

Arrêt N° 77/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quinze juin deux mille dix-sept.

Numéro 43082 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ du 1^{er}
décembre 2015,

comparant par Maître Virginie MERTZ, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

B, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 mai 2017.

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

A a été aux services de B, faisant le commerce sous la dénomination « S1 » en qualité d'aide-éducatrice depuis le 22 février 2011. Le 13 novembre 2013, elle a été élue membre suppléant de la délégation du personnel.

Par lettre recommandée du 12 février 2015 remise à A en mains propres, son employeur, B, a prononcé sa mise à pied.

Par requête du 5 mars 2015, B a ensuite fait convoquer son ancienne salariée devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer justifiée la mise à pied du 12 février 2015 et pour voir ordonner la résolution, sinon la résiliation du contrat de travail existant entre parties, conformément à l'article L.415-11 du code du travail. Elle demanda encore la condamnation de A à lui rembourser tous les salaires qu'elle serait le cas échéant obligée de payer à cette dernière dans le cadre de la procédure tendant au maintien du salaire.

A l'audience des plaidoiries, B versa un décompte tendant au remboursement d'un montant brut de 21.416,56 euros correspondant aux salaires payés à A pendant la période du 13 février 2015 au 30 septembre 2015. Elle demanda encore l'exécution provisoire de la condamnation à intervenir de ce chef.

A l'appui de sa demande, B fit valoir que le 11 février 2015, elle a découvert avec C et D dans des fichiers non personnels sur l'ordinateur du foyer, accessible à tout le personnel, une série de documents dont ils auraient conclu que A était en train de préparer une activité concurrentielle pendant ses heures de travail ; qu'il résulterait desdits documents, directement adressés à A, que celle-ci faisait partie d'une société dénommée S2, ou, du moins, était activement impliquée avec des personnes appartenant à cette société dans un projet relatif à l'ouverture d'une crèche du même nom, encore dénommée « crèche S3 », située dans un périmètre de 5 km de la crèche exploitée par la partie requérante.

Selon la partie requérante, il résultait des fichiers trouvés sur l'ordinateur qu'entre fin mai et début juin 2014, A avait préparé des demandes d'agrément en vue de la constitution de la nouvelle crèche et qu'elle avait visionné des curriculum vitae avec lettres de motivation de personnes intéressées à travailler dans une crèche, documents dont la partie requérante n'avait pas eu connaissance auparavant.

La partie requérante déduit de ce qui précède que la défenderesse travaillait sur le projet de création de la nouvelle crèche depuis mai 2014 pendant ses heures de travail et sur son lieu de travail.

La défenderesse aurait, par ailleurs, participé à l'élaboration d'une publicité comparative illicite en utilisant des photos de la crèche exploitée par la requérante à l'insu de celle-ci. Lesdites photos auraient d'ailleurs montré des enfants de la crèche et n'auraient pas dû être publiées sans l'accord des parents desdits enfants.

B en conclut que la défenderesse avait violé la clause de non-concurrence prévue à l'article 11 du contrat de travail établi entre parties, qui prévoit l'interdiction pour la salariée d'exercer, au terme du contrat, *« des activités identiques ou similaires à celle de l'Employeur par le biais d'une entreprise personnelle, sur le territoire de la ville de Luxembourg ainsi que des communes alentours situées dans un rayon de 10 km »*.

La défenderesse aurait, en outre, violé son obligation de fidélité et de loyauté envers son employeur, de manière à rompre irrémédiablement la confiance de ce dernier à son égard.

A s'opposa à la demande en résolution du contrat de travail. Elle contesta le caractère réel et sérieux des motifs invoqués à la base de la mise à pied.

Elle fit plaider qu'elle n'a pas participé à la création de la crèche, mais qu'elle s'est bornée à fournir des conseils à son frère, G, et à un ami de celui-ci, H, qui auraient été à l'origine du projet.

Ne disposant pas d'ordinateur chez elle, elle aurait reçu et ouvert des documents concernant la création de la crèche sur l'ordinateur se trouvant sur son lieu de travail. Or, elle n'aurait pas visionné lesdits documents au cours de ses heures de travail, mais pendant ses pauses de midi.

Elle n'aurait, par ailleurs, pas fourni de photos de la crèche « S1 », ni à la société S5 S.A., ni aux personnes à l'origine du projet relatif à la création de la nouvelle crèche. Lesdites photos, qui seraient en grande partie publiées sur le site internet de la crèche de la requérante, auraient été choisies et fournies par une connaissance de B, en l'occurrence E de la société S5 S.A.

La défenderesse soutint encore qu'au moment où elle a vu les photos figurant dans le projet de comparaison, elle a protesté contre l'emploi de celles-ci.

