

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 1er décembre 2021

Rejet non spécialement motivé

Mme DARBOIS, conseiller doyen
faisant fonction de président

Décision n° 10682 F

Pourvoi n° F 20-17.358

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

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

DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 1ER DÉCEMBRE 2021

La société APS prévoyance, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 3], a formé le pourvoi n° F 20-17.358 contre l'arrêt rendu le 12 décembre 2019 par la cour d'appel de Nîmes (4e chambre commerciale), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. [D] [GX], domicilié [Adresse 1],

2°/ à la société Alptis assurances, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],

défendeurs à la cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Comte, conseiller référendaire, les observations écrites de Me Bouthors, avocat de la société APS prévoyance, de la SCP Foussard et Froger, avocat de la société Alptis assurances, et l'avis de M. Debacq, avocat général, après débats en l'audience publique du 12 octobre 2021 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Comte, conseiller référendaire rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

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

1. Le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

2. En application de l'article 1014, alinéa 1er, du code de procédure civile, il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce pourvoi.

EN CONSÉQUENCE, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société APS prévoyance aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société APS prévoyance et la condamne à payer à la société Alptis assurances la somme de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du premier décembre deux mille vingt et un. MOYEN ANNEXE à la présente décision

Moyen produit par Me Bouthors, avocat aux Conseils, pour la société APS prévoyance.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société APS Prévoyance de sa demande tendant à obtenir la cessation et l'indemnisation des actes de concurrence déloyale et d'agissements parasites commis par M. [D] [GX] et la société Alptis à son encontre ;

aux motifs propres que : « L'interprétation des faits par les premiers juges est contestée, Aps soutenant qu'il n'a pas été tenu compte de l'obligation de loyauté s'imposant tant à M. [D] [GX] en son ancienne qualité de cadre responsable du développement qu'à Alptis. Aps invoque une obligation de loyauté qui perdure pour M. [D] [GX] et les articles 24 et 31 du guide de la profession de courtier d'assurance imposant une attention particulière au courtier ayant embauché un salarié ou un mandataire non salarié ayant quitté un confrère depuis moins de deux ans sur l'activité à l'encontre de ce confrère ne devant pas être déloyale ou contraire aux obligations résultant du droit du travail, de la convention collective ou du contrat de travail. Il faut rappeler qu'est en cause exclusivement une concurrence déloyale et non une concurrence anti-contractuelle, la clause de non concurrence ayant été levée au licenciement de M. [D] [GX] et de surcroît annulée par le conseil des prud'hommes par jugement du 10 septembre 2014. En l'espèce, Aps doit démontrer par des actes positifs que les moyens employés sont contraires à la loyauté par un abus de liberté du jeu de la concurrence. * les fautes communes : - la concurrence déloyale par le détournement de clientèle: Il est constant que le simple démarchage de la clientèle d'un concurrent est licite et que le débauchage est déloyal si l'entreprise incite fortement au moyen d'acte positif, les clients à résilier leurs commandes déjà passées auprès d'un concurrent à son profit. * M. [D] [GX] a-t-il commis des actes positifs incitant fortement les adhérents ou les gestionnaires des contrats des adhérents à savoir les organisation tutélaires ou administrateurs judiciaires à résilier les contrats passés avec Aps au profit d'Alptis, M. [D] [GX], directeur du développement, a quitté l'entreprise définitivement à réception de sa lettre de licenciement pour faute grave notifiée le 27 novembre 2012 et il est embauché par courrier du 2 septembre 2013 à effet du 9 septembre suivant chez Alptis en qualité d'intermédiaire en assurance, responsable du marché des majeurs protégés ; Trois courriers des 18 et 21 décembre 2012 et 14 janvier 2013, précurseurs de la démission en bloc de cinq administrateurs fondateurs

