

Arrêt N° 182/16 IV-COM

Audience publique du quatorze décembre deux mille seize

Numéro 43591 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L- (...), représentée par son administrateur délégué actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

appellante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves Tapella d'Esch-sur-Alzette du 9 mai 2016,

comparant par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) A.), sans état connu, demeurant professionnellement à L-(...),

2) la société à responsabilité limitée SOC.2.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

intimés aux fins du prédit exploit Tapella,

comparant par Maître Max Loehr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

La société anonyme **SOC.1.)** a pour objet social « *la prestation de services, l'achat, la vente et le développement de tout produit en matière de communication, de publicité, d'internet, de logiciels et de télécommunication* ».

A.) a travaillé en tant que directeur des opérations dans le cadre de l'activité « *branding creation* » au sein de cette société. Il a résilié son contrat de travail par courrier du 23 novembre 2015 avec effet au 31 décembre 2015. Il a quitté la société **SOC.1.)** le 7 décembre 2015.

Le 4 janvier 2016, il a constitué la société à responsabilité limitée **SOC.2.)**, dont il est l'associé unique et le gérant.

Cette société a pour objet social « *la prestation de services, l'achat, la vente et le développement de tous produits en matière de création de marque, communication, de publicité, d'internet, de logiciels informatiques et de télécommunication* ».

En vertu d'une ordonnance rendue sur requête le 12 février 2016, et par acte d'huissier de justice du 19 février 2016, la société **SOC.1.)** a fait donner assignation à **A.)** et à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** à comparaître devant le magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour s'entendre condamner à cesser les actes de concurrence déloyale consistant dans le fait de détourner la clientèle de la société **SOC.1.)** et de débaucher le personnel de cette même société, sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard. Elle a également réclamé une indemnité de procédure de 5.000 € ainsi que l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir.

A l'appui de sa demande, la société **SOC.1.)** a exposé qu'aux termes de l'article 8 d) du contrat de travail du 17 février 2012 l'ayant liée au salarié **A.)**, « *le salarié ne pourra pas exercer sur l'ensemble du territoire national et pendant une période de douze mois qui suivent son départ de l'entreprise de l'employeur des activités similaires et concurrentielles à celles de l'entreprise de l'employeur* ». **A.)** aurait, en

ayant constitué une société ayant un objet similaire à celui de la société **SOC.1.)** et en y exerçant à titre d'indépendant des activités concurrentielles à celles de son ancien employeur méconnu l'obligation de non-concurrence, ayant ainsi violé l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions liant les parties.

La requérante a encore reproché à **A.)** et à la société **SOC.2.)** d'avoir démarché la clientèle et débauché les salariés de la société **SOC.1.)** par des moyens déloyaux.

La société **SOC.2.)** serait responsable en tant que tiers complice des agissements de **A.)**.

La société **SOC.1.)** a basé sa demande sur les articles 14 et 23 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 règlementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative (ci-après la loi de 2002).

Par ordonnance du 25 mars 2016, le magistrat siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée contre **A.)**. Il a rejeté la demande dirigée contre la société **SOC.2.)**, dit non fondée la demande de la société **SOC.1.)** en allocation d'une indemnité de procédure et condamné cette société à payer à la société **SOC.2.)** une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par acte d'huissier de justice du 9 mai 2016, la société **SOC.1.)** a régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui lui a été signifiée le 25 avril 2015.

Elle conclut, par réformation, « à voir ordonner la cessation des actes de concurrence déloyale commis par les parties intimées qui sont constitutifs d'un démarchage de clientèle et d'un débauchage de personnel sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard à partir de la signification de l'arrêt à intervenir ».

Elle demande à être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure et sollicite la condamnation des intimées à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 € pour la première instance.

Les parties intimées sollicitent la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Tant l'appelante que les intimés réclament une indemnité de procédure.

l) Quant à la demande dirigée contre **A.)**

Dans son ordonnance du 25 mars 2016, le juge de première instance a relevé qu'aux termes de l'article 14 de la loi de 2002 « *commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence* ».

