Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-cinq mars deux mille quatre.

Numéro 27403 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Françoise MANGEOT, conseiller,
Jeannot NIES, avocat général,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société civile B.), établie et ayant son siège social à L-**{…}**représentée par ses associés commandités **{…}**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 janvier 2003,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Roy REDING, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) J.), employé privé, demeurant à L-**{…}**

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 janvier 2004.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette en date du 26 octobre 2001, **J.)** a demandé la convocation de son ancienne employeuse, la société civile **B.)** S.C. (ci-après **B.))** à comparaître devant le tribunal du travail, aux fins de l'y entendre condamner à lui payer les montants de 278.800,- francs à titre d'indemnité de préavis, de 69.700,- francs à titre d'indemnité de départ, de 150.000,- francs à titre de réparation du préjudice moral subi par lui suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif et de 40.000,- francs à titre d'indemnité de procès.

Cette demande fut modifiée et précisée en cours d'instance pour être portée à un total de 17.571,11 €.

A l'appui de sa demande, le requérant exposa qu'il était au service de la société **B.)** depuis le 15 juillet 1996 en qualité de dessinateur en bâtiment et qu'il fut licencié avec effet immédiat le 19 octobre 2001 au motif qu'il aurait commis des actes de concurrence déloyale rendant impossible la poursuite de la relation de travail, et cela notamment par la constitution d'une société concurrente dénommée **M.)** s.à r.l.

J.) ne contesta pas avoir créé une société avec son collègue de travail **W.)**, mais affirma qu'au moment où il fut licencié, l'entreprise que cette société devait exploiter n'aurait pas encore démarré. Par ailleurs, cette société ne concurrencerait point son ancienne employeuse. Il contesta avoir passé des coups de téléphone sur son lieu de travail pour le compte de sa société.

Il affirma en outre que sur plainte de **B.)** S.C., l'administration de l'emploi aurait procédé à une enquête interne de laquelle il résulterait que **M.)** s.à r.l. n'aurait commencé son activité qu'au mois de février 2002.

Par jugement rendu contradictoirement le 18 juin 2002, le tribunal du travail, retenant que la société **M.)** était susceptible d'exercer une activité concurrençant celle de la société civile **B.)**, a ordonné à l'administration de l'emploi de déposer au greffe du tribunal le rapport d'enquête dressé consécutivement à la susdite plainte.

Suite au dépôt du rapport d'enquête demandé, le tribunal du travail a, par jugement du 29 novembre 2002, après avoir constaté que la société **M.)** n'avait commencé ses activités commerciales que le 1er février 2002, déclaré le licenciement abusif, alloué à **J.)** la somme de 5.219,10 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, cette condamnation assortie de l'exécution provisoire, ainsi que la somme de

1.905,68 € à titre d'indemnité de départ. Il a rejeté la demande de **J.)** pour le surplus et condamné la société civile **B.)** à payer la somme de 2.403,62 € à l'ETAT en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par exploit d'huissier du 6 janvier 2003, la société civile **B.)** a régulièrement relevé appel de ces deux jugements.

Elle demande à la Cour de les réformer, de déclarer le licenciement justifié et de débouter les parties intimées de leurs demandes.

L'intimé **J.)** demande la confirmation des décisions attaquées en ce qu'elles ont déclaré le licenciement abusif et fait droit à sa demande relative à l'indemnité compensatoire de préavis et à l'indemnité de départ.

Interjetant régulièrement appel incident, il demande la condamnation de l'appelante à lui payer la somme de 3.718,40 € à titre de réparation pour préjudice moral.

