

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12704/2015-3

CAPH/51/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 30 MARS 2017

Entre

Monsieur A_____, domicilié_____ (GE), appelant et intimé sur appel joint d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 24 juin 2016 (JTPH/245/2016), comparant par M^e Christian D'ORLANDO, avocat, Fontanet & Associés, Grand Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'une part,

et

B_____ **SA**, sise_____ (GE), intimée et appelante sur appel joint, comparant par M^e Christian SCHILLY, avocat, Meyerlustenberger Lachenal, rue du Rhône 65, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 31 mars 2017.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/245/2016 du 24 juin 2016, reçu le 27 juin 2016 par les parties, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 20 novembre 2015 par A_____ contre B_____ SA (ch. 1 du dispositif), déclaré recevable la demande formée le 22 janvier 2016 par B_____ SA contre A_____ (ch. 2), déclaré recevable le document intitulé "Commentaire de la rémunération variable de A_____ 2014" produit le 20 avril 2016 par B_____ SA (ch. 3), condamné B_____ SA à payer à A_____ la somme brute de 7'083 fr., plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} avril 2015 (ch. 4), condamné A_____ à payer à B_____ SA la somme nette de 32'182 fr., plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 19 mars 2015 (ch. 5), condamné B_____ SA à remettre à A_____ un décompte de salaire de décembre 2014 rectifié, ne faisant pas mention du versement de la somme brute de 63'018 fr. à titre d'indemnité de non-concurrence (ch. 6), prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____M, à hauteur de 32'182 fr., plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 19 mars 2015 (ch. 7), dit que la poursuite n° 1_____M ira sa voie à hauteur du montant précité (ch. 8), invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 9) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 10).

Pour le surplus, le Tribunal a arrêté les frais de la procédure à 1'490 fr. (ch. 1), les a mis à la charge de A_____ (ch. 2), l'a condamné à verser 1'490 fr. à B_____ SA (ch. 3), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toute autre conclusion.

B. **a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 26 août 2016, A_____ a fait appel de ce jugement, sollicitant son annulation. Il a principalement conclu à ce que la Cour condamne B_____ SA à lui payer la somme de 18'000 fr., sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2015, ordonne à B_____ SA, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP, de modifier le certificat de salaire de décembre 2014 ne faisant pas mention du versement de la somme brute de 63'018 fr. à titre d'indemnité de non-concurrence et déboute B_____ SA de toutes autres ou contraires conclusions, avec suite de frais et dépens. A titre subsidiaire, il a conclu à ce que la Cour condamne B_____ SA à lui payer l'indemnité mensuelle de non-concurrence de 5'251 fr. 50 dès le 20 mars 2015 jusqu'au 20 décembre 2015, sous déduction des charges sociales usuelles, et dise qu'un intérêt de 5% l'an sera dû sur toute mensualité échue, la première fois dès le 21 mars 2015, reprenant ses conclusions principales pour le surplus.

b. Dans sa réponse du 3 octobre 2016, B_____ SA a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens. Elle a formé un appel joint, concluant à l'annulation des chiffres 5 et 7 du dispositif du jugement et, cela fait, à ce que la Cour condamne A_____ à lui payer la somme de 141'786 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015 et 7'182 fr. plus intérêts à 5% dès le 19 mars 2015, prononce à due concurrence de ces montants la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____M et déboute A_____ de toutes autres ou contraires conclusions, avec suite de frais et dépens.

c. A_____ a conclu au déboutement de B_____ SA de toutes ses conclusions sur appel joint, avec suite de frais et dépens.

d. Par avis du 9 décembre 2016, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juer.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure:

a. B_____ SA est une société anonyme dont le but est le suivant: une centrale d'achats pour articles, produits et marchandises; la création, exploitation ou concession de label commercial; la promotion des ventes, le commerce et la fabrication d'articles, de produits et de marchandises, le stockage et le transport d'articles, de produits et de marchandises par voie terrestre, aérienne ou maritime; la définition et la mise en réalisation de produits nouveaux; l'examen et le contrôle d'articles, de produits et de marchandises; la mise en œuvre de toutes formes de vente en gros, demis gros et détail, notamment la vente sur catalogue; la création, l'exploitation ou la concession de marques commerciales ou de brevets; la publicité; la publication d'études commerciales ou économiques; la formation professionnelle et le perfectionnement de cadres et d'agents techniques; la représentation et la défense d'intérêts professionnels; les participations.

C_____ et D_____ en sont les directeurs.

B_____ SA est une filiale suisse du groupe français E_____.

b. Le groupe E_____ exploite des hypermarchés, des supermarchés, des commerces de proximité, des *cash & carries* et des hypercash.

Les *cash & carries* et les hypercash offrent aux commerçants, restaurateurs et autres professionnels une vaste gamme de produits alimentaires et non alimentaires à prix de gros. Présentés directement sur palettes, les produits sont vendus à l'unité ou en gros conditionnement. A la fin de l'année 2014, le groupe E_____ comptait 175 magasins de *cash & carry* répartis en France (143), en Europe (19) et autres pays (13).

Le groupe E_____ est présent dans 35 pays avec plus de 11'900 magasins et réalisait, en 2012, un chiffre d'affaires de 73 milliards d'euros.

c. F_____ AG, ou le groupe F_____, est un groupe de distribution allemand de produits alimentaires et d'équipement. Il possède des enseignes de vente en gros (*cash & carry*) aux professionnels dans de nombreux pays, dont la France (93 entrepôts), avec F_____ et G_____. Le groupe est également présent dans le commerce alimentaire grand public en Allemagne sous l'enseigne H_____, dans le commerce non-alimentaire grand public avec I_____ et J_____ dans plusieurs pays d'Europe et exploite en outre des magasins grand public K_____.

Le *cash & carry* représente son activité principale et le moteur de son développement l'international.

Le groupe F_____ a rejoint M_____ et N_____ dans la centrale O_____. Après avoir débuté, en automne 2014, une coopération pour négocier conjointement avec les fournisseurs internationaux, le groupe F_____ et M_____ ont annoncé un accord de partenariat prévoyant des négociations sur les produits manufacturés de marque au niveau national en France en septembre 2015. Par cet accord, le groupe F_____ confiait à la centrale d'achat du groupe M_____ en France les négociations d'achat pour l'année 2016, couvrant les marques majeures en France.

d. Après avoir été embauché par le groupe E_____ en octobre 2004, A_____ a conclu un contrat avec B_____ SA le 28 septembre 2009, selon lequel il était engagé en qualité de négociateur international à compter du 1^{er} octobre 2009 pour un salaire mensuel brut de 3'630 fr., versé treize fois et demi l'an. A ce montant s'ajoutaient une indemnité de logement de 1'500 fr. brut par mois, versée douze fois l'an, ainsi qu'une indemnité de frais forfaitaires de voiture de 750 fr. net par mois, versée douze fois l'an.

L'article 3 de ce contrat prévoyait en outre la chose suivante: "*[à] cette rémunération s'ajoutera une prime de performance annuelle fonction de la performance personnelle de Monsieur A_____. Cette prime sera comprise entre 0 et 3 mois de salaire et sera versée au cours du premier semestre suivant la fin de chaque exercice.*

Cet intéressement sera lié à un plan d'action annuel établi en accord avec le supérieur hiérarchique. Le montant de l'intéressement effectif sera fixé en fonction du degré de réalisation du plan d'action annuel évalué au cours d'un entretien spécifique.