d'Ap3, révèlent les difficultés traversées par A3p dans le remplacement de M. [D] [GX] en sa qualité de trésorier de l'association. En effet, est désignée [F] [H] qui, ne trouvant pas trace de cotisations à charge des administrateurs fondateurs, sera à l'origine d'une convocation par le président d'Ap3 pour un nouveau conseil le 22 janvier suivant, afin que le conseil entende leurs observations sur leur ignorance de l'article 6 des statuts de l'association ; Le courrier de démission du 22 janvier 2013 des administrateurs [J] [G] (mandataire judiciaire privé), [S] [A] (directeur adjoint de l'association tutélaire de gestion), [Y] [I] (directeur de l'association tutélaire Val de Marne), [X] [L] (directeur de l'association pour adultes et jeunes handicapés du Tarn) et [R] [O] contient pas moins de trois pages de doléances et seulement 4 lignes relatives à M. [D] [GX] en ces termes: ... « il est évident que le contentieux qui oppose M. [D] [GX], trésorier, membre fondateur de l'association et ancien salarié du centre de gestion a cristallisé la situation. En effet, nos questionnements, relatifs à la situation du trésorier a largement précipité la dégradation de nos relations. Votre seule réponse est de sous entendre une complaisance »....Ce courrier exprime abondamment une perte de confiance ainsi formulée: - le président changeant les règles au gré de ses avantages en ayant ignoré leur statut de fondateur, membre de droit dispensé de cotisations,- le niveau anormalement élevé des cotisations des majeurs protégés, - le fonctionnement démocratique d'A3p dont le conseil d'administration est statutairement composé pour moitié de membres liés par un lien de subordination avec le principal bénéficiaire de l'activité et du chiffre d'affaires drainé par A3p; Ainsi la démission en bloc, que le conseil d'A3p enregistrera comme des radiations, de membres de l'association, ne résulte aucunement d'une concertation menée avec M. [D] [GX] mais de reproches faits au président de l'association dont le caractère fondé ou infondé est indifférent à l'espèce. Il est établi que M. [D] [GX] : - s'est rendu le 15 février 2013 à [Localité 5] au siège social de la société Jd consultants dont le gérant est [U] [T] ; les pièces ne révèlent pas le contenu de cet entretien, Aps ne démontre aucunement que M. [D] [GX] a prémédité le transfert des adhérents de la Fnat au profit d'Alptis ; - puis a honoré un rendez-vous à [Localité 4] le 21 mai 2013 avec Mr [T] de Jd consultants et Mr [N] pour Alptis, tel que cela résulte d'un mail de compte rendu du même jour de Mr [N] à Mr [P], directeur du développement d'Alptis indiquant : ... « Nous avons avancé sur notre projet. Il s'avère que nous avons un coup à jouer avec [D] [GX] qui est le véritable artisan du succès d'A3p sur le marché qui nous intéresse. Nous nous reparlerons très vite de vive voix mais en synthèse, son départ est mal vécu par la Fnat qui a décidé de transférer au 1er janvier prochain pas moins de 5000 adhérents sur un contrat dont les contours sont écrits, tarifés et les CG (conditions générales) très proche du produit actuel (celui d'A3p). Pour avancer concrètement, [D] souhaite organiser une rencontre sur [Localité 8] avec les dirigeants de la Fnat pour présenter Alptis car il a été convaincu par notre RDV, notre histoire, notre association. Le timing paraît très serré mais pour 5000 adhérents au 1er janvier 2014, avec une prime moyenne de 900 € et un p/c inférieur à 70 % me dit-il, cela vaut le coup de se bouger ou au moins d'étudier le produit qui est ficelé » Il ressort de ce compte rendu qu'Alptis a organisé le rendez-vous en se présentant essentiellement à M. [T] de Jd consultants dont l'activité est la gestion du patrimoine des personnes protégées et membre fondateur démissionnaire d'A3p. Il ne ressort pas de ce courrier que le produit ficelé puisse être attribué à M. [D] [GX] car M. [T] sait très précisément les besoins des majeurs protégés dont il a la charge. Il n'est pas démontré que M. [D] [GX] ait mis en place une stratégie de détournement de clientèle car rien n'interdisait sa présence à ce rendez-vous tenant ses compétences, son expérience et son savoir-faire dont il est fait état dans de nombreuses pièces versées au débat. Ces deux rendez-vous sont les éléments objectifs de la présence effective de M. [D] [GX]. Rien ne démontre que M. [D] [GX] est l'instigateur de cette rencontre du 21 mai. Il ressort seulement du compte rendu que M. [D] [GX] souhaite ensuite organiser une rencontre pour présenter la Fnat à Alptis. Aps prétend démontrer que le coup à jouer évoqué par Alptis est M. [D] [GX], et non le transfert par la Fnat de 5000 résiliations de mutuelle santé, en produisant un mail du 1er août 2013 adressé par [M] [I] (association tutélaire du Val de Marne) à M. [D] [GX] indiquant: ... « juste un petit mot pour vous dire, concernant la réunion sur [Localité 6] avec notre futur partenaire que j'ai une impossibilité le jeudi 29 août »... Il semble qu'une réunion se soit tenue en août avec les associations tutélaires vraisemblablement sous l'impulsion de la Fnat, la fédération nationale qui n'a manifestement pas décidé du changement par autorité mais en concertation avec les associations. La encore, rien n'interdisait à M. [D] [GX], demandeur d'emploi depuis décembre 2012, de montrer ses compétences dans une mise en relation qui ne peut s'analyser, sans plus d'éléments, en un acte positif de concurrence déloyale. C'est dès lors et à juste titre que les premiers juges ont analysé le contexte des divers entretiens en retenant un courrier du 2 février 2015 dans lequel M. [SV], mandataire judiciaire à la protection des majeurs s'adressant à M. [D] [GX], rappelle que le mandat historique qui le liait à A3p ayant pris fin en janvier 2013, il a recherché un nouvel opérateur de complémentaire santé en se rapprochant d'Allianz, Mnh et Quatrem puis d'Alptis, ce courtier ayant été recommandé par ses collègues de la gérance de tutelle hospitalière du CHU de [Localité 7] qui bénéficie déjà de leur prestation et que son recrutement par Alptis a été pour lui une bonne nouvelle, ces services lui ayant fait état de la collaboration de confiance et de professionnalisme qui le caractérisait. Ainsi, il résulte de l'ensemble des pièces que les associations tutélaires, par le biais de leur fédération

