Arrêt N° 44/19 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatre avril deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00249 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à D-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 9 mars 2018,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société anonyme S1 S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER,

appelante par incident,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 15 janvier 2019.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée le 9 décembre 2016 au greffe du Tribunal du travail de Luxembourg, A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme S2 [actuellement la société anonyme S1, (ci-après la société S2 ou la société S1)] pour voir déclarer abusifs les licenciements intervenus et pour s'entendre condamner à lui payer les montants suivants:

•	indemnité de préavis (mars et avril 2016)	4.231,45 €
•	indemnité de préavis (mai à octobre 2016)	63.621,72 €
•	indemnité de départ	31.810,86 €
•	préjudice moral	106.036,20 €
•	préjudice matériel	46.036,20 €

chaque fois avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde et avec majoration du taux de l'intérêt de trois points à compter du quatrième mois qui suivra la notification du jugement à intervenir.

Le requérant demanda encore l'exécution provisoire du jugement et la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

A l'appui de ses demandes, le requérant expliquait qu'il avait été engagé par la société S2 suivant contrat de travail signé le 27 décembre 2000 avec effet au 1er mars 2001 en qualité de « conseiller clientèle » ; qu'en date du 29 février 2016, son employeur lui a soumis un nouveau contrat de travail, modifiant les dispositions du précédent, qu'il a refusé de signer ; que par courrier du même jour, il a été licencié avec un préavis de six mois du 1er mars au 31 août 2016, et avec dispense de travail pendant la durée du préavis.

A exposait qu'il a ensuite été engagé par la société S3 avec effet au 15 mars 2016.

Par courrier du 17 mars 2016, il a demandé les motifs de son licenciement avec préavis et les motifs, qui lui ont été communiqués le 15 avril 2016, étaient de nature économique.

Par courrier recommandé du 28 avril 2016, il a été licencié avec effet immédiat pour faute grave.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 1er février 2018, le Tribunal du travail de Luxembourg a :

- reçu la demande de A en la pure forme;
- s'est déclaré compétent pour en connaître;
- donné acte à la société S2 de ce qu'elle a été absorbée par fusion par la société S1 avec effet au 30 décembre 2016;
- déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat de A intervenu le 28 avril 2016 ;
- déclaré non fondées les demandes de A en relation avec son licenciement avec effet immédiat (indemnisation de son préjudice matériel et moral et paiement d'une indemnité de préavis), partant en a débouté;
- déclaré régulier le licenciement avec préavis de A intervenu le 29 février 2016 ;
- déclaré non fondées les demandes de A en relation avec son licenciement avec préavis (indemnisation de son préjudice matériel et moral et paiement d'une indemnité de départ), partant en a débouté;
- rejeté les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure,
- condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a, quant au licenciement avec effet immédiat, constaté que l'énoncé du motif fourni par la société employeuse dans la lettre de licenciement du 28 avril 2016 était suffisamment précis pour permettre au salarié de l'identifier et au juge de contrôler l'identité du motif de licenciement par rapport à celui faisant l'objet du litige et d'apprécier le motif quant à sa pertinence et son caractère légitime.

Il a de même retenu que l'employeur ne reprochait pas à son ancien salarié d'avoir violé une clause contractuelle de non concurrence, dont la validité était contestée par A, mais une violation de son obligation de loyauté et des règles de conduite relatives au secteur financier prévues aux points 140 à 141 de la circulaire CSSF 07/307 du 31 juillet 2007. Le tribunal a encore souligné que les agissements fautifs reprochés au requérant se situaient pendant le délai de préavis, soit à un moment où la relation de travail entre parties a encore existé.

Après avoir décidé que la clause de confidentialité convenue entre parties était valable et après avoir examiné en détail les actes posés par le salarié, le tribunal a conclu que A a violé aussi bien la clause de non-concurrence contenue dans son contrat de travail que l'obligation de loyauté lui incombant à l'égard de son employeur en exerçant une activité rémunérée pour le compte d'une société concurrente sans l'autorisation et à l'insu de la société défenderesse.

Les faits de concurrence déloyale qui se sont produits en cours d'exécution du contrat de travail sont à considérer comme suffisamment graves pour rompre irrémédiablement la confiance que l'employeur doit avoir en son salarié.

Selon le tribunal, les agissements pré décrits de A étaient incompatibles avec son obligation de bonne foi et de loyauté à laquelle est tenu tout salarié vis-à-vis de son employeur et ils violaient la clause d'exclusivité prévue au contrat de travail.

Constatant que A avait commis une faute grave, rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et ayant nécessairement ébranlé toute confiance de l'employeur en les intentions de son salarié, le tribunal a dit que le licenciement avec effet immédiat du 28 avril 2016 était justifié et que les demandes de A en lien avec ce licenciement n'étaient partant pas fondées.

Quant au licenciement avec préavis, le tribunal a d'abord constaté que l'énoncé des motifs fournis par la société employeuse dans la lettre de motivation du 15 avril 2016 était suffisamment précis pour permettre au salarié de les identifier et au juge de contrôler l'identité des motifs de licenciement par rapport à ceux faisant l'objet du litige et d'apprécier les motifs quant à leur pertinence et leur caractère légitime et que cette lettre de motivation expliquait clairement que le licenciement avec préavis était intervenu suite à la perte significative de clients entre septembre 2015 et décembre 2015, les mauvais résultats réalisés et la nécessité consécutive de réduire les coûts d'exploitation et notamment les coûts du personnel.

