

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/10393/2012-3

CAPH/84/2013

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**du 20 septembre 2013**

Entre

**A**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, France, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 28 février 2013 (JTPH/75/2013), comparant par Me Eve DOLON, avocate, Canonica Valticos de Preux, rue Pierre-Fatio 15, Case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

**B**\_\_\_\_\_, ayant son siège \_\_\_\_\_ (GE), intimée, comparant par Me Stéphane COLETTA, avocat, Etude SEDLEX, avenue Mon-Repos 24, case postale 1410, 10001 Lausanne, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23 septembre 2013

---

**EN FAIT**

**A. a.** Par jugement du 28 février 2013, expédié pour notification aux parties le 4 mars 2013, le Tribunal des prud'hommes a débouté A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions (ch. 2 du dispositif), mis à sa charge les frais judiciaires, arrêtés à 1'210 fr. (ch. 3), dit que ces frais étaient intégralement couverts par l'avance de frais fournie (ch. 4) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 5).

**b.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 3 avril 2013, A\_\_\_\_\_ conclut à l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif de ce jugement, en tant qu'ils rejettent sa demande et le condamnent au paiement des frais judiciaires, cela fait, à ce qu'il soit dit et constaté l'obligation de B\_\_\_\_\_ à lui verser, pendant une durée de deux ans dès la résiliation du contrat de travail, une somme mensuelle de 3'449 fr. 70 et à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamnée à lui payer le montant de 13'798 fr. 80 avec intérêts à 5% dès le 24 mai 2012, avec suite de frais judiciaires, alternativement au renvoi de la cause en première instance.

**c.** Dans sa réponse du 21 mai 2013, B\_\_\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement, avec suite de frais judiciaires.

**B.** Les éléments pertinents suivants ressortent de la procédure :

**a.** B\_\_\_\_\_, société anonyme dont le siège est à C\_\_\_\_\_ (Genève), est active notamment dans la représentation et l'exploitation en Suisse des a\_\_\_\_\_ [*type de produits concernés*]. D\_\_\_\_\_ en est le président, l'administrateur et le directeur général, avec signature individuelle.

La société fait partie du groupe international E\_\_\_\_\_, situé aux Etats-Unis.

A\_\_\_\_\_, domicilié en France, a travaillé pour la filiale française du groupe avant d'être muté le 1<sup>er</sup> septembre 2011 auprès de B\_\_\_\_\_.

**b.** Par contrat signé le 17 octobre 2011, B\_\_\_\_\_ a ainsi engagé, avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2011, A\_\_\_\_\_ en qualité de responsable du développement commercial pour un salaire mensuel brut de 10'000 fr., payé treize fois l'an.

Le contrat de travail prévoyait que A\_\_\_\_\_ était éligible à un bonus SIP (Sales Incentive Plan) d'un montant annuel de 20'000 fr. pour la totalité des objectifs atteints, payé trimestriellement (art. 4 du contrat).

Une allocation de logement d'un montant mensuel de 500 fr., versée durant deux ans, renouvelable, était également convenue (art. 5), ainsi qu'une indemnité de repas de 250 fr. par mois, correspondant à une participation aux frais de repas pris

par l'employé dans le cadre de son activité, laquelle n'était pas due pendant les vacances ou en cas d'absence de l'employé au travail (art. 8).

L'employé n'était soumis à aucune période d'essai, puisqu'il s'agissait d'un transfert. Le délai de congé était de six mois pour la fin d'un mois (art. 10). A\_\_\_\_\_ gardait en outre son ancienneté au sein du groupe acquise auprès d'E\_\_\_\_\_ en France (art. 11).

Les parties ont au surplus prévu une clause de non-concurrence par laquelle, après la fin du contrat, A\_\_\_\_\_ s'engageait à ne pas exercer, ni pour son compte ni pour le compte d'autrui, à titre lucratif ou gratuit, une activité qui était en concurrence avec celle de B\_\_\_\_\_ ou une de ses sociétés affiliées. Cette clause s'étendait au territoire de la Suisse et était valable pour une période de deux ans dès la fin du contrat. Pendant la durée d'application de ladite clause, en contrepartie, l'employé devait percevoir une indemnité mensuelle correspondant à 20% du salaire mensuel moyen, calculée sur les douze derniers mois. En cas de violation de la clause de prohibition de concurrence, il devait à son employeur l'équivalent d'une année de salaire brut et était tenu de réparer le dommage qui excéderait le montant de la peine. B\_\_\_\_\_ se réservait le droit d'exiger la cessation de la contravention (art. 17).

