un déplacement d'une partie de la clientèle, ne caractérise pas à lui seul un acte de concurrence déloyale dès lors que les salariés concernés sont libres de tout engagement et que, mises à part ces embauches, le juge ne constate l'accomplissement d'aucun acte manifestant un manquement de l'entreprise à l'obligation générale de loyauté qui s'attache aux relations commerciales ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à relever :

- que 27 des 30 salariés du département conseil en actuariat de la société Deloitte, dont les deux associés de ce

département, MM. X... et Y..., ont quitté celle-ci pour s'engager auprès de la société Milliman qui venait d'ouvrir un bureau à Paris et ce, alors qu'ils n'étaient pas liés à la société Deloitte par une clause de non-concurrence et que Milliman ne leur avait consenti aucun avantage, notamment financier, susceptible de les inciter à ce départ, si ce n'est l'absence de période d'essai

- que MM. X... et Y..., qui étaient au départ les seuls interlocuteurs des Sociétés Milliman avaient envisagé, dès le début de leurs négociations avec celles-ci que leur équipe et éventuellement une partie de leurs clients souhaiteraient les rejoindre et qu'ils avaient construit sur ces bases un « projet » de business plan ;

- que les Sociétés Milliman avaient engagé MM. X... et Y... et ceux de leurs collaborateurs qui avaient choisi de les suivre, avec l'espoir qu'une partie des clients avec lesquels ils travaillaient au sein de la société Deloitte les suivent également ;

- que MM. X... et Y..., craignant la réaction de la Société Deloitte Conseil ont demandé à Milliman de les protéger dans le cas d'un éventuel litige avec celle-ci ;

qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui n'a relevé aucun acte de nature à caractériser un manquement à l'obligation générale de loyauté, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE dans leurs conclusions d'appel (cf. p. 52 à 56), les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS avaient longuement insisté sur la spécificité de l'activité d'actuariat conseil, laquelle se caractérise par l'absence de clientèle captive transférable, les clients d'un cabinet d'actuariat conseil, même lorsqu'ils sont réguliers, n'étant pas spécifiquement attachés à celui-ci auquel il se borne à confier, en fonction de ses besoins et souvent de manière non récurrente, des missions ponctuelles, de courte durée ; que la cour d'appel, qui a retenu de façon péremptoire l'existence d'un transfert de clientèle sans vérifier si, comme cela avait été soutenu, la spécificité de l'activité d'actuariat conseil ne s'opposait pas en elle-même à une telle notion de transfert d'activité, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, 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 les salariés d'un concurrent et de profiter ainsi de l'expérience, du savoir-faire et du réseau 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 manoeuvre et un manquement à l'obligation générale de loyauté ; qu'en décidant que les Sociétés Milliman avaient commis des actes de concurrence déloyale dès lors qu'en engageant les salariés de l'équipe actuariat de la Société Deloitte Conseil, elles entendaient bénéficier de l'expérience, du savoir-faire et du réseau que ceux-ci avaient constitué dans le cadre de leur expérience professionnelle, la cour d'appel, qui a constaté qu'aucun de ces salariés n'était lié à la Société Deloitte Conseil par une clause de non-concurrence et qui n'a par ailleurs caractérisé aucun manquement à l'obligation générale de loyauté, 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 du 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

ALORS, DE SIXIEME PART ET AU SURPLUS, QUE le principe fondamental de la liberté du travail implique le droit pour tout salarié non lié par une clause de non-concurrence, de choisir librement son employeur et, plus généralement, les personnes avec lesquelles ou sous les ordres desquelles il entend travailler ; qu'en reprochant aux Sociétés Milliman d'avoir engagé les collaborateurs de MM. X... et Y... au sein de la Société Deloitte Conseil quand ces salariés, qui n'étaient pas liés à la Société Deloitte Conseil par une clause de non-concurrence, étaient libres de préférer continuer à travailler sous les ordres de MM. X... et Y... et pouvaient ainsi les rejoindre librement au sein de la Société dans laquelle ils avaient décidé d'exercer dorénavant leur activité professionnelle, la cour d'appel a violé le principe fondamental de liberté du travail, ensemble l'article 1382 du code civil et l'article 15 de la Charte communautaire des droits fondamentaux de l'Union européenne

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné in solidum la Société Milliman Inc. et la Société Milliman SAS à payer à la Société Deloitte Conseil 12.000.000 € à titre de dommages-intérêts au titre du préjudice matériel qu'elle aurait subi du fait des prétendus actes de concurrence déloyale commis par celles-ci, 150.000 € au titre du préjudice d'image et 50.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE le jugement n'est pas critiquable en ce qu'il a qualifié ces agissements d'actes de concurrence déloyale et parasitaire, ce dernier terme désignant plus particulièrement le fait pour les sociétés Milliman de tirer profit pour s'implanter en France à moindre frais, des efforts et investissements réalisés par la Société Deloitte Conseil, en s'appropriant l'équipe immédiatement opérationnelle constituée par cette société et, par la suite, la clientèle attachée à son savoir faire ;