nationale, ont pris la décision de quitter l'association A3p pour des raisons éthiques et de résilier les adhésions des majeurs protégés à l'offre d'Aps pour une offre au moins équivalente ; que les associations tutélaires ont elle-même contacté des assureurs pour qu'ils élaborent un contrat puis recherché un courtier pour le distribuer. Enfin, les résiliations n'interviendront que par courriers des 20 et 29 août 2013 produisant effet pour octobre 2013 pour 77 d'entre elles (dont bon nombre émane de M. [A] de l'Atg, pièce 63 de M. [D] [GX]) et pour le surplus alors que M. [D] [GX] est en activité chez Alptis. Aps a constaté 1512 résiliations alors qu'Alptis faisait état de 5000 résiliations en jeu dans le mail de compte rendu du 21 mai 2013. C'est dire que rien n'a été imposé et que le jeu de la concurrence a fonctionné, bon nombre de majeurs protégés ayant maintenu leur complémentaire santé auprès d'Aps. En conséquence, Aps est défaillante à démontrer que M. [D] [GX] a incité fortement les adhérents à résilier leur complémentaire santé au profit d'Alptis par un débauchage déloyal, la démission des administrateurs d'A3p ne pouvant qu'avoir des conséquences sur la gestion de la mutuelle santé. * Alptis a-t-elle commis des actes positifs incitant fortement les adhérents ou les gestionnaires des contrats des adhérents à savoir les associations tutélaires ou administrateurs judiciaires à résilier les contrats passés avec Aps à son profit. Il n'est pas contesté qu'Alptis s'est résolue à mettre à profit la décision de la Fnaf de transférer massivement à une autre société les adhésions de complémentaire santé des majeurs protégés et qu'elle s'est mise en situation de concurrence le 21 mai 2013 en souhaitant étudier le produit ficelé dans un « timing très serré » pour « 5000 adhérents au 1er janvier 2014 » ce qui imposait « de se bouger ». La mise en concurrence est incontestable et résulte des dires de : - Mr [SV] contenus dans un courrier du 2 février 2015 qui explique que le produit résultait d'une mise en concurrence des sociétés Allianz, Mnh et Quatrem ; - Mr [P] Directeur de Miltis (alptis) dans un mail du 25 juillet 2013 faisant état de la proposition d'Allianz conforme au cahier des charges mais 25% moins chère que les tarifs d'A3p, de l'intérêt de Quatrem pour remporter le marché et d'une proposition selon les tarifs et les prestations offertes par Aps ; - Mr [P] [ZP] dans un mail du 2 août 2013 expliquant à ses services qu'Alptis est toujours en balance avec Allianz ; Il ressort des nombreux mails à l'initiative de [ZP] [P] du 15 juillet, 2 et 8 août 2013 qu'Alptis a aligné son offre sur celle d'Aps à la demande des associations tutélaires en réalisant des tableaux comparatifs de garantie librement accessibles. Enfin, il ne peut être tiré argument de la rédaction de lettres-type de résiliation arrivées chez Aps alors que les opérateurs les fournissent de manière usuelle lorsqu'ils offrent de se substituer à leurs concurrents pour des contrats reconductibles périodiquement ; cela ne peut créer une présomption de manœuvres déloyales en facilitant l'adhésion au contrat puisque cette formalité s'inscrit dans le jeu normal de la concurrence ; Dès lors, Aps est défaillante à démontrer un détournement de clientèle à l'initiative d'Alptis ; - le parasitisme : À la différence de la concurrence déloyale, qui ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions, le parasitisme, qui consiste pour un opérateur économique à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité. * Aps reproche à M. [D] [GX] d'avoir fait de la ressemblance en proposant à Alptis un produit « contrat ficelé » par Aps qu'il n'avait donc pas créé ; Le terme « contrat ficelé » employé par Alptis à l'issue d'une réunion du 21 mai 2013 à laquelle était un des bénéficiaires pour ses adhérents des mutuelle santé Aps et abondamment repris par Aps dans ses démonstrations n'est autre que le contrat en cours détenu par les associations tutélaires ; Il ne saurait être reproché à M. [D] [GX] d'exploiter les compétences et l'expérience acquises dans une précédente entreprise et de les avoir mises à profit sur le marché ; * Aps reproche à Alptis de s'être approprié son savoir-faire pour capter sa clientèle, d'avoir économisé l'actualisation des produits en se servant de ceux créés par Aps et des salaires en utilisant bénévolement M. [D] [GX] ; S'il ne peut être contesté qu'Alptis a aligné son offre sur celle d'Aps à la demande des associations tutélaires en réalisant des tableaux comparatifs de garantie, il est indéniable que le tableau de garantie est une information librement accessible. L'offre est une assurance sans spécificité hormis la prise en charge de l'expertise médicale nécessaire au renouvellement ou à la modification de la mesure de protection. Aps ne démontre pas la spécificité de son assurance, la compétence spécifique du courtier en assurances ou les investissements dont elle aurait été dépossédée par sa concurrente. Le simple fait de commercialiser moins cher des produits similaires relève de la liberté du commerce. Les offres d'assurance ne portent pas le même nom et les enseignes des deux sociétés se distinguent aisément il n'y a donc aucun risque de confusion dans la présentation des offres d'assurance. Il n'est d'ailleurs aucunement démontré qu'Alptis ait recherchée puis obtenu qu'une confusion s'instaure dans l'esprit de la clientèle entre l'offre d'Aps et l'offre d'Alptis. Il ne peut être considéré qu'Alptis a profité indûment de l'investissement consenti par Aps dans l'utilisation de M. [D] [GX] dans la mesure où Aps l'avait licencié tout en levant sa clause de non-concurrence. En conséquence, ni M. [D] [GX] ni Alptis n'ont commis d'actes de parasitisme. * les fautes individualisées : - le dénigrement par M. [D] [GX] de la Sas Aps prévoyance : Hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Le dénigrement va au-delà de la simple critique en ce qu'il cherche à nuire. Pour caractériser le dénigrement commis par M. [D] [GX], la Sas Aps prévoyance verse deux attestations de chargés de clientèle faisant