B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ ont enfin convenu que *"pour tout ce qui n'[était] pas prévu par le [...] contrat, [ils] s'en remett[aient] aux prescriptions légales applicables en la matière"*, le for étant fixé à Genève.

**c.** Au début du mois de janvier 2012, A\_\_\_\_\_ a informé D\_\_\_\_\_ de son souhait de quitter la société au plus vite. Il a ainsi été convenu d'un entretien fixé au 27 janvier 2012.

**d.** Le 27 janvier 2012, A\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont discuté des modalités de départ de l'employé.

Selon D\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ lui avait dit souhaiter quitter l'entreprise en raison de son incapacité d'obtenir des résultats sur le marché suisse, étant précisé que A\_\_\_\_\_ avait dû lancer une nouvelle activité sur le marché suisse, pour laquelle l'entreprise avait rencontré et rencontrait encore de véritables difficultés de pénétration du marché. Au cours de l'entretien, A\_\_\_\_\_ lui avait dit bénéficier de deux propositions émanant de sociétés françaises, respectivement d'un professionnel de la b\_\_\_\_\_ [*type d'activité concernée*] et d'un électricien, et lui avoir clairement exposé son désir de retourner en France. Ils étaient alors convenus des modalités de fin de contrat et D\_\_\_\_\_ lui avait précisé que la clause de non-concurrence ne s'appliquerait pas, puisqu'il allait exercer sa nouvelle activité sur le territoire français.

A\_\_\_\_\_ a expliqué qu'il souhaitait quitter l'entreprise, car il n'était plus en adéquation avec la politique du groupe. Il avait été satisfait des conditions de départ qui lui avaient été proposées pendant cette entrevue, au cours de laquelle n'avait pas été évoquée l'application ou la non-application de la clause de non-concurrence. Il avait alors deux propositions provenant de sociétés actives dans le domaine de la b\_\_\_\_\_ [*type d'activité concernée*], l'une suisse et l'autre française, soit la société F\_\_\_\_\_. Au cours de l'entretien, D\_\_\_\_\_ lui avait demandé s'il retournerait travailler en France. A\_\_\_\_\_ l'avait informé de ces deux propositions, sans toutefois lui préciser que l'une d'entre elles émanait d'une société suisse.

e. G\_\_\_\_\_, alors directeur par intérim des ressources humaines, a rejoint les précités en fin d'entretien. D\_\_\_\_\_ lui a fait part de l'accord auquel ils étaient parvenus et l'a prié de rédiger une lettre relatant les modalités convenues.

f. Par courrier du 27 janvier 2012, A\_\_\_\_\_ a confirmé sa démission à compter du 31 janvier 2012, ajoutant avoir pris note qu'il n'aurait pas à effectuer son préavis et que cette période lui serait tout de même rémunérée, totalement ou partiellement.

g. Le 30 janvier 2012, G\_\_\_\_\_ a remis à A\_\_\_\_\_, en mains propres, un courrier daté du 27 janvier 2012, par lequel B\_\_\_\_\_ confirmait avoir reçu sa démission, laquelle prendrait effet au 31 janvier 2012. La société avait, à titre exceptionnel et "bénévole", accepté de déroger aux termes du contrat et de mettre un terme aux relations de travail à la fin du mois en cours. Le salaire fixe de A\_\_\_\_\_, incluant le prorata du treizième salaire, lui serait versé jusqu'au 31 janvier 2012. A ce salaire fixe s'ajoutaient des éléments de salaire brut complémentaires, qui seraient versés avec le "solde de tout compte" le 25 février 2012, comportant le bonus SIP pour les objectifs de 2011 de 5'000 fr., une prime spéciale sur un montant de prise de commande du marché H\_\_\_\_\_ de 3'954 fr. 85, une allocation d'aide au logement de 1'000 fr. (pour les mois de janvier et février 2012) ainsi que trois mois de salaire, soit 30'000 fr. Il était précisé que ce dernier montant avait fait l'objet d'un accord entre les parties et qu'il correspondait à la moitié du préavis contractuel, lequel n'avait pas du tout été réalisé. En fin de courrier, l'employeur a rappelé à son employé qu'il restait, malgré la fin des rapports de travail, lié par certaines obligations légales et contractuelles et qu'il devait respecter la clause de prohibition de concurrence de son contrat de travail.

Ce courrier porte les signatures de D\_\_\_\_\_ et de G\_\_\_\_\_.

D'après D\_\_\_\_\_, à cette époque, G\_\_\_\_\_ travaillait en intérim et remplaçait la titulaire du poste. Il ne maîtrisait pas toutes les subtilités des procédures de l'entreprise. La mention de la clause de non-concurrence dans le courrier du 27 janvier 2012 était fâcheuse et ne reflétait en rien l'accord passé avec A\_\_\_\_\_.