L'employeur expliqua encore qu'il avait d'abord mis en place un nouveau modèle de rémunération pour les conseillers financiers qui avait cependant été refusé par A et que la lettre de motivation indiquait les raisons ayant conduit à la suppression du poste du salarié.

Les juges de première instance ont ensuite examiné si les motifs économiques invoqués par l'employeur étaient réels et sérieux et ils ont, au vu des pièces soumises, constaté que les clients et les volumes financiers sous gestion étaient en baisse depuis 2011, mais notamment depuis 2014 suite au départ de B, un ancien directeur de l'employeur. Au vu des bilans, il était encore établi que l'employeur avait accusé des pertes pendant les deux années consécutives de 2014 et 2015. Le tribunal a retenu que l'employeur avait pu décider, après deux années de pertes consécutives, de réduire ses frais de personnel afin de remédier à sa mauvaise situation financière.

Au vu de ces éléments, le tribunal a constaté que le motif économique invoqué était à la fois réel et sérieux ; que le requérant était resté en défaut d'établir que son licenciement fut sans lien avec la mesure de suppression de poste décidée par l'employeur et le tribunal a partant dit que le licenciement avec préavis du 29

février 2016 était régulier et non abusif et que la demande en indemnisation des préjudices matériel et moral du salarié était à rejeter.

Par exploit d'huissier de justice du 9 mars 2018, A a relevé appel du jugement du 1er février 2018 qui lui avait été notifié en date du 13 février 2018.

L'appelant conclut, par réformation du jugement, à voir :

- déclarer le licenciement avec effet immédiat du 28 avril 2016 abusif
- déclarer le licenciement avec préavis du 29 février 2016 abusif
- partant l'intimée s'entendre condamner à lui payer les montants suivants :

- à titre d'indemnité de préavis non respecté :
  - pour les mois de mars et avril 2016 : 4.231,45 €
  - pour les mois de mai à octobre 2016 : 63.621,72 €

- à titre d'indemnité de départ : 31.810,86 €
- à titre de préjudice matériel : 46.036,20 €
- à titre de préjudice moral : 106.036,20 €

chaque fois avec les intérêts légaux de droit à compter du 9 décembre 2016, jusqu'à solde.

L'appelant réclame encore une indemnité de procédure de 2.000 €, ainsi que la condamnation de l'intimée aux frais et dépens.

Selon le dernier état de ses conclusions, A renonce au paiement des indemnités de préavis des mois de mars et d'avril 2016.

A l'appui de son appel, A fait valoir que le raisonnement du tribunal ne serait ni justifié pour le licenciement avec effet immédiat, ni pour le licenciement avec préavis.

En ce qui concerne le licenciement avec effet immédiat, l'appelant soutient d'abord que le tribunal aurait à tort décidé qu'il n'aurait pas pu accepter, pendant le délai de préavis un nouvel emploi auprès d'une entreprise concurrente.

Il se base sur l'article L.124-9 du code du travail qui dispose que le salarié, dispensé de prester, peut pendant le préavis accepter un nouveau travail auprès d'un nouvel employeur. A cite des jurisprudences selon lesquelles le salarié licencié peut même pendant le préavis prendre un nouvel emploi auprès d'une entreprise concurrente sans violer ainsi son obligation de loyauté.

Il soutient que le tribunal aurait encore fait une mauvaise interprétation de l'article 9 du contrat de travail. Selon l'appelant, la deuxième phrase de la clause serait à déclarer nulle, motif pris qu'il s'agirait d'une disposition défavorable au salarié par rapport à l'article L.124-9 du code du travail qui disposerait expressément que le salarié peut prendre un autre emploi.

La première phrase de la clause, étant à qualifier de clause de non-concurrence, ne saurait être appliquée étant donné qu'une telle clause ne joue que si le salarié s'établit à son propre compte, mais ne joue point s'il devient salarié d'une entreprise fût-elle concurrente.

A défaut de limitation temporelle et géographique de la clause, elle devrait de toute façon être déclarée nulle.

L'appelant reproche encore au tribunal d'avoir retenu comme motif justifié de licenciement le fait qu'il avait accepté un nouvel emploi pour un salaire de 2.307,56 euros après avoir refusé la proposition de salaire fixe de 7.000 euros auprès de son ancien employeur. Il affirme que le fait d'avoir accepté un nouveau travail, même à salaire peu élevé, aurait été dans l'intérêt de son ancien employeur qui n'aurait ainsi pas eu à payer l'intégralité du salaire pendant la durée du préavis.

Il fait également grief au tribunal d'avoir retenu qu'il aurait débauché des clients en les informant de son départ et en les incitant de le suivre auprès de son nouvel employeur. Il reconnaît qu'il a informé des clients de son départ mais affirme ne pas avoir indiqué qui serait son nouvel employeur et il conteste avoir incité les clients à partir d'S2.

