

*Jugement***Prohibition de concurrence et devoir de fidélité**

Une prohibition de concurrence n'est justifiée que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients, peut leur proposer ses propres prestations. Il cause ainsi un préjudice envers son employeur. Si un employé veut se mettre à son compte, il a le droit d'entreprendre des préparatifs avant la fin du contrat, pour autant qu'il ne concurrence pas son employeur.

Faits

X. SA est une société anonyme, qui a son siège à Genève et ses bureaux à France, dont le but social est l'organisation de training, séminaires, cycles de formation, notamment dans le développement des ressources humaines de l'entreprise, les conseils et l'assistance dans la direction et le management d'entreprise.

Par contrat du 23 février 2000, X. a engagé A., domicilié dans le canton de Genève, en qualité de «training coach senior» dès le 1^{er} mars 2000. Le contrat contient une clause de prohibition de concurrence, interdisant à l'employé, en cas de démission après la première année de service, d'exercer une activité concurrente dans un délai de deux ans et dans l'espace de la Suisse romande et de la région frontalière de Genève; la clause est assortie d'une amende conventionnelle fixée au montant total de la rémunération de la dernière année d'activité, qu'elle soit complète ou partielle.

Par lettre du 28 août 2006, X. a engagé B., domicilié dans le canton de Genève, en qualité de «training coach senior» dès le 1^{er} septembre 2006. La lettre contient également une clause de prohibition de concurrence pour une durée de deux ans limitée à l'espace de la Suisse romande; cette clause est assortie d'une amende conventionnelle d'un montant correspondant à la rémunération de la dernière année d'activité.

Au cours de leur emploi, A. et B. ont animé des journées de cours dans diverses entreprises.

Par lettre du 22 octobre 2007, A., B. ainsi qu'un consultant externe, U., ont exprimé l'intention de changer leur statut. Par lettre du même jour, A. et B. ont

résilié le contrat de travail avec effet au 31 janvier 2008.

Les discussions avec l'employeur n'ayant pas évolué dans le sens souhaité, A. et B. ont décidé de poursuivre leur activité dans le domaine de la formation en qualité d'indépendants.

Le 12 décembre 2007, U. a inscrit au registre du commerce une société en nom collectif, dont la raison sociale est «V. & Associés», dans laquelle il est le seul associé avec son épouse et dont le but est analogue à celui de X.

A. et B. ont conçu le projet de rejoindre cette société dès la fin de leur travail au sein de X.

Après le 31 janvier 2008 et jusqu'à fin mai 2008, A. a encore dispensé des formations pour X. en faveur de F. et de G. Après le 31 janvier 2008, B. a assuré des animations pour le compte de X., notamment chez C. SA.

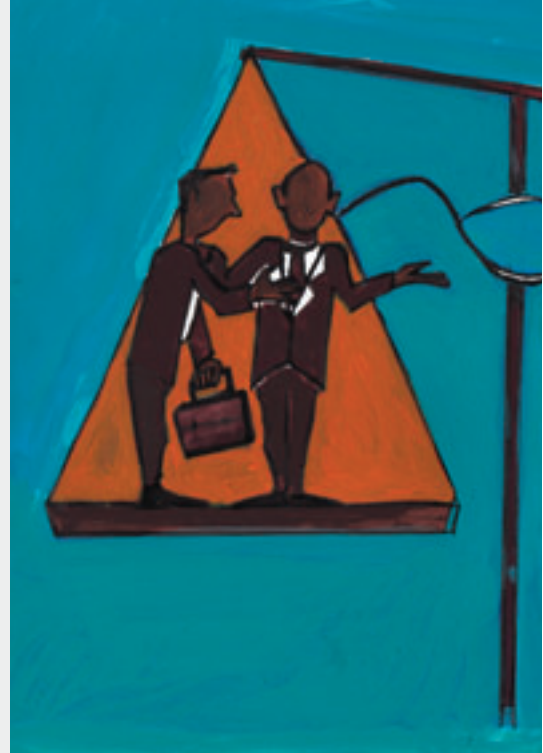
Le 8 avril 2008, A. et B. sont devenus associés de la société en nom collectif fondée par U. Celle-ci a pris le nom «W. & Associés».

X. reproche à ses deux anciens employés, soit A. et B., d'avoir violé la clause de prohibition de concurrence et leur réclame la pénalité convenue.

Extraits des considérants:**clause de concurrence**

2.2 Le contrat de travail conclu avec chacun des A. et B. est assorti d'une clause de prohibition de concurrence au sens des art. 340 à 340c CO. En cas de violation de cette clause, une peine conventionnelle a été prévue (art. 160 à 163 CO; cf. également: art. 340b al. 2 CO).