Pour se déclarer incompétent pour connaître de la demande de la société **SOC.1.)** dirigée à l'encontre de **A.)**, le juge de première instance a dit qu'aux termes de l'article 14 de la loi de 2002, un acte de concurrence déloyale ne peut être reproché qu'à une personne exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Il a ensuite constaté que si **A.)** a constitué la société **SOC.2.)**, l'activité visée par la loi de 2002 n'est pas exercée par **A.)** en son nom personnel, mais par la société **SOC.2.)**.

Aussi, le juge de première instance a-t-il retenu que **A.)** ne saurait être attiré devant le juge siégeant en matière de concurrence déloyale.

La société **SOC.1.)** reproche au juge de première instance de ne pas avoir retenu que l'action basée sur l'article 14 de la loi de 2002 peut être introduite non seulement contre une personne exerçant soit une activité commerciale, industrielle ou artisanale, mais également contre une personne ayant constitué une société dans laquelle elle est le seul associé et gérant, tel que ce serait le cas en l'espèce. L'appelante reproche au magistrat de première instance de ne pas avoir retenu que **A.)** a violé la clause de non-concurrence. S'il ne saurait être reproché à l'intimé sub 1) d'avoir constitué une société dont l'activité est concurrente à celle de la société **SOC.1.)**, l'appelante fait grief à la juridiction de première instance de ne pas avoir relevé que la participation de l'associé à l'activité concurrente dépassait la simple détention de parts sociales, puisqu'il assurait la gérance de la société nouvellement créée. En outre, l'exercice de l'activité concurrente aurait été fait moyennant des agissements constitutifs d'actes de concurrence déloyale.

Elle donne à considérer que **A.)** est le seul actionnaire de la société **SOC.2.)**. Elle estime que limiter l'action en cessation prévue par la loi de 2002 à l'exercice en nom personnel d'une activité commerciale permettrait à tout salarié de concurrencer directement, en totale impunité son ancien employeur en contournant la clause de non-concurrence à travers la création d'une société dont l'ancien salarié est à la fois l'associé unique et le gérant.

Tel n'aurait cependant pas été l'intention du législateur qui aurait souhaité réprimer les comportements concurrentiels déloyaux commis par les salariés liés à leur ancien employeur par une clause de non-concurrence.

L'appelante conclut par conséquent, par réformation, à voir dire que le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière de concurrence déloyale, est compétent pour connaître de la demande pour autant qu'elle est dirigée à l'encontre de **A.)**.

Les parties intimées sollicitent la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne le moyen d'incompétence soulevé. La clause de non-concurrence inscrite dans le contrat de travail du 17 février 2012 ayant lié **A.)** à la société **SOC.1.)** n'aurait en l'occurrence pas été violée par le salarié.

L'article 14 de la loi de 2002 vise deux espèces de concurrence déloyale, celle commise moyennant un acte contraire aux usages honnêtes, et celle commise en violation d'un engagement contractuel. Elle doit donc être comprise dans le sens qu'en l'absence de clause de non-concurrence, l'acte doit être contraire aux usages honnêtes pour valoir concurrence déloyale et qu'en présence d'une clause de non-concurrence, il l'est du simple fait de la violation de cette clause. (Cour d'appel 21 décembre 2011, n° 37582 et 37704 du rôle).

Aux termes de la clause de non-concurrence libellée à l'article 8 d) de son contrat de travail, **A.)** a pris l'engagement à l'égard de son employeur, la société **SOC.1.)** « *qu'à la fin du contrat, le salarié ne pourra pas exercer sur l'ensemble du territoire national et pendant une période de douze mois qui suivent son départ de l'entreprise de l'employeur des activités similaires et concurrentielles à celles de l'entreprise de l'employeur* ». (pièce n° 2 de Maître Mailliet)

Le juge de première instance a relevé, à juste titre, que le libellé de la clause de non-concurrence ci-avant reproduite, rejoint la définition légale donnée par l'article L.125-8 (1) du Code du Travail qui dispose

que « *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* ».