A précise que les clients qui ont quitté la société S2 auraient tous été ses clients déjà avant qu'il n'ait commencé à travailler auprès de la société S2 et qu'ils auraient tous, sans exception, eu ses coordonnées privées.

Ils l'auraient contacté, de leur propre initiative, pour l'informer qu'ils voudraient continuer à travailler avec lui.

A donne encore à considérer que la société S2 n'aurait aucun droit privatif sur des clients.

Contestant avoir utilisé des listes de programme de son employeur pour contacter les clients, l'appelant estime que le tribunal aurait encore à tort considéré qu'il avait violé l'article 8 du contrat de travail.

Au vu des développements qui précèdent, l'appelant conclut que le licenciement avec effet immédiat serait à déclarer abusif.

Le licenciement avec préavis serait également abusif en raison du fait que le motif à la base de ce licenciement serait abusif. L'appelant fait valoir qu'il serait complétement illogique et abérrant que l'employeur ait écrit devoir se séparer de son salarié pour des raisons économiques alors que le jour même du licenciement, il lui avait proposé de signer un contrat de travail prévoyant un salaire fixe de 7.000 € auquel il y aurait lieu d'ajouter un salaire variable lié aux performances du salarié.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement du 1er février 2018 et elle formule à titre subsidiaire des offres de preuve par l'audition de témoins pour établir sa version des faits, tant en ce qui concerne le licenciement avec effet immédiat, qu'en ce qui concerne le licenciement avec préavis.

Elle rappelle qu'entre le 29 février 2017 et le 18 avril 2017, 32 des 42 clients dont A était en charge, ont résilié leur contrat et que dans les 15 jours suivant le licenciement du 29 février 2017, 26 clients avaient déjà résilié leur contrat. L'intimée affirme que ces clients auraient été informés directement par l'actuel appelant de son départ de la société S1, nonobstant le fait qu'il aurait été dispensé de prester durant le préavis et qu'il n'aurait dès lors eu aucune raison d'appeler les clients de son employeur.

Elle souligne que le nouveau contrat de travail conclu entre A et la société S3 a été signé quatre jours seulement après le licenciement avec préavis et elle précise, sur base d'un projet de contrat de travail conclu entre son salarié et la société S3 (projet qu'elle déclare avoir récupéré dans la poubelle de A) qu'il était déjà en pourparlers avec son nouvel employeur, avant son licenciement.

Ceci est formellement contesté par l'appelant qui affirme qu'C se serait emparé le 1er mars 2016 d'une serviette lui appartenant ; qu'il l'aurait fouillée et qu'il se serait emparé d'un modèle de contrat s'y trouvant ; il se serait agi d'un template sans autres informations. A aurait alors repris le modèle à C, l'aurait déchiré et mis dans la poubelle. Selon l'appelant ce template n'établirait pas qu'il aurait été en contact avec la société S3, avant son licenciement auprès de la société S2, en vue d'un nouveau travail.

La société S1 soutient que le manque de loyauté, la concurrence déloyale et la violation des règles établies par la CSSF l'auraient contrainte de licencier son salarié avec effet immédiat.

Elle insiste que son salarié n'aurait pas dû, en application de la clause contractuelle (article 9 du contrat de travail), mais encore en application de l'interdiction découlant de l'article 1134 du code civil, exercer une activité concurrente pendant le délai de préavis. En outre, il aurait, en utilisant les informations qu'il avait obtenues dans le cadre de son travail pour contacter les clients, contrevenu à

l'article 8 du contrat de travail prévoyant une obligation de confidentialité. La société S1 insiste sur le fait qu'un gestionnaire doit, dans le cadre de ses fonctions, développer le portefeuille clientèle pour le compte de son employeur et non pas pour son compte personnel et que le fait que le salarié aurait connu des clients avant d'entrer en fonction auprès de la société S2 ne porterait donc pas à conséquence.

Elle explique que A s'est, après son licenciement, connecté le 29 février 2016 à 16.08 heures à son ordinateur et qu'il y a consulté le fichier « Kundenübersicht » contenant l'intégralité des coordonnées des clients qu'il gérait pour le compte de la société S2 ; cette consultation lui aurait permise de reprendre de manière synthétique les coordonnées de tous ces clients. Elle offre d'établir ces faits par l'audition de témoins.

Finalement, l'intimée résume les faits exposés par elle tant dans la lettre de licenciement qu'en première instance pour établir le motif économique à la base du licenciement avec préavis. Elle énumère individuellement les pièces versées et notamment les comptes annuels pour établir que la suppression de poste et le licenciement de A étaient justifiés et réguliers.

A titre subsidiaire, elle offre d'établir sa version des faits par l'audition de témoins.

L'appelant conteste les deux offres de preuve pour être superfétatoires, non pertinentes et non concluantes et il requiert le rejet de l'attestation testimoniale émanant d'T1 pour être non pertinente et pour constituer un témoignage par ouï-dire.

La société S1 réclame une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance (elle forme donc appel incident) et une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel.

<u>Appréciation</u>

Les appels, principal et incident, introduits dans les forme et délai de la loi, son recevables.