Par jugement contradictoire du 21 octobre 2015, le tribunal du travail, a déclaré valable la mise à pied intervenue à l'égard de A le 12 février 2015 et a prononcé la résiliation du contrat de travail entre B et A avec effet au 12 février 2015. Il a déclaré fondée la demande de B en remboursement d'un montant de 21.416,56 euros, correspondant aux salaires versés à A pour la période du 13 février 2015 au 30 septembre 2015 et il a condamné A à payer à B le montant de 21.416,56 euros. Le tribunal a déclaré recevable mais non fondée la demande de B tendant à voir ordonner l'exécution provisoire de la condamnation au prédit montant. Il a déclaré non fondées les demandes respectives de B et de A en paiement d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a constaté qu'il résulte des documents trouvés sur l'ordinateur de la partie requérante que A ne s'est pas limitée à fournir des conseils à son frère et à un ami de celui-ci qui désiraient créer une crèche, mais qu'elle s'est activement impliquée dans ledit projet.

Le tribunal a encore relevé que même s'il n'était pas établi que A ait eu l'intention de devenir associée de la société exploitant la crèche à créer et qu'une violation de la clause de non-concurrence prévue à l'article 11 du contrat de travail ne pouvait être retenue, A a cependant manqué de loyauté à l'égard de son employeur par le fait de s'être, à son insu, activement impliquée dans le projet de création de ladite crèche en contactant des fournisseurs et en participant à une réunion pour faire part aux créateurs de la crèche de ses expériences professionnelles acquises au sein de la crèche exploitée par son employeur.

Le tribunal a enfin retenu que le manque de loyauté de A était d'autant plus grave qu'entre mars 2014 et janvier 2015, elle avait utilisé l'ordinateur de l'employeur pour visionner une trentaine de documents lui adressés par les créateurs du projet et que ces documents avaient été ouverts et sauvegardés sur l'ordinateur de la crèche à des heures différentes de la journée et en partie pendant ses heures de travail et non seulement au cours des pauses de midi, comme elle l'affirmerait.

Le tribunal en a conclu que A avait commis des fautes graves de nature à rompre irrémédiablement la confiance qu'un employeur doit avoir en son salarié, ceci indépendamment de la question de savoir si, le cas échéant, elle avait émis des protestations quant à l'utilisation des photos de son lieu de travail dans un document publicitaire effectuant une comparaison entre la crèche le la requérante et la crèche à créer en mars 2014. Il a partant rejeté l'offre de preuve formulée par A comme n'étant pas pertinente pour la solution du litige.

Par exploit d'huissier du 1^{er} décembre 2015, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

L'appelante conclut, par réformation, à voir dire qu'il n'y a pas lieu de prononcer la résolution du contrat de travail et partant à voir débouter B de sa demande en remboursement de la somme de 21.416,56 euros correspondant aux salaires versés pour la période du 13 février au 30 septembre 2015.

Elle demande encore une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs. Elle demande une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

En ordre subsidiaire, elle formule une offre de preuve par témoins tendant à établir sa version des faits.

Il résulte de la demande en résolution du contrat de travail que l'employeur reproche à A d'avoir, en tant que responsable au sein du foyer de jour, ayant accès aux différents contrats, listes des adresses d'enfants etc, « *manifestement commis des actes de concurrence déloyale envers son employeur pendant ses heures de travail, puisqu'elle a entamé toutes les démarches pour l'exploitation d'une nouvelle crèche, et ce dans un périmètre de moins de 10 km de la crèche de son employeur (en l'occurrence moins de 5 kilomètres...) en violation de l'article 11 de son contrat de travail* » et d'avoir « *utilisé les moyens matériels de son employeur mis à sa disposition (contrats, fichiers clients, photos, modèles de demandes d'agrément, etc) pour créer une nouvelle crèche concurrente* ».

Il lui reproche par ailleurs d'avoir participé à la préparation d'une publicité comparative illicite.

L'employeur en déduit que A a violé son obligation de loyauté envers lui, de sorte que la confiance entre parties a été irrémédiablement rompue.

A l'appui de son appel, A fait valoir que, même si c'est à juste titre que le tribunal du travail a rejeté la demande de l'employeur en résolution du contrat de travail en tant que fondée sur la violation de la clause de non-concurrence, il aurait cependant dû la rejeter pour d'autres motifs, étant donné qu'elle n'avait pas vocation à s'appliquer pour appréhender une éventuelle faute grave commise pendant l'exécution du contrat de travail et qu'elle était de surcroît illicite, étant donné qu'aucune des conditions nécessaires à la validité d'une telle clause n'était remplie, que ce soit la limitation géographique, temporelle ou financière.