ALORS QUE le parasitisme n'existe que si une entreprise s'inscrit dans le sillage d'une autre en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis par celle-ci ; que la cour d'appel, qui s'est bornée à relever l'engagement de salariés composant l'équipe d'actuariat de la Société Deloitte Conseil sans constater l'accomplissement d'un acte propre à établir que les Sociétés Milliman se seraient inscrites dans le sillage de la Société Deloitte Conseil et auraient profiter indûment de la notoriété de celle-ci ou de ses investissements, a statué par des motifs impropres à caractériser des actes de parasitisme et a violé l'article 1382 du code civil.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné in solidum les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS à payer à la Société Deloitte Conseil une somme de 12.000.000 € à titre de dommages-intérêts au titre du préjudice ;

AUX MOTIFS QUE : « Considérant qu'ainsi qu'il a été vu plus haut, les effectifs d'actuariat conseil de la société Deloitte conseil sont passés brutalement de 30 personnes dont 2 associés à seulement trois personnes à la fin de l'année 2008 ; Qu'au vu des pièces produites, il est établi que les effectifs de cette activité d'actuariat étaient de 11 au 31 mai 2009, 17 au 31 mai 2010 et 21 au 31 mai 2011, avec durant toute cette période un seul associé ; que les difficultés à reconstituer une équipe de la taille et de la performance de celle qui était la sienne avant les faits, s'agissant d'un secteur très spécialisé où la main d'oeuvre expérimentée et qualifiée est rare, ont ralenti les possibilités de développement et de reconquête de nouveaux clients de la société Deloitte conseil ; que les effectifs ont atteint 30 personnes au 31 mai 2012, dont 2 associés ; Qu'au vu des pièces produites et des chiffres certifiés par le commissaire aux comptes de la société Deloitte conseil, il est établi que la reconstitution de son équipe d'actuaire a conduit cette société à supporter des coûts exceptionnels de recrutement, tels notamment des primes de bienvenue versées aux nouveaux collaborateurs ou des frais engagés auprès des cabinets de recrutement, ainsi que des frais de marketing ; Que la société Deloitte conseil est fondée à demander réparation de son préjudice à ce titre, lequel est justifié à hauteur de 1 million d'euros ; Considérant que, s'agissant du chiffre d'affaires de l'activité d'actuariat de la société Deloitte conseil, il peut être constaté, au vu des pièces versées aux débats validées par le commissaire aux comptes de cette société, qu' alors qu'il était passé de 4,671 millions d'euros (4 671 K€) à la fin de l'exercice clos au 31 mai 2006 à 6 448 K€ au 31 mai 2007 pour atteindre 9 205 K€ au 31 mai 2008, il n'était plus que de 2 958 K€ au 31 mai 2009 et 2 439 K€ au 31 mai 2010 pour commencer ensuite à remonter et atteindre 4 101 K€ au 31 mai 2011 puis 5 482 K€ au 31 mai 2012, chiffres qui montrent qu'à cette dernière date, le département d'actuariat conseil n'avait toujours pas retrouvé le niveau qui était le sien avant les agissements déloyaux dont la société a été victime ; Que les résultats générés par l'activité d'actuariat conseil durant cette période, représentés par la marge calculée après déduction des coûts salariaux et administratifs et après rémunération des associés, sont à prendre en compte pour déterminer le gain manqué par la société Deloitte conseil ; que selon les chiffres attestés par le commissaire aux comptes, les résultats des exercices 2007 et 2008 étaient respectivement de 3 098 K€ et 4 836 K€, représentant un taux de marge respectif de 48 % et 53 %, tandis qu'ils étaient ensuite de 251 K€, -127 K€, 641 K€ et 545 K€ sur les exercices 2009, 2010, 2011 et 2012, chiffres qui attestent d'une baisse importante des performances du département actuariat conseil de la société ; Qu'il résulte en outre des documents produits, également