D\_\_\_\_\_ avait signé cette lettre, sans avoir au préalable relu le document de manière complète. Il n'avait pas assisté à la discussion qui avait eu lieu le 30 janvier 2012 entre G\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_.

A\_\_\_\_\_ a expliqué avoir relu attentivement le courrier qui lui avait été remis par G\_\_\_\_\_. Il lui avait ensuite confirmé son accord sur tous les points énoncés, mais s'était étonné du fait que la clause de non-concurrence lui était appliquée, car elle n'avait pas été évoquée jusqu'alors. G\_\_\_\_\_ avait demandé à pouvoir vérifier cela. Le soir-même, il lui avait remis exactement le même document, comprenant toujours la mention de l'application de la clause de non-concurrence. A\_\_\_\_\_ l'avait signé et avait alors compris qu'il ne pourrait accepter la proposition qui lui avait été faite par l'entreprise suisse.

G\_\_\_\_\_ a confirmé avoir débuté son activité professionnelle comme intérimaire dès le 6 décembre 2011, puis avoir eu un contrat de durée indéterminée dès mars 2012. Il a admis avoir fait les choses dans la précipitation et avoir utilisé un modèle de lettre standard, comportant notamment la mention de la clause de non-concurrence, que A\_\_\_\_\_ n'avait nullement évoquée avec lui. Comme la lettre de démission de A\_\_\_\_\_ était datée du 27 janvier 2012, il avait fait de même avec le courrier qu'il avait préparé. A\_\_\_\_\_ était allé lire cette missive dans son bureau et était revenu sans y apporter de commentaire; il avait indiqué alors qu'il voulait retourner en France, dès lors que l'environnement commercial en Suisse ne lui convenait pas.

**h.** Le 20 février 2012, par courrier recommandé de son conseil, A\_\_\_\_\_ a rappelé que son contrat comportait une clause de non-concurrence, qu'il avait donné sa démission le 27 janvier 2012 pour le 31 janvier 2012 et que, le même jour, son employeur lui avait remis en mains propres un courrier dans lequel il mentionnait les sommes qui lui seraient payées le 25 février 2012 et par lequel il lui rappelait qu'il restait tenu de respecter la clause de non-concurrence. Dès lors, il tenait à attirer l'attention de B\_\_\_\_\_ sur les modalités de calcul de l'indemnité y relative. Ayant perçu un salaire brut total de 86'242 fr. 25 pour la période allant du 1<sup>er</sup> septembre 2011 au 31 janvier 2012, sa rémunération moyenne annuelle brute était de 206'981 fr. 40 et, en conséquence, l'indemnité de non-concurrence, correspondant à 20% du salaire, s'élevait à 3'449 fr. 69 par mois. Il a demandé à B\_\_\_\_\_ de lui confirmer qu'elle verserait ce montant le 25 de chaque mois, du 25 février 2012 au 25 janvier 2014.

Par courrier du 7 mars 2012, B\_\_\_\_\_ a indiqué que lors de l'entretien qu'il avait eu le 27 janvier 2012 avec D\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ avait mentionné qu'il n'avait nullement l'intention de solliciter le marché suisse dans le cadre de sa prochaine activité professionnelle. Cette déclaration avait été prise en compte dans le calcul de son "solde de tout compte" et dans l'accord relatif à sa libération quasi immédiate. La société a expliqué qu'elle n'entendait pas revendiquer le respect de

cette clause de non-concurrence et que la phrase y relative, figurant dans son courrier du 27 janvier 2012, était erronée. En conséquence, la requête de A\_\_\_\_\_ à ce sujet était nulle et elle considérait que cette affaire était close.

**i.** En raison des revendications de A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_ a suspendu le versement prévu pour le 25 février 2012, ainsi que la rédaction de son attestation de travail, indiquant que ce blocage prendrait fin dès que A\_\_\_\_\_ lui aurait confirmé que le dossier était clos.

**j.** Le 5 mars 2012, A\_\_\_\_\_ a commencé un nouvel emploi, en France, auprès de la société F\_\_\_\_\_, active dans le domaine la b\_\_\_\_\_ [*type d'activité concernée*].

**k.** Par courrier du 17 avril 2012, A\_\_\_\_\_ a rappelé, par l'intermédiaire de son conseil, qu'en contrepartie de la résiliation immédiate de son contrat de travail, son ancien employeur s'était engagé à lui verser le montant brut de 40'957 fr. 40 - soit un montant net de 32'525 fr. 50 - le 25 février 2012, mais ne l'avait pas fait et avait suspendu ce transfert en raison des prétentions qu'il faisait valoir à son encontre. Or, selon lui, pareil façon de faire n'était pas acceptable, le versement de ce montant ayant été convenu. En conséquence, il mettait B\_\_\_\_\_ en demeure de lui payer cette somme avant le 20 avril 2012, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 25 février 2012.