B, au contraire, soutient que la salariée a manifestement commis des actes de concurrence déloyale envers son employeur pendant ses heures de travail,

puisqu'elle avait entamé toutes les démarches pour l'exploitation d'une nouvelle crèche, et ce dans un périmètre de moins de 10 km de la crèche de son employeur, en violation de l'article 11 de son contrat de travail. Elle estime que la clause de non-concurrence n'est pas illicite dans sa limitation géographique et temporelle.

L'article 11 du contrat de travail est de la teneur suivante :

« Clause de non-concurrence

Au terme du présent contrat, la salariée s'interdit d'exercer des activités identiques ou similaires à celle de l'Employeur par le biais d'une entreprise personnelle, sur le territoire de la ville de Luxembourg ainsi que des communes alentours situées dans un rayon de 10 km.

Pour les besoins de la présente clause, les activités de l'Employeur sont réputées celles qui ressortent de son autorisation d'établissement lors de la cessation du présent contrat.

Tout manquement à cette obligation essentielle entraînera des poursuites judiciaires ainsi que l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral causé à l'employeur. »

Conformément aux conclusions de l'appelante, la Cour constate que cette clause en ce qu'elle se réfère à une « *entreprise personnelle* » du salarié et à l'activité exercée par l'employeur « *lors de la cessation du contrat de travail,* » a pour objet de régler les obligations de non-concurrence auxquelles la salariée pouvait s'attendre en cas de cessation de son contrat de travail, de sorte qu'elle n'est pas applicable en l'espèce et qu'il devient superfétatoire d'examiner si elle est valable au regard des dispositions de l'article L.125-8 du code du travail.

Pendant la durée de l'exécution du contrat, l'obligation de bonne foi inhérente au contrat de travail interdit cependant aux deux parties de nuire à leurs intérêts réciproques. Le principe général de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, interdit ainsi au salarié de développer pendant l'exécution du contrat de travail une activité susceptible de concurrencer l'employeur.

En ce qui concerne les faits lui reprochés par l'employeur, A reconnaît qu'elle a fourni des conseils à son frère G et à un ami de celui-ci H, qui auraient été à l'origine du projet de la société S6 S.A., mais soutient que ses conseils étaient limités à sa fonction d'aide-éducatrice et non de responsable de crèche. Elle explique que le projet a en tout état de cause périclité, ce que l'intimée n'ignorerait pas, alors qu'elle en aurait été informée via la société en charge du marketing du projet et dirigée par une amie à elle. Elle est encore d'avis que le fait d'assister à

une seule réunion dans le cadre du projet démarré par la société S6 S.A. et en dehors de ses heures de travail ainsi que le fait d'avoir reçu deux offres de prix pour du mobilier ne permettent pas de conclure à une implication active dans ce qu'il s'est avéré n'être qu'un projet, et partant ne saurait caractériser un manquement grave à son obligation de loyauté.

A conteste, pour le surplus, avoir préparé une activité concurrentielle durant ses heures de travail. Elle fait valoir que si l'employeur a pu imprimer un « print screen » d'un ordinateur accessible à tous, cela n'implique nullement qu'elle ait effectivement consulté, téléchargé et enregistré les documents s'y trouvant. Elle conteste encore que la date de modification des fichiers affichée sur le « print screen » puisse établir leur consultation pendant son temps de travail.

A l'instar des premiers juges, la Cour constate que A ne conteste pas que les différents documents relevés par l'employeur sur le « print screen », mis à part les documents intitulés « publicité foyer de jour », concernent le projet de la nouvelle crèche. En première instance, A avait, en effet, fait plaider qu'étant donné qu'elle ne disposait pas d'ordinateur chez elle, elle aurait reçu et ouvert des documents concernant la création de la crèche sur l'ordinateur se trouvant sur son lieu de travail, mais qu'elle n'aurait visionné ces documents que pendant ses pauses de midi. Or, il appert dudit « print screen » que ces documents, environ une trentaine, ont été ouverts non seulement pendant l'heure de midi mais encore vers 11.00 heures et aussi jusqu'à 16.00 heures.

Parmi les fichiers et documents trouvés figurent :

- des plans concernant « *l'aménagement d'une crèche et d'un foyer de jour* » d'une maison située à 2, rue du Pulvermühl à Luxembourg, précisant pour chaque salle le nombre d'enfants ;
- un compte-rendu reprenant les différents travaux et aménagements devant être effectués dans la maison ;
- un fichier concernant le calcul de la capacité maximale du nombre d'enfants pouvant être accueillis dans les différentes salles de la crèche et du foyer de jour en fonction de la surface afférente ;
- une facture intitulée « *Transformation Crèche* » du 22 octobre 2014 à l'attention de M. H et de la société S6 S.A. Le détail des prestations en annexe de la facture mentionne, entre autre, une réunion avec A le 29 septembre 2014 (en l'occurrence un vendredi) concernant la « *définition des spécificités de l'activité de la crèche* » ;
- une offre de prix datée du 1^{er} octobre 2014 concernant divers meubles et accessoires pour enfants adressée à l'attention de A, l'adresse étant « S3 », (...);
- des photos concernant l'« *ambiance* » de la future crèche ;

- un projet publicitaire établi par la société « S4 » intitulé « S3 » ;
- un document intitulé « *meeting follow-up* » établi par la société « S4 » à l'attention de la société « S2 » concernant le projet « S3 » établis le 1^{er} octobre 2014 et mentionnant le nom, le numéro de téléphone et l'adresse mail de A parmi les personnes auxquelles le document est distribué.

