



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15566/2020

ACJC/470/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MERCREDI 14 AVRIL 2021**

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 21ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 11 janvier 2021, comparant par Me Marc BAUMGARTNER, avocat, Schoeb Avocats, rue Michel-Chauvet 3, 1208 Genève, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, France, intimé, comparant par Me Susannah MAAS ANTAMORO DE CESPEDES, avocate, route de Florissant 122, 1206 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21.04.2021.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/175/2021 du 11 janvier 2021, reçu le 14 janvier 2021 par A_____ SA, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a débouté celle-ci des fins de sa requête en mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1_____ (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 500 fr., laissés à la charge de A_____ SA qui en avait fait l'avance (ch. 2), condamné A_____ SA à payer à B_____ 1'400 fr. TTC au titre de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.** **a.** Par acte déposé le 25 janvier 2021 à la Cour de justice, A_____ SA forme recours contre le jugement précité, dont elle requiert l'annulation. Elle conclut, avec suite de frais judiciaires et dépens, à ce que la Cour prononce la mainlevée provisoire de l'opposition formée par B_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____, principalement à concurrence de 48'673 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2019 et de 2'090 fr. 60 pour les frais et dépens du séquestre n° 2_____, subsidiairement à concurrence de 28'800 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2019 et de 2'090 fr. 60 pour les frais et dépens du séquestre n° 2_____, et dise que la poursuite en validation du séquestre ira sa voie, plus subsidiairement renvoie la cause au Tribunal.
- b.** Par arrêt du 1^{er} février 2021, la Cour a rejeté la requête de A_____ SA tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement attaqué et dit qu'il serait statué sur les frais liés à la décision dans l'arrêt rendu sur le fond.
- c.** Dans sa réponse du 5 février 2021, B_____ conclut, avec suite de frais judiciaires et dépens, au rejet du recours.
- Il fait siens les arguments développés par le premier juge.
- Il fait valoir nouvellement que A_____ SA a résilié le contrat de travail sans qu'il lui ait donné un motif justifié (art. 340c al. 2 CO) et que "c'est l'employeur qui a donné lieu aux problèmes récurrents qui ont finalement décidé les parties à mettre fin au contrat de travail". Il allègue qu'il a développé cette argumentation devant le premier juge, même si cela n'a pas été porté au procès-verbal d'audience.
- d.** Les parties ont été informées le 1^{er} mars 2021 de ce que la cause était gardée à juger, A_____ SA n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier de première instance.

a. A_____ SA, sise à Genève, a pour but le conseil et les services en matière de recherche, sélection, promotion, formation, recrutement et mise à disposition d'étudiants et de personnel temporaire ou fixe.

Le site internet de A_____ SA indique qu'elle est active dans le placement temporaire (de quelques semaines à quelques mois) de "jeunes talents".

Selon le répertoire des entreprises de placement et de location de services, A_____ SA est active dans le placement et la location de services dans 12 secteurs d'activité, soit notamment l'informatique et la télécommunication, l'expédition, le transport, la vente, la restauration, l'hôtellerie, les professions commerciales et technico-commerciales, les banques et assurances, la publicité, les arts graphiques et le marketing, les métiers de l'édition, les médias, les autres professions du secteur des services, les professions techniques, le secteur de la santé et le secteur social, l'administration publique.

b. Par contrat de travail du 28 novembre 2016, B_____, domicilié à C_____ (France), s'est engagé à travailler au service de A_____ SA en qualité d'"Account manager" exerçant principalement à Genève, pour une durée indéterminée à compter du 16 janvier 2017 (art. 1 et 2 du contrat).

b.a Le salaire mensuel brut a été fixé à 4'800 fr., versés douze fois l'an (art. 5 du contrat, intitulé "Salaire").