**l.** Le 19 avril 2012, B\_\_\_\_\_ a versé sur le compte bancaire de A\_\_\_\_\_ le montant net de 7'854 fr. 85 à titre de "solde provisoire de paie".

**m.** Le 26 avril 2012, par l'intermédiaire de son conseil, B\_\_\_\_\_ a maintenu sa position, précisant que l'employé avait été délié, oralement puis par écrit, de la clause de non-concurrence. Elle a conclu sa missive en signalant que le versement du montant encore dû serait effectué dès que A\_\_\_\_\_ aurait compris que la clause de non-concurrence ne serait pas mise en œuvre et accepté de renoncer à la revendication y relative.

Le 1<sup>er</sup> mai 2012, A\_\_\_\_\_ a répondu que son employeur n'avait nullement renoncé à la clause de non-concurrence et avait d'ailleurs expressément mentionné son maintien dans son courrier du 27 janvier 2012. Lui-même avait respecté ladite clause en cherchant un emploi dans un autre pays. Dans la mesure où la clause figurait dans un contrat bilatéral, B\_\_\_\_\_ ne pouvait y renoncer seule, sans son accord. Dès lors, il a réitéré sa demande qu'elle lui versât mensuellement le montant de 3'449 fr. 69. Enfin, il a relevé le comportement inapproprié de l'entreprise, qui ne pouvait retenir le versement de sommes convenues au motif qu'il avait fait valoir des prétentions légitimes découlant de son contrat de travail.

**n.** Le 13 juin 2012, A\_\_\_\_\_ a fait notifié à B\_\_\_\_\_ un commandement de payer, poursuite n° \_\_\_\_\_, portant sur le montant de 24'670 fr. 65 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 25 février 2012, auquel la société a fait opposition.

**o.** Entretemps, le 24 mai 2012, A\_\_\_\_\_ a saisi l'autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes d'une requête dirigée contre B\_\_\_\_\_ tendant au versement d'une somme globale de 38'469 fr. 45, à la délivrance d'un certificat de travail et à la constatation de l'existence du droit au versement d'une somme mensuelle de 3'449 fr. 70 durant deux ans, à titre d'indemnité relative à la clause de non-concurrence.

**p.** Après s'être fait délivrer une autorisation de procéder en date du 22 juin 2012, A\_\_\_\_\_ a introduit le 27 juin 2012 au Tribunal des prud'hommes une demande en paiement, par laquelle il a conclu à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamnée à lui verser 24'670 fr. 65 nets, correspondant à la différence entre la somme due de 32'525 fr. 50 et celle perçue de 7'854 fr. 85, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 25 février 2012, ainsi que 13'798 fr. 80 dus à titre d'indemnité résultant de la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 24 mai 2012, à ce qu'il soit dit que le montant de 3'449 fr. 70 devrait lui être versé par B\_\_\_\_\_ chaque mois pendant deux ans dès la résiliation du contrat, à la délivrance d'un certificat de travail faisant état de son engagement en tant que responsable du développement commercial, ainsi que de la durée de son engagement, et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée par B\_\_\_\_\_ au commandement de payer poursuite n° \_\_\_\_\_ .

**q.** Dans sa réponse du 24 septembre 2012, B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_.

Selon elle, lors de l'entretien du 27 janvier 2012, les parties avaient renoncé au délai de résiliation de six mois et trouvé un accord sur une fin des rapports de travail au 31 janvier 2012 ainsi que sur le versement de divers montants. Elles avaient également abandonné l'application de la clause de non-concurrence, ce qui signifiait que la société avait renoncé à s'en prévaloir et que A\_\_\_\_\_ avait renoncé à la contrepartie financière prévue dans ladite clause.

Elle a ajouté que les pages 2 et 3 de la lettre qu'elle avait remise à A\_\_\_\_\_ le 30 janvier 2012 provenaient d'un modèle commun à toutes les confirmations de fin de rapports de travail et que c'était par erreur que la fin dudit courrier n'avait pas été modifiée pour correspondre à la réelle volonté des parties, laquelle avait consisté à renoncer tant à l'application de la clause de non-concurrence qu'au versement de la contrepartie financière de celle-ci.

