Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du deux février deux mille douze

Numéro 35965 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

la société anonyme SOC.1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 15 mars 2010,

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

et:

B.), demeurant à D-(…),

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'arrêt de la Cour d'appel du 18 novembre 2010 rejetant le moyen de nullité de l'acte d'appel.

Les arriérés de salaire

B.) réclame à son ancien employeur 2.956,18 € du chef d'arriérés de salaire pour l'année 2007.

Au vu des moyens opposés à la demande par la société SOC.1.), il convient de citer in extenso les stipulations contractuelles du paragraphe 5 du contrat de travail par rapport à la rémunération de B.).

1. Herr B.) erhält für seine Tätigkeit ab dem 1.1.2006

a) ein Jahresgehalt von max. € 120.000 abhängig von der Unternehmenssituation, wovon € 72.000 garantiert sind und in Abhängigkeit von der EBT-Zielerreichung (EBT= Earn before taxes *Gewinn vor Steuern) inkl. des variablen Anspruchs ein variabler Gehaltsbestandteil wie folgt fällig wird :*

- *EBT über 25.000 € : variable Vergütung 16.000 €*
- *EBT über 50.000 € : variable Vergütung weitere 16.000 €*
- *EBT über 75.000 €: variable Vergütung weitere 16.000 €*

b) eine jährliche gewinnabhängige Vergütung (Erfolgstantieme) in Höhe von 20% der im folgenden bezeichneten Bemessungsgrundlage. Bemessungsgrundlage der Tantieme ist der um evt. vorhandene Verlustbeträge geminderte steuerliche Jahresreingewinn (EBT), der sich vor Abzug der steuerlich nicht abziehbaren Ausgaben (Körperschaft-,Vermögens-und Gewerbeertragssteuer etc) ergibt. Die Tantieme muss mindestens 200,00 (i.W. zweihundert Euro) betragen. Der Mindestbetrag ist jedoch höchstens in Höhe der Bemessungsgrundlage zu zahlen, d.h. die Tantieme darf nicht zu einem Verlust der Gesellschaft führen.

…….

3. Die Tantieme ist nach Ablauf von einem Monat nach Verabschiedung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung, spätestens am 30. Juni eines jeden Jahres fällig. Die Auszahlung der variablen Vergütung erfolgt nach Feststellung der Bemessungsgrundlage (EBT) bzw. Verabschiedung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung, spätestens am 30. Juni eines jeden Jahres…

Au vu des stipulations contractuelles, B.) peut donc prétendre à un tantième de 20% du bénéfice annuel réalisé après déduction des pertes éventuelles et avant impôts.

Ainsi que l'ont correctement calculé les premiers juges sur base des pièces versées en cause, le tantième redû pour l'exercice 2007 s'élève à 2.819,29 €.

La société SOC.1.) s'oppose au paiement en faisant valoir en premier lieu que le versement de ce tantième aurait relevé de la seule initiative de B.) auquel il aurait appartenu en sa qualité d'administrateur délégué et dirigeant principal de la société de prévoir la réserve d'argent nécessaire au paiement de sa rémunération supplémentaire.

Ainsi que le remarque à juste titre B.), le contrat de travail ne subordonne pas le paiement du tantième à la constitution d'une quelconque réserve et selon le « *Geschäftsverteilungsplan »* le paiement des salaires et accessoires ne relevait d'ailleurs pas de son champ d'activité mais de celui de l'administrateur E.).

La société SOC.1.) soutient ensuite que B.) se serait vu octroyer en décembre 2007 un montant de 3.600 € à titre de gratification en sus de sa rémunération et en juillet 2008 un montant de 16.000 € à titre de rémunération variable sur décembre 2007 de sorte qu'elle se serait largement acquittée de ses obligations à son égard.

S'il n'est pas contesté que lesdits paiements ont été versés à B.), ils ne se rapportent cependant pas à ses revendications actuelles.