chacune part d'informations données par plusieurs associations tutélaires des suites de la visite de M. [D] [GX] : Celle de [W] [K] établie le 13 mai 2014 rapportant ainsi le licenciement de M. [D] [GX] , une hausse des cotisations à intervenir et la suppression du fonds de solidarité notamment dénigrant ainsi Aps . Celle de [Z] [OS] établi le 13 mai 2014 relatant de la présentation de sa nouvelle offre commerciale par M. [D] [GX] afin de couvrir en complémentaire les majeurs protégés faisant un comparatif entre son produit et l'offre Asp sans présenter les autres opérateurs de complémentaire. D'une part, les attestants n'ont ni assisté ni personnellement constaté les faits de sorte que ces deux pièces, non conformes à l'article 202 du code de procédure civile, ne peuvent emporter aucune conviction; D'autre part elles sont contredites par les témoignages d'[B] [C], [DU] [AG] et [VY] [V] qui ne font état d'aucun dénigrement: Celui de Mme [C], directrice d'association Mjpm, du 23 avril 2013 qui ayant rencontré plusieurs fois M. [D] [GX] loue son grand professionnalisme mettant en avant le centre de gestion et la défense des valeurs associatives d'A3p, Celui de Mme [AG], mandataire judiciaire à la protection des majeurs, du 14 février 2013 indiquant travailler depuis de nombreuses années en partenariat avec M. [D] [GX] et le voir régulièrement pour les informer des nouvelles réglementations, Celui de Mme [V], cadre de direction, du 31 décembre 2013, ayant connu M. [D] [GX] à l'occasion d'un transfert d'une mesure de protection de majeurs et le décrit à l'écoute des remarques et oeuvrant toujours dans l'intérêt des majeurs protégés. Aps prétend que constitue un dénigrement implicite le fait pour M. [D] [GX] d'avoir laissé croire sciemment à Alptis que la Fnaf n'allait plus faire confiance à Aps; Or, rien ne démontre l'intention de nuire à Aps par M. [D] [GX] qui n'a fait que présenter des garanties comparées à celles d'A3p et anticiper des résiliations de mutuelle de santé à venir tenant les démissions en bloc des administrateurs d'Ap3; Dès lors, à défaut de démonstration d'un dénigrement des produits et services de la Sas Aps prévoyance, Aps est défaillante à prouver une faute délictuelle sanctionnée par l'article 1240 du Code civil ; - l'exercice illégal de la profession d'intermédiaire en assurance pour M. [D] [GX] : Aps lui reproche d'avoir proposé à ses clients des contrats d'assurance alors qu'il n'était pas salarié d'Alptis, sans être inscrit à l'Orias, tout en étant inscrit au chômage. L'activité d'intermédiaire se définit, conformément aux articles L511-1 et R511-1 du code des assurances, comme l'activité consistant à présenter proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance, la présentation, proposition ou aide étant le fait de solliciter ou de recueillir la souscription d'un contrat. Elle est exercée contre rémunération. Or, M. [D] [GX] n'a pas proposé de contrat d'assurance aux anciens clients d'Aps contre rémunération avant son embauche par Alptis. Il n'a donc pas pu exercer illégalement la profession d'intermédiaire en assurance. Il n'est pas démontré que M. [D] [GX] et Alptis ont faussé, par des manoeuvres déloyales et des actes de parasitisme, le jeu normal de la concurrence par la commercialisation d'une offre d'assurance complémentaire santé similaire à celle de la société APS. À défaut de faute, l'analyse d'un préjudice et d'un lien de causalité est sans objet. En conséquence, la Sas Aps prévoyance est déboutée de l'intégralité de ses demandes;»(arrêt attaqué p. 9, § 2 au dernier § à p. 15, deux derniers §).

et aux motifs adoptés des premiers juges que : L'action en concurrence déloyale qui suppose un état de concurrence est fondée sur l'article 1382 du code civil qui suppose la preuve d'une faute consistant en des actes de dénigrement, de confusion ou de désorganisation à l'origine d'un préjudice pour celui qui l'invoque. La concurrence déloyale est en effet la sanction de l'usage fautif de la liberté de concurrence qui nécessite, pour que la responsabilité de son auteur soit engagée, la réunion de deux conditions : une situation concurrentielle supposant que les parties présentent des produits ou des services similaires ou proches destiné à une clientèle existante ou potentielle commune mais également un comportement déloyal. L'action en concurrence déloyale reposant sur une faute, son succès suppose rapportée la preuve par celui qui s'en prétend victime d'actes positifs et caractérisés, de simples présomptions étant insuffisantes. C'est ainsi que la circonstance que plusieurs clients d'une société aient rejoint une autre société ne suffit pas à démontrer l'existence de manoeuvre de cette dernière. De même, le simple fait de commercialiser moins chers des produits similaires, qui relève de la liberté du commerce, ne constitue pas à lui seul un acte de concurrence déloyale. L'acte déloyal peut en revanche résulter d'un dénigrement consistant à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent quel qu'en soit le support, de la confusion sciemment entretenue entre des produits ou des entreprises ou de la mise sur le marché d'une copie servile d'un produit d'un concurrent. Mais la déloyauté ressort également du comportement visant à désorganiser l'entreprise rivale notamment par le débauchage de son personnel. En revanche, un opérateur économique reste libre de recruter tout salarié utile à son entreprise et il ne peut lui être reproché de profiter du savoir-faire et du savoir acquis dans une société concurrente par ce salarié qui exploite sans commettre de faute les compétences qu'il a acquise. Les agissements parasitaires engagent également la responsabilité délictuelle de leur auteur mais ne se produisent pas nécessairement en état de concurrence. Le parasitisme se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin d'en tirer profit sans rien dépenser de ses efforts ou de son savoir-faire. Notamment, si la liberté du commerce