A l'appui de son recours, la partie appelante fait valoir que si c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu qu'il ressortait des statuts de la société **M.)** s.à r.l. que son objet lui permettait d'exercer une activité concurrençant **B.)** S.C., c'est en revanche à tort qu'ils ont retenu qu'il ressortait du rapport d'enquête de l'Administration de l'emploi que les activités commerciales de la société **M.)** s.à r.l. n'ont commencé que le premier février 2002,
que la jurisprudence ne réclame en rien la preuve de l'exploitation effective de la société concurrente pour admettre la faute grave d'un salarié, le simple fait d'avoir participé à la constitution d'une société concurrente avec l'intention de l'exploiter à son propre profit constituant déjà une violation de l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi découlant du contrat de travail,
qu'en outre, pour ce qui est de la question de l'exploitation effective de la société rivale par le salarié licencié, le rapport d'enquête de l'ADEM, seule pièce prise en compte par les juges de première instance, ne serait pas probant,
qu'ainsi, le contrôleur **R.)** atteste que **J.)** était informé à l'avance par son avocat de la visite d'un contrôleur de l'ADEM, que dès lors il savait que la question de l'exploitation de son commerce concurrent serait examinée par l'ADEM, du fait de la contestation de son ex-employeur de l'allocation provisoire des indemnités de chômage complet,
qu'il lui a été tout à fait loisible d'organiser l'apparence d'inexploitation de son commerce avant la visite du contrôleur **R.)**,
qu'en outre, il ne saurait être admis que le commerce de **M.)** s.à r.l. n'était pas exploité sur la simple affirmation faite au contrôleur par les principaux intéressés **W.)** et **J.)**,
qu'en tout état de cause ce serait à tort que les juges de première instance n'ont retenu que le rapport d'enquête **R.)** pour fonder leurs décisions, écartant de ce même fait les attestations testimoniales versées par la partie appelante,
que notamment l'attestation du témoin **F.)** établirait à l'abri de tout doute l'exploitation à compter du courant du mois de septembre 2001 de la société **M.)** s.à r.l. par l'intimé.

L'intimé **J.)** affirme qu'il ne s'est jamais absenté de son travail pour constituer une société concurrente, mais qu'il a participé à la création de la société **M.)** en dehors de ses heures de travail, ce dont il avait parfaitement le droit.

Il fait plaider également qu'en supposant qu'il ait entamé d'une quelconque façon l'exploitation de la société en formation **M.)** s.à r.l. pendant le temps où il était aux services de la société **B.)** S.C., il n'en demeure pas moins qu'à la lecture des statuts des deux entreprises, il ne serait aucunement établi qu'il aurait pu exercer une activité directement concurrentielle à son employeur alors que les deux sociétés auraient des objets sociaux manifestement différents,
qu'ainsi l'article 4 de l'acte constitutif de la société **M.)** s.à r.l. dispose que « la société a pour objet l'animation graphique et le design par ordinateur, agence immobilière et de promotions, ainsi que toutes opérations commerciales, financières et industrielles s'y rattachant directement ou indirectement. D'une façon générale, la société pourra exercer toutes activités généralement quelconques qui pourraient paraître nécessaires à l'accomplissement ou au développement de son objet social »,
qu'il ressort en revanche des statuts de la S.C. **B.)** (article 2) que celle-ci a pour objet « l'étude, la planification et la réalisation de toutes missions d'architectures et d'urbanisme, ainsi que toutes les opérations se rattachant directement ou indirectement à son objet. Elle peut faire toutes les opérations mobilières ou immobilières qui se rattachent directement en tout ou en partie à son objet ou qui sont de nature à en faciliter la réalisation ou l'extension sans pouvoir entraîner cependant la modification essentielle de celui-ci »,
L'intimé ajoute que les statuts des deux sociétés se recoupent sur l'unique point des opérations mobilières et immobilières, alors que la société **M.)** n'a jusqu'à l'heure actuelle jamais exercé des activités dans ces deux domaines, en ce qu'elle limite en effet ses opérations à la seule animation graphique et les designs par ordinateur, activités totalement étrangères à celles effectuées par la S.C. **B.)**.

La partie appelante, rappelant qu'il n'est nullement nécessaire que les actes de concurrence déloyale aient été posés durant la relation de travail pour valoir motif de licenciement avec effet immédiat, estime que les pièces versées en cause démontrent à suffisance que **J.)**, à compter de février 2000 au plus tard, a contrevenu à ses obligations de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail en travaillant, parallèlement à son emploi, sur un projet de construction d'une maison d'habitation pour le sieur **K.)**,
qu'ainsi, en date du 16 février 2000, **J.)** a adressé par fax à l'architecte **N.)** des plans de construction pour approbation,
que le projet a été poursuivi en nom personnel par **J.)** tant durant sa relation de travail avec **B.)** S.C. que par la suite, ainsi qu'en attestent les échanges de courriers entre les différents intervenants dans ce projet, et que ce projet de construction a été repris par **M.)**.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG demande la confirmation du jugement lui ayant alloué le montant de 2.403,62 €.