L'article L.125-8 (1) du Code du Travail vise l'hypothèse du salarié qui s'interdit d'exploiter une entreprise personnelle concurrente à la fin de ses relations de travail. Il en est de même de la clause litigieuse qui vise l'hypothèse du « *salarié (...) qui ne pourra pas exercer (...) des activités similaires et concurrentielles à celles de l'entreprise de l'employeur* ».

La Cour constate avec le juge de première instance qu'en l'espèce, la prétendue activité concurrente, dont il n'est pas contesté qu'elle est similaire à celle de la société **SOC.1.)**, est exercée par la personne morale, à savoir la société **SOC.2.)** et non pas par **A.)**.

L'argumentation de l'appelante que **A.)** n'aurait pas été « *un simple employé* » au sein de la société **SOC.1.)** de sorte que son comportement devrait faire l'objet d'une appréciation plus sévère est à rejeter pour défaut de pertinence.

Le juge du premier degré a retenu à bon droit qu'il résulte de l'article L.125-8 du Code du Travail et de la clause de non-concurrence litigieuse, que l'interdiction d'exercer des activités similaires 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 d'appel, 19.1.2006, n° 28929 du rôle ; Cour d'appel 21 décembre 2011, n° 37581 et 37703 du rôle ; Cour d'appel 21 décembre 2011, n° 37582 et 37704 du rôle ; Cour d'appel, 2 février 2012, n° 35965 du rôle).

Il a encore retenu à juste titre que s'il est bien vrai que **A.)** est l'actionnaire unique de la société **SOC.2.)** et également son gérant, il n'en reste pas moins que **A.)** 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.)**.

Le juge de première instance a encore retenu à juste titre que 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 d'appel, 2 février 2012, n° 35965 du rôle).

La Cour ajoute que la crainte formulée par la société **SOC.1.)** quant au risque d'impunité de l'ancien salarié est à rejeter, étant donné qu'en pareil cas, ainsi que c'est le cas en l'espèce, la société à travers laquelle l'activité contraire aux dispositions de l'article 14 de la loi de 2002 est exercée, pourra se voir ordonner la cessation de ces actes, à condition cependant qu'ils soient déloyaux.

Dès lors que l'interdiction d'exercer des activités similaires visée aussi bien par l'article L.125-8 du Code du Travail que par la clause de non-concurrence ne porte que sur l'exploitation d'une entreprise personnelle, condition qui n'est pas réunie dans le chef de **A.)**, la demande introduite à l'encontre de l'ancien salarié de la société **SOC.1.)** sur base de la loi de 2002 ne relève pas de la compétence matérielle du juge siégeant en matière de concurrence déloyale.

II) Quant à la demande dirigée contre la société **SOC.2.)**

A. La tierce-complicité

Aucune violation par **A.)** de la clause de non-concurrence qui l'a lié à la société **SOC.1.)** n'a été établie. Le tribunal de première instance a par conséquent à juste titre retenu qu'à défaut de violation de la clause de non-concurrence inscrite dans le contrat de travail de **A.)** qui l'a lié à la société **SOC.1.)**, il ne saurait y avoir tierce complicité dans le chef de la société **SOC.2.)**.

L'ordonnance entreprise est dès lors à confirmer sur ce point spécifique.

B. Les actes déloyaux

La société **SOC.2.)** conteste avoir commis des agissements déloyaux et sollicite la confirmation de l'ordonnance entreprise.

1. le démarchage de clientèle

La société **SOC.1.)** reproche à la société **SOC.2.)** d'avoir par l'intermédiaire de **A.)** démarché les clients **SOC.3.)**, **SOC.4.)** et **SOC.5.)** par des manœuvres déloyales.

Le magistrat de première instance a dit à bon droit que la preuve de la perte de clientèle n'est pas à elle seule suffisante et qu'en

application du principe de la liberté du commerce et de celui de la libre concurrence, une société ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif sur ses clients qui l'ont quittée pour s'adresser à une autre société, tous les concurrents étant libres de démarcher lesdits clients.