Il convient dès l'ingrès de faire droit à la demande de A et d'écarter des débats les attestations testimoniales d'T1 (versées en pièces n° 34 et 37 fardes I et II de Me DI STEFANO) alors qu'il a co-signé au nom et pour le compte de la société S2 la lettre de licenciement du 28 avril 2016 et parce que l'attestation (cf. pièce n° 37) ne se base que sur du ouï dire.

La Cour renvoie en ce qui concerne les faits, circonstances et rétroactes procéduraux de l'affaire à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité.

Il échet toutefois de rappeler qu'il est établi qu'en raison de problèmes économiques, la société S1 a pris, dès la fin de l'année 2015, diverses décisions dans le but de réduire ses coûts et qu'elle a ainsi proposé la modification du calcul des salaires des conseillers par l'insertion d'une rémunération fixe plus faible et d'une rémunération variable en fonction du résultat généré par les clients dont le conseiller concerné était en charge ; que A a refusé de signer le nouveau contrat de travail lui proposé au début de l'année 2016 et que la société S1 a procédé le 29 février 2016 à son licenciement en raison de ses problèmes économiques ; que le salarié a dès le 4 mars 2016 signé un contrat de travail avec la succursale de la société allemande S3 VERMÖGENSVERWALTUNG AG - Zweigniederlassung Luxemburg. Cette société concurrente de la société S2, avait été constituée en octobre 2014, notamment par B, un ancien directeur de la société S2, qui au moment de quitter son employeur lui avait déclaré qu'il entendait prendre sa retraite de vieillesse, mais qui avait donc constitué avec d'autres personnes la société S3. D'après la partie intimée, le départ de B aurait à lui seul entraîné pour elle la perte d'environ un tiers des clients entre septembre 2014 et décembre 2015.

Il est encore constant en cause, que le nouveau salaire de A ne se chiffrait qu'au montant de 2.307,56 €, correspondant à peine au salaire social minimum pour salariés qualifiés alors qu'il venait de refuser un salaire fixe de 7.000 € auquel il y avait lieu d'ajouter une rémunération variable.

Par ailleurs, il ressort des pièces qu'en l'espace d'un mois presque la totalité des clients dont A était en charge ont résilié leurs contrats auprès de la société S1 et qu'au moins une partie des clients avaient été contactés et informés par l'actuel appelant de son départ.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu qu'en présence de deux licenciements successifs, l'un avec préavis, l'autre avec effet immédiat, le second n'effaçant pas le premier, il y avait non seulement lieu d'examiner la régularité des deux licenciements, chacun des licenciements intervenus étant susceptible d'avoir causé un préjudice spécifique, mais encore qu'il s'imposait dans un premier temps d'analyser la régularité du licenciement avec effet immédiat qui a mis définitivement et prématurément fin au contrat de travail qui devait venir à échéance à la fin du délai de préavis, en l'espèce le 31 août 2016.

- **<u>quant au licenciement avec effet immédiat</u>**

La Cour constate que dans l'acte d'appel, A ne conteste plus la précision des motifs invoqués et que le jugement n'est donc pas entrepris sur ce point.

Il ressort de la lettre de licenciement avec effet immédiat, que la société S1 reproche à son ancien salarié un manque de loyauté à son égard durant la période du préavis (conclusion d'un nouveau contrat de travail auprès d'un concurrent, contact de clients nonobstant le fait qu'il n'était plus en droit de les contacter ; débauchage de clients). Elle lui reproche encore d'avoir commis des actes de concurrence déloyale, contraires à son obligation de confidentialité et un comportement en violation des dispositions applicables selon les circulaires de la CSSF.

Elle offre de prouver sa version des faits par l'audition de témoins.

A estime que les motifs du licenciement avec effet immédiat ne sont ni réels, ni suffisamment graves pour justifier le licenciement.

Il aurait été dispensé de prester durant le préavis et aurait donc été libre d'occuper un nouvel emploi, même auprès d'un concurrent. Aucune loi ne lui interdirait de contacter « *ses anciens clients (ceci même pendant le préavis) pour autant que le secret soit respecté* ».

Contrairement à son ancien employeur, le salarié estime que les dispositions de l'article L.124-9 du code du travail seraient d'ordre public et aucune clause contractuelle ne pourrait déroger valablement à sa liberté de choisir comme nouvel employeur, même pendant le préavis, un concurrent de son ancien employeur. Il explique que son comportement n'a en aucun cas été déloyal.

A conteste avoir contrevenu à son obligation de confidentialité motif pris qu'il disposait des informations au sujet de ses clients déjà avant le début de son entrée en fonctions auprès de la société S2 et il explique que les circulaires de la CSSF ne sauraient empêcher le libre choix du client de suivre son « *cocontractant* ».

