

*Jugement***Exécution effective d'une clause de non-concurrence**

L'exécution effective de la prohibition de concurrence ne peut être accordée qu'à titre exceptionnel. Un comportement gravement déloyal de l'employé est requis comme tel, notamment l'utilisation de matériel provenant de l'ancien employeur ou la convention par laquelle un employé se fait promettre le paiement de la peine conventionnelle par le nouvel employeur.

**Faits**

Depuis le 15 mars 2008, A. a été au service de X. Engagé au départ comme Associate Product Manager, il y a occupé en dernier lieu le poste d'International Product Manager. Son contrat individuel de travail des 26/29 février 2008 comportait une clause de prohibition de concurrence assortie d'une convention écrite spéciale prévoyant son exécution réelle, au sens de l'art. 340b al. 3 CO. Le 23 janvier 2012, A. donna son congé pour le 31 janvier 2012. Le 24 janvier 2012, X. confirma à A. la résiliation des rapports de travail en précisant que ces derniers venaient à échéance le 30 avril 2012 et l'a libéré de toute obligation de travailler dans l'immédiat. Par la suite, X. a saisi l'instance préalable d'une demande de mesures provisionnelles à l'encontre de A., exigeant qu'il mette fin à son activité lui faisant concurrence. La requête a été rejetée. X. a recouru contre cette décision au Tribunal cantonal.

**Extraits des considérants**

**10.6.1.** Le contrat de travail contient une convention valide formellement parlant prévoyant l'exécution réelle de la clause de non-concurrence au sens de l'art. 340b al. 3 CO.

L'exécution effective de la prohibition de concurrence ne peut être accordée qu'à titre exceptionnel, cette mesure devant être justifiée à la fois par la lésion ou la mise en péril d'intérêts de l'employeur et par le comportement de l'employé. Dès lors, une telle décision présuppose l'existence d'intérêts considérables de l'employeur susceptibles d'être atteints, ce dernier devant avoir des raisons très importantes de requé-

rir la mise en œuvre de l'interdiction. On entend par là le dommage hypothétique engendré par la lésion, à l'exclusion d'intérêts immatériels particuliers. Et s'il convient d'exiger au minimum que le dommage en question soit beaucoup plus étendu que la peine conventionnelle et que la probabilité de sa survenance existe concrètement, en revanche on ne saurait limiter l'exécution d'une clause de non-concurrence à des situations très graves ou imposer à l'employeur qu'il rende plausible une menace pour la survie de l'entreprise. Dès lors, il n'y a pas lieu de refuser d'entrée de cause l'exécution effective aux grandes entreprises ou aux groupes. D'un autre côté, un comportement gravement déloyal de l'employé est requis. La doctrine et la jurisprudence considèrent comme tel notamment l'utilisation de matériel provenant de l'ancien employeur, la convention par laquelle un employé se fait promettre le paiement de la peine conventionnelle par le nouvel employeur ou toute attitude de l'employé dénotant une absence de volonté de respecter l'interdiction convenue.

C'est au tribunal de procéder à une pesée des intérêts pour laquelle l'art. 340b al. 3 CO lui accorde une large marge d'appréciation. S'il s'agit d'une mesure provisionnelle d'exécution effective d'une clause de non-concurrence, cette pesée des intérêts revêt un poids significatif dans le contexte des préjudices prévisibles. Plus la mesure provisionnelle est susceptible de toucher gravement l'employé, plus la barre des exigences devra être placée haut en ce qui concerne la vraisemblance de l'issue de l'action principale et l'évaluation des dommages possibles pour les parties. Si



cette mesure porte atteinte à la situation de l'employé, les désavantages auxquels l'employeur est exposé et les chances de succès de son action principale devront être plus importants.

**10.6.2.** Dans un contrat de collaboration passé avec N. en date des 17/23 janvier 2012, A. s'est fait promettre le paiement de la peine conventionnelle prévue dans la clause de non-concurrence mais aussi la prise en charge illimitée de tous les coûts éventuels subis. Manifestement conscient de l'existence d'une convention d'exécution de cette clause et d'une violation de cette dernière, A. s'est protégé pour le cas où X. viendrait à requérir sa mise en œuvre. A. a révélé qu'il n'entendait pas respecter l'interdiction convenue, ce qui, en soi, apparaît déjà comme particulièrement déloyal dans le sens précisé plus haut. En outre, tant A. que N. ont manifestement admis d'emblée ou, tout le moins, envisagé que X. jouissait d'un droit d'en requérir l'exécution réelle et pourrait en faire usage. Au vu de la violation grossière du contrat par A., on ne saurait fixer haut la barre des exigences s'agissant de l'intérêt de l'employeur.