L'article 5 du contrat mentionnait que les fonctions que A_____ était appelé à remplir étaient susceptibles de lui donner accès à des informations et à des documents de caractère confidentiel, qu'ils soient ou non apparemment classés

comme tels. Le travailleur reconnaissait qu'il serait dans ses fonctions de contribuer à préserver cette confidentialité à l'intérieur comme à l'extérieur du groupe E_____ et il s'obligeait, en conséquence, à prendre toutes les précautions nécessaires dans les tâches qui lui seraient confiées pour ne pas y déroger. Cette obligation persistait même en cas de départ pour quelque motif que ce soit. A_____ était en outre rendu attentif à la teneur de l'art. 14 du règlement du personnel, selon lequel les employés s'engageaient notamment à ne révéler aucun renseignement, aucune information, ni aucun secret d'affaires qui auraient pu leur être confiés ou dont ils auraient pu avoir connaissance en raison de leur emploi au sein de l'entreprise, ceci durant la durée de validité du contrat et au-delà. Cet article prévoyait en outre que les employés s'engageaient, dès la fin des rapports de travail, à restituer à l'employeur tous les documents qui étaient en leur possession en raison de leur emploi et à ne garder aucune copie de ces documents.

L'article 7 du contrat, intitulé "Indemnité de rupture Non-concurrence", avait la teneur suivante: "*[a]u regard de l'importance des fonctions de Monsieur A_____ au sein de la société et du Groupe E_____, celui-ci s'interdit durant toute la durée du Contrat de travail, et pendant une durée d'une année après la notification de la rupture du Contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, et à l'initiative de l'une ou l'autre des parties:*

- *d'entrer au service d'une entreprise concurrente.*
- *de s'intéresser directement ou indirectement sous quelque forme ou à quelque titre ou en quelque capacité que ce soit, à toutes activités pouvant concurrencer les activités de B_____ SA ou de toute société du Groupe E_____.*

Les activités interdites ne pourront être exercées sur la zone géographique o[ù] Monsieur A_____ aura exercé son activité pour le compte de B_____ SA ou du Groupe au cours des deux années précéd[ant] la rupture du Contrat de travail.

En contrepartie, Monsieur A_____ recevra, pendant toute la durée de son obligation de non-concurrence une indemnité mensuelle équivalent aux 2/3 de son salaire fixe mensuel moyen (hors prime et bonus de toute nature) perçu au cours des douze mois précédent la notification de la rupture du Contrat de travail. Cette indemnité sera versée aux échéances habituelles de la paye, pendant la période de non concurrence.

E_____ pourra toutefois décharger Monsieur A_____ de cette obligation à la condition de l'en informer dans les 15 jours de la date d'envoi de la notification de rupture, auquel cas il sera déchargé de toute indemnité de non concurrence telle que susmentionnée.

En cas de violation de la présente clause de non-concurrence de sa part, Monsieur A_____ sera redevable envers B_____ SA d'une pénalité fixée

forfaitairement à 18 mois de salaire fixe mensuel moyen tel que défini ci-dessus. Cette somme sera due pour chaque infraction constatée, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure d'avoir à cette l'activité interdite.

Le paiement de cette pénalité forfaitaire ne libérera en aucun cas Monsieur A_____ de son obligation de non-concurrence, et s'entend sans préjudice [...] du droit d'obtenir remboursement par A_____ des montants qui auraient été versés par B_____ SA à l'intéressé, au titre de la clause mentionnée ci-dessus, depuis le jour de la violation par Monsieur A_____ de son obligation de non-concurrence.

Monsieur A_____ s'interdit, sans le consentement préalable et écrit de B_____ SA et, pendant une période de 12 mois après la cessation du Contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, de débaucher ou tenter de débaucher, offrir un emploi ou employer, directement ou indirectement, à son profit personnel ou au profit de toute entreprise dans laquelle Monsieur A_____ détiendrait directement ou indirectement un intérêt, de quelque manière que ce soit et à quelque titre que ce soit, toute personne qui aurait été au cours de 12 mois précédant la cessation du Contrat de travail, employée par B_____ SA ou en pourparlers en vue d'être embauchée par B_____ SA.

[...]."

e. Le salaire mensuel brut de base de A_____ a été régulièrement augmenté. Sans tenir compte de l'indemnité de logement de 1'500 fr. brut par mois, de l'assurance frais médicaux de 200 fr. 85 brut par mois et des frais de voiture de 750 fr. net par mois, il était de 4'830 fr. brut en janvier 2013, passant à 4'898 fr. brut dès le mois d'avril 2013 et à 5'002 fr. brut dès le mois d'avril 2014.

f. Jusqu'en 2013, A_____ a perçu une prime de performance chaque année. Celle-ci s'est élevée à 17'997 fr. brut pour l'année 2010, 19'701 fr. brut pour l'année 2011, 16'965 fr. brut pour l'année 2012 et 15'607 fr. brut pour l'année 2013.

g. Les 24 avril et 10 juin 2014, A_____ a reçu des rappels à l'ordre de la part de P_____ – son supérieur hiérarchique direct –, lui reprochant d'arriver en retard au bureau à plusieurs reprises et lui enjoignant d'être à son poste à 9 heures au plus tard.

h. A la mi-juillet 2014, C_____ a demandé à A_____ de transmettre l'intégralité de ses dossiers à Q_____ , négociatrice internationale au sein de B_____ SA depuis mars 2014. Il devait occuper un nouveau poste de coordinateur international *supply chain* qui était confidentiel et dont il devait définir les contours.

i. Au moment de la passation de dossiers en juillet 2014, les contrats R_____, S_____ ainsi que T_____ dont A_____ s'occupait n'étaient pas signés.

j. Par courrier du 29 septembre 2014 adressé à B_____ SA, A_____ a résilié son contrat du 28 septembre 2009 pour le 31 décembre 2014, sans donner de motif particulier.

B_____ SA a accusé réception de ce courrier le 1^{er} octobre 2014 et a immédiatement libéré A_____ de son obligation de travailler.

k. A_____ a indiqué à ses collègues qu'il souhaitait reprendre l'activité d'une entreprise familiale détenue par son beau-père.

l. Fin septembre 2014, A_____ a imprimé le tableau des performances dans lequel apparaissait, sous le nom de Q_____, une différence positive de 1'598'000 EUR entre le résultat et le budget.

m. Le 9 décembre 2014, une réunion s'est tenue dans les locaux de B_____ SA, lors de laquelle A_____, P_____ et D_____ étaient présents, et dont le but était d'établir un solde de tous comptes au 31 décembre 2014.