Il convient d'examiner successivement les divers griefs formulés par l'ancien employeur :

- <u>la reprise d'un emploi salarié pendant la durée du préavis</u>

L'article L.124-9 (1) alinéa 3 du code du travail dispose que « *Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié*

avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires. »

La société S1 affirme que cette disposition n'est pas d'ordre public de sorte que les parties auraient pu y déroger par la clause prévue à l'article 9 du contrat de travail qui se lit comme suit :

« L'employé » n'exercera pour son propre compte, ni directement, ni indirectement, aucune activité similaire ou concurrente à celle de « l'employeur ». D'autre part, il n'acceptera aucun autre emploi rémunéré pendant la durée du présent contrat. »

La Cour constate d'abord que cette clause, qui d'ailleurs n'est pas mentionnée dans la lettre de licenciement, ne concerne que les relations des parties pendant la période d'exécution du contrat de travail et n'interdit pas au salarié, licencié avec préavis et dispense de travail, de s'engager auprès d'un autre employeur, fût-il concurrent du premier. Elle n'est pas contraire aux dispositions de l'article L.125-8[i] du code du travail lesquelles ne visent que les activités du salarié après le départ de l'entreprise et elle est conforme aux prescriptions résultant des circulaires de la CSSF et notamment des points 140 et 141 de la circulaire modifiée CSSF 07/307.

D'ailleurs, même en l'absence d'une clause contractuelle expresse, le salarié est débiteur, pendant la durée du contrat de travail, d'une obligation de non-concurrence de plein droit lui interdisant de développer toute activité pour lui-même ou pour le compte d'un tiers en concurrence avec celle de son employeur (cf. Rép. trav. Dalloz, V° Concurrence (obligation de non-concurrence, n° 7).

Au vu de ce qui précède, le moyen de l'appelant concernant l'irrégularité, voire la nullité de la clause prévue à l'article 9 du contrat de travail, n'est pas fondé.

Contrairement aux affirmations de la société S1, A était en l'espèce autorisé, nonobstant les dispositions de l'article 9 de son contrat de travail, à conclure un contrat de travail avec la société S3. A l'instar des juges de première instance, la Cour constate donc qu'il est sans pertinence d'analyser d'avantage la validité de la clause de non-concurrence prévue à l'article 9 du contrat de travail.

La doctrine et la jurisprudence retiennent que si durant le préavis, les droits et obligations respectifs de l'employeur et du salarié sont inchangés et que l'obligation de non-concurrence subsiste, tel n'est plus le cas s'il y a eu dispense de travail (cf.

[i] « (1) La clause de non-concurrence inscrite dans un contrat de travail est celle par laquelle le salarié s'interdit, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle. » .

Jean-Luc PUTZ : Comprendre et appliquer le droit du travail ; 4e éd., n° 99, p. 76). Il est admis que dans pareil cas, l'obligation de non concurrence de plein droit cesse de s'appliquer et « *qu'ayant été dispensé d'exécution du préavis, le salarié avait la faculté d'entrer, pendant sa durée, au service d'une entreprise, fût-elle concurrente* » (cf. Dalloz précité n° 20 ; Soc. 27 nov. 1991, n° 88-43.917).

Au vu de ces développements, c'est à tort que le tribunal a retenu que A, en n'ayant « *pas attendu la fin de son délai de préavis pour se faire engager par la société S3 dont l'activité se trouve par son objet en concurrence directe avec celle de la société S2 alors que l'article 9 de son contrat de travail interdit l'acceptation d'un autre emploi rémunéré pendant la durée du contrat* », a violé aussi bien la clause de non-concurrence dans son contrat de travail (dont la violation ne lui était pourtant pas reprochée dans la lettre de licenciement), que l'obligation de loyauté lui incombant à l'égard de son employeur.

- ❖ <u>les obligations de confidentialité (article 8 du contrat de travail) et de loyauté (article 1134 du code civil)</u>

A soutient que le tribunal aurait à tort considéré qu'il a violé l'article 8 du contrat de travail et il explique que les « *informations détenues par* [lui] *ne sont pas venues de S2, mais lui étaient connues depuis toujours* ».

La société S1 fait valoir que A a contrevenu tant à son obligation de confidentialité inscrite à l'article 8 du contrat de travail, qu'à son obligation de discrétion découlant de son obligation de bonne foi inhérente à tout contrat de travail, en utilisant les informations qu'il avait obtenues dans le cadre de son travail pour contacter les clients dont il était en charge.

Elle conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a retenu que la clause de confidentialité était valable. La société S2 conteste que les clients conseillés par A étaient des clients qu'il aurait apportés lors de son entrée en fonctions auprès d'elle et elle insiste sur le fait que ces clients ont conclu des contrats avec elle et non pas avec A.

A qui reconnait avoir « *contacté certains de ses clients pour les informer de son départ de chez S2* » conteste cependant la commission d'actes de démarchage ou de débauchage de clients.

Concernant l'obligation de loyauté du salarié, la société S1 fait valoir qu'au courant de la semaine où elle a licencié son salarié, celui-ci a signé un nouveau contrat de travail, auprès d'un concurrent, moyennant un salaire ridicule et que moins de 48 heures après le licenciement, les premiers clients ont résilié leurs contrats pour suivre A auprès de son nouvel employeur.

Elle expose qu'il serait manifeste que son salarié n'aurait agi ainsi que :

- pour pouvoir convaincre les clients de la société S1 de le suivre (à défaut de nouvel employeur, il n'aurait pas eu les moyens de leur demander de ce faire alors qu'il n'aurait pas pu assurer l'exécution des prestations) ;

- parce qu'il savait que la société S1 devait lui verser le complément différentiel du salaire pendant la durée du préavis

et elle conclut que A a donc violé son obligation de loyauté. L'intimée rappelle que dès la fin du préavis, le salaire de A a presque triplé, puisqu'il a été augmenté à la somme de 6.000 €.