Le simple démarchage de la clientèle, même provenant d'un ancien salarié n'est pas déloyal en lui-même, en l'absence d'autres circonstances et il appartient à la victime, en l'occurrence la société **SOC.1.)** d'établir l'existence de procédés déloyaux.

Ces circonstances consistent entre autres en un dénigrement ou un emploi d'informations inexacts ou mensongères, une utilisation de listes, fichiers ou autres renseignements sur l'entreprise concurrente frauduleusement soustraits (Jurisclasseur V° Concurrence-Consommation, Fasc. 225, Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente, éd. numérique, 1^{er} juillet 2016, n° 40 et suiv).

L'appelante se prévaut en l'occurrence de la publication de propos dénigrants ainsi que de la soustraction d'un fichier informatique confidentiel par la société **SOC.2.)** par l'intermédiaire de **A.)**.

Bien que ces actes puissent à eux seuls être qualifiés d'actes déloyaux, ils sont en l'occurrence uniquement invoqués par l'appelante afin d'établir le caractère déloyal du démarchage de la clientèle de la société **SOC.1.)** par la société **SOC.2.)**.

a) le dénigrement dans les réseaux sociaux et dans le magazine « **MAG.)** »

Au titre de manœuvres déloyales ayant accompagné le démarchage de clientèle, l'appelante reproche à **A.)** d'avoir publié sa biographie sur sa propre page dans le magazine « **MAG.)** » et de s'être vanté d'avoir travaillé pour des clients d'envergure tels que **SOC.6.)**, **SOC.5.)**, **SOC.3.)** et **SOC.4.)** (pièce n° 5 de la farde de Maître Mailliet). Elle lui reproche en outre de s'être vanté dans des courriels envoyés à des contacts professionnels d'avoir quitté la société **SOC.1.)** et « *de façon indirecte, à annoncer qu'il est désormais à son propre compte* ». Les renseignements fournis dans ledit courriel qu'il n'était « *qu'un simple employé* » au sein de la société **SOC.1.)** et qu'il aurait quitté cette société « *après quatre ans de dur labeur* » seraient à qualifier de propos dénigrants et diffamatoires à l'égard de la société **SOC.1.)** (pièces n° 10 et 11 de Maître Mailliet).

Le fait pour **A.)** d'avoir annoncé « *implicitement* » sur les réseaux sociaux tels que **SITE.2.)** « *son nouveau projet* » serait également à

qualifier de propos dénigrant. Il en serait de même de son annonce, en date du 18 décembre 2015, sur sa page **SITE.1.)**, du changement professionnel qu'il compte entreprendre, étant donné qu'il aurait « *implicitement* » annoncé la mise à son propre compte. (pièce n° 12 de Maître Mailliet).

Les commentaires faits par **A.)** sur la page « **SITE.2.)** » de **B.)**, responsable de l'entreprise **SOC.7.)**, co-organisatrice des « (...) », ainsi que sur sa propre page « **SITE.2.)** », relatifs aux récompenses « (...) » reçues en 2015 par la société **SOC.1.)** seraient également à qualifier de propos dénigrants.

La société **SOC.1.)** ajoute en instance d'appel que non seulement l'ensemble des propos précités seraient dénigrants à l'égard de la société **SOC.1.)** dans la mesure où ils viseraient à reprocher à l'appelante de ne pas avoir reconnu et suffisamment honoré le travail de **A.)**, mais encore qu'ils seraient destinés à faire comprendre au public que la renommée de la société **SOC.1.)** n'est due qu'au travail de **A.)**.

Le dénigrement est « *la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent* » (Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-19.790 : JurisData n° 2013-020588).

Il est admis que le dénigrement peut exister en dehors de toute situation de concurrence. L'objectif de celui qui dénigre n'est pas nécessairement de récupérer la clientèle du concurrent dénigré, mais de ternir l'image de marque de l'entreprise ou du produit (JCL-Concurrence, fasc.210, éd. numérique 20 mai 2016 : Dénigrement, n°69).