---

Elle s'est étonnée du fait que les réclamations formulées par A\_\_\_\_\_ au sujet de la clause de non-concurrence avaient été formulées avant même l'établissement du bulletin de salaire du mois de février 2012 et qu'il s'était adjoint les services d'un conseil juridique quelques jours avant l'exécution d'un accord qu'il avait pourtant négocié seul avec elle. Si les parties n'avaient pas renoncé à l'application de la clause de non-concurrence et au versement de la contrepartie y relative, comme A\_\_\_\_\_ le prétendait, ce dernier n'aurait pas engagé des frais d'avocat, car il aurait alors dû s'attendre à recevoir le montant relatif à cette clause. Or, il savait que le dernier paragraphe du courrier de son employeur relevait d'une erreur et que la société n'allait rien payer au titre de cette clause, conformément à ce qui avait été convenu.

r. A l'audience du Tribunal du 28 novembre 2012, A\_\_\_\_\_ a réduit ses conclusions du montant net de 24'670 fr. 65, reçu de B\_\_\_\_\_, et retiré celles relatives au certificat de travail, entretemps établi par B\_\_\_\_\_.

C. a. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu que les parties avaient convenu, lors de l'entretien du 27 janvier 2012, de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence et que la mention de son maintien dans le courrier daté du même jour relevait d'une erreur. La demande de A\_\_\_\_\_ devait donc être rejetée.

b. A\_\_\_\_\_ se prévaut, pour la première fois en appel, de ce qu'une modification orale de la clause de non-concurrence n'est pas valable et qu'en tout état de cause il n'avait jamais renoncé à l'application de cette clause. Si le contrat de travail avait pris fin au terme du délai de congé contractuel de six mois, il aurait eu droit à un montant total de 80'552 fr. (60'000 fr. correspondant à six mois de salaires; 5'385 fr. de treizième; 11'667 fr. de bonus lié aux sept premiers mois et 3'500 fr. à titre d'allocation au logement). Au terme des négociations, il avait obtenu 35% de cette somme, ainsi que la libération de l'obligation de travailler, ce qui pouvait être considéré comme un arrangement impliquant des concessions réciproques, de valeur sensiblement égales. Si l'on devait admettre qu'il avait également renoncé à une indemnité de carence de 82'792 fr. (3'449 fr. 69 x 24 mois), il n'aurait obtenu que le 18% des sommes auxquelles il avait droit, de sorte que l'accord ne pourrait être qualifié de transaction et contreviendrait à l'art. 341 CO. Il soutient en outre, pour la première fois, avoir consulté un avocat avant le paiement du 25 février 2012 pour que ce dernier calcule le montant de l'indemnité de carence et en informe son employeur.

c. B\_\_\_\_\_ conteste les chiffres avancés par sa partie adverse, alléguant notamment que l'indemnité de carence se serait chiffrée à 922 fr. 20 par mois.

## EN DROIT

1. **1.1** Les jugements finaux de première instance sont susceptibles d'appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal atteint 10'000 fr. (art. 308 CPC).

En l'espèce, l'appelant a pris des conclusions pécuniaires supérieures à 10'000 fr. à l'encontre de l'intimée. Dès lors, la voie de l'appel est ouverte.

Interjeté contre une décision finale (308 al. 1 let. a CPC) auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) dans le délai utile de 30 jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 145 al. 1 let. a et 311 CPC), l'appel est recevable.

**1.2** Les parties ne contestent à juste titre pas la compétence des tribunaux genevois (art. 19 ch. 1 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue le 30 octobre 2007) et l'application du droit suisse (art. 121 al. 3 LDIP; contrat de travail du 17 octobre 2011).

**1.3** La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

2. Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a), c'est-à-dire en principe dans l'acte d'appel ou la réponse, et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

En l'espèce, l'appelant explique, pour la première fois en appel, les motifs qui l'ont poussé à consulter un avocat après la conclusion de l'accord du 27 janvier 2012. Dans la mesure où ces faits auraient déjà pu être mentionnés devant le premier juge, ils sont irrecevables en appel.

3. L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir retenu l'existence d'un accord sur la renonciation à l'application de la clause de non-concurrence. Selon lui, le sort de cette dernière n'avait pas été évoqué lors de l'entretien du 27 janvier 2012, de sorte qu'elle restait applicable aux relations de travail liant les parties.

**3.1** Selon l'art. 340 CO, 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 (al. 1). 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 (al. 2).

La liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) autorise les parties à convenir que l'abstention de concurrence sera la contrepartie du paiement d'une indemnité (arrêt du Tribunal fédéral 4C.442/1999 du 2 mars 2000 consid. 3d). Dans ce cas, la prohibition est un contrat bilatéral (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> édition, 2008, p. 607; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 2012, n. 6 ad art. 340a CO) où l'indemnité de carence constitue la rémunération du travailleur en contrepartie de l'abstention de faire concurrence et non pas la réparation d'un dommage (STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 6 ad art. 340a CO; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, n. 25 ad art. 340 CO).