Une rémunération variable pouvait être versée à l'employé, "conformément aux termes et conditions prévus dans l'Annexe 1" (art. 6 du contrat, intitulé "Rémunération variable"). A_____ SA a produit un document intitulé "Rémunération variable", qui règle le droit de ses "Account managers" à une commission sur les contrats de placements de personnel conclus grâce à leur concours actif, entre l'employeur et un client faisant partie du portefeuille attribué à l'employé. Cette annexe, datée du 1^{er} mai 2019, ne porte ni la signature des parties ni le nom de l'employé concerné.

L'art. 7 du contrat, intitulé "Gratifications", stipulait que toute somme versée à l'employé en plus de la rémunération prévue, notamment à titre de gratification, aurait et conserverait le caractère d'une prestation volontaire et purement discrétionnaire de l'employeur. Elle ne donnerait naissance à aucune prétention en faveur de l'employé, même si celle-ci avait été versée pendant plusieurs années consécutives.

b.b L'article 14 du contrat de travail, intitulé "Prohibition de concurrence et non sollicitation", prévoit que, durant une période d'une année suivant la fin du contrat, l'employé s'engage à s'abstenir de faire concurrence à l'employeur de quelque manière que ce soit, notamment en exploitant pour son propre compte une entreprise concurrente, en travaillant de manière dépendante ou indépendante

pour le compte d'une entreprise concurrente ou en s'y intéressant de quelque manière que ce soit. La prohibition s'étend à tout le territoire suisse, à toute activité dans les domaines de la location de services et du placement de personnel, notamment des conseils et services en matière de recherche, sélection, promotion, formation, recrutement et mise à disposition de personnel temporaire ou fixe (art. 14. 1).

Selon l'art. 14.2 du contrat, l'employé s'engage, pendant la même période, à ne pas débaucher ou offrir une place de travail à un employé, consultant ou agent qui travaillait pour l'employeur au moment de la fin du contrat de travail ou qui a travaillé pour l'employeur pendant les 12 mois qui ont précédé la fin du contrat.

L'article 14.3 du contrat est ainsi rédigé : "En cas de violation des obligations qui précèdent, l'Employeur pourra réclamer à l'Employé un montant correspondant à 6 mois de salaire à titre de peine conventionnelle, l'Employeur se réservant également la possibilité d'exiger la cessation de la contravention, notamment au sens de l'article 340b al. 3 CO, par devant toute juridiction compétente".

c. Le contrat de travail a été résilié par A_____ SA par courrier du 27 juin 2019, avec effet au 31 août 2019, au motif que, depuis plusieurs mois, le travail de l'employé ne donnait "plus du tout satisfaction". Le courrier de licenciement évoquait un manque de travail et d'engagement, une démotivation générale, une attitude négative au travail, une absence de progrès, des objectifs non atteints et des résultats ne répondant pas aux attentes de la société.

Il était rappelé à B_____ qu'il était lié par la clause de prohibition de concurrence et de non sollicitation prévue à l'art. 14 du contrat de travail.

d. Le certificat annuel de salaire établi le 27 janvier 2020 pour B_____ par A_____ SA mentionne, pour la période de janvier à août 2019 (8 mois), un salaire brut de 44'058 fr., correspondant à 5'507 fr. 25 par mois, et un "bonus sur résultat" de 20'840 fr. soit un total brut de 64'898 fr., correspondant à 8'112 fr. 25 par mois.

e. En date du _____ 2019, B_____ a été inscrit au Registre du commerce de Genève en qualité d'administrateur avec signature individuelle de D_____ SA, société active dans toutes les activités dans les domaines de l'information aux entreprises, de la bureautique, de l'organisation de la gestion, de la finance, de l'information et de l'ingénierie ainsi que le placement et la mise à disposition de personnes.

Selon le site internet de D_____ SA, celle-ci est spécialisée dans le recrutement et la délégation de personnel dans le secteur tertiaire et notamment la Finance, l'IT et l'ingénierie.