permet à une entreprise de vendre des produits similaires à ceux de son concurrent, elle ne l'autorise pas à les reproduire servilement et fausser la concurrence par l'amélioration abusive de sa compétitivité en faisant l'économie du coût du travail nécessaire à leur élaboration. L'action en concurrence déloyale suppose également l'existence d'un dommage né et actuel ayant un lien de causalité avec la faute invoquée. En l'espèce, la société APS Prévoyance exerce son activité d'intermédiaire en assurances notamment auprès des majeurs protégés depuis l'année 2003 et a créé à cet effet l'association A3P dans laquelle M. [D] [GX], salarié embauché le 2 janvier 1998 et qui en était le trésorier, commercialisait les contrats qu'elle avait négocié. M. [D] [GX] a été licencié par la société APS Prévoyance le 27 novembre 2012 et a été embauché à compter du 9 septembre 2013 par la société Alptis Assurances qui exerce une activité similaire d'intermédiaire en assurances si bien que ces deux sociétés commercialisent des produits proches susceptibles d'intéresser une clientèle commune. Les sociétés APS Prévoyance et Alptis Assurances avaient donc potentiellement la même clientèle, ce qui suffit à caractériser une situation de concurrence quand bien même les représentants des associations tutélaires membres du conseil d'administration de l'association A3P ont démissionné de leurs fonctions le 22 janvier 2013. Il incombe cependant à la société APS Prévoyance de rapporter la preuve que des agissements constitutifs d'actes de concurrence déloyale commis par M. [D] [GX] et la société Alptis Assurances sont à l'origine du préjudice qu'elle invoque. 1. Sur la concurrence déloyale imputée à M. [D] [GX]. M. [D] [GX] a été licencié par la société APS Prévoyance par courrier du 27 novembre 2012 et a été embauché par la société Alptis Assurance à compter du 9 septembre 2013 par lettre du 2 septembre 2013. Il n'est pas discuté qu'il n'était pas lié par à son ancien employeur une clause de non- concurrence lors de sa nouvelle embauche mais il lui est reproché d'avoir fautivement procédé au démarchage systématique de la clientèle de la société APS Prévoyance pour la mettre en contact avec la société Alptis contre la promesse d'un emploi. Il ressort d'un courrier adressé le 22 janvier 2013 au Président de l'association A3P par Messieurs [J] [G], [S] [A], [Y] [I], [X] [L] et [R] [O], administrateurs et par ailleurs représentant d'associations tutélaires, qu'ils ont décidé de démissionner de leurs fonctions notamment en raison du niveau anormalement élevé des cotisations des majeurs protégés et d'une « dérive autocratique » de la présidence de l'association à laquelle ils ne souhaitaient plus apporter de caution morale. Le rapport d'enquête du cabinet Legis mandaté par la société APS Prévoyance établit que M. [D] [GX] s'est rendu le 15 février 2013 à [Localité 5] au siège social de la société JD Consultants - conseil financier dont le gérant est M. [U] [T] qui indique n'avoir pu lui proposer d'emploi à cet occasion. Dans un courrier électronique adressé le 21 mai 2013 à M. [ZP] [P], directeur développement de la société Alptis Assurances ayant pour objet « compte-rendu du jour avec J. [T] (JD Consultants) et C. [GX] (ex A3P) », M. [ZP] [N] indique notamment : « J'ai rencontré nos amis ce jour à [Localité 4] et nous avons avancé sur notre projet. Il s'avère que nous avons un coup à jouer avec [D] [GX] qui est le véritable artisan du succès d'A3P sur le marché qui nous intéresse. Nous nous reparlerons très vite de vive voix mais en synthèse, son départ est mal vécu par la FNAT [Fédération Nationale des Associations Tutélaires] qui a décidé de transférer au 1er janvier prochain pas moins de 5.000 adhérents sur un contrat dont les contours sont écrits, tarifés et les CG [conditions générales] très proches du produit actuel (celui d'A3P). Pour avancer concrètement, [D] souhaite organiser une rencontre sur [Localité 8] avec les dirigeants de la FNAT pour présenter Alptis car il a été convaincu par notre RDV, notre histoire, notre association. Le timing paraît très serré mais pour 5.000 adhérents au 1er janvier 2014, avec une prime moyenne de 900 € et un p/c inférieur à 70% me dit-il, cela vaut le coup de se bouger ou au moins d'étudier le produit qui est ficelé. » Il ressort de ce courrier électronique qui fait état d'une réunion entre M. [D] [GX] et la société Alptis que c'est la Fédération Nationale des Associations Tutélaires qui avait décidé de transférer les 5.000 adhésions de ses majeurs protégés au 1er janvier 2014 en raison de son désaccord avec la société A3P. Le « coup à jouer » évoqué n'est pas le détournement de la clientèle de la société APS Prévoyance par M. [D] [GX] mais bien cette décision de la FNAT de transférer massivement à une autre société les adhésions de « complémentaire santé » des majeurs protégés par ses membres. Ce courrier électronique présenté comme preuve de la stratégie de détournement de clientèle démontre ainsi que ce n'est pas M. [D] [GX] qui a démarché les clients de son ancien employeur pour les convaincre de rejoindre la société Alptis mais que ce sont ces derniers, résolus à rompre leurs relations avec la société APS Prévoyance pour des motifs qui lui étaient étrangers, qui se sont mis en quête d'un nouveau distributeur de contrats de complémentaires certains pour les majeurs protégés. M. [E] [SV], administrateur démissionnaire de l'association A3P et président de l'association ATG, confirme d'ailleurs dans un courrier du 2 février 2015 que « Le partenariat historique qui nous liait à l'association A3P a pris fin en janvier 2013. La fin du partenariat a donc consisté à ne plus siéger aux instances de l'association A3P. [...] Nous avons alors recherché un nouvel opérateur de complémentaire santé. Ainsi, nous nous sommes rapprochés de la compagnie Allianz, la Mnh et Quatrem. C'est à travers nos échanges avec la société Quatrem que nous avons pu affiner nos besoins [...] Ainsi, afin que le contrat puisse être porté et diffusé, nous nous sommes rapprochés d'Alptis. Ce courtier nous était notamment recommandé par nos collègues de la gérance de tutelle hospitalière du Centre Hospitalier Universitaire de [Localité 7] qui bénéficiaient déjà de leur prestation. » Il résulte de ces