Le seul fait de s'attribuer des qualités n'est pas déloyal (Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2003, n° 00-16.435) et ne signifie pas que les entreprises concurrentes en soient dénuées.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour adopte que le juge de première instance a retenu qu'aussi bien les informations publiées par **A.)** relatives à sa carrière professionnelle jusqu'en décembre 2015 que les commentaires faits sur les différentes pages « **SITE.2.)** » ne sont pas constitutifs d'un dénigrement répréhensible de la société **SOC.1.)**.

Le reproche tenant au dénigrement est partant à rejeter.

b) le démarchage et la perte de la clientèle

La société **SOC.1.)** se prévaut de la concomitance du départ de **A.)** de la société **SOC.1.)** avec la création de la société **SOC.2.)** et le retrait/perte de commandes à son détriment émanant des sociétés **SOC.3.)**, **SOC.4.)** et **SOC.5.)**. Un tel agissement excéderait la pratique normale du jeu de la libre concurrence entre entreprises et engagerait par conséquent la responsabilité de la société **SOC.2.)**.

La concomitance entre le départ d'un salarié et le transfert de la clientèle vers l'entreprise concurrente est un indice permettant de caractériser la déloyauté. Or, le simple transfert de la clientèle de l'ancien employeur au profit d'une société nouvellement créée n'est pas nécessairement fautif et il appartient à la victime de rapporter la preuve d'une faute constitutive de concurrence déloyale qui ne peut être présumée du seul fait d'un transfert de clientèle (Cass.com., 20 mai 2003 : Jurisdata n° 2003-019315).

- le client **SOC.3.)**

La société **SOC.1.)** soutient que dès le mois de janvier 2016, le client **SOC.3.)** lui aurait communiqué son intention de vouloir travailler à l'avenir avec **A.)** (pièces n°6 et n° 7 de Maître Mailliet). L'appelante n'aurait depuis lors plus reçu aucune commande de la part de cet ancien client.

Par courriel du 19 janvier 2016, un certain **C.)** de la **SOC.3.)** a informé **D.)** de la société **SOC.1.)** que « *après discussion et concertation avec E.) et F.)*, je voulais t'informer que nous avons décidé de travailler avec **A.)** en 2016 pour certaines de nos nouvelles campagnes ». (pièce n° 6 de Maître Mailliet).

Le client **SOC.3.)** a confirmé dans un deuxième courriel du 5 février 2016 adressé à l'appelante « *que nous avons décidé de travailler avec A.) pour le 1^{er} spot de la nouvelle série 2016. Nous restons convaincus que ceci est la meilleure solution pour SOC.3.) vu le délai très court* ». (pièce n° 7 de Maître Mailliet).

Contrairement à l'argumentation de la société **SOC.1.)**, la preuve d'un détournement déloyal du client **SOC.3.)** par la société **SOC.2.)** ne résulte aucunement de ces deux courriels. Il en résulte uniquement que la société **SOC.3.)** a décidé de confier la confection d'un premier spot publicitaire à « **A.)** ».

Concernant l'argumentation de l'appelante qu'une réalisation des prestations mentionnées dans le courriel du 5 février 2016 « *dans un court délai* » aurait été impossible si la société **SOC.2.)** n'avait pas

disposé des « *données détenues par la société SOC.1.)* », il y a lieu de relever qu'il ne saurait être reproché à un ancien salarié d'une société d'utiliser les connaissances acquises au sein de la nouvelle société. Ce salarié peut par conséquent mettre à profit l'expérience professionnelle qu'il a retirée de l'exercice de ses fonctions et en faire bénéficier une entreprise concurrente, ce d'autant plus qu'il est établi que **A.)** disposait déjà d'une expérience certaine dans le domaine du « *branding* » avant d'avoir rejoint la société **SOC.1.)**.

L'appelante ne fournit pas de précisions quant aux dites « *données* » ni ne précise-t-elle quelles manœuvres déloyales auraient été employées par son ancien salarié, voire la société **SOC.2.)** pour détourner des commandes ou des procédés de fabrication.