Le répertoire des entreprises de placement et de location de services indique que D_____ SA est active dans 12 secteurs d'activité, soit notamment les professions artisanales, techniques, l'informatique et la télécommunication, l'expédition, le transport, la vente, la restauration, l'hôtellerie, les professions commerciales et technico-commerciales, les banques et assurances, la publicité, les arts graphiques et le marketing, etc.

Le profil "E_____" de B_____ mentionne que, depuis novembre 2019, il est "Co-Managing Director & Head of Sales" de D_____ SA.

f. Par courrier recommandé du 28 février 2020, A_____ SA a mis en demeure B_____ de cesser immédiatement toutes ses activités pour le compte de D_____ SA, de même que toutes autres activités concurrentes, et de se conformer pleinement à ses obligations de non-concurrence et de non-sollicitation résultant du contrat de travail l'ayant lié à A_____ SA.

B_____ a également été mis en demeure de verser la somme de 52'177 fr. à titre de pénalité contractuelle, soit 6 mois de salaire, un mois de salaire correspondant donc, selon l'employeur, à 8'696 fr. 15.

g. Par ordonnance du 15 mai 2020, le Tribunal de première instance a prononcé le séquestre, en faveur de A_____ SA et au préjudice de B_____, pour un montant de 48'673 fr. 50 avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} novembre 2019, sur la base de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, la créance invoquée résultant de la clause pénale du contrat de travail du 28 novembre 2016. B_____ a été condamné aux frais judiciaires de 590 fr. 60 au total et aux dépens fixés à 1'500 fr.

Le séquestre a notamment porté sur les créances de salaire du débiteur séquestré à l'égard de D_____ SA.

h. Sur réquisition de poursuite en validation du séquestre de A_____ SA, l'Office des poursuites a notifié le 14 juillet 2017 à B_____ un commandement de payer, poursuite n° 1_____, portant sur 48'673 fr. 50 plus intérêts à 5 % dès le 1^{er} novembre 2019 à titre de peine conventionnelle équivalant à 6 mois de salaire pour la violation de la clause de prohibition de faire concurrence comprise dans le contrat de travail du 28 novembre 2016 (poste 1), 590 fr. 60 à titre de coût du procès-verbal de séquestre (poste 2) et 1'500 fr. de dépens du séquestre (poste 3).

Le commandement de payer a été frappé d'opposition.

i. Par acte du 3 août 2020, A_____ SA a requis du Tribunal le prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition, en se fondant sur la clause de non-concurrence du contrat de travail qui l'avait liée à B_____.

Elle a calculé le salaire mensuel sur la base du total brut résultant du certificat de salaire 2019 (64'898 fr. : 8 mois = 8'112 fr. 25 x 6 mois = 48'673 fr. 50).

j. Lors de l'audience du Tribunal du 23 novembre 2020, A_____ SA a persisté dans ses conclusions.

B_____, représenté par son conseil, a conclu au rejet de la requête, avec suite de frais judiciaires et dépens.

Il a contesté l'existence d'une reconnaissance de dette. A teneur du procès-verbal, il a fait valoir, sur le fond, que la clause conventionnelle de non-concurrence n'était pas applicable, car son activité actuelle n'était pas dans un rapport de concurrence avec sa précédente activité chez A_____ SA, soit le placement d'étudiants. De plus, la clause pénale correspondait à six mois de salaire, lequel était de 4'700 fr. (*recte*: 4'800 fr.) par mois, alors que sa partie adverse se fondait sur la moyenne de salaire au cours de la dernière année. Il y avait ainsi "trop d'éléments qui établiss[aient] un doute au sujet de l'existence d'un titre de mainlevée".