pièces que ce sont les associations tutélaires qui, par le biais de leur fédération nationale, avaient pris la décision de quitter l'association A3P « pour de raisons éthiques » et de résilier les adhésions des majeurs protégés à l'offre de la société APS Prévoyance pour une offre au moins équivalente, ont elles-mêmes contacté des assureurs pour qu'ils élaborent un contrat puis recherché un courtier pour le distribuer. Par ailleurs, si M. [D] [GX] est présenté comme le véritable artisan du succès d'A3P sur le marché de l'assurance complémentaire santé des majeurs protégés par un courriel électronique de salariés de la société Alptis, il n'est pas démontré qu'il se soit lui-même approprié le succès de son ancien employeur en ce que le rédacteur du courrier électronique du 21 mai 2013 porte une appréciation sur ses compétences, son expérience et son savoir-faire en la matière louées par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui ont, en grand nombre, attesté en ce sens. Pour démontrer que l'action de M. [D] [GX] s'est accompagnée d'un dénigrement de son entreprise, la société APS Prévoyance fournit deux attestations de salariés. Mme [W] [K], chargée de clientèle, témoigne avoir été informée par plusieurs associations tutélaires de la visite dans leurs locaux de M. [D] [GX] qui avait dénigré la société APS Prévoyance notamment en faisant état de son licenciement, d'une hausse de cotisations à intervenir et de la suppression du fonds de solidarité notamment, M. [Z] [OS], également chargé de clientèle, relate quant à lui les faits qui lui auraient été relatés par des associations tutélaires lors de réunions à laquelle il avait assisté avec Mme [W] [K]. Il convient de constater que ces témoins, préposés de la société APS Prévoyance, ne font que relater des dires et n'ont pas personnellement constaté le dénigrement dont ils font état dans leurs attestations. Leurs témoignages sont par ailleurs contredits par ceux de Mme [B] [C] (Directrice de l'Assim), de Mme [DU] [AG] ([UJJ]) et Mme [VY] [V] (association tutélaire de l'Aisne) que les propositions commerciales de M. [D] [GX] ne se sont accompagnées d'aucun dénigrement de son ancien employeur puisqu'il s'est borné à présenter les garanties et à les comparer sans jeter le discrédit sur les produits, la société APS Assurances ou ses dirigeants. Dans ce contexte, s'il est indéniable que M. [D] [GX] a participé à la mise en relation de la FNAT et de certaines associations tutélaires avec la société Alptis rencontrée par l'entremise de Monsieur [T] le 21 mai 2013, il n'a pas commis d'actes positifs propres à caractériser un détournement illicite de clientèle de son ancien employeur au profit de la société Alptis Assurances. Mais la société APS Prévoyance reproche également à M. [D] [GX] d'avoir divulgué des informations confidentielles, en violation de la clause de discrétion insérée à son ancien contrat de travail, ayant permis à sa concurrente de tirer profit de ses investissements et de son savoir-faire dans le domaine de l'assurance des majeurs protégés. Or, il ressort des pièces versées aux débats que ce sont les mandataires des futurs assurés qui ont établi un projet de contrat avec la société Quatrem et il convient de rappeler qu'il ne peut être reproché à un salarié d'exploiter les compétences acquises et l'expérience dans une précédente entreprise. La société APS Prévoyance fonde le grief tiré de la divulgation de son savoir-faire notamment sur un courriel électronique du 15 juin 2013 qui indique notamment « Voici les réponses de [D] sur les garanties : Tout d'abord, la quasi-totalité des majeurs protégés de la FNAT sont sur les garanties classiques 1 et 2. Le cahier des charges est négociable. Il est basé sur la connaissance des garanties des adhérents de la FNAT avec des améliorations qui, selon lui, ne devraient rien coûter d'après les stat. en sa possession à l'époque. Le P/C global d'A3P en 2011 était de 95,8 % avec 15 % de chargement gestion/distribution inclus. ». Mais il ressort d'un courriel adressé par M. [S] [A] (Directeur administratif et juridique de l'association ATG) à la société Alptis le 16 juillet 2013 qu'il fournit également des résultats techniques nets (queues de sinistres et frais de gestion déduits) en indiquant qu'ils étaient, à sa connaissance, de 0,96 en 2010 et de 0,947 en 2011. Ainsi, non seulement les renseignements incriminés n'ont pas été fournis exclusivement à la société Alptis par M. [D] [GX] mais également par un ancien administrateur de l'association A3P, mais en outre il n'est pas démontré qu'ils aient été de nature à permettre à cette société de concurrencer la société APS Prévoyance. Enfin, la société APS Prévoyance estime que M. [D] [GX] a exercé illégalement la profession d'intermédiaire en assurances en proposant à ses clients des contrats d'assurances alors qu'il n'était pas salarié de la société Alptis Assurances. Or, il résulte de ce qui précède que M. [D] [GX] n'a pas proposé de contrat d'assurance aux anciens clients de son employeur contre rémunération avant d'être embauché par la société Alptis Assurances si bien qu'il n'a pas pu exercer illégalement la profession d'intermédiaire en assurances. En définitive, il n'est pas rapporté la preuve que la perte de clientèle invoquée, qui ne fait l'objet d'aucun droit de propriété et est une conséquence normale de la liberté du commerce, a été causée par des manoeuvres déloyales de M. [D] [GX] qui, libéré de tout engagement, a mis à profit ses connaissances et son expérience sur le marché. 2. Sur les actes de concurrence déloyale et le parasitisme imputés à la société Alptis Assurances. La société APS Prévoyance estime que la concurrence déloyale est caractérisée par le détournement de clientèle opéré à son détriment par la société Alptis Assurances. Cependant, il ressort des pièces du dossier, objectives pour avoir obtenues dans le cadre de la mesure d'instruction réalisée avant le litige, que la société Alptis () s'est résolue à mettre à profit la décision de la FNAT de transférer massivement à une autre société les adhésions de « complémentaire santé » des majeurs protégés. Il résulte également des échanges internes à la société Alptis Assurances qu'elle n'avait pas de stratégie organisée puisque le courriel électronique du 21 mai 2013 est conclu de la manière suivante : « Le timing