Lors de cette réunion, P_____ et D_____ ont présenté une convention d'accord à A_____ selon laquelle ce dernier continuerait à percevoir son salaire aux conditions habituelles, le treizième salaire afférent à l'année 2014 lui étant réglé avec son salaire de décembre 2014. La convention contenait en outre notamment un article 3 intitulé "*Interdiction de concurrence*", lequel prévoyait que les parties convenaient d'aménager et/ou de préciser la clause de non-concurrence contenue à l'art. 7 de leurs contrats de la manière suivante:

- " - *L'interdiction de concurrence faite à A_____ se comprend pour la période d'une année à compter du 31 décembre 2014; elle est par ailleurs limitée aux sociétés, françaises et internationales des groupes : U_____, M_____, V_____, F_____, W_____, ainsi qu'à la société X_____ (Belgique).*
- *L'indemnité de non concurrence – équivalent à 2/3 du salaire mensuel brut moyen (hors toutes formes d'indemnités, primes et/ou intéressements) réalisé par A_____ au cours des 12 mois précédant la résiliation des rapports de travail (soit du 01 janvier 2014 au 31 décembre 2014) sera versée à A_____ à compter de la fin des rapports de travail soit le 31 décembre 2014, jusqu'au 31 décembre 2015. Cette indemnité s'élève à 63'018 CHF bruts annuels. Ce montant, après déduction des charges sociales, autres retenues légales applicables et impôts sera divisé en douzièmes et versé mensuellement, en principe le 25 de chaque mois suivant*

celui au cours duquel les rapports de travail auront pris fin, et pour la dernière fois en décembre 2015."

L'article 5 de la convention prévoyait en outre que les parties se donnaient réciproquement quittance pour solde de tous comptes et de toutes prétentions.

A_____ n'a pas signé cette convention.

n. Par email du 17 décembre 2014 adressé à C_____, avec copie à D_____ et P_____, A_____ a indiqué que la convention d'accord qui lui avait été présentée contenait une clause de non-concurrence différente de celle mentionnée dans son contrat de travail. De plus, l'affirmation selon laquelle il n'avait plus aucune prétention à faire valoir à l'encontre de la société ou du groupe E_____ impliquait qu'il renonce à son bonus 2014, puisque ce dernier ne figurait pas dans la convention.

Il rappelait par ailleurs que depuis mi-juillet 2014, il avait été contraint de venir travailler alors qu'il n'avait plus de mission dans la mesure où il avait dû transmettre tous ses dossiers à Q_____ le 18 juillet 2014. Il lui avait également été faite interdiction de communiquer à l'interne comme à l'externe sur un éventuel projet *supply chain* qui était loin d'être confirmé et sans lequel il n'aurait "qu'à quitter la société".

Enfin, il relevait que C_____ lui avait indiqué à plusieurs reprises qu'il était un mauvais élément, et ce alors qu'il avait toujours atteints voire dépassés ses objectifs, P_____ lui ayant par ailleurs fait un retour positif deux jours avant l'entretien annuel du 18 juillet 2014. Il ajoutait enfin que c'était en raison de tous ces éléments que, après onze ans auprès de E_____, il avait pris la décision de démissionner.

o. Par courrier du 19 décembre 2014, B_____ SA a notamment pris acte du fait que A_____ ne souhaitait pas réaménager sa clause de non-concurrence, qui restait donc ce qu'elle était, et lui a confirmé qu'il recevrait l'indemnité de non-concurrence d'un montant de 63'018 fr. brut, versée en douze mensualités de 5'251 fr. 50 brut, durant les mois de janvier à décembre 2015. B_____ SA a par ailleurs rejeté les prétentions de A_____ en paiement d'un bonus pour l'année 2014, en raison, d'une part, du fait que le bonus n'entrait en considération que pour les employés encore sous contrat de travail au moment de son versement et, d'autre part, du fait que ses performances individuelles n'étaient pas à la hauteur des attentes de la société.

A ce courrier était notamment joint un certificat de travail et un décompte de salaire définitif pour le mois de décembre 2014 mentionnant l'indemnité de non-concurrence de 63'018 fr. ainsi que les déductions sociales sur cette somme, dont les impôts.

p. Par courrier du 27 janvier 2015 à B_____ SA, A_____ a indiqué que, compte tenu du fait que la prime de performance était prévue contractuellement, elle était une part variable de son salaire et faisait partie intégrante de sa rémunération. Par ailleurs, il avait rempli, voire dépassé, les objectifs qui lui avaient été fixés. Enfin, aucune clause du contrat de travail ou du règlement du personnel ne conditionnait le paiement de cette prime à la présence du travailleur au moment de son versement. En conséquence, il réclamait le versement d'une prime d'un montant au moins équivalent à celui des années précédentes.

Par ailleurs, dans la mesure où le décompte de salaire définitif de décembre 2014 faisait mention d'une indemnité de non-concurrence de 63'018 fr., pour laquelle des impôts à la source avaient été retenus, il en a réclamé le versement afin que B_____ SA se conforme à ses déclarations auprès de l'administration fiscale.

Enfin, A_____ a indiqué que le certificat de travail reçu était incomplet en tant que la description des fonctions et des responsabilités qu'il avait assumées était partielle, précisant les termes qu'il souhaitait y voir ajouter.

q. Par courrier du 12 février 2015 à A_____, B_____ SA a refusé d'accélérer le versement de l'indemnité de non-concurrence et de verser une prime de performance dans la mesure où les performances de A_____ n'étaient pas à la hauteur de ses attentes.

A ce courrier était joint un nouveau certificat de travail dont la teneur avait été modifiée pour tenir compte, dans la mesure du possible, des remarques de A_____.

Selon ce certificat, les fonctions et responsabilités exercées par A_____ au sein de B_____ SA étaient les suivantes:

- " - *Négocier les contrats d'une vingtaine de Grands Comptes Internationaux sur les catégories épices et spiritueux afin de les améliorer, cette activité englobant en particulier la participation à l'élaboration de stratégies de négociation, la préparation de l'argumentaire, de l'agenda et de la gestion des négociations, ainsi que la remontée de l'information à la hiérarchie;*
- [...]
- *Coordonner les négociations sur le prix d'achat européen, sous la responsabilité d'un garant pays, pour certains de ces Grands Comptes de 2009 à 2012, cette activité consistant à remonter les besoins et objectifs de négociation pour chaque pays, à obtenir la validation de ces objectifs de négociation par tous les pays, à participer à l'élaboration de la stratégie de négociation et la demande en collaboration avec le garant et les pays concernés, à gérer les agendas des réunions et des déplacements en*

collaboration avec le garant et à veiller à la mise en œuvre des business plans ainsi négociés dans les pays concernés;

- [...]."

r. Par contrat du 18 décembre 2014, A_____ a été engagé par F_____ AG à compter du 19 janvier 2015, en qualité de responsable international de catégorie dans la catégorie "détergents", pour un salaire annuel brut de 110'000 EUR, auquel pouvait s'ajouter un bonus basé sur les performances.

s. Par courrier du 17 mars 2015, B_____ SA a indiqué à A_____ avoir appris qu'il était entré au service du groupe F_____ en Allemagne, en violation de la clause de non-concurrence. Elle l'a en conséquence sommé de lui rembourser immédiatement les indemnités de non-concurrence perçues pour les mois de janvier et février 2015, soit la somme totale de 7'182 fr., de lui payer immédiatement la pénalité convenue de dix-huit mois de salaire, soit la somme de 141'786 fr., et de résilier avec effet immédiat son contrat de travail avec le groupe F_____.