En ce qui concerne en premier lieu le montant de 3.600 €, il se dégage de la fiche de salaire du mois de décembre 2007 qu'il s'agissait d'une gratification dont le paiement est par ailleurs intervenu antérieurement à l'établissement du bilan de l'année 2007 en mai 2008. Or le tantième ne peut être calculé et partant payé qu'une fois les résultats connus. Il s'ensuit que le paiement de 3.600 € ne concerne pas le tantième.

Il en est de même du paiement de 16.000 € en juillet 2008, la fiche de salaire du mois de juillet 2008 précisant qu'il s'agissait de la « *variable Vergütung von Dezember 2007* » partant d'un paiement sur base du point 1. a) du paragraphe 5 du contrat de travail qui prévoit, à côté d'une portion fixe et garanti de salaire annuel de 72.000 € le paiement de portions variables supplémentaires de 16.000 € lorsque le EBT c'est-à-dire le bénéfice avant impôts, dépasse les 25.000 € ensuite 50.000 € et enfin les 75.000 €.

Ce paiement est dès lors encore tout à fait étranger au montant que réclame B.).

Il y a partant lieu à confirmation du jugement en ce qu'il a été fait droit à la demande de B.), le montant en tant que tel n'étant pas contesté.

<u>La demande reconventionnelle de la société SOC.1.)</u>

La société SOC.1.) réclame 500.000 € à titre de dommages et intérêts à B.) en lui reprochant d'avoir créé, après la fin des relations contractuelles, une société directement concurrente et d'avoir démarché deux de ses anciens clients.

Le contrat de travail contient au paragraphe 3 la clause suivante :

Mandantenklausel

1. Übernimmt Herr B.) innerhalb von 2 Jahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bei Begründung einer eigenen Unternehmung Aufträge von Mandanten, welche in den letzten zwei Jahren vor Beendigung des Mitarbeiterverhältnisses Kunden der SOC.1.) Gruppe waren, so zahlt er hierfür das zweifache des zuletzt bei diesem Mandanten durch die Gesellschaft erlöste Jahreshonorar, mindestens jedoch 250.000 € /Mandant. Entsprechendes gilt, wenn Herr B.) in einer Sozietät, als Vorstandsmitglied, Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter in einer WP- oder StB-Gesellschaft tätig wird.

2. Geht Herr B.) ein Arbeitsverhältnis ein, so hat er alles zu unterlassen, was darauf abzielt, die Gesellschaft aus dem Mandat zu verdrängen.

3. Eine Beschäftigung im Hause eines Mandanten, aufgrund einer Kündigung durch Herrn B.) ist unzulässig.

Aux termes de l'article L.125-8. (1) du code du travail :

« *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.* »

Il résulte de cette définition que l'interdiction d'exercer des activités similaires acceptée par le salarié ne porte que sur l'exploitation d'une entreprise personnelle, c'est-à-dire sur l'activité commerciale de l'ancien salarié pour autant qu'il travaille à titre d'indépendant. (Cour 13.7.1995, n° du rôle 15391 N.)/N.B.) S.A. anciennement G.) S.A. ; Cour 7.11.1996, N° 18892 du rôle B.) Cie/ M.) Cour, 19.1.2006, N° du rôle 28929 G.) S.A.A / B.)).

La société SOC.1.) reproche à B.), dont le contrat de travail a pris fin le 15 octobre 2008, d'avoir constitué en date du 8 décembre 2008 la société anonyme SOC.2) établie à L-(…) qui exercerait les mêmes activités de fiduciaire que la société.

S'il est bien vrai que B.) a été nommé membre du conseil d'administration et administrateur délégué suivant décision de l'assemblée générale du 18 décembre 2008 de la société SOC.2.), il n'en reste pas moins que B.) et la société SOC.2.) sont deux entités juridiques distinctes de sorte que si concurrence il devait y avoir, elle émanerait de la société SOC.2.).

L'affirmation que cette société aurait été créée par B.) n'est prouvée par aucune pièce, la Cour ne disposant d'ailleurs pas non plus d'aucun renseignement sur le nombre d'actions détenues par celui-ci.