paraît très serré mais pour 5.000 adhérents au 1er janvier 2014, avec une prime moyenne de 900 € et un p/c inférieur à 70 % me dit-il, cela vaut le coup de se bouger ou au moins d'étudier le produit qui est ficelé. » Bien que la société APS Prévoyance conteste l'existence d'une mise en concurrence, il se déduit du courrier de M. [E] [SV], administrateur démissionnaire de l'association A3P et président de l'association ATG, du 2 février 2015 que le « produit » dont il s'agit résultait d'une mise en concurrence des sociétés Allianz, Mnh et Quatem au terme de laquelle cette dernière avait été retenue. Le courrier électronique rédigé par M. [ZP] [P], directeur de Milltis, le 25 juillet 2013 révèle en effet que la société Allianz avait fait une proposition conforme au cahier des charges mais 25 % moins chère que les tarifs A3P. Il ajoute « nos interlocuteurs craignent un dumping de la compagnie et souhaiteraient éviter de s'orienter vers cette offre qui serait pour eux un départ triomphal d'A3P mais avec un fort risque de déception 1 à 2 ans plus tard. » Il fournit ensuite une proposition formulée par référence aux tarifs et prestations d'A3P avec le projet de demander à la société Quatem s'il suit cette proposition en précisant : « Pour ma part, je suis prêt à faire cette proposition car je pense que l'occasion de rentrer sur ce marché de niche avec une telle introduction auprès de toutes les fédérations d'associations tutélaires ne se renouvellera pas et il vaut mieux prendre un peu de risque la première année plutôt que de décevoir Monsieur [A] qui s'expose fortement dans cette décision de rupture avec ASP. » Ces échanges démontrent, comme le soutient la société Alptis Assurances, que les associations tutélaires et leur fédération avaient, en toutes hypothèses, décidés de rompre avec l'association ASP en raison du conflit qui les avait opposées à son Président. Ce fait est également démontré par le courrier électronique de M. [ZP] [P] du 15 juillet 2013 qui indique en conclusion « Confirmation que le tarif doit être au plus celui d'A3P sinon tout le discours de Monsieur [A] de sécession pour trouver « équivalent » et « plus éthique » s'effondre. » Dans ce contexte, outre l'absence de détournement de clientèle, il est indéniable que la société Alptis Assurances a aligné son offre sur celle de la société APS Prévoyance à la demande des associations tutélaires et de leur Fédération en réalisant des tableaux comparatifs de garanties. Mais le tableau des garanties étant une information librement accessible, le seul fait d'aligner son produit sur celui de son concurrent alors qu'il s'agit d'une assurance sans aucune spécificité, hormis la prise en charge de l'expertise médicale nécessaire au renouvellement ou à la modification de la mesure de protection, ne peut être considéré comme un acte de parasitisme. En effet, la société APS Prévoyance qui reproche à la société Alptis Assurances de s'être appropriée son savoir-faire pour capter sa clientèle ne précise pas la spécificité ou les investissements dont elle a été dépossédée par sa concurrente s'agissant du placement de contrats élaborés par des assureurs.

Elle ne démontre notamment pas qu'un courtier doit posséder une compétence particulière pour offrir de l'assurance aux majeurs protégés alors qu'elle est en l'espèce élaborée par la société Quatem qui, elle, disposait d'une expérience solide en la matière puisqu'elle avait été par le passé en relation d'affaires avec la société APS Prévoyance. Par ailleurs, le simple fait de commercialiser moins chers des produits similaires relève de la liberté du commerce et il n'existe pas en l'espèce de risque de confusion dans la présentation des offres d'assurances - qui ne sont pas la propriété des courtiers qui les commercialisent - car elles ne portent pas le même nom et que les enseignes des deux sociétés sont aisées à distinguer. Dès lors, il n'est pas établi que la société Alptis Assurances a recherché puis obtenu qu'une confusion s'instaure dans l'esprit de la clientèle potentielle entre son offre et celle de sa concurrente. La société APS Prévoyance reproche encore à la société Alptis Assurances d'avoir débauché M. [D] [GX], ce qui l'a désorganisée, alors que ce dernier était licencié depuis plusieurs mois lorsqu'ils sont entrés en contact puis lorsqu'elle l'a embauché. Ayant elle-même libéré son salarié, elle ne peut donc se prévaloir d'un quelconque débauchage alors qu'un opérateur économique est, par principe, libre de recruter tout salarié utile à son entreprise pour profiter du savoir et du savoir-faire acquis auprès de son précédent employeur. Il est par ailleurs établi par des attestations versées aux débats par M. [D] [GX] qu'il a activement recherché un emploi et ce, notamment auprès de la société JD Consultants qui l'a mis en contact avec la société Alptis, ce qui dément l'existence de toute action concertée puisqu'il s'avère qu'ils ont répondu à une demande de la FNAT et d'associations tutélaires qui n'envisageaient pas de poursuivre leur relations avec la société APS Prévoyance, laquelle avait donc et sans aucune faute de leur part, déjà perdu la clientèle « dissidente d'A3P ». De même, l'embauche de M. [D] [GX] après que son offre ait été retenue ne permet pas de corroborer l'existence d'une action concertée même si elle apparaît comme une contrepartie au fait d'avoir remporté le marché, issue qui s'avérait incertaine au vu du courrier électronique rédigé par le Président de la société Alptis le 1er août 2013. Elle apparaît pour autant découler l'expérience et du savoir-faire qui lui sont reconnus tant par les associations tutélaires avec lesquelles il avait travaillé que son ancien employeur et que la société Alptis Assurances a pu mettre à profit sans commettre de faute. De même, la rédaction de lettres-types de résiliation après avoir été retenue, que les opérateurs fournissent de manière usuelle lorsqu'ils offrent de se substituer à leur concurrent pour des contrats reconductibles périodiquement, ne permet pas de faire présumer que la société Alptis a usé de manoeuvres déloyales en facilitant l'adhésion à son contrat puisque cette formalité s'inscrit dans le jeu normal de la concurrence. En outre, la lecture des courriers que la société Alptis Assurances