**3.2** En l'espèce, la clause de non-concurrence prévoyait une interdiction de concurrence sur le territoire suisse durant deux ans suivant la fin des rapports de travail, moyennant le paiement par l'employeur, durant cette même période, d'une indemnité mensuelle équivalent à 20% du salaire mensuel moyen de l'employé. Les parties ne remettent pas en cause son existence et sa validité au moment de la signature du contrat de travail. Le litige porte sur son abandon au moment de la résiliation des rapports de travail.

Dès lors que la clause de non-concurrence prévoit le paiement d'une indemnité de carence, elle constitue un contrat bilatéral. Les parties n'ayant pas réservé un droit à l'employeur de pouvoir renoncer de manière unilatérale à l'application de l'interdiction de concurrence, son abandon est soumis à la condition de l'existence d'un accord à ce sujet, ce qu'il y a lieu d'examiner.

**4.** La question de savoir si les parties ont, d'entente entre elles, renoncé à l'application de la clause litigieuse relève de l'interprétation de leurs volontés.

**4.1** Comme pour tout contrat, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 133 III 675 consid. 3.3; 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1). Pour déterminer ce qu'une personne voulait, on peut prendre en considération des déclarations qu'elle a faites avant la conclusion du contrat ou postérieurement, et même des déclarations à des tiers. Des faits postérieurs, comme un début d'exécution, peuvent être significatifs (CORBOZ, La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complément, in Le contrat dans tous ses états, 2004, p. 271).

**4.2** En l'espèce, le 27 janvier 2012, les parties ont négocié les modalités de départ de l'appelant, ce dernier souhaitant quitter la société au plus vite. L'intimée a alors renoncé au respect du délai de congé de six mois, permettant ainsi à l'appelant de donner sa démission le 27 janvier 2012 pour le 31 janvier suivant. Une indemnité de départ, correspondant à trois mois de salaire, a été convenue entre les parties. Ces négociations ont eu lieu entre l'appelant et le représentant de l'intimée, G\_\_\_\_\_ n'ayant rejoint les parties qu'en fin d'entretien.

Sur instructions de l'intimée, G\_\_\_\_\_ a rédigé un courrier énonçant les termes de l'accord et indiquant notamment que les montants versés le 25 février 2012 le seraient "pour solde de tout compte". L'utilisation de cette expression suggère la volonté des parties de déterminer de manière définitive les sommes encore dues à l'appelant par l'intimée. Cet élément plaide en faveur d'un accord sur l'abandon de la clause de non-concurrence dès lors qu'elle prévoyait le versement d'une indemnité par l'employeur après la fin des rapports de travail.

Aux termes de son courrier, G\_\_\_\_\_ a toutefois rappelé à l'appelant les obligations auxquelles celui-ci était tenu, en faisant notamment mention du respect de la clause de non-concurrence. S'il est vrai que cette indication laisse supposer le maintien de la clause de non-concurrence, son auteur a confirmé, lors de son audition, avoir rédigé le courrier destiné à l'appelant dans la précipitation, en reprenant un modèle de lettre comportant cette mention, sans intention de sa part de donner un contenu réel à ladite mention. Cette dernière n'a donc pas été dictée par D\_\_\_\_\_ qui avait négocié avec l'appelant les termes de son départ et qui affirme avoir expressément indiqué que la clause de non concurrence ne trouverait pas application, et procède, selon G\_\_\_\_\_, d'une inadvertance.

Pour sa part, l'appelant a admis avoir été surpris de constater, à la lecture de la lettre précitée, le maintien de la cause de non-concurrence, laissant ainsi penser qu'à l'issue de son entretien du 27 janvier 2012, il considérait cette clause comme n'étant plus applicable, celle-ci n'ayant, à ses dires, pas été évoquée dans la négociation de départ. Ses allégués, selon lesquels il aurait fait part de son étonnement à G\_\_\_\_\_, qui lui aurait confirmé le maintien de la clause, ne sont corroborés par aucun élément du dossier. G\_\_\_\_\_ les a au demeurant clairement contredits en affirmant qu'il n'avait pas évoqué la clause de non-concurrence avec l'appelant et que ce dernier ne lui avait fait aucun commentaire après avoir lu le courrier qu'il lui avait remis.