A_____ a répondu qu'il n'exerçait aucune activité concurrentielle auprès du groupe F_____, qui n'était en outre pas un concurrent de B_____ SA.

t. Le 17 juin 2015, B_____ SA a fait notifier à A_____ un commandement de payer, poursuite n° 1_____M, portant sur les sommes de 7'182 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2015 et 141'786 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2015.

A_____ y a fait opposition.

u. Par courrier du 9 juillet 2015, F_____ AG a licencié A_____ pour le 31 août 2015.

D. a. Par acte déposé en vue de conciliation le 18 juin 2015 et introduit le 20 novembre 2015 devant le Tribunal des Prud'hommes, A_____ a assigné B_____ SA en paiement de 18'000 fr. brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2015 à titre de bonus et de 5'251 fr. 50 brut par mois du 20 mars au 20 décembre 2015 avec intérêt de 5% l'an sur toute mensualité échue, la première fois dès le 21 mars 2015, à titre d'indemnité mensuelle de non-concurrence. La procédure a été ouverte sous le numéro de cause C/12704/2015.

b. En parallèle, B_____ SA a, en date du 10 novembre 2015, saisi l'Autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes d'une requête de conciliation dirigée contre A_____, tendant à le condamner au paiement de 141'786 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015 à titre de peine conventionnelle et de 7'182 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 15 février 2015 à titre de remboursement des indemnités de non-concurrence versées, ainsi qu'au prononcé de la mainlevée définitive de

l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____M, à due concurrence de ces montants, avec suite de frais et dépens. Cette procédure a été ouverte sous le numéro de cause C/23838/2015.

c. Dans sa réponse du 18 janvier 2016, B_____ SA a notamment conclu, à titre préalable, à la suspension de la procédure C/12704/2015 jusqu'à l'introduction de sa propre demande en paiement dans la cause C/23838/2015 et à la jonction de ces deux causes, concluant principalement au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

d. Au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 18 janvier 2016, B_____ SA a déposé une demande de paiement le 22 janvier 2016 auprès du Tribunal des prud'hommes. Préalablement, il a notamment conclu à la jonction des causes C/23838/2015 et C/12704/2015, reprenant ses conclusions principales de conciliation pour le surplus.

e. Par mémoire réponse du 4 avril 2016, A_____ a préalablement conclu à la jonction des causes C/23838/2015 et C/12704/2015 et, principalement, au déboutement de B_____ SA de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens. Il a notamment produit le tableau des performances imprimé à la fin du mois de septembre 2016.

f. Lors de l'audience du 5 avril 2016, A_____ a élargi ses conclusions, concluant ainsi à ce qu'il soit ordonné à B_____ SA, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP, de modifier le certificat de salaire de décembre 2014 et de le communiquer à l'administration fiscale cantonale en rectifiant le montant de l'impôt à la source retenu, avec suite de frais et dépens.

Lors de cette même audience, le Tribunal a ordonné la jonction des causes C/23838/2015 et C/12704/2015 sous le numéro de cause C/12704/2015.

g. Le 20 avril 2016, B_____ SA a conclu au déboutement de A_____ de ses conclusions déposées à l'audience du 5 avril 2016, avec suite de frais et dépens, et produit un document intitulé "*Plan de rémunération variable annuelle 2014*" concernant A_____ ainsi qu'un commentaire de ce document.

Selon ce "*Plan de rémunération variable annuelle 2014*", qui n'est signé ni par l'appelant, ni par son supérieur hiérarchique, que ce soit sous la rubrique "*validation des objectifs*" ou sous la rubrique "*validation des évaluations et des montants*", A_____ a réalisé 117.1% de ses objectifs économiques, représentant 40% des objectifs totaux, et 0% de ses quatre objectifs individuels ("*Budget 2014 Coopérations Internationales Brutes (100% = 20M€, 200% = 20,2M€)*", "*Enchanter et accompagner les clients de B_____ SA (Pays et Fournisseurs) : Business Review, coordination internationale, Files, Enjeux, E_____ Business meetings, implication vis-à-vis des pays CRF...*", "*Signature de tous les contrats*

internationaux 2014 à résigner avant fin 2014" et "1 nouveau contrat négocié et accord écrit obtenu avant fin 2014"), représentant 60% des objectifs totaux. Sa rémunération variable annuelle économique s'élevait en conséquence à 7'083 fr.

h. Lors des débats de première instance, les parties ainsi que deux témoins ont été entendus.

h.a A_____ a notamment déclaré qu'à partir de la passation de dossiers, il n'a plus négocié car c'était Q_____ qui était en charge des négociations, C_____ lui ayant dit de ne plus négocier. Il a par ailleurs indiqué qu'il prenait connaissance dans la présente procédure du plan de rémunération variable 2014 ainsi que des commentaires de P_____. Il a en outre déclaré que B_____ SA avait requalifié la clause de non-concurrence de l'employé Y_____ le 15 novembre 2013, en listant les enseignes ainsi que les groupes à éviter, relevant que F_____ n'apparaissait pas sur cette liste.

h.b B_____ SA a notamment déclaré que A_____ avait perçu des bonus les années antérieures du fait qu'il exécutait parfaitement son travail, alors qu'il avait constaté une forte dégradation de la qualité de celui-ci en 2014, cela ayant influencé le fait qu'il n'a pas eu de bonus. Elle a par ailleurs indiqué que le tableau des performances individuelles et le tableau de statuts sur les accords commerciaux produits par A_____ étaient hautement et stratégiquement confidentiels pour elle et que l'art. 14 du règlement du personnel n'avait pas été respecté au vu du versement de ces pièces.

S'agissant du nouveau poste que devait occuper A_____, B_____ SA a indiqué avoir embauché une personne supplémentaire qui occupait indirectement ce poste, qui avait été réparti sur plusieurs collaborateurs et faisait désormais partie des négociations internationales.

B_____ SA a en outre déclaré qu'il lui arrivait de lever la clause de non-concurrence, ce qui avait d'ailleurs été le cas pour Z_____, qui travaillait dans le même département que A_____, et qui était allée travailler chez V_____, concurrent de B_____ SA. Au sujet de la convention de départ d'Y_____ signée le 15 novembre 2013 qui ne fait pas mention du groupe F_____, elle a expliqué que c'était à une époque où le groupe F_____ ne s'était pas associé au groupe M_____, ce qui n'était pas le cas lors du départ de A_____.

h.c P_____, directeur commercial dans la négociation internationale auprès de B_____ SA et entendu en qualité de témoin, a déclaré que A_____ participait à des négociations avec le groupe B_____ SA pour déterminer les conditions des accords internationaux signés avec celle-ci en termes de rémunération et de services rendus. Les données concernant les conditions des contrats internationaux des sociétés du groupe E_____ et de ses partenaires étaient confidentielles. Il a par ailleurs confirmé avoir rédigé les commentaires du plan de rémunération

variable 2014, à la demande de C_____ et D_____ entre septembre et novembre 2015, afin d'expliquer les notes de 0 portant sur les objectifs individuels de A_____ et précisé que le plan de rémunération variable 2014 était rédigé en fin d'année ou début d'année suivante.