a adressé à ses nouveaux adhérents le 20 décembre 2013 ne fait que relater l'intervention d'huissier de justice dans ses locaux par la société APS Prévoyance et s'ils peuvent apparaître inappropriés, ils ne constituent pas un dénigrement puisqu'il est adressé à des clients ayant déjà souscrit ses contrats et qu'ils ne contiennent aucun élément négatif sur la société concurrente. Il convient de relever que des associations ont répondu à ce courrier pour confirmer que le processus avait été loyal et transparent car d'autres opérateurs avaient été consultés bien qu'aucune réglementation ne l'impose. Les lettres de la société Alptis Assurances ne sont donc pas constitutives d'un dénigrement de la société APS Prévoyance. En définitive, il n'est pas démontré que M. [D] [GX] et la société Alptis Assurances ont faussé, par des manoeuvres déloyales et des actes de parasitisme, le jeu normal de la concurrence par la commercialisation d'une offre d'assurance complémentaire santé similaire à celle de la société APS Prévoyance mais moins onéreuse auprès d'une clientèle qui, pour des motifs étrangers à toute action de leur part, s'était préalablement détournée de leur concurrente. En conséquence, le dommage concurrentiel invoqué par la société APS Prévoyance n'a pas été causé par des manoeuvres déloyales ou de parasitisme commis de concert par M. [D] [GX] et la société Alptis Assurances. La société APS Prévoyance sera dès lors déboutée de l'intégralité de ses demandes.» (jugement p. 12 à 18) ;

1°) alors que d'une part, est constitutif de concurrence déloyale le détournement de clientèle d'une entreprise obtenu par un salarié licencié au moyen d'incitation, de concertation et de mise à disposition de documents confidentiels de cette entreprise au profit d'une autre entreprise dans le but de se faire embaucher; qu'il est acquis au débat et non contesté que M. [GX], chargé au sein de la société APS Prévoyance de l'association A3P permettant le regroupement des associations tutélaires de protection des majeurs, adhérentes historiques de la société APS Prévoyance, a été licencié le 27 novembre 2012 par la société APS puis engagé le 9 septembre 2013 par la société Alptis assurant jusqu'alors essentiellement des commerçants, des indépendants et des dirigeants d'entreprises; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel qu'avant cette embauche, Monsieur [GX] s'était rapproché de la société Alptis pour lui proposer, aux termes de deux réunions tenues les 15 et 21 mai 2013, d'acquérir à son profit les adhérents des associations tutélaires de protection des majeurs et en souhaitant organiser une réunion avec la Fédération Nationale des Associations Tutélaires représentant 5000 adhérents, la cour d'appel relevant notamment le mail écrit à la suite de la réunion du 21 mai 2013 par un représentant de la société Alptis selon lequel « il y a un coup à jouer avec [D] [GX] .. sur le marché qui nous intéresse le timing paraît très serré mais pour 5000 adhérents au 1er janvier 2014 cela vaut le coup de se bouger ou au moins d'étudier le produit qui est ficelé », les courriels des 15 juin et 26 juillet 2013 d'un directeur de la société Alptis confirmant la stricte reprise des contrats d'APS : « [D] intègre les bonus liés à la durée d'adhésion dans son étude car il considère que l'on est en reprise des adhérents A3P. » ; qu'en excluant cependant tout acte positif de M. [GX] propre à caractériser un détournement illicite de clientèle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 devenu 1240 du code civil ;

2°) alors qu'en outre, tout jugement doit être motivé à peine de nullité, les motifs dubitatifs ou hypothétiques équivalant à une absence de motifs ; qu'en jugeant que la réunion à laquelle s'était rendu M. [GX], dans les locaux de la société Alptis, s'était « tenue en août avec les associations tutélaires vraisemblablement sous l'impulsion de la FNAT » (arrêt attaqué p. 11, § 5), pour en déduire que Monsieur [GX] n'était pas à l'origine d'un détournement de clientèle, la cour d'appel a statué par un motif hypothétique et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) alors que par ailleurs, est constitutif de parasitisme le fait pour un agent économique de s'immiscer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts, de son travail et de sa notoriété ; qu'il ressortait des propres constatations de la cour d'appel que « la société Alptis a aligné son offre sur celle d'APS () en réalisant des tableaux comparatifs de garantie » (arrêt attaqué p.13, § 3) ; que la cour d'appel a cependant exclu que la société Alptis ait commis un acte de parasitisme au détriment de la société APS Prévoyance au motif que l'offre d'assurance de celle-ci était sans spécificité hormis la prise en charge de l'expertise médicale nécessaire au renouvellement ou à la modification de la mesure de protection (arrêt attaqué p. 13, § 3) ; qu'en déniait dès lors toute valeur économique au contrat proposé par la société APS Prévoyance, fruit de son travail, aux majeurs tutélaires dont elle était historiquement le principal acteur de protection, la cour d'appel a violé l'article 1382 devenu 1240 du code civil.