Il est constant en cause que le contrat de travail de l'intimé ne contient pas de clause de non-concurrence.

Le jugement de première instance retient à juste titre qu'il a toujours été admis que le salarié, dans le cadre de ses relations de travail et même en l'absence de clause de non-concurrence, est tenu, sur base d'une obligation générale de loyauté, de s'abstenir de concurrencer l'employeur, et que ce devoir de loyauté lui impose une obligation de fidélité qui lui interdit d'agir pour le compte d'une entreprise concurrente ou d'exercer une activité concurrentielle pour son propre compte.

Cette obligation de non-concurrence ne fait cependant pas obstacle à ce que le salarié prépare une future activité concurrente de celle de son employeur, à la condition que cette concurrence ne devienne effective qu'après l'expiration du contrat de travail (Encycl. Dalloz Travail no Concurrence no 9).

Le jugement attaqué a encore admis à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que la société **M.)** est susceptible, de par son objet social, d'exercer une activité concurrençant celle de la société appelante.

En effet, l'activité « d'animation graphique » et de « design par ordinateur » vise nécessairement la conception d'immeubles, ce qui est confirmé par les termes « agence immobilière et de promotions ». Comme promoteur immobilier, la société peut en outre exercer « toutes activités généralement quelconques qui pourraient paraître nécessaires à l'accomplissement ou au développement de son objet social ».

Cet objet se rapproche tout à fait de celui de la société **B.)**, à savoir « toutes missions d'architectures et d'urbanisme »… « toutes les opérations mobilières ou immobilières ».

Pour déterminer si le salarié a respecté son obligation de loyauté, il échet d'examiner si les actes posés par lui avant son licenciement sont compatibles avec son obligation de non-concurrence et s'ils peuvent être classés dans la catégorie des actes purement préparatoires d'une activité future.

Il se dégage des pièces du dossier que la société **M.)**, dont l'objet se recoupe avec celui de la société appelante, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, a été constituée par acte notarié du 3 octobre 2001 qui précise que, par dérogation au principe que l'année sociale commence le premier janvier et finit le 31 décembre, le premier exercice social commence dès le 1er octobre 2001 pour finir le 31 octobre 2001.

Le même 3 octobre 2001, les deux seuls associés**W.)** et **J.)** se sont réunis en assemblée générale extraordinaire et se sont nommés gérants, à savoir **W.)** comme gérant technique et Joao **J.)** comme gérant administratif.

D'autre part, **W.)** et **J.)** ont conclu le 24 septembre 2001, au nom de la société **M.)** qui y figure comme locataire, un contrat de bail prenant effet le 1er octobre 2001.

La société **M.)** disposait par conséquent d'un local commercial et d'organes sociaux qui la mettaient en mesure de fonctionner dès le 3 octobre 2001.

Quant au début de fonctionnement effectif de la société, le jugement du 29 novembre 2002 retient qu'un rapport d'enquête dressé le 24 janvier 2002 par un

contrôleur de l'Administration de l'Emploi – non versé aux débats, mais non contesté quant à ses conclusions – en fixe la date au 1er février 2002.

Ce rapport d'enquête, dont la Cour n'est pas à même de vérifier la fiabilité, ne dit rien au sujet d'activités concurrentielles éventuelles exercées par l'intimé.

L'intimé invoque une autorisation d'établissement aux termes de laquelle la société **M.)** est autorisée à exercer son activité à partir du 12 février 2002.

Cette dernière pièce ne prouve rien quant au début effectif des activités de la société **M.)** ni surtout de celles de l'intimé.

Quant aux attestations **S.)** et **F.)** produites par la société appelante, l'intimé en demande le rejet pour inobservation des prescriptions de l'article 402 du nouveau code de procédure civile qui dispose que l'attestation testimoniale doit mentionner « le lien de parenté ou d'alliance avec les parties de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles ».

En l'occurrence, il n'est ni établi ni même allégué que les auteurs des attestations **S.)** ou **F.)** auraient des liens de parenté, d'alliance ou de subordination à l'égard d'une partie au litige.

Aucun lien précis de collaboration ou de communauté d'intérêts n'étant par ailleurs établi, les attestations en question remplissent les conditions légales et peuvent être prises en considération.