Il a en outre déclaré qu'il avait senti que A_____ avait lâché prise en 2014 et que son implication ainsi que son engagement étaient moins importants que par le passé.

h.d Q_____, négociatrice internationale depuis mars 2014 au sein de B_____ SA et entendue en qualité de témoin, a déclaré que la mission de A_____ portait sur la logistique et que c'était confidentiel. Elle n'a pas été informée par sa hiérarchie du conflit entre A_____ et la société, n'ayant en outre jamais entendu dire à A_____ que s'il n'était pas content concernant cette nouvelle mission, il n'avait qu'à quitter la société. Elle a par ailleurs indiqué avoir touché une prime 2014 d'environ 10'000 fr., ne pouvant toutefois rien dire sur un éventuel dépassement d'objectifs de A_____. Elle se rappelait qu'il restait au moins un contrat à signer, à savoir le contrat T_____, lorsqu'elle a repris le portefeuille de A_____. Ce dernier comprenait tous les contrats figurant sur le tableau des performances mais elle ne se souvenait pas des montants qui y étaient indiqués au moment de la passation de dossiers.

i. Lors des plaidoiries finales du 17 mai 2016, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

E. Dans le jugement querellé, le Tribunal des prud'hommes a retenu qu'en signant un contrat de travail avec F_____ AG, A_____ avait violé la clause de non-concurrence, considérée comme valable, dans la mesure où les groupes E_____ et F_____ s'adressaient tous deux aux professionnels en exploitant des *cash & carries*, notamment en France, et aux particuliers en exploitant des commerces de détail, l'activité de A_____ exercée auprès des deux entités étant par ailleurs similaire. Il n'avait dès lors pas droit au versement de l'indemnité mensuelle de non-concurrence et devait rembourser les indemnités déjà perçues. Le Tribunal a estimé que la clause de non-concurrence était excessive et a réduit la peine conventionnelle à 25'000 fr. pour tenir compte des circonstances, considérant notamment qu'après avoir travaillé pendant cinq ans pour B_____ SA et plus de dix ans pour le groupe E_____, A_____ n'avait pas été en mesure de concrétiser de nouveaux accords auprès de F_____ AG pour laquelle il n'avait travaillé que 7 mois, de sorte qu'un éventuel dommage n'avait duré que peu de temps. Le salaire de A_____ était en outre modeste et B_____ SA n'avait pas allégué ni prouvé avoir subi un dommage.

S'agissant du bonus 2014, le Tribunal a estimé qu'il s'agissait d'une gratification convenue sur le principe, soumise à condition et laissant une marge d'appréciation

à l'employeur quant à son montant. Dès le moment où l'employé avait satisfait aux critères d'attribution prévus, soit l'atteinte des objectifs, il avait droit à l'obtention du bonus annuel. En l'occurrence, aucun des objectifs individuels n'étaient atteints, dans la mesure où tous les contrats n'avaient pas été signés, notamment pas avant le 31 août 2014, que A_____ n'avait pas prouvé avoir été empêché par B_____ SA d'enchanter et accompagner les clients de celle-ci et qu'il n'avait pas prouvé avoir négocié et signé un nouvel accord pour celle-ci relatif à un nouveau périmètre non couvert par un contrat existant. Cela étant, 117.1% des objectifs économiques étaient remplis, de sorte qu'il avait droit au versement d'une prime de 7'083 fr. à cet égard, dans la mesure où ce versement n'était pas soumis à d'autres conditions que celle de la réalisation du plan d'action annuel.

Quant au certificat de salaire de décembre 2014, le Tribunal a ordonné sa modification en tant qu'il mentionnait l'indemnité totale de non-concurrence dès lors que celle-ci devait intervenir chaque mois selon le contrat et le prélèvement de l'impôt à la source au moment de son versement. Il n'était toutefois pas nécessaire d'assortir cette condamnation de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, A_____ n'ayant pas prouvé le risque que B_____ SA ne s'exécute pas.

- F. Les arguments des parties seront discutés, dans la mesure utile, dans la partie "EN DROIT".

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel joint est formé dans la réponse à l'appel principal (art. 313 al. 1 CPC).

La valeur litigieuse étant supérieure à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Déposés dans les délais et forme prescrits par la loi (art. 142 al. 1, 145 al. 1 let. b, 311 al. 1, 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC), l'appel et l'appel joint sont recevables.

1.3 Par souci de simplification, A_____ sera désigné ci-après comme l'appelant et B_____ SA comme l'intimée.

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC).

2. La qualification par le Tribunal des prud'hommes de la prime en gratification, à laquelle l'employé a droit pour autant que les objectifs soient atteints, n'est pas contestée par les parties. L'appelant fait toutefois grief au Tribunal d'avoir

considéré que les objectifs n'étaient pas atteints, lui reprochant notamment de s'être basé exclusivement sur les remarques de P_____ sur sa rémunération variable, document dont la force probante serait discutable.

2.1.1 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

En l'absence d'une disposition spéciale instituant une présomption, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6; 127 III 519 consid. 2a). Il résulte de cette disposition que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

2.1.2 Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Ce faisant, le tribunal décide d'après sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, c'est-à-dire s'ils sont prouvés ou non (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 1105). Le juge forge sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (JEANDIN, L'administration des preuves, in Le Code de procédure civile, aspects choisis, 2011, p. 93). La preuve d'un fait est apportée lorsque le Tribunal est convaincu d'un point de vue objectif de la réalité de l'allégation y relative. Une certitude absolue ne peut pas être exigée et il suffit que le juge n'éprouve plus de doute sérieux ou qu'en tous les cas un tel doute puisse être qualifié de léger (ATF 141 III 569 consid. 2.2.1; 130 III 321 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_295/2016 du 29 novembre 2016 consid. 5.2.2).

L'art. 310 let. b CPC permet à l'autorité d'appel de revoir librement, sur la base des preuves administrées en première instance et, le cas échéant, en appel, l'ensemble des faits et donc les éléments de fait critiqués par la partie appelante (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 135 et 137; JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 310 CPC).

2.1.3 Si une condition est convenue et que son accomplissement dépend, dans une certaine mesure, de la volonté de l'une des parties auxquelles le contrat impose des obligations, cette partie n'a en principe pas une liberté entière de refuser cet accomplissement et de se dégager, ainsi, de ses obligations contractuelles. Elle doit, au contraire, agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi; en cas de violation de ces exigences, la condition est censée accomplie selon l'art. 156 CO. Le degré de liberté subsistant pour la partie concernée, d'une part, et les devoirs à elle imposés par les règles de la bonne foi, d'autre part, doivent être déterminés dans chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des

circonstances et, en particulier, de l'objet et du but du contrat (ATF 135 III 295 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_705/2011 du 20 décembre 2011 consid. 5).

L'application de l'art. 156 CO ne se limite pas aux cas où la partie concernée agit de manière intentionnelle (ATF 109 II 20 consid. 2b).

2.2 Il n'est pas contesté que l'appelant avait droit au versement de la prime de performance, pour autant que ses objectifs fussent atteints. Il incombait à l'appelant d'apporter la preuve du fait qu'il avait rempli ses objectifs dans la mesure où il réclame le paiement de la prime de performance qui en dépend, l'intimée étant toutefois admise à la contre-preuve.