La cour cantonale a conclu que la clause de prohibition de concurrence et en conséquence la clause pénale qui lui



est liée n'étaient pas valables. Il s'agit là de la première question juridique qu'il convient de résoudre.

2.2.1 Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a considéré que l'employé ne pouvait tirer profit de sa connaissance de la clientèle lorsque les rapports entre la clientèle et l'employeur ont essentiellement un caractère personnel, fondé sur la compétence de cet employeur, par exemple s'il s'agit d'un avocat célèbre ou d'un chirurgien réputé; dans ce cas, en effet, la connaissance que l'employé possède de la clientèle ne lui procure pas, à elle seule, le moyen de rompre ou de distendre le lien existant entre l'employeur et sa clientèle.

Ultérieurement, la jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur la situation inverse, à savoir le cas où une relation personnelle était établie entre le client et l'employé lui-même, en l'occurrence un dentiste; il a été conclu que dans ce cas également, la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable, parce que la personnalité de l'employé re-



Illustration: Christine Hoir

vêtait pour le client une importance prépondérante et interrompait le rapport de causalité qui doit exister entre la simple connaissance de la clientèle et la possibilité de causer un dommage sensible à l'employeur.

Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine unanime pour les cas où la relation entre la clientèle et l'employé repose essentiellement sur les capacités personnelles de ce dernier et relève à l'arrière-plan l'identité de l'employeur.

Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'art. 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une clause de prohibition de concurrence, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier.

La situation se présente différemment lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant

des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans ce cas en effet, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour qui il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients.

Pour admettre une telle situation – qui exclut la clause de prohibition de concurrence –, il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle. Dire si tel est le cas dépend des circonstances, dont la constatation relève du fait et lie le Tribunal fédéral.

2.2.2 En l'espèce, la cour cantonale a procédé à une appréciation des preuves recueillies. Un témoin a estimé que les qualités personnelles des animateurs comptaient pour 70 % dans la décision de la clientèle. On ne voit pas ce qu'il y a d'arbitraire à le croire. Par ailleurs, les qualités oratoires des animateurs et les réactions positives de l'auditoire ont également été invoquées. Il n'a pas été établi que X. utilisait une méthode d'enseignement particulière ou que son matériel de soutien à la présentation jouait un rôle particulièrement important.

Pour des séminaires de formation, on conçoit facilement que les entreprises clientes attachent une importance prépondérante à la capacité de l'animateur d'attirer l'attention, de s'exprimer clairement et de transmettre un message que l'auditoire retiendra. On ne saurait dire que la cour cantonale a établi les faits de manière arbitraire. Sur cette base, il faut conclure qu'exploiter la seule connaissance de la clientèle ne suffisait pas pour causer un préjudice sensible à l'employeur et que le préjudice subi

découle au contraire, de manière prépondérante, des capacités personnelles des travailleurs. En conséquence, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 340 al. 2 CO en concluant que la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable.

Extraits des considérants: devoir de fidélité

2.3 X. reproche à A. et B. d'avoir indiqué à des clients, avant la fin des rapports de travail, qu'ils poursuivraient leur activité à titre indépendant ou dans une autre structure et d'avoir ainsi détourné de la clientèle de leur employeur; elle considère que A. et B. ont violé leur devoir de fidélité et qu'ils lui ont causé un dommage.

2.3.1 Selon l'art. 321a al. 1 CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Il ne doit pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat (art. 321a al. 3 CO).

Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 4 CO).

Si le travailleur contrevient à ses obligations, il répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO).

2.3.2 Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes; il ne peut s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche. L'existence de tels secrets ne ressort pas en l'espèce des constatations cantonales.

L'art. 340 al. 2 CO distingue d'ailleurs la connaissance de la clientèle, d'une part, et les secrets de fabrication ou d'affaires, d'autre part. La seule con-

► naissance de la clientèle ne saurait donc en aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail (art. 321a al. 4 CO). X. ne le prétend d'ailleurs pas, la cour cantonale ayant même constaté qu'elle publiait sur internet la liste de ses principaux clients.

2.3.3 Le contrat de travail, qui est un contrat de durée, n'oblige en principe les parties que pendant la période durant laquelle il déploie ses effets. En l'absence d'une disposition légale contraire, le travailleur peut se prévaloir, après l'extinction du contrat, de la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 Cst.). Ainsi, la jurisprudence a souligné que les parties à un contrat de travail – en dehors de l'hypothèse d'une prohibition de concurrence licite – ne sauraient valablement restreindre le droit du travailleur d'exercer une activité économique après la fin du contrat.

2.3.4 Ainsi, le devoir de fidélité, invoqué par X., s'est éteint avec l'extinction du rapport de travail.

Or il a été constaté que les deux contrats de travail ont été résiliés pour le 31 janvier 2008.