L'argumentation de l'appelante que le fait pour la **SOC.3.)** de ne plus lui avoir passé de nouvelle commande d'un spot publicitaire serait imputable à la société **SOC.2.)** est également à rejeter.

Il est vrai que dans le courriel ci-avant cité du 5 février 2016, la **SOC.3.)** a indiqué (...) « *ta nouvelle équipe en construction pourrait par contre être briefée pour un 2^{ème} spot qui devrait intervenir en mars* ».

Etant donné que le client est libre de choisir son fournisseur, tout comme il est libre de décider si et combien de spots publicitaires il entend faire réaliser, la Cour ne voit pas en quoi le fait pour la **SOC.3.)** de ne plus avoir confié la réalisation d'un spot publicitaire à la société **SOC.1.)** serait imputable à la société **SOC.2.)**, aucun élément soumis à la Cour ne permettant de retenir que la décision de la **SOC.3.)** soit due à des manœuvres déloyales émanant de la société intimée.

- le client **SOC.4.)**

La société **SOC.1.)** fait valoir que la société **SOC.4.)** aurait à partir de février 2016 confié la réalisation de spots publicitaires à la société **SOC.2.)**.

En l'absence de toute manœuvre déloyale établie à charge de la société **SOC.2.)**, la seule circonstance que le client **SOC.4.)** a suivi **A.)** dans la nouvelle société ne constitue pas un acte de concurrence déloyale.

- le client **SOC.5.)**

L'appelante renvoie à l'échange de courriels de fin janvier 2016 entre la société **SOC.1.)** et une dénommée **G.)** duquel il ressort que la société **SOC.5.)** s'est à partir de février 2016 adressée à la société **SOC.2.)** pour ses conseils en « *branding* ».

Par courriel du 22 mars 2016, la société **SOC.5.)** informe la société **SOC.1.)** « ...(...) *que nous avons décidé de réaliser dans l'avenir nos projets branding avec la société SOC.2.) ...* » (...) (pièce n° 28 de Maître Mailliet).

Cette décision de la société **SOC.5.)** serait, selon l'appelante, à mettre en rapport avec la soustraction par la société **SOC.2.)** par l'intermédiaire de **A.)** d'un fichier informatique intitulé « *workshop* » tenu par **A.)** en décembre 2015 relatif à la réalisation d'un spot publicitaire d'une nouvelle version du produit « **PR.1.)** ». Selon l'appelante, ledit fichier aurait bien été enregistré sur l'ordinateur de **A.)**. Les données y enregistrées auraient été couvertes par le secret des affaires.

Le magistrat de première instance a, à défaut de pièces justificatives, dit non fondé le reproche fait à la société **SOC.2.)** de s'être appropriée le savoir-faire de l'ancien employeur de **A.)** pour avoir soustrait des fichiers informatiques de la société **SOC.1.)**, couverts par le secret des affaires, dont notamment celui relatif au « *workshop PR.1.)* », réalisé par l'ancien salarié de l'appelante pour la société **SOC.5.)**.

L'appelante réitère ce reproche en instance d'appel.

Comme en première instance, elle se prévaut d'une pièce dite « *capture d'écran de l'ordinateur de Monsieur A.)* » pour soutenir que le fichier relatif au dit « *workshop* », couvert par le secret des affaires, aurait existé dans l'historique des fichiers se trouvant sur l'ordinateur de **A.)**, mais n'aurait pas été copié sur le serveur de la société **SOC.1.)** (pièce n° 14 de Maître Mailliet).

Elle en conclut que son ancien salarié se serait approprié ce fichier contenant des données confidentielles.

La Cour tient à préciser qu'il appartient à celui qui agit en concurrence déloyale de prouver non seulement l'appropriation dudit fichier par l'ancien salarié, mais également la réalité du caractère confidentiel des informations pour que celles-ci constituent

véritablement un savoir-faire (Cass. com., 11 févr. 2003, JurisData n° 2003-017601).