De plus, dans l'hypothèse d'une interdiction effective imposée pour la durée d'un an à partir du 1<sup>er</sup> mai 2012, A. n'aurait à subir aucun préjudice financier et jouirait de la garantie qu'à l'échéance de ce délai, il pourrait occuper le poste aux mêmes conditions pendant



Illustration: Christine Barf

## Jugement

# Congé abusif un an avant la retraite

Un licenciement une année avant la retraite pour des prestations qui sont en légère diminution, est abusif, si l'employé n'a jamais reçu un avertissement. Il aurait fallu chercher une solution moins incisive.

### Faits

Par contrat du 17 août 1998, A., né le 25 avril 1947, a été engagé en qualité d'agent d'exploitation par X. SA. Par lettre du 13 janvier 2011, X. a résilié le contrat de travail pour le 30 avril 2011. A. était alors âgé de 64 ans et avait accompli un peu plus de douze années de service; il a fait opposition au congé. A. a actionné X. en paiement de 47 385 francs à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Le Tribunal de première instance a retenu que le congé était abusif; il a condamné X. à verser une indemnité de 31 590 francs, correspondant à quatre mois de salaire.

La Cour d'appel a confirmé le jugement attaqué. Son raisonnement peut se résumer comme il suit: A. manquait de motivation. Lorsqu'elle avait fixé les objectifs pour 2011 quelque deux mois avant le licenciement, X. avait précisé qu'il ne fallait pas décrocher, qu'elle avait toujours besoin de A., si bien que l'intéressé ne pouvait objectivement pas en déduire un risque de licenciement. Les offres de A. étaient faites aussi bien et aussi vite que celles de son collègue; son rendement par rapport à un autre collègue était inférieur d'un cinquième environ, mais ce collègue était nettement plus jeune et particulièrement performant.

### Extraits des considérants

**2.** Dans le cas concret, A., depuis plus de dix ans au service de X., était à une année environ de l'âge de la retraite; bien que souffrant d'un manque de motivation, il continuait à fournir, comme par le passé, un travail correspondant aux attentes de X., c'est-à-dire suffisant. Deux mois après avoir fait l'objet d'une évaluation plus ou moins satisfaisante, il a reçu son congé. L'arrêt attaqué ne constate pas que les prestations de A. se seraient sensiblement dégradées

entre les dates de la dernière évaluation et du congé, ni qu'il y aurait eu une mise en demeure préalable, ou que les personnes responsables au sein de X. auraient recherché une solution moins incisive avec A.

La situation de fait diffère sensiblement de celle de l'arrêt 4A\_419/2007 invoqué par X., où le travailleur n'était âgé que de 55 ans et avait reçu plusieurs admonestations de nature à lui faire prendre conscience du risque de licenciement s'il n'améliorait pas ses performances; il n'avait pas non plus été en mesure de fournir des prestations suffisantes à un autre poste de travail où il avait été muté. Les faits du cas d'espèce sont en revanche très similaires à ceux jugés dans l'arrêt publié aux ATF 132 III 115, où le congé abusif a été retenu: il y allait d'un travailleur à 14 mois de la retraite légale qui, bien que lent, fournissait des prestations satisfaisantes et avait été licencié sans qu'on recherche une solution moins dure.

Il est dans le cours ordinaire de la vie qu'un travailleur se trouvant à une année de la retraite puisse être moins motivé qu'un jeune; cela ne dispense pas l'employeur d'avoir des égards envers une personne depuis longtemps à son service, tant que celle-ci accomplit ses tâches de manière objectivement satisfaisante.

*Arrêt du Tribunal fédéral suisse, 18 février 2013 (4A\_558/2012)*

trois ans au moins. La présente affaire se distingue fondamentalement des cas usuels de mesures provisionnelles d'interdiction de travailler à juger, avec les conséquences graves qu'entraîne d'ordinaire une telle prohibition.

Comme, en l'espèce, ni l'exécution réelle en soi ni son ordonnance à titre de mesure provisionnelle ne sont susceptibles de toucher gravement A., on ne saurait poser des exigences accrues en ce qui concerne l'intérêt de l'employeur et l'établissement de sa vraisemblance, cela contrairement à l'opinion soutenue par l'instance préalable et par A. X. a établi de manière suffisamment plausible que le dommage hypothétique le menaçant était nettement plus étendu que le montant de 50 000 francs de la peine conventionnelle et que ce dommage serait susceptible de se produire concrètement dès l'instant où A. démarerait son activité concurrente. Au surplus, un comportement aussi déloyal que celui de A. pourrait justifier l'exécution effective de la clause de non-concurrence, même dans l'hypothèse où, à lui seul, le dommage potentiel n'aurait pas commandé cette mesure. Quant à la vraisemblance des chances de succès de l'action principale, elle est également suffisamment établie. Dès lors, la demande paraît clairement fondée.

*Arrêt du Tribunal cantonal lucernois, 25 avril 2012 (1B 12 9)*  
(Traduit de l'allemand)