Que A. et B. aient encore exercé quelques tâches pour leur ancien employeur après cette date – probablement sur la base d'un mandat comme l'admet X. – n'y change rien. En effet, il n'est ni allégué ni démontré que les actes reprochés à A. et B. entreraient en contradiction avec les intérêts du mandant découlant de ces mandats particuliers.

X. assumant le fardeau de la preuve (art. 8 CC), il était essentiel qu'elle parvienne à prouver que les actes reprochés à A. et B. ont eu lieu avant le 31 janvier 2008, date à laquelle le devoir de fidélité a pris fin.

2.3.5 Lorsqu'un employé envisage de se mettre à son compte ou de fonder avec d'autres une entreprise concurrente, il est en soi légitime qu'il puisse entreprendre des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin; son de-

voir de fidélité lui interdit cependant de commencer à concurrencer son employeur, de débaucher des employés ou de détourner de la clientèle avant la fin de la relation de travail.

La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer.

Il est en tout cas certain que A. et B., après la fin du rapport de travail, étaient en droit de faire connaître leur entreprise et d'en vanter les prestations. La chronologie des événements joue donc un rôle essentiel.

2.3.6 Les faits les plus précis reprochés par X. à A. et B. concernent un entretien que A. a eu avec une responsable de la banque F. La cour cantonale a conclu que X. n'était pas parvenue à prouver que cet entretien avait eu lieu avant la fin des rapports de travail. X. se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits et invoque avec précision un procès-verbal d'audience dressé le 15 juin 2009. D'après ce document, le témoin a affirmé que la banque avait appris que certains formateurs allaient quitter X. de sorte que la banque a décidé de suspendre au moins temporairement ses relations avec elle. Ce témoignage ne permet pas d'établir qui a fourni cette information à la banque. Une pièce a été présentée au témoin à savoir la pièce n° 9 produite par la demanderesse. Il s'agit d'un courrier électronique du 30 novembre 2007. Le témoin a ensuite évoqué l'entretien litigieux avec A., mais a ajouté: «Je ne suis pas en mesure de situer chronologiquement cette circonstance. Tout ce que je puis dire, c'est que cette circonstance était postérieure à l'e-mail que vous m'avez montré il y a un instant». Selon le procès-verbal, la seule pièce présentée au témoin a été ce courrier électronique du 30 novembre 2007. La cour cantonale n'a donc pas statué arbitrairement en concluant que le témoin avait affirmé que l'entretien litigieux avait eu lieu après le 30 novembre 2007. Dire qu'il n'est pas exclu que cet entretien ait pu avoir lieu après la fin du rapport de travail, soit postérieurement au 31 janvier 2008, ne peut pas être qualifié d'arbitraire.

Ainsi, X. n'est pas parvenue à prouver les faits permettant de constater une violation du devoir de fidélité, puisque les faits invoqués peuvent s'être produits après l'extinction de ce devoir.

2.3.7 X. reproche aussi à A. d'avoir informé G. du fait qu'il allait poursuivre son activité dans une autre structure. Non seulement la cour cantonale a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une violation du devoir de fidélité, mais elle a ajouté – à titre de motivation alternative – qu'il n'était pas prouvé que cette communication serait intervenue avant la fin du contrat de travail. Mais X. ne démontre pas que cette seconde motivation procéderait d'une appréciation arbitraire des preuves. Dès lors qu'il est possible que la déclaration ait été faite après l'extinction du devoir de fidélité, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en constatant qu'une violation de ce devoir n'avait pas été établie.

2.3.8 X. reproche à B. d'avoir déclaré aux clients D. et E. qu'ils pouvaient soit continuer leur relation contractuelle avec X., soit le suivre dans la nouvelle structure. La cour cantonale a estimé qu'une telle information, en soi complète et objective, ne pouvait pas être considérée comme une violation du devoir de fidélité, des propos réellement préjudiciables n'ayant pas été établis.

Quoi qu'il en soit, même si l'on voulait retenir une violation du devoir de fidélité, X. ne pourrait demander que la réparation du dommage qui en résulte pour elle (art. 321e al. 1 et 97 al. 1 CO). Or il est incontestable que B. précité pouvait faire une semblable déclaration après la fin des relations de travail, puisque le devoir de fidélité s'était alors éteint. Le seul reproche que l'on pourrait lui faire est d'avoir fait cette déclaration prématurément. Pour qu'il en résulte un dommage, il faudrait que X. établisse que sa situation financière nette aurait été meilleure si la déclaration, plutôt que d'intervenir à la date à laquelle elle a été effectuée, avait eu lieu après le 31 janvier 2008.

*Arrêt du Tribunal fédéral suisse,
10 janvier 2012
(4A_489/2011, 4A_491/2011)*