Dans son attestation du 21 décembre 2001, Christian **F.)** écrit : « … Etant donné que M. **J.)** m'avait raconté lui-même environ un mois auparavant (avant le 16 octobre 2001) que lui et une autre personne du bureau **B.)** allaient créer une société à ce nom (**M.)**) que leurs bureaux se trouveraient rue Xavier Brasseur à Esch-Alzette et qu'ils étaient déjà en train de travailler à leur propre compte… »

Dans son attestation complémentaire du 20 août 2003, Christian **F.)** ajoute que lors du susdit entretien de septembre 2001, M. **J.)** lui avait expliqué que lui-même et **W.)** gagnaient déjà à cet instant autant sinon plus en travaillant à leur propre compte, et que de toute façon ils ne comptaient rester chez **B.)** que jusqu'à la fin de l'année pour encaisser le treizième mois et la gratification, et partir en janvier 2002, puisqu'ils avaient déjà assez de travail.

Quant à l'attestation d'**S.),** elle établit que la société **M.)** fonctionnait dans ses bureaux avec ses associés **J.)** et**W.)** et cela dès le 10 janvier 2002. Cette date se situe certes après le licenciement, mais avant la date de fonctionnement admise par le rapport d'enquête de l'ADEM et également avant la date de délivrance de l'autorisation d'établissement.

La société appelante verse un échange de courrier relatif à la construction d'une maison **K.)** à Capellen et dont il se dégage que **J.)** a participé à un rendez-vous sur le chantier le 17 septembre 2001.

Quant aux attestations testimoniales produites par l'intimé, elles sont sans incidence sur la solution du présent litige.

En effet, l'attestant **D.)** déclare avoir reçu de **J.)** quelques conseils et ébauches pour les plans de sa maison, et cela du fait de leur lien familial, et l'attestante **X.)** mentionne une activité de **M.)** en date du 26 février 2002, partant postérieure à la période visée par la présente affaire.

Il découle de tous les éléments ci-dessus relevés que tant **M.)** que du moins ses deux associés **J.)** et**W.)** ont eu une activité dépassant nettement le cadre des activités préparatoires que tout salarié est autorisé à entreprendre afin d'assurer son avenir professionnel pour l'époque où son contrat de travail existant sera expiré.

Il convient d'ajouter que tous les actes préparatoires et d'exécution ci-dessus relevés ont été accomplis dans le plus grand secret vis-à-vis de la société appelante, et cela à un moment où aucune fin contractuelle des relations de travail existantes n'était prévue ni même envisagée.

L'attitude des salariés qui, dans de telles circonstances se sont concertés depuis longue date en vue de la création et du fonctionnement effectif d'une activité concurrente doit être considérée comme gravement déloyale envers l'employeur.

L'employeur était par conséquent en droit de considérer que le comportement du salarié rendait immédiatement et irrémédiablement impossible la poursuite des relations de travail.

Par réformation du jugement attaqué, il échet de déclarer le licenciement justifié.

Il s'ensuit que Joao Paul **J.)** est à débouter de toutes ses demandes indemnitaires.

Quant à la demande de l'ETAT en remboursement des indemnités de chômage touchées par l'intimé, elle est, par réformation du jugement attaqué, à déclarer fondée non pas à l'égard de l'employeur, mais à l'égard du salarié.

La société appelante sollicite enfin l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Cette demande est à rejeter, l'appelante ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge tous les frais exposés non compris dans les dépens.

La demande de l'intimé sur la même base est à son tour à rejeter, la partie succombante et condamnée aux dépens ne pouvant bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

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, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions,

reçoit les appels principal et incident,

déclare l'appel incident non fondé et en déboute,

déclare l'appel principal fondé,

réformant :

dit le licenciement avec effet immédiat justifié,

déboute **J.)** de toutes ses demandes et décharge, pour autant que de besoin, la société civile **B.)** des condamnations afférentes,

déclare la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG fondée à l'encontre de **J.)**,

condamne **J.)** à payer à l'ETAT la somme de 2.403,62 € avec le intérêts légaux à partir du 16 avril 2002, jusqu'à solde,

décharge, pour autant que de besoin, la société civile **B.)** de sa condamnation en faveur de l'ETAT,

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne **J.)** aux dépens des deux instances et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Georges PIERRET, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.