L'appelant a en outre admis que, lors de l'entretien du 27 janvier 2012, le représentant de l'intimée l'avait questionné sur le pays dans lequel il comptait travailler à l'avenir. Cet élément constitue un indice en faveur d'une discussion sur l'application ou non de la clause de non-concurrence, l'employeur s'inquiétant des risques liés à l'exercice par son ancien employé d'une activité concurrente.

Sur le sujet, G\_\_\_\_\_ a précisé que l'appelant lui avait dit vouloir retourner travailler en France, dès lors que l'environnement commercial en Suisse ne lui convenait pas. Cette déclaration vient corroborer les allégués de l'intimée sur la motivation exposée par l'appelant, lors de l'entretien du 27 janvier 2012, de vouloir retourner exercer une activité en France. Il en résulte que l'appelant avait, lors des négociations, l'intention de quitter la Suisse et de travailler en France. Il disposait d'ailleurs déjà de la proposition d'emploi de F\_\_\_\_\_, société pour laquelle il travaille depuis le 5 mars 2012. Ces éléments ont été susceptibles d'influencer l'intimée en vue d'accepter l'abandon de la clause de prohibition de concurrence. Quant à l'appelant, en acceptant l'annulation de cette clause, et partant de l'indemnité de carence, il obtenait une indemnité de départ correspondant à trois mois de salaires, ainsi qu'une résiliation quasi immédiate de son contrat de travail, ce qui lui a permis de répondre favorablement à l'une des propositions de travail qui lui avaient été faites. L'économie générale de l'accord conclu entre les parties s'en trouve dès lors renforcée.

L'appelant a consulté un avocat au mois de février 2012 pour invoquer le respect de la clause de non-concurrence, alors même que le paiement de la première indemnité de carence n'était pas encore exigible, à supposer que la clause restait applicable. Cette attitude pourrait trouver une explication si l'appelant avait eu un doute sur l'application de la clause et, partant, sur son obligation de la respecter. Toutefois, il n'y avait à cet égard aucune urgence, puisqu'il ressort des dires de l'intimée et du témoignage de G\_\_\_\_\_ que l'employé n'avait aucune intention de continuer à travailler en Suisse.

C'est donc à juste titre que le Tribunal a retenu l'existence d'un faisceau d'indices plaçant en faveur de la conclusion d'un accord, lors de l'entretien du 27 janvier 2012, sur l'abandon de la clause de non concurrence (art. 17 du contrat de travail). La mention du maintien de cette clause dans le courrier de l'intimée du 27 janvier 2012 procède d'une erreur de l'intimée et ne correspond pas à la volonté intime de l'employeur, ce dont l'appelant a pu se rendre compte.

5. L'appelant soutient encore que la renonciation à une clause de non-concurrence est soumise à la forme écrite, de sorte qu'en vertu de l'art. 11 al. 1 CO, un accord oral n'est pas valable.

**5.1** Il résulte de l'art. 340 al. 1 CO que la clause d'interdiction de concurrence doit respecter la forme écrite. Cette exigence a pour but de permettre au travailleur de prendre conscience de l'importance de son engagement et de la limitation de sa liberté économique (WYLER, op.cit., p. 597). Elle est de droit relativement impératif, de sorte qu'un accord entre les parties peut y déroger en faveur du seul travailleur (art. 362 CO; cf. BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1989, p. 87; KUHN, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, 1981, p. 28).

La renonciation à l'application d'une clause de non concurrence n'est ainsi soumise à aucune exigence de forme (cf. STAEHELIN, op. cit., n. 8 ad. art 340 CO).

Lorsque les parties ont, comme en l'espèce, convenu du paiement d'une indemnité de carence, cette dernière constitue un élément de l'interdiction de concurrence, de sorte qu'elle doit également revêtir la forme écrite (STAEHELIN, op. cit., n. 24 ad. art 340 CO).

Toutefois, dès lors que la renonciation à l'application d'une clause de non-concurrence n'est soumise à aucune condition de forme, il y a lieu d'en déduire que l'annulation d'un accord portant sur une interdiction de concurrence moyennant une indemnité de carence n'exige lui non plus aucune forme spéciale. La révocation de cet accord ne contrevient en effet pas au caractère relativement impératif de l'art. 340 al. 1 CO.

**5.2** Au demeurant, contrairement à l'argumentation de l'appelant, l'art. 12 CO ne trouve pas application en l'occurrence, ce pour les raisons qui suivent.