En l'espèce, l'appelant a produit le 4 avril 2016 le tableau des performances qu'il a imprimé avant de quitter son emploi à la fin du mois de septembre 2014. Ce tableau, dont le contenu n'est pas contesté par l'intimée, laisse apparaître une différence positive de 1'598'000 EUR entre la performance de l'appelant et le budget 2014, de sorte que ses objectifs étaient atteints à teneur de cette pièce. A titre de contre-preuve, l'intimée a produit le 20 avril 2016 le plan de rémunération variable annuelle 2014 listant les objectifs de l'appelant et indiquant leur taux d'atteinte. La valeur probante de cette pièce élaborée par l'intimée est toutefois discutable dans la mesure où elle n'est signée ni par l'appelant, ni par son supérieur hiérarchique, que ce soit sous la rubrique "*validation des objectifs*" ou sous "*validation des évaluations et des montants*", l'appelant ayant par ailleurs déclaré qu'il prenait connaissance de cette pièce dans la présente procédure.

En outre et contrairement à ce que soutient l'intimée, il n'est pas établi que la qualité du travail de l'appelant, qui exécutait parfaitement son travail jusqu'en 2014 selon celle-ci, s'était dégradée en 2014, les pièces produites à l'appui de ces allégations démontrant uniquement que l'appelant était arrivé après 9 heures au travail à quelques reprises, sans que la qualité de son travail ne lui soit reprochée. Ces allégations ne sont en outre que partiellement corroborées par le témoignage de P_____, qui a déclaré qu'il avait senti que l'appelant avait lâché prise et que l'implication ainsi que l'engagement de celui-ci étaient moins importants que par le passé. Ce témoignage, dont la force probante est faible dans la mesure où il est isolé et que P_____ est l'employé de l'intimée, ne permet toutefois pas de déduire que la performance de l'appelant était mauvaise. L'intimée a ainsi échoué à apporter la contre-preuve du fait que les objectifs de l'appelant n'étaient pas atteints.

Enfin, il importe peu que certains contrats négociés par l'appelants n'aient pas été signés au moment de la passation de dossiers et que certains d'entre eux aient, par hypothèse, dû être renégociés, dans la mesure où l'intimée avait demandé à l'appelant de transmettre l'intégralité de ses dossiers à Q_____ en juillet 2014,

de sorte qu'à compter de ce moment-là, il ne pouvait plus exercer la moindre influence sur la réalisation de ses objectifs annuels, du fait de son employeur. Dans ces conditions, l'intimée ne peut reprocher à l'appelant le fait que certains contrats n'étaient pas signés pour refuser de lui verser son bonus, sans se heurter aux règles de la bonne foi.

Au vu de ce qui précède, les objectifs de l'appelant doivent être considérés comme atteints en 2014, de sorte qu'il a droit au versement de sa prime de performance pour cette année-là. L'appelant ayant touché un bonus brut de respectivement 17'997 fr., 19'701 fr., 16'965 fr. et 15'607 fr. pour les années 2010, 2011, 2012 et 2013, la prime 2014 peut être arrêtée à 17'567 fr. 50 correspondant à la moyenne des bonus perçus entre 2010 et 2013. L'intimée sera dès lors condamnée à verser à l'appelant le montant brut de 17'567 fr. 50, sous déduction des charges sociales, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2015, étant précisé que le *dies a quo* des intérêts n'est pas contesté en appel.

Par conséquent, le jugement entrepris sera modifié en ce sens.

3. L'appelant réclame le paiement de l'indemnité mensuelle prévue par la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail jusqu'au 31 décembre 2015.

3.1.1 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).

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 (art. 340 al. 2 CO).

Il y a concurrence entre deux entreprises lorsqu'elles offrent à des clientèles au moins en partie semblables des prestations de même nature, c'est-à-dire servant à satisfaire aux mêmes besoins, pour un même territoire (ATF 92 II 22, c. 1d = JdT 1966 I 624; AUBERT, in Commentaire romand, CO I, 2012, n. 2 ad art. 340 CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail – Code annoté, 2010, n. 1.9 ad art. 340 CO). Le terme concurrence doit être compris dans son acception courante (ATF 130 III 353 consid. 2.1.2 = JdT 2005 17).

3.1.2 A teneur de l'art. 340a al. 1, 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; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières (art. 340a al. 1 CO).

Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances (art. 340a al. 2 CO).

3.1.3 La prohibition de faire concurrence cesse si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c al. 2 CO).

Il ne faut toutefois pas confondre ce motif justifié avec le juste motif donnant lieu à un licenciement avec effet immédiat selon l'art. 337 CO. Ne sont des motifs justifiés au sens de l'art. 340c al. 2 CO que les événements qui ont été causés par la partie adverse, ou à tout le moins dont elle doit répondre. Est considéré comme un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une violation contractuelle en tant que telle. Constituent des motifs justifiés de démission, par exemple, un salaire notablement inférieur au marché, une surcharge de travail chronique malgré des protestations du salarié, des reproches incessants ou un mauvais climat dans l'entreprise (ATF 130 III 353 consid. 2.2.1). Constitue également un juste motif de démission le fait pour l'employeur de prendre des mesures à l'encontre de l'employé pour le rétrograder sans son accord (ZR 1998 Nr. 82 in JAR 1999 341).

3.1.4 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 (AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 18 ad art. 340a CO).

A teneur de l'art. 62 al. 1 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. L'al. 2 précise que la restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister.

3.2.1 En l'espèce, le Tribunal des prud'hommes a admis à juste titre que la clause de non-concurrence était valable, ce qui est en outre admis par l'appelant.

3.2.2 Ce dernier soutient toutefois que la clause de non-concurrence, bien que valide, aurait cessé de déployer ses effets, dans la mesure où il aurait été poussé à démissionner par son employeur.

En l'occurrence, l'appelant a dû transmettre l'intégralité de ses dossiers à l'employée Q_____ à la demande de son employeur. Il ressort des enquêtes qu'il aurait dû en effet occuper un nouveau poste de "coordinateur international *supply chain*", qui était "confidentiel" et dont il lui incombait de définir les contours. Bien que l'appelant soutienne qu'il s'agissait d'une "mise au placard", la procédure n'a pas permis le corroborer assurément. Il n'a notamment pas été établi, ni même allégué, que le poste en question, dont on ignore cependant en quoi il

consistait précisément, était inférieur à celui qu'il occupait, l'intimée ayant quant à elle indiqué que, bien qu'il ne s'agissait pas d'une promotion, ce travail était de même niveau que précédemment. Il ne ressort en outre pas de la procédure que l'appelant aurait manifesté son refus de changer de poste auprès de son employeur. Sa lettre de démission du 29 septembre 2014 n'y fait pas référence et ne fait mention d'aucun prétendu *mobbing* exercé par l'intimée, les allégations de l'appelant quant aux mauvaises relations avec C_____ n'ayant par ailleurs été confirmée par aucun témoin. Enfin, l'appelant a indiqué à ses collègues qu'il souhaitait reprendre l'activité d'une entreprise familiale détenue par son beau-père.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas établi que l'appelant aurait démissionné pour un motif justifié imputable à l'employeur, de sorte que la clause de non-concurrence n'a pas cessé de déployer ses effets. Cependant, ces faits seront repris dans l'appréciation de l'intensité la faute de l'appelant (consid. 4.2).