Ces arguments ont été contestés par A_____ SA.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

- D.** Sur les points demeurés litigieux devant la Cour, le Tribunal a considéré que la clause de non-concurrence prévue par le contrat de travail du 28 novembre 2016 était formulée de manière particulièrement large, dès lors qu'elle s'appliquait à toute activité dans les domaines de la location de services et du placement de personnel, notamment des conseils et services en matière de recherche, sélection, promotion, formation, recrutement et mise à disposition de personnel temporaire ou fixe, et que la prohibition s'étendait à tout le territoire suisse. Au vu de cette formulation large, il n'y avait pas lieu de s'arrêter au fait que l'activité exercée par B_____ pour A_____ SA semblait centrée sur le placement de jeunes personnes en cours de formation universitaire ou académique, alors que l'activité exercée par le précité depuis novembre 2019 dans le cadre de D_____ SA concernait le placement de personnel de tous âges et catégories.

Cela étant, la formulation de la clause de non concurrence pouvait apparaître problématique, même avec le pouvoir d'examen restreint du juge de la mainlevée, au regard de l'art. 340a al. 1 CO, auquel il ne pouvait être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 al. 2 CO), puisque cette disposition prévoyait que la prohibition de concurrence devait être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. A teneur de l'art. 340a al. 2 CO, le juge pouvait réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il devait avoir égard, d'une manière équitable,

à une éventuelle contre-prestation de l'employeur. Toujours dans le cadre de la validité de la clause de non-concurrence, l'art. 340c al. 2 CO, disposition également relativement impérative, prévoyait que la prohibition cessait si l'employeur résiliait le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résiliait le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur. En l'espèce, il était constant que le contrat de travail avait été résilié par l'employeur. Les deux éléments indiqués, soit le caractère étendu de la clause de non-concurrence et le fait que le contrat de travail avait été résilié par l'employeur, conduisaient le Tribunal à mettre en doute la qualité de reconnaissance de dette de la clause de non-concurrence.

En toute hypothèse, le montant de la peine conventionnelle visée dans la poursuite ne pouvait pas être considéré comme établi par pièces de manière suffisamment claire, L'article 14.3 du contrat de travail stipulait en effet que l'employeur pouvait réclamer un montant correspondant à 6 mois de salaire. Le contrat prévoyait un salaire mensuel brut de 4'800 fr., alors que A_____ SA calculait le montant déduit en poursuite sur la base du certificat annuel de salaire 2019, soit le montant brut de 64'898 fr. versé entre janvier et août 2019, correspondant à une rémunération mensuelle de 8'112 fr. 25, qu'elle multipliait par six pour parvenir à 48'673 fr. 50. Ce montant ne trouvait pas son fondement dans les pièces produites: en effet, le contrat de travail prévoyait une rémunération mensuelle fixe de 4'800 fr. La rémunération variable versée à B_____ au cours de son emploi chez A_____ SA ne pouvait pas être déterminée par les pièces produites, dès lors que le document concernant la rémunération variable (annexe au contrat de travail) n'était pas signé et ne portait même pas le nom de B_____. D'ailleurs, A_____ SA avait, dans un premier temps, chiffré la peine conventionnelle à 52'177 fr. dans son courrier du 28 février 2020. Six mois de salaire à 4'800 fr. représentaient 28'800 fr., alors que la poursuivante prétendait être au bénéfice d'une reconnaissance de dette à hauteur de 48'673 fr. 50.

En définitive, les pièces produites à l'appui de la requête n'établissaient pas la réalisation des conditions du paiement de la peine conventionnelle visée dans la poursuite, soit 48'673 fr. 50. En l'absence de titre à la mainlevée provisoire et dans des circonstances de fait contestées, le Tribunal ne pouvait faire droit aux conclusions de la requête. Les prétentions de A_____ SA relevaient d'une procédure au fond, où les moyens de preuve ne seraient pas limités à la production de pièces.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de mainlevée, seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. b ch. 1 et 309 let. b ch. 3 CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

Interjeté dans le délai de 10 jours prescrit et selon la forme requise par la loi (art. 142 al. 3, 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

1.2 Dans le cadre d'un recours, l'autorité a un plein pouvoir d'examen en droit, mais un pouvoir limité à l'arbitraire en fait, n'examinant que les griefs formulés et motivés par le recourant (art. 320 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd. 2010, n. 2307).