La clause de confidentialité prévue à l'article 8 du contrat de travail stipule ce qui suit :

« *Pendant la durée de l'emploi et, le cas échéant, après résiliation du présent contrat, «l'employé» est tenu à la plus stricte discrétion en ce qui concerne les informations qu'il obtient au sujet des clients ou des collaborateurs de la maison.*

Il reconnait que la documentation professionnelle et les programmes informatiques auxquels il aura accès ou qu'il élaborera en sa qualité d'employé sont la propriété exclusive de «l'employeur» et il n'en communiquera aucun élément à une personne non-occupée aux services de «l'employeur». »

En vertu de l'article 1134 du code civil, toute convention légalement formée doit être exécutée de bonne foi. En droit du travail, ce principe a une portée particulière. En effet, il ne s'agit pas seulement du strict respect des engagements que se doivent entre elles les parties contractantes, il s'agit aussi du respect d'une éthique comportementale que se doivent l'employeur et le salarié dans l'exécution de leur contrat. Ce qui caractérise au principal le contrat de travail, c'est qu'une personne, le salarié, se place sous les ordres d'une autre, l'employeur, pour exécuter à son profit un travail prédéfini en contrepartie d'une rémunération. Ce n'est donc pas seulement les obligations réciproques mais leur exécution successive dans le temps qui fonde le contrat de travail. La bonne foi des contractants ne s'arrête pas à la volonté de faire, elle va au-delà: à l'obligation de bien exécuter ce que l'on a décidé de faire. A la différence des autres contrats, le retour à l'état antérieur qui est dû en cas de non respect de l'obligation contractuelle n'est pas possible. D'où l'impératif de bonne foi qui préside à l'exécution d'un contrat de travail.

De par sa portée générale, l'obligation de loyauté ne se limite dès lors pas à une obligation de s'abstenir de concurrencer l'employeur, ou d'agir pour le compte d'une entreprise concurrente ou d'exercer une activité concurrentielle pour son propre compte (cf. Cour, IIIe, rôle 42819, 19 nov. 2016).

L'affirmation de A que les clients, qui ont résilié leurs contrats auprès de la société S2, auraient tous été ses clients dès avant son entrée en fonctions auprès d'S2 et qu'ils avaient tous, sans exception, ses coordonnées privées n'emporte pas la conviction de la Cour. La partie intimée a versé plusieurs courriers, anonymisés, de clients qui ont demandé dès le 2 mars 2016 (donc à un moment où ils n'avaient pas encore reçu l'information de la part de la société S2 du départ de A) la résiliation, parfois même avec effet immédiat, de leurs contrats de gestion de fortune conclus avec la société S2 et la clôture de leurs comptes auprès de la BANQUE (…). Il s'agit de clients dont A a été en charge.

Ainsi, dans un courrier anonymisé du 4 mars 2016, un client écrit ce qui suit :

" *Ich kündige mit* ***sofortiger Wirkung*** *den o.g. Vertrag mit Ihrem Unternehmen, da Ihr* ***Mitarbeiter meines Vertrauens*** *Ihr Unternehmen verlassen hat.*
Erstaunlicherweise wurde ich von Ihnen bisher nicht über diese Personalveränderung informiert - berührt sie doch ganz erheblich die seit Jahren wichtige Vertrauensgrundlage zu Ihrem Unternehmen. (…)"

Dans son attestation testimoniale (versée en pièce n° 36b de la farde I de 36 pièces de Me DI STEFANO), T2 écrit que " *Ich stehe zu Herrn A in einer geschäftlichen Beziehung. (...) Ich hatte in der ersten Märzwoche mit Herrn A telefoniert, dass er seinen bisherigen Arbeitgeber verlassen wird, Ziel unbekannt.* …"

Les époux T3A et T3B déclarent dans leur attestation que «*Wir bezeugen, dass wir von H. A in den ersten Märztagen 2016 informiert wurden von seinem damaligen Arbeitgeber gekündigt worden zu sein* ».

T4A et T4B attestent également qu'ils ont été informés, début mars 2016, du départ de A de la société S2 *(« dass er sich von der Fa. S2 trennt »*). T4C a écrit une attestation dans le même sens.

Au vu de ces pièces, il est établi que A a contacté des clients de la société S2 au début du mois de mars 2016 et les a informés de son départ de cette société.

A a affirmé que « ses » clients auraient voulu le suivre pour continuer à être conseillés par lui.

Il convient de rappeler que contrairement aux itératives affirmations de l'appelant que les clients auraient été « ses » clients, les clients étaient liés contractuellement uniquement à la société S2 mais non pas au salarié.

C'est pour de justes motifs que la Cour adopte, que le tribunal a retenu qu'un ancien salarié peut en principe utiliser le savoir-faire ou les connaissances acquises auprès de son ancien employeur, à condition toutefois de ne pas employer des manœuvres frauduleuses ou déloyales et qu'il doit notamment s'abstenir, durant l'exécution de son contrat de travail, de poser des actes effectifs de concurrence.