3.2.3 L'appelant soutient par ailleurs qu'il n'aurait pas violé la clause de non-concurrence dans la mesure où F_____ AG ne serait pas une concurrente de l'intimée.

En l'espèce, l'intimée exploite des *cash & carries* dans plusieurs pays, dont la France, où elle compte 143 magasins de ce genre. Le groupe F_____ exploite également des *cash & carries*, ce qui représente l'essentiel de son activité, et est présente dans de nombreux pays, dont la France où elle dispose de 93 magasins de ce genre. Dans la mesure où cette activité vise à offrir des produits alimentaires et non alimentaires à des prix de gros – soit des prestations de même nature – aux professionnels – soit une clientèle identique – notamment en France – soit sur un même territoire –, l'intimée et le groupe F_____ sont des concurrents. Contrairement à ce que soutient l'appelant, il importe peu que l'intimée ne soit pas présente dans le commerce de détail en Allemagne, seul pays où le groupe F_____ exploite ce genre de commerce, ni que son activité de *cash & carry* soit marginale en comparaison avec le commerce de détail, une activité concurrente partielle étant suffisante.

Pour le surplus, si tant est qu'un employé puisse faire valoir une égalité de traitement pour se soustraire à l'application d'une clause de non-concurrence, la Cour de céans relève qu'en l'occurrence, les éléments de la procédure ne sont en tout état pas suffisants pour déterminer si la situation des employés en questions était identique à celle de l'appelant. En effet, Z_____ qui a vu sa clause de non-concurrence levée – faculté réservée expressément par l'intimée dans le contrat – travaillait pour le même département que l'appelant, sans que sa fonction exacte, ni les circonstances de la résiliation de ses rapports de travail n'aient été établis. Il en va de même d'Y_____, dont la convention de sortie du 15 novembre 2013

n'incluait pas F_____ AG dans la liste des concurrents pour lesquels il lui était fait interdiction de travailler. Ce grief est dès lors infondé.

Au vu de ce qui précède, l'appelant a violé la clause de non-concurrence lui faisant interdiction d'entrer au service d'une entreprise concurrente en signant le contrat du 18 décembre 2014 avec le groupe F_____, étant précisé qu'il n'est pas contesté en appel – à juste titre – que l'appelant exerçait une activité semblable auprès des deux sociétés.

3.2.4 Au vu de cette violation et conformément à l'art. 7 du contrat de travail, l'appelant n'a dès lors pas droit au versement de l'indemnité de non-concurrence.

Il doit en outre rembourser les montants perçus à ce titre depuis le jour de la violation de son obligation de non-concurrence. En l'occurrence, il a reçu la somme totale de 7'182 fr. pour les mois de janvier et février 2015, soit 3'591 fr. par mois. L'obligation de non-concurrence dont l'art. 7 du contrat de travail fait mention se traduit par l'interdiction, pour l'appelant, d'entrer au service d'une entreprise concurrente. Or en l'espèce, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, bien que le contrat de travail avec F_____ AG ait été signé le 18 décembre 2014, l'appelant est entré à son service le 19 janvier 2015. Par conséquent, outre l'indemnité de non-concurrence versée pour le mois de février, l'intimée ne peut demander la restitution de l'indemnité de non-concurrence de janvier que pour la période du 19 au 31 janvier 2015, correspondant à 13 jours sur 31. L'indemnité versée pour ce mois étant de 3'591 fr., seul le montant de 1'505 fr. 90 ($(3'591 \text{ fr.} \times 13) / 31$) doit être restitué pour le mois de janvier.

L'appelant doit par conséquent restituer la somme de 5'096 fr. 90 (3'591 fr. + 1'505 fr. 90) à l'intimée, avec intérêts à 5% l'an dès le 19 mars 2015, étant précisé que le *dies a quo* des intérêts n'est pas contesté en appel.

Le jugement entrepris sera dès lors modifié en ce sens.

- 4. 4.1.1** L'art. 340b CO prévoit que le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur (al. 1). Il peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu; toutefois, il est tenu de réparer le dommage qui excéderait ce montant (al. 2).

4.1.2 La clause pénale est soumise aux dispositions des art. 160 ss CO. En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. Pour des motifs tenant à la fidélité contractuelle et à la liberté de contracter, il convient de faire preuve de réserve dans le processus de réduction, car les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO). Une intervention du juge dans le contrat ne se justifie

que si le montant de la peine fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 201 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_268/2016 du 14 décembre 2016 consid. 5.1).).

Une réduction de la peine conventionnelle se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesurée concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais au contraire prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute du travailleur, du montant de sa rémunération, de sa position hiérarchique et de l'absence de preuve par l'employeur d'un dommage. La doctrine admet que le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (ATF 133 III 43 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 6.1 et les références citées).

Le pouvoir d'appréciation du juge (art. 163 al. 3 CO; art. 4 CC) se rapporte tant au caractère excessif de la peine qu'à la question de l'étendue de la réduction. Si le juge reconnaît que la peine est excessive, il doit en principe seulement la réduire pour qu'elle ne le soit plus. Autrement dit, il ne doit pas la fixer au montant qu'il estimerait correct (ATF 133 III 201 consid. 5.2 et les références citées).

La peine conventionnelle est due même sans dommage. Partant, l'existence d'une clause pénale libère l'employeur de l'obligation de démontrer un dommage (AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 17 ad art. 340b CO; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 736).

Le Tribunal fédéral a notamment jugé admissible une peine conventionnelle de 100'000 fr., qui correspondait à huit mois du revenu réalisé par le travailleur auprès de son précédent employeur et à trois mois d'honoraires réalisés par l'employeur en raison de l'activité développée par son employé (arrêt du Tribunal fédéral 4A_107/2011 du 25 août 2011 consid. 3.4). Une peine conventionnelle de 36'000 fr., correspondant à six mois de salaire, a également été admise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_126/2009 du 15 mars 2007 consid. 5).

4.1.3 Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire de 5% l'an (art. 104 al. 1 CO) est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (THÉVENOZ, in Commentaire romand, CO I, 2012, n. 9 ad art. 104 CO).

4.2 En l'espèce, la peine conventionnelle prévue par le contrat de travail des parties correspond à dix-huit mois de salaire fixe mensuel moyen, soit 141'786 fr. (18 x 7'877 fr.). Comme l'a relevé à juste titre le Tribunal, cette peine

conventionnelle est manifestement excessive au regard de la jurisprudence fixant la limite supérieure de la clause pénale à un salaire annuel. Il convient dès lors de la réduire afin de la rendre compatible au droit, en prenant en considération toutes les circonstances du cas d'espèce.