Le recours étant instruit en procédure sommaire, la maxime des débats s'applique et la preuve des faits allégués doit être apportée par titre (art. 55 al. 1, 255 let. a *a contrario* et 254 CPC). Le principe de disposition est applicable (art. 58 al. 1 CPC).

1.3 Les allégations nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

Dans la mesure où les allégations de l'intimé au sujet des motifs de résiliation ne figurent pas au procès-verbal de l'audience du Tribunal (cf. art. 235 al. 2 CPC), il s'agit de faits nouveaux irrecevables. Il appartenait à l'intimé, représenté par son conseil, de solliciter une rectification dudit procès-verbal, s'il estimait que celui-ci ne comprenait pas tous ses allégués pertinents (cf. art. 235 al. 3 CPC). En toute hypothèse, les faits en question ne sont pas déterminants pour la solution du litige.

2. La recourante fait grief au Tribunal d'avoir nié qu'elle disposait d'un titre de mainlevée provisoire. Elle soutient que la créance résultant de la clause pénale s'élève à 64'898 fr., soit le montant total résultant du certificat annuel de salaire 2019. Subsidiairement, le montant de la peine conventionnelle pourrait être déterminé par référence à l'art. 5 du contrat prévoyant expressément une rémunération mensuelle fixe de base de 4'800 fr.

2.1

2.1.1 Selon l'art. 82 al. 1 LP, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire.

La procédure de mainlevée provisoire est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire. Le juge de la mainlevée provisoire examine seulement la force probante du titre produit par le créancier, sa nature formelle - et non la validité de la créance -, et lui attribue force exécutoire si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires (ATF 145 III 160 consid. 5.1; 142 III 720 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_773/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3.1).

Le poursuivi peut se prévaloir de tous les moyens de droit civil - exceptions ou objections - qui infirment la reconnaissance de dette. Il n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, mais seulement à les rendre

vraisemblables, en principe par titre (art. 254 al. 1 CPC), d'autres moyens de preuves immédiatement disponibles n'étant, le cas échéant, pas exclus (ATF 145 III 160 consid. 5.1 et les références). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 142 III 720 consid. 4.1 et la référence).

De jurisprudence constante, la procédure de mainlevée, qu'elle soit provisoire ou définitive, est un incident de la poursuite. La décision qui accorde ou refuse la mainlevée est une pure décision d'exécution forcée dont le seul objet est de dire si la poursuite peut continuer ou si le créancier est renvoyé à agir par la voie d'un procès ordinaire. En d'autres termes, le prononcé de mainlevée ne sortit que des effets de droit des poursuites et ne fonde pas l'exception de chose jugée (res iudicata) quant à l'existence de la créance (ATF 143 III 564 consid. 4.1; 136 III 583 consid. 2.3 et les références). La décision du juge de la mainlevée provisoire ne prive pas les parties du droit de soumettre à nouveau la question litigieuse au juge ordinaire (art. 79 et 83 al. 2 LP; ATF 136 III 528 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_773/2020 précité consid. 3.1 et les références).

2.1.2 Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, en particulier, l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi - ou son représentant (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1) -, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 145 III 20 consid. 4.1.1; 139 III 297 consid. 2.3.1). Elle peut découler du rapprochement de plusieurs pièces, pour autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 139 III 297 consid. 2.3.1; 136 III 627 consid. 2; 132 III 480 consid. 4.1 et les références).

La reconnaissance de dette dont se prévaut le poursuivant doit aussi réunir les trois identités, soit l'identité entre le poursuivant et le créancier désigné dans ce titre, l'identité entre le poursuivi et le débiteur désigné, et l'identité entre la prétention déduite en poursuite et le titre qui lui est présenté (arrêts du Tribunal fédéral 5A_65/2020 du 7 juillet 2020 consid. 4.2.3.1; 5A_740/2018 du 1^{er} avril 2019 consid. 6.1.2 et les références, non publié aux ATF 145 III 160, publié in Pra 2020 n° 3 p. 45).