A cela s'ajoute que l'affirmation qu'il aurait démarché deux anciens clients de la société SOC.1.), à savoir les sociétés SOC.3.) et SOC.4.) est contredite par les attestations testimoniales émises par les dirigeants des sociétés en question.

Ainsi U.), gérant de la SOC.4.), déclare : « *Zu keinem Zeitpunkt wurde ich von Dritten in meiner Entscheidung beeinflusst, das Beratungsmandat und den Büroservice gegenüber der SOC.1.) S.A. zu kündigen. Diese Entscheidung habe ich aus freien Stücken getroffen. Ebenso kann ich versichern dass ich nicht abgeworben wurde* » tandis que C.) gérant de la société SOC.3.) affirme : « *Hiermit erkläre ich aus freien Stücken und ohne fremde Einflussnahme das Beratungsmandat und den Mietvertrag gegenüber der SOC.1.) S.A. gekündigt habe.* »

Il n'est d'ailleurs même pas établie que les deux sociétés soient actuellement conseillées par la société SOC.2.), les affirmations de B.) que les deux sociétés seraient domiciliées auprès de la Fiduciaire FI.1.), établie à la même adresse que la société SOC.2.) n'ayant pas été contredites et même confirmées pour autant que la société SOC.4.) est concernée par un extrait du Mémorial renseignant le transfert du siège social à L-(…), ladite publication ayant été signée pour la société SOC.4.) par la Fiduciaire FI.1.) se déclarant mandataire.

En ce qui concerne l'interdiction par la clause contractuelle pour B.) d'accepter un mandat d'administrateur dans une société WP (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) ou StB-Gesellschaft (Steuerberatungsgesellschaft), c'est à juste titre que celui-ci conclut à son annulation au vu des dispositions de l'article L.121-3. du code du travail qui déclare nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations.

Or au vœu de l'article L.125-8. (1) du code du travail l'interdiction d'exercer des activités concurrentes ne porte que sur l'activité commerciale de l'ancien salarié pour autant qu'il travaille à titre d'indépendant mais ne saurait restreindre ses droits dans une mesure telle à lui interdire d'accepter un mandat social dans une société exploitant une activité similaire. (Cour 13.7.1995, n° du rôle 15391 N.) /N.B.) S.A. anciennement G.) S.A.)

En instance d'appel, la société SOC.1.) reproche encore à B.), en se référant aux principes de l'article 1134 alinéa 3 du code civil d'avoir manqué à l'obligation élémentaire de loyauté dont tout salarié serait redevable envers à son ancien employeur.

La Cour renvoie aux développements qui précèdent et notamment aux attestations testimoniales par rapport au reproche du démarchage pour constater qu'aucun manquement n'a pu être établi dans le chef de B.).

SOC.1.) verse finalement un acte de candidature de B.) a posé auprès d'une société SOC.5.) en date du 24 avril 2007 donc à un moment où il était encore dans les liens du contrat avec SOC.1.).

Or, l'obligation de loyauté et de fidélité n'interdit pas au salarié, alors qu'il est encore dans les liens contractuels, de préparer une activité future que l'employeur peut considérer comme concurrente, à condition cependant qu'il ne

commence cette activité qu'après la rupture de son contrat de travail. (Cour 7.11.1996, N° 18892 du rôle B.) Cie/ M.))

Il y a partant lieu à confirmation du jugement en ce que la demande reconventionnelle a été rejetée.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à la charge exclusive de B.) l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a été tenu d'exposer pour se défendre contre un appel non justifié et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

Par contre la demande de la société SOC.1.) tendant aux mêmes fins est à rejeter, l'appel ayant été rejeté il n'est pas inéquitable qu'elle supporte seule ses propres frais.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 2 février 2010 ;

condamne la société anonyme SOC.1.) à payer à B.) une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel ;

rejette la demande de la société anonyme SOC.1.) en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme SOC.1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Pierre THIELEN, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.