validés par le commissaire aux comptes de la société Deloitte conseil, que le chiffre d'affaires généré par les principaux clients de cette société, le crédit agricole, CNP et Groupama, est passé d'environ 5 000 K€ au 31 mai 2008 à 500 puis à 700 K€ pour les exercices clos aux 31 mai 2010 et 31 mai 2011 ; qu'il s'en déduit que le développement de l'activité d'actuariat de la société Deloitte conseil doit passer par la conquête de nouveaux clients, ses anciens clients étant définitivement perdus ; Qu'il est par ailleurs établi que le chiffre d'affaires de la société Milliman SAS se chiffrait déjà, à la fin de la première année d'exercice, soit le 31 décembre 2009, à 7 443 K€ et qu'il atteignait, dès la deuxième année, 13 107 K€ au 31 décembre 2010, puis 16 603 K€ au 31 décembre 2011, progression qui exclut l'hypothèse de la crise économique avancée par cette société pour expliquer les mauvaises performances de la société Deloitte conseil ; Que l'affirmation des sociétés Milliman selon laquelle la valeur de l'activité actuariat de Deloitte conseil était de 3 millions d'euros en 2008, affirmation fondée sur la valeur de 3,2 millions d'euros retenue à l'occasion de la fusion simplifiée de la société d'actuariat conseil B&W Deloitte par la société Deloitte conseil, est dénuée de pertinence, les opérations d'apports réalisées à l'occasion de cette fusion ayant été évaluées sur la base des valeurs nettes comptables et non des valeurs réelles ; qu'il n'est pas sérieusement contestable que la perte de son équipe d'actuaire à la fin de l'année de 2008 a entraîné une perte immédiate et massive du chiffre d'affaires réalisé par la société Deloitte conseil dans l'activité d'actuariat conseil et ce, au profit de la société Milliman SAS ; que le chiffre d'affaires de la société Deloitte conseil au titre de l'exercice 2012 ne représente toujours que 45 % de celui de l'exercice 2008 précédant les agissements déloyaux des sociétés Milliman et le départ de son équipe ; qu'à l'inverse, l'activité de Milliman SAS a progressé de manière fulgurante, bénéficiant non seulement de l'équipe et d'une partie de la clientèle de la société Deloitte conseil mais d'une période propice à l'expansion du fait des évolutions réglementaires (solvency II notamment), expansion dont n'a pu profiter la société Deloitte conseil privée de ses effectifs ; Qu'en l'état de ces éléments et de l'ensemble des pièces produites, la cour est en mesure, et sans qu'il y ait lieu de recourir à une mesure d'expertise, de chiffrer le préjudice financier subi par la société Deloitte conseil par suite des agissements concurrentiels déloyaux des sociétés Milliman et de la perte partielle de son activité d'actuariat conseil, à la somme de 11 millions d'euros ; Que les sociétés Milliman doivent dès lors être condamnées in solidum à payer à la société Deloitte la somme globale de 12 millions d'euros (1+11), en réparation de son préjudice financier » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le juge ne peut réparer que le préjudice subi, sans perte ni profit pour la victime ; qu'en accordant à la Société Deloitte Conseil une somme de 12 millions d'euros de dommages-intérêts dont 11 millions au titre du préjudice financier résultant de la diminution du chiffre d'affaires sans prendre en considération le fait, pourtant formellement invoqué par les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS dans leurs conclusions d'appel (cf. p. 62 et p. 77) que, durant les trois années ayant suivi le départ de MM. X... et Y... et de leurs collaborateurs, le chiffre d'affaires global de la Société Deloitte Conseil avait globalement progressé, ce dont il résultait que nonobstant ce départ et la perturbation qu'il a pu entraîner dans le département actuariat, la Société Deloitte Conseil, dont le département actuariat a toujours été un département accessoire, ne représentant au mieux que 10 % du chiffre d'affaires global de l'entreprise, n'avait en réalité subi aucun préjudice, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en condamnant les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS au paiement d'une somme de 12 millions d'euros à titre de dommages-intérêts dont 11 millions rien qu'au titre du préjudice financier quand il résulte des propres motifs de son arrêt que, de 2009 à 2011, seules années prises en considération par la cour d'appel, le chiffre d'affaires moyen de la Société Milliman SAS s'est élevé à 12,38 millions d'euros, ce dont il résulte que la condamnation prononcée, égale au chiffre d'affaires annuel moyen de la Société Milliman Conseil, est disproportionnée au regard tant du chiffre d'affaires global de la Société Deloitte Conseil qui s'élève pour sa part à plus de 100 millions d'euros que de la poursuite, par celle-ci, de son activité d'actuariat conseil, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné in solidum les Sociétés Milliman Inc. et Milliman SAS à payer à la Société Deloitte conseil une somme de 150.000 € à titre de dommages-intérêts au titre du préjudice moral et du

préjudice d'image que celle-ci aurait subi ;

AUX MOTIFS QUE : « Considérant que les premiers juges ont exactement évalué à 150.000 € le préjudice moral et d'image subi par la Société Deloitte du fait des agissements déloyaux ; que le jugement sera confirmé de ce chef » ;

ET AUX MOTIFS EXPRESSEMENT ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE : « le débauchage massif de son équipe d'actuariat a indéniablement causé à la Société Deloitte Conseil, un préjudice d'image sur ce marché spécifique intégrant peu d'intervenants. Le Tribunal, usant de son pouvoir d'appréciation, condamnera les défendeurs in solidum à payer à Deloitte Conseil une somme de 150.000 € ».

ALORS QU'en accordant à la Société Deloitte Conseil une somme de 150.000 € au titre d'un prétendu préjudice moral et préjudice d'image, sur la seule considération que celle-ci avait « nécessairement » subi de tels préjudices mais sans caractériser en quoi son image avait effectivement été altérée et sans préciser en quoi elle avait subi, indépendamment du préjudice matériel déjà réparé, un préjudice moral indemnisable, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil.

ALORS, A TOUT LE MOINS, QU'en statuant de la sorte, la cour d'appel a statué par voie de motifs péremptoires et a violé l'article 455 du code de procédure civile.