Un contrat écrit stipulant une peine conventionnelle (art. 160 CO) constitue, avec la preuve de l'inexécution de la prestation promise, une reconnaissance de dette (arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2018 du 4 mars 2019 consid. 4.1.1 et les références, publié in mp 2019 p. 230). Il est largement admis par la doctrine et la jurisprudence cantonale que le débiteur peut toutefois faire valoir que la peine est excessive au sens de l'art. 163 al. 3 CO, à tout le moins lorsque la clause pénale est manifestement exagérée. Le Tribunal fédéral a également fait mention, sans autre développement, de cette exception (arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2018

du 4 mars 2019 consid. 4.4). Le point de savoir si, dans un tel cas, la mainlevée doit être refusée pour l'entier de la peine réclamée ou si une réduction peut être effectuée par le juge de la mainlevée est controversé et n'a à ce jour pas été tranché (arrêts du Tribunal fédéral 5A_946/2020 du 8 février 2021 consid. 3.2 et les références citées).

2.1.3 Le juge de la mainlevée provisoire ne peut procéder qu'à l'interprétation objective du titre fondée sur le principe de la confiance (arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2018 du 4 mars 2019 consid. 4.1.3). Il ne peut toutefois prendre en compte que les éléments intrinsèques au titre, à l'exclusion des éléments extrinsèques qui échappent à son pouvoir d'examen (ATF 145 III 20 consid. 4.3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2018 du 25 février 2019 consid. 3.2.1 non destiné à la publication, et les références). Si le sens ou l'interprétation du titre de mainlevée invoqué est source de doutes ou si la reconnaissance de dette ne ressort que d'actes concluants, la mainlevée provisoire doit être refusée. La volonté de payer du poursuivi doit ressortir clairement des pièces produites, à défaut de quoi elle ne peut être déterminée que par le juge du fond (arrêts du Tribunal fédéral 5A_940/2020 du 27 janvier 2021 consid. 3.2.2; 5A_89/2019 du 1^{er} mai 2019 consid. 5.1.3 et les références).

2.1.4 Le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (art. 340 al. 1 CO).

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.

A teneur de l'art. 340a al. 1, 1^{ère} phrase, CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité.

Par ailleurs, selon l'art. 340c al. 2 CO, disposition à laquelle il ne peut être dérogé en défaveur du travailleur (art. 362 CO), la prohibition cesse notamment lorsque l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié. Est considéré comme juste motif au sens de cette disposition, tout événement imputable à l'autre partie qui, selon les considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement sans qu'il s'agisse nécessairement d'une violation contractuelle (ATF 130 III 353).

Si la clause de non-concurrence est transgressée par le travailleur, l'employeur peut exiger notamment le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat (art. 340b al. 2 CO). La clause pénale est soumise aux dispositions des art.

160 ss CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 6.1). En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. (ATF 133 III 43 consid. 3.3 201 consid. 5.2).

2.1.5 Le salaire correspond à la prestation que l'employeur verse au travailleur en contrepartie du travail fourni (art. 319 et 322 CO). Au sens large, cette contrepartie englobe non seulement le salaire fixe (mensuel, hebdomadaire, journalier ou horaire), mais également, notamment, le salaire variable, tel que les provisions (art. 322b CO) et les gratifications (art. 322d CO) (CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, pp. 107-108).

D'après l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. On parle aussi de commission (CARRUZZO, *op. cit.*, p. 129).

La gratification est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année (cf. art. 322d al. 1 CO). Elle se distingue du salaire en ceci que son versement dépend totalement ou du moins partiellement du bon vouloir de l'employeur (ATF 142 III 381 consid. 2.1; 139 III 155 consid. 3.1; 131 III 615 consid. 5.2). Il y a un droit à la gratification si les parties en ont convenu ainsi, expressément ou par actes concluants (art. 322d al. 1 CO). A défaut d'une telle volonté cette prestation est facultative (ATF 131 III 615 consid. 5.2).