Si les connaissances techniques ne sont ni originales ni secrètes, leur divulgation n'est pas déloyale (Cass. soc., 18 déc. 1978 : Bull. civ. 1978, V, n° 877).

La société **SOC.1.)** se borne à indiquer qu'il s'agit d'un fichier informatique intitulé « *workshop* » en rapport avec le produit « **PR.1.)** », sans autres précisions. La Cour ignore par conséquent si les informations prétendument enregistrées dans ledit fichier relèvent du secret des affaires.

Le reproche fait à la société **SOC.2.)** d'avoir capté le client **SOC.5.)** par des manœuvres déloyales, en l'occurrence, la soustraction d'un fichier informatique a donc à juste titre été déclaré non fondé.

c) le débauchage de personnel

Concernant le reproche fait à la société **SOC.2.)** d'avoir débauché le personnel de la société **SOC.1.)**, le magistrat de première instance a constaté que bien que la société **SOC.2.)** n'ait pas contesté avoir débauché trois salariés de la société **SOC.1.)**, aucune pièce probante du dossier ne permettait de retenir une sollicitation active du personnel de la société **SOC.1.)** par la société **SOC.2.)**. Le magistrat de première instance a également relevé que la société **SOC.1.)** n'avait pas précisé les conséquences entraînées par le départ de trois de ses anciens salariés, ni indiqué en quoi leur départ aurait entraîné une déstabilisation de ses services.

L'appelante reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir retenu que la société **SOC.2.)** a débauché les employés de la société **SOC.1.)** par des actes déloyaux.

Elle fait valoir que trois de ses salariés ont quitté la société **SOC.1.)** en décembre 2015 et qu'ils ont tous été recrutés en l'espace de quelques semaines par la société **SOC.2.)**, créée par **A.)**. Tous ces salariés auraient été incités par l'intimé sub1) à quitter la société **SOC.1.)**.

Afin d'établir le départ de ces salariés et notamment la démarche entreprise par **A.)** pour s'approprier le personnel de la société **SOC.1.)**, l'appelante se prévaut de la concomitance du départ de **A.)** avec celui des trois autres salariés de la société. Elle renvoie en outre à des relevés téléphoniques de nature à établir une quantité non négligeable d'appels téléphoniques menés entre **A.)** et les anciens salariés en

décembre 2015 (pièce n° 33 de Maître Mailliet). Elle ajoute qu'au courant de l'année 2015, quatorze autres salariés auraient quitté la société **SOC.1.**). Tous ces départs seraient à imputer aux agissements et manquements de **A.**).

La société intimée conteste tout acte contraire aux usages honnêtes dans son chef.

Les trois salariés qui ont quitté la société **SOC.1.)** sont **H.), I.)** et **J.)**).

H.) est partie le 18 décembre 2015, **I.)** et **J.)** sont partis le 7 janvier 2016. Ils ont tous les trois été engagés par après par la société **SOC.2.)**).

Le recrutement de salariés oeuvrant pour le compte d'une entreprise concurrente n'est pas fautif en soi. Tout salarié est libre de choisir son employeur et corrélativement, toute entreprise est libre de les recruter (Cass.com. 24 septembre 2013, n° 12-22.413).

Cependant la loyauté du commerce n'autorise pas une société nouvellement créée de s'emparer, en quelques semaines, d'un département entier de sa concurrente, de manière à bénéficier du savoir-faire de son personnel (Cour de cassation française, 14 avril 2015, n° 13-27.093).

Il appartient en conséquence à la Cour de déterminer si le débauchage de personnel par la société **SOC.2.)** est entouré de circonstances particulières lui conférant un caractère déloyal.

Abstraction faite de ce que les trois salariés démissionnaires ne faisaient, au regard des renseignements fournis, pas tous partie du même département au sein de la société **SOC.1.)**), force est de constater qu'à défaut d'attestations testimoniales, sinon d'autres pièces probantes du dossier, la Cour ignore les circonstances exactes dans lesquelles les salariés **H.), I.)** et **J.)** ont été approchés par **A.)**), voire la société **SOC.2.)**).