Le détournement volontaire de clientèle peut, compte tenu des circonstances, constituer un acte de concurrence déloyale.

En l'espèce, même s'il se dégage des attestations testimoniales citées ci-avant que les clients en question ont de leur plein gré suivi A, il n'en reste pas moins qu'il les a contactés pendant sa période de préavis pendant laquelle il avait été dispensé de travailler.

Comme ces contacts téléphoniques ont eu lieu au cours de la première semaine de mars 2016, donc à un moment où A avait déjà été dispensé de travailler, il n'avait aucune raison de contacter les clients de la société S2. Il s'y ajoute que A n'a pas contesté qu'il s'est connecté le 29 février 2016 à 16.08 heures à son ordinateur et qu'il a consulté le fichier « *Kundenübersicht* » ; il conteste uniquement que cette consultation ait eue lieu après le licenciement intervenu en date du 29 février 2016.

Par ailleurs, la contestation du salarié de tout contact avec son futur employeur avant le licenciement prononcé par la société S2 tombe à faux. Il est établi à suffisance de droit tant par l'attestation de T2 (i.e. *« dass er seinen bisherigen Arbeitgeber verlassen wird »*) que par l'incident non contesté au sujet du projet de contrat, déchiré et jeté à la poubelle le 1er mars 2016.

La Cour constate que l'empressement d'une grande partie des clients, dont A était en charge, de résilier, suite aux entretiens téléphoniques avec ce dernier, leurs contrats conclus avec la société S2, tout comme le fait que A ait retrouvé, sur fond de crise économique, quatre jours après son licenciement un emploi auprès d'une société concurrente, ne peut pas être dû au hasard. Ces résiliations, compte tenu des circonstances dans lesquelles elles sont intervenues, ne peuvent être que le résultat d'un débauchage actif de la part de A. La prise de contact avec les clients de la société S2, soit avant le départ du salarié (cf. attestation T2), soit dans les premiers jours suivant le licenciement, constitue à elle seule un acte commis dans des conditions déloyales. Comme les données personnelles des clients appartiennent à l'employeur, A n'avait, après son licenciement, aucune raison d'y avoir recours, tout comme il n'avait aucune raison d'informer les clients de son départ, sauf pour les inciter à le suivre. La conclusion d'un nouveau contrat de travail auprès d'un

concurrent direct de l'ancien employeur moyennant un salaire brut mensuel de 2.307,56 € et le refus en date du 29 février 2016, pour les mêmes fonctions, mais pour une durée de travail inférieure (32 hrs/semaine) d'un salaire brut de 7.000 €, procèdent du même comportement déloyal.

Lors du refus de signature du contrat modifié auprès de la société S2 tout comme lors de la consultation de la « *Kundenübersicht* » en date du 29 février 2016, A devait nécessairement et forcément déjà savoir qu'il allait retrouver dès le 4 mars 2016 un nouvel emploi auprès de la société S3.

- ❖ <u>les obligations découlant des circulaires CSSF</u>

L'intimée fait valoir que A et son nouvel employeur ont encore violé les points 140 et 141 de la circulaire CSSF 07/307 modifiée par les circulaires CSSF 13/560, CSSF 13/568 et CSSF 14/585.

Il ressort de cette circulaire qu'elle a pour objet d'apporter des explications et précisions concernant certaines dispositions de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers transposant la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 (ci-après : la « Loi MiFID ») et du règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier transposant la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 mai 2006 (ci-après : le « Règlement grand-ducal MiFID »).

Les points 140 et 141 invoqués par la partie intimée se trouvent au « *Chapitre 15* » qui concerne les « *Règles à observer dans des situations concurrentielles spécifiques* ».

Le point 140 de la circulaire précitée stipule que « *L'établissement doit s'abstenir d'enlever ou de tenter d'enlever à un concurrent des clients en utilisant des moyens contraires aux usages honnêtes en matière de concurrence. Il lui est interdit notamment de chercher à recevoir et à utiliser à cette fin des informations confidentielles concernant les clients d'un concurrent et se trouvant à la disposition d'un membre de son personnel antérieurement employé auprès de ce concurrent. Il veille également à ce que ses employés n'utilisent pas activement ces informations à cette même fin.* »

Le point 141 précise que « *L'établissement doit s'interdire toute pratique de ce genre, notamment dans le cas de changement d'employeur d'un gestionnaire, alors que l'établissement et l'employé concerné pourraient de ce fait et, selon les circonstances, chacun engager à divers égards leur responsabilité pénale et leur responsabilité civile.* »

Sous réserve des développements ci-dessus concernant la faculté pour un salarié, licencié avec préavis et dispense de travail, de travailler pendant le préavis auprès d'un concurrent de son ancien employeur, les agissements déloyaux commis par A et énumérés ci-dessus, sont contraires aux prescriptions des points 140 et 141 de la circulaire modifiée CSSF 07/307.

Au vu des développements ci-dessus, le jugement entrepris qui a constaté que A a commis une faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et que donc le licenciement avec effet immédiat du 28 avril 2016 est à déclarer justifié, est à confirmer, par adoption en partie, d'autres motifs.

L'appel n'est donc pas fondé.