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1 p. 407). Dans chaque cas, il faut donc, dans une première étape, déterminer, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), le contenu du contrat puis, dans une seconde étape, qualifier le bonus convenu d'élément du salaire (art. 322 s. CO) ou de gratification (art. 322d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2, arrêt du Tribunal fédéral 4A_280/2020 du 3 mars 2021 consid. 3).

2.2 En l'espèce, la recourante se prévaut d'une violation, par l'intimé, de la clause pénale contenue dans le contrat de travail qui les a liés. Il appartenait à la recourante d'établir par titre la violation de la clause de prohibition de concurrence et à l'intimé, s'il s'y estimait fondé, de soulever, et rendre vraisemblable, le caractère excessif au sens de l'art. 163 al. 3 CO de la peine conventionnelle convenue. La question de savoir s'il incombait à l'employeur/poursuivant d'établir la validité de la clause de prohibition de concurrence, notamment à la lumière des

art. 340a al. 1 et 340c al 2 CO, ou si la nullité de la clause devait être soulevé par l'employé/poursuivi, peut demeurer indécise.

En effet, la détermination du montant de la peine conventionnelle nécessite de déterminer la réelle et commune intention des parties, soit une interprétation subjective du titre invoqué, ce qui est exclu en mainlevée provisoire.

Les parties ont convenu que la peine conventionnelle correspond à "6 mois de salaire", sans la chiffrer et sans préciser quels éléments sont couverts par cette notion (salaire fixe, provisions, gratifications), ni si le montant déterminant s'entend brut ou net. Si d'autres éléments que le salaire fixe (brut ou net) doivent être pris en compte, il n'est pas possible de déterminer quelles seraient les années pertinentes pour le calcul. La recourante soutient que la notion en question recouvre la moyenne du salaire brut réalisé par l'intimé durant les 6 derniers mois d'activité (soit 5'507 fr. 25), augmentée de la moyenne de la somme de 20'840 fr. perçue en 2019 par l'employé à titre de "bonus sur résultat" (soit 2'605 fr.). Cette interprétation, contestée par l'intimé, ne trouve aucune assise dans les pièces produites, lesquelles ne permettent même pas de qualifier la somme de 20'840 fr., versée en 2019 à l'employé, d'élément du salaire ou de gratification.

Dans la mesure où l'interprétation du titre de mainlevée invoqué est source de doutes, la mainlevée provisoire devait être refusée. Il n'y a avait pas lieu de la prononcer pour le montant moins élevé de 28'800 fr. proposé par la recourante, étant rappelé que la clause pénale ne précise pas si le "salaire" déterminant s'entend brut ou net. Compte tenu des circonstances exposées ci-dessus, et comme l'a retenu à juste titre le Tribunal, le montant de la peine conventionnelle convenu par les parties ne peut être déterminé que par le juge du fond.

Le recours sera donc rejeté en tant qu'il est dirigé contre le chiffre 1 du dispositif du jugement attaqué.

- 3. 3.1** Le montant des frais judiciaires et dépens de première instance mis à la charge de la recourante n'est à juste titre pas contesté.

Le recours sera donc intégralement rejeté.

3.2 Les frais judiciaires du recours, y compris de la décision sur effet suspensif, seront arrêtés à 750 fr. (art. 48 et 61 OELP) et compensés avec l'avance fournie, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Ils seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

La recourante sera en outre condamnée à verser à l'intimé 1'000 fr. de dépens de recours, débours et TVA compris (art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté 25 janvier 2021 par A_____ SA contre le jugement JTPI/175/2021 rendu le 11 janvier 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15566/2020-21.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 750 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance fournie, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ 1'000 fr. à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

Le président :

La greffière :

Laurent RIEBEN

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.