Les relevés téléphoniques versés aux débats ne fournissent aucune réponse à ce sujet.

S'il est vrai, qu'à l'époque où **A.)** a démissionné de ses fonctions, d'autres collaborateurs ont également démissionné auprès de la société **SOC.1.)**), il ne résulte d'aucun élément probant du dossier que ces démissions aient relevé d'une action concertée organisée par **A.)**).

Aucune indication n'est pas non plus fournie quant aux conséquences qu'a entraîné le départ de ces salariés au niveau de l'organisation de la société **SOC.1.**), voire en quoi leur départ aurait entraîné une désorganisation complète du département dont ils étaient en charge, respectivement dans lequel ils étaient affectés au sein de la société **SOC.1.**). L'appelante n'a pas non plus soutenu avoir dû déployer des efforts sérieux afin de remédier à cette situation.

Aussi, l'appelante n'a-t-elle pas établi que l'embauche des trois salariés démissionnaires par la société **SOC.2.)** a été effectuée dans des conditions anormales.

C'est par conséquent à juste titre que le juge de première instance a retenu que l'embauche de ces salariés par la société **SOC.2.)** ne constituait pas un acte de concurrence déloyale au sens de la loi de 2002.

d) Le parasitisme économique

La société **SOC.1.)** fait enfin valoir que la société **SOC.2.)** se serait rendue responsable de parasitisme économique.

Le grief fait à la société **SOC.2.)** d'avoir effectué du parasitisme économique pour avoir, en ayant détourné une partie de la clientèle de la société **SOC.1.)**, entendu profiter des investissements en argent et en temps déployés dans la création d'une clientèle ainsi que de la renommée de la société **SOC.1.)** a été rejeté.

Après avoir précisé que la parasitisme économique est défini comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser de son savoir-faire et qu'un acte parasitaire se conçoit en termes de reprise plagiaire d'une création et non en termes de débauchage de clientèle, le magistrat a considéré que le fait que des clients de la société **SOC.1.)** ont choisi de changer de prestataire de services est l'expression de la liberté du commerce et ne constitue dans le chef de la société **SOC.2.)** ni une manœuvre déloyale, ni un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

L'actuelle appelante avait, à l'appui de son reproche basé sur le parasitisme économique invoqué en première instance le prétendu détournement par la société **SOC.2.)** d'une partie de la clientèle de la société **SOC.1.)**. Le juge de première instance a dit non fondé le reproche, motif pris qu'un acte parasitaire se conçoit en termes de reprise plagiaire d'une création, mais non en termes de débauchage d'une clientèle.

Aux termes de son acte d'appel, l'appelante cite un arrêt de la Cour d'appel du 21 mars 2007 qui a défini la notion de parasitisme économique et soutient « à la lumière de cette définition » que la société **SOC.2.)** « crée sinon tente de créer la confusion entre sa personne, son établissement, ses produits ou ses services et l'établissement, les produits ou les services de **SOC.1.)** », sans cependant spécifier un fait concret qui devrait être rangé sous la qualification de parasitisme.

Le reproche est à rejeter.

C'est à juste titre et par une motivation que la Cour fait sienne que le magistrat de première instance a condamné la société **SOC.1.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 € et a rejeté sa demande en allocation d'une indemnité de 5.000 €.

Il suit des considérations qui précèdent que l'appel n'est pas fondé.

La demande de la société **SOC.1.)** tendant à se voir allouer une indemnité de procédure est à rejeter au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge des parties intimées l'intégralité des frais qu'elles ont dû exposer pour faire valoir leurs droits en instance d'appel, de sorte que la Cour leur alloue, sur base de l'article 240 du NCPC, la somme globale de 2.000 €.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de concurrence déloyale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance déferée du 25 mars 2016,

rejette la demande de la société anonyme **SOC.1.)** en allocation d'une indemnité de procédure,

la condamne à payer à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)**
et à **A.)** une indemnité de procédure globale de 2.000 € et à supporter
les frais et dépens de l'instance d'appel.