En l'occurrence, il doit être tenu compte tout d'abord, du fait que l'appelant a été embauché par la société F_____ AG, soit une entreprise concurrente de l'intimée, après avoir travaillé pour cette dernière pendant cinq ans durant lesquels il participait, jusqu'à l'été précédant son départ, aux négociations déterminant les conditions des accords internationaux signés avec elle en termes de rémunération et de services rendus. Ses rapports de travail avec le groupe F_____ ont cependant duré moins de huit mois, période courte qui était néanmoins suffisante, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, pour que l'appelant puisse faire profiter son nouvel employeur de données confidentielles pouvant porter préjudice à l'intimée. Cela étant, F_____ AG et l'intimée sont concurrentes dans le domaine du *cash & carry* uniquement, lequel ne constitue pas l'activité principale de l'intimée, qui est essentiellement présente dans le commerce du détail visant les particuliers. L'éventuel dommage subi par l'intimée peut être considéré dès lors comme faible compte tenu de l'activité concurrentielle en question et de sa brièveté.

D'autre part, on doit retenir les éléments de fait suivants : l'appelant, qui certes a caché à l'intimée son nouvel emploi, a été indirectement incité par elle à rechercher une nouvelle activité après avoir été dépossédé des prérogatives attachées à la fonction qu'il occupait au sein de l'intimée jusqu'à l'été précédant son départ. Si les tensions internes au sein de l'intimée n'ont pas été retenues précédemment, le changement d'activité proposé à l'appelant, pour des raisons peu claires à teneur de la procédure, a eu pour effet d'aboutir à la perte de maîtrise par celui-ci de l'évolution de son complément de rémunération. Cette situation ne pouvait qu'avoir pour effet de pousser l'employé à la faute. S'ajoute à cela, le fait que contrairement à ce qu'elle avait accepté pour d'autres employés, l'intimée a refusé de libérer l'appelant à bien plaisir de la cause de non-concurrence en question.

Cela dit, outre ce qui a été énoncé plus haut, en cachant son nouvel emploi concurrent, tout en acceptant de surcroît l'indemnité prévue dans la clause de non concurrence, l'appelant a sciemment adopté un comportement qui n'est pas admissible.

Par conséquent, en tenant compte de tous ces éléments, la Cour retient que la faute de l'appelant doit être considérée comme d'intensité moyenne.

Pour le surplus, il faut relever que les intérêts économiques en présence sont inégaux. Le salaire de l'appelant, qui initialement était particulièrement faible au

vu de la position du travailleur, est resté relativement peu attractif, celui-ci ayant perçu *in fine* auprès de l'intimée un salaire mensuel brut de 7'877 fr., soit 94'524 fr. par an, alors que son revenu de 110'000 EUR par année auprès de F_____ AG, n'a été perçu que pendant moins de huit mois. Le groupe E_____, auquel appartient l'intimée, est quant à lui un important acteur de la distribution en Europe réalisant un chiffre d'affaires à hauteurs de dizaines de milliards d'euros. Bien qu'elle n'ait pas à prouver son dommage pour percevoir la peine conventionnelle, l'intimée n'a pas allégué en avoir subi un effectif du fait de la violation de la clause de non-concurrence par l'appelant.

En fin de compte, compte tenu de la faute d'intensité moyenne de l'appelant et des éléments retenus ci-dessus, la peine conventionnelle sera réduite à 23'631 fr., équivalent à trois mois de salaire, afin qu'elle ne soit plus excessive. Les intérêts moratoires de 5% l'an sont dus dès le 19 mars 2015, soit le lendemain de la réception par l'appelant du courrier de l'intimée exigeant le paiement immédiat de la pénalité convenue.

Le jugement entrepris sera dès lors modifié en ce sens.

En définitive, l'appelant devra payer à l'intimée la somme de 28'727,90 fr., soit 5'096,90 fr. (consid.3.2.4) et 23'631 fr. (consid.4.2).

5. L'appelant reproche enfin au Tribunal de ne pas avoir assorti la condamnation de l'intimée à modifier le certificat de salaire de décembre 2014 de la menace des peines prévues par l'art. 292 CP.

5.1 Aux termes de l'art. 343 al. 1 let. a CPC, lorsque la décision prescrit une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer, le tribunal de l'exécution peut assortir la décision de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. Cette mesure, applicable aux décisions prescrivant une obligation à caractère non pécuniaire, relève de la contrainte indirecte, dont la finalité vise à briser la résistance du débiteur récalcitrant et à obtenir qu'il s'exécute (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 7 et 10 ad art. 343 CPC).

5.2 En l'espèce, il ne ressort pas de la procédure que l'intimée ne se soumettra pas de son propre chef à une condamnation exécutoire. En effet, il ne peut lui être reproché de ne pas s'être exécutée suite au courrier du 27 janvier 2015 de l'appelant, dans la mesure où la procédure n'était pas encore initiée. Il ne peut pas non plus lui être fait grief de ne pas s'être exécutée à ce jour au vu de l'appel qui suspend l'effet exécutoire de la condamnation à la modification du certificat de salaire de décembre 2014.

Au vu de ce qui précède, c'est à raison que le Tribunal n'a pas fait droit à la conclusion de l'appelant sur ce point. Le jugement sera ainsi confirmé sur ce point.

-
- 6. 6.1** Si l'instance d'appel se prononce à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'espèce, l'appelant ayant obtenu gain de cause quant au versement du bonus et à la restitution partielle de l'indemnité de non-concurrence, et l'intimée ayant obtenu partiellement gain de cause s'agissant du montant de la peine conventionnelle et de la restitution de l'indemnité de non-concurrence, il se justifie de modifier la répartition des frais de première instance, dont le montant, conforme au règlement applicable, n'est pas remis en cause en appel. Les frais judiciaires arrêtés à 1'490 fr. par le Tribunal seront mis à la charge des parties à raison d'une moitié chacune, de sorte que l'appelant sera condamné à verser 745 fr. à l'intimée.

- 6.2** Il n'est pas perçu de frais d'appel dans la mesure où la valeur litigieuse de celui-ci n'excède pas 50'000 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et 71 RTFMC).

Les frais judiciaires d'appel joint seront arrêtés à 1'500 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et 71 RTFMC) et mis à la charge de l'intimée, qui succombe sur le principe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront entièrement compensés par l'avance de frais de même montant versée par l'intimée (art. 111 al. 1 CPC), qui reste acquise à l'Etat de Genève.

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 le 26 août 2016 par A_____ contre le jugement JTPH//245/2016 rendu le 24 juin 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/12704/2015.

Déclare recevable l'appel joint formé le 3 octobre 2016 par B_____ SA contre ce même jugement.

Au fond :

Annule les chiffres 4, 5, 7 et 8 du dispositif du jugement entrepris relatif au fond ainsi que les chiffres 2 et 3 de ce dispositif relatif aux frais et, statuant à nouveau sur ces points :

Condamne B_____ SA à payer à A_____ la somme brute de 17'567 fr. 50, sous déduction des charges sociales, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2015.

Condamne A_____ à payer à B_____ SA la somme nette de 28'727 fr. 90 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 19 mars 2015.

Prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____M, à concurrence de 28'727 fr. 90 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 19 mars 2015.

Met les frais judiciaires de première instance à la charge des parties par moitié chacune.

Condamne en conséquence A_____ à verser la somme de 745 fr. à B_____ SA.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel joint à 1'500 fr., les met à la charge de B_____ SA et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais versée par celle-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Tito VILA, juge employeur; Madame Agnès MINDER JAEGER, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, 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 15'000.- fr.