Aux termes de l'art. 12 CO, lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte. En revanche, selon l'art. 115 CO, une remise de dette n'est soumise au respect d'aucune forme spéciale, même si, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous une certaine forme. La forme requise selon l'art. 12 CO pour toute modification du contrat prévaut, dans un contrat synallagmatique parfait, si la dette remise totalement ou partiellement ne constitue pas la seule obligation restant à exécuter et qu'il subsistera, à charge du créancier disposant, une contre-prestation non supprimée à l'occasion de la remise de dette (arrêt 4A\_49/2008 du 9 avril 2008 consid. 2.1; 5A\_251/2010 du 19 novembre 2010 consid. 6.1.1).

En l'espèce, les parties ont renoncé à leurs créances réciproques liées à la clause de non-concurrence. Leur accord équivaut ainsi à une annulation de ladite clause. En vertu de l'art. 115 CO, cette annulation pouvait intervenir sans forme, car, selon la jurisprudence, cette disposition s'applique non seulement à la remise de carences, mais également à l'annulation d'actes juridiques (cf. ATF 95 II 419, in JdT 1970 I 637 consid. 2d).

Le grief de l'appelant doit donc être rejeté.

- 6.** L'appelant invoque enfin une violation de l'art. 341 al. 1 CO, dès lors que les concessions admises par les parties au terme de leur accord, telles que retenues par le Tribunal et confirmées ci-dessus au consid. 4.2, ne sont pas équitables.

---

**6.1** Selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Selon la jurisprudence, cette disposition, qui prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2b p. 61). Ainsi, par exemple, la protection accordée par les art. 336 ss CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (arrêt du Tribunal fédéral 4C.339/2003 du 19 février 2004 consid. 3.1 et références citées).

**6.2** En l'espèce, l'appelant ne précise pas à quelle créance découlant d'une disposition de droit impératif il aurait renoncé, étant précisé qu'il n'a abandonné, lors des négociations, aucune prétention salariale née avant la fin des rapports de travail, ce qui n'est pas contesté. Sa renonciation à l'indemnité de carence prévue par son contrat de travail ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 341 al. 1 CO, puisque, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (cf. consid. 5.1), l'abandon de la clause de non-concurrence dans sa globalité n'est pas protégé par le caractère relativement impératif de l'art. 362 CO. Par ailleurs, l'initiative du congé anticipé émane de l'employé, de sorte qu'il paraît difficile de pouvoir admettre une renonciation au délai de congé prévu, de manière impérative, en cas de résiliation immédiate injustifiée (art. 337c et 362 CO; cf. à ce sujet AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 8 ad art. 335a CO, qui admet la nécessité d'une véritable transaction lorsque l'initiative de la résiliation anticipée émane de l'employeur).

En tout état de cause, même à supposer l'application de l'art. 341 al. 1 CO au cas d'espèce, il y a lieu de constater que les parties sont parvenues à un accord comportant des concessions réciproques, d'importance comparable. L'employé a en effet obtenu, ainsi qu'il le souhaitait, la cessation quasi immédiate de son contrat de travail afin de débiter, au mois de mars 2012, une nouvelle activité auprès d'un autre employeur. Il a également reçu une indemnité de départ équivalant à trois mois de salaire. En contrepartie, l'employeur a obtenu l'abandon de la clause de non concurrence prévoyant une indemnité de carence. Contrairement à ce que prétend l'appelant, l'annulation de cette clause ne crée pas un déséquilibre entre les concessions faites par chacune de parties. Certes, l'employé avait annoncé qu'il comptait reprendre un emploi en France, de sorte que les risques de concurrence pouvaient apparaître comme étant moindres aux yeux de l'employeur. Il n'en demeure pas moins que l'abandon de cette clause permettait à l'employé, s'il changeait d'avis, de revenir travailler en Suisse durant

les deux ans suivant le congé, sans être exposé au risque de devoir payer la pénalité équivalent à une année de salaire.

Ce grief doit par conséquent également être écarté.

**6.3** Le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris sera donc confirmé et l'appel rejeté.

7. Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC). Ils seront arrêtés à 1'500 fr. (art. 71 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10), étant précisé que la valeur litigieuse correspond au montant de l'indemnité de carence réclamé (3'449 fr. 70), multiplié par vingt-quatre mois, soit à un total de l'ordre de 83'990 fr. Ces frais seront compensés avec l'avance de même montant fournie par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/75/2013 rendu le 28 février 2013 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/10393/2012-3.

**Au fond :**

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

**Sur les frais d'appel :**

Arrête les frais judiciaires à 1'500 fr.

Les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais déjà opéré par lui, qui reste acquise à l'Etat.

**Siégeant :**

Madame Sylvie DROIN, présidente, Monsieur Alphonse SURDEZ, juge employeur, Madame Andrée HOPPE, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWE, greffière.

*Indication des voies de recours et valeur litigieuse :*

*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 fr. 15'000.-.*