Il résulte encore des conclusions de l'intimée, ensemble les attestations testimoniales de D, T1, T2, T3, T4 et T5 versées en instance d'appel et le « *descriptif de fonction de l'équipe* » que depuis août 2012 A avait été la responsable du foyer de jour et considérée comme telle par ses collègues de travail. De ce fait, elle avait nécessairement accès aux différents contrats, listes des adresses des enfants et elle disposait d'une certaine autonomie dans l'exercice de ses fonctions.

En ce qui concerne le projet publicitaire de la crèche établi par la société « S4 », A conteste encore avoir fourni des photos, notamment celles sur lesquelles figurent des enfants, à la société en charge du projet publicitaire. Elle est d'avis que l'histoire des photos se noue exclusivement entre l'auteur de la publicité comparative, soit la société S5, dirigée par E et F et le groupe des structures de crèches dirigé par B. Elle s'étonne encore du fait que B ait choisi de mettre en demeure uniquement le client de l'entreprise, soit la société S6 et non pas la société de marketing.

B, au contraire, est d'avis que l'appelante a manifestement participé à établir une publicité comparative illicite en utilisant des photos de la crèche exploitée par elle à son insu et la montrant sous un jour négatif. A cela s'ajouterait que sur les photos apparaissent des enfants de la crèche qui ne sauraient être publiées sans l'accord des parents. Elle explique qu'elle a mis en demeure la société S6 étant donné que c'était elle qui allait procéder à la publication du prospectus. En ordre subsidiaire, elle offre de prouver par l'audition de E que cette dernière a affirmé, sur sa demande, que c'est bien A qui lui avait personnellement remis les photos litigieuses reproduites dans le prospectus.

La Cour constate que l'affirmation de l'appelante selon laquelle la société ayant utilisé les photos de la crèche de l'intimée pour établir le projet publicitaire comparatif serait dirigée par E, une amie de B, de sorte que cette dernière aurait été « parfaitement » informée du projet est démentie par l'attestation testimoniale de F suivant laquelle les photos apparaissant dans le dossier de présentation du projet « S3 » élaboré par la société S5 S.A. n'ont pas été fournis « directement » par B.

Les contestations de A quant à sa participation à l'élaboration du document publicitaire intitulé « S3 » s'avèrent dès lors sans fondement.

A fait valoir en dernier lieu que, conformément à la jurisprudence, il est tout à fait légal et permis à un employé de préparer une activité future à condition qu'il ne commence cette activité qu'après la rupture de son contrat. Elle demande dès lors à la Cour de faire une juste appréciation entre le principe constitutionnel de la liberté de commerce et d'entreprendre et la loyauté absolue que l'employeur attend de sa salariée.

Si la projection d'une activité concurrente est en principe compatible avec l'obligation de non concurrence pendant l'existence du contrat de travail, le salarié ne saurait cependant pour ce faire, consulter et travailler sur les documents préparatifs sur son lieu de travail et pendant ses heures de travail, en utilisant de surcroît les moyens et informations que son employeur a mis à sa disposition, à l'insu de ce dernier, comme l'a fait la salariée.

Il suit des considérations qui précèdent, et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire, que A, même si elle n'avait pas l'intention de créer sa propre crèche, a commis un manquement grave à son obligation de loyauté à l'égard de son employeur de nature à rompre sa confiance en elle et que ce comportement était d'autant plus grave, alors qu'en tant que responsable du foyer de jour et déléguée du personnel, elle était censée donner l'exemple à ses collègues de travail.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré la mise à pied du 12 février 2015 valable et prononcé la résiliation du contrat de travail avec effet au 12 février 2015.

A conclut encore à voir débouter B de sa demande en restitution de la somme de 21.416,56 euros correspondant aux salaires versés pour la période du 13 février au 30 septembre 2015.

Au vu de la résiliation du contrat de travail avec effet au 12 février 2015, c'est encore à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont déclaré cette demande fondée pour le montant réclamé.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Aucune des deux parties ne justifiant l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, c'est à bon escient que les premiers juges ont déclaré leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure non fondées.

Pour le même motif, leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ne sont pas fondées.

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 l'appel ;

le dit non fondé ;

partant, **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance.

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.