- **<u>quant au licenciement avec préavis</u>**

La Cour constate que dans son acte d'appel la partie appelante ne conteste plus la précision des motifs invoqués et que le jugement n'est donc pas entrepris sur ce point.

L'appelant affirme qu'il serait « *complètement illogique, et même aberrant, que l'employeur décrit devoir se séparer pour des raisons économiques de Monsieur A, alors que le jour même de son licenciement, il l'a encore incité à signer un contrat de travail prévoyant un montant fixe de 7.000 € ainsi qu'un salaire variable* ».

L'intimée rappelle d'abord les raisons économiques, longuement et exhaustivement énumérées dans la lettre de motivation, qui l'ont amenées à devoir réduire ses coûts et à supprimer le poste de A.

L'employeur se base sur les dispositions de l'article L.124-11 (1) du code du travail et la jurisprudence afférente pour affirmer son droit de licencier un salarié pour des motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

L'article L.124-11 (1) du code du travail dispose que :

« *(1) Est abusif et constitue un acte socialement et économiquement anormal, le licenciement qui est contraire à la loi ou qui n'est pas fondé sur des motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

Conformément à cet article, il est admis que « *Si le chef de l'entreprise est seul responsable du risque assumé par l'exploitation de l'entreprise, il bénéficie*

corrélativement du pouvoir de direction. Il décide donc seul de la politique économique de l'entreprise, de son organisation interne et des modalités techniques de son fonctionnement qu'il peut à tout moment aménager à son gré. Le juge ne saurait à aucun titre se substituer à lui dans l'appréciation de l'opportunité des mesures prises, quelles que soient les répercussions au regard de l'emploi. Le chef d'entreprise est dès lors admis à opérer les mesures de réorganisation et de restructuration qu'il estime opportunes et à procéder aux licenciements avec préavis fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise qui en sont la suite, sauf à la personne licenciée d'établir que son congédiement est sans lien avec la mesure incriminée et ne constitue pour l'employeur qu'un prétexte pour se défaire de son salarié.

Le motif de licenciement lié aux « nécessités du fonctionnement de l'entreprise » n'est pas à comprendre en ce sens que l'employeur doive attendre que sa situation financière devienne catastrophique avant de pouvoir agir, une gestion saine de l'entreprise commandant à ce qu'il soit intervenu par des mesures appropriées au fur et à mesure de l'évolution de la situation. Il doit ainsi être permis à l'employeur d'anticiper les difficultés économiques majeures.

Le terme de « nécessités du fonctionnement de l'entreprise » n'est d'autre part pas non plus à comprendre en ce sens qu'il ne vise que des mesures prises pour éviter le déclin de la société mais il inclut également les mesures nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, motif économique autonome qui peut justifier une réorganisation de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des difficultés économiques majeures et que la survie de l'entreprise soit en cause » (Cour, 10 juillet 2014, rôle 40168).

En l'espèce, il ressort des pièces versées en cause et notamment des bilans et comptes annuels que la société S1 connaissait des problèmes financiers réels et sérieux qui justifiaient la suppression du poste de A. Il ressort du procès verbal de la réunion du conseil d'administration de la société S1 du 7 septembre 2015 (cf. pièce n° 32 de la farde I de Me DI STEFANO) que selon une décision prise il y avait lieu de réduire les coûts salariaux. Il est encore établi que le poste de l'actuel appelant n'est pas le seul à avoir été supprimé (cf. pièce n° 30).

La Cour constate encore que la proposition d'un salaire de 7.000 € n'est en l'occurrence ni « illogique », ni « aberrante » tel que l'affirme A. Compte tenu de la situation financière de l'employeur et de la réduction substantielle du salaire (30%) de A, cette proposition, qui a manifestement été faite pour « garder » un salarié, dont l'employeur pouvait redouter qu'il entraîne lors de son départ des clients de l'entreprise, n'est pas de nature à contredire les raisons économiques invoquées à la base du licenciement avec préavis.

Comme le juge ne saurait se substituer à l'employeur dans l'appréciation des mesures d'ordre intérieur commandées dans l'intérêt de l'entreprise, c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal a, après avoir vérifié que les motifs invoqués en l'occurrence par l'employeur étaient réels et sérieux, dit que le licenciement de A en date du 29 février 2016 était régulier.

Au vu de ce qui précède, l'appel n'est pas fondé sur ce point et le jugement qui a déclaré régulier le licenciement avec préavis est à confirmer.

- **quant aux indemnités de procédure**

La société S1 réclame une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance et de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Le tribunal avait rejeté la demande de la société S1 sur base de l'article 240 du NCPC au motif qu'elle n'avait pas justifiée de l'iniquité requise.

Comme la société S1 reste en instance d'appel toujours en défaut d'établir cette condition prescrite par l'article 240 du NCPC son appel incident n'est pas fondé. Il y a donc lieu de confirmer le jugement sur ce point.

Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter pour le même motif.

La demande de l'appelant sur base de l'article 240 du NCPC est à rejeter au vu du sort réservé à son appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme,

les dits non fondés,

confirme le jugement du 1er février 2018 par adoption en partie d'autres motifs,

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne A aux frais et dépens avec distraction au profit de Maître Mario DI STEFANO.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.