

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/18539/2015-3

CAPH/102/2016

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 1<sup>ER</sup> JUIN 2016**

Entre

**Monsieur A**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, (France), appelant d'une décision rendue par le Tribunal des prud'hommes le 25 novembre 2015 (JTPH/523/2015), comparant par M<sup>e</sup> Arun CHANDRASEKHARAN, avocat, avenue de Champel 4, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'une part,

et

**B**\_\_\_\_\_ **SA**, sise \_\_\_\_\_, (VD), intimée, comparant par M<sup>e</sup> Christian FAVRE, avocat, rue du Port Franc 17, case postale 960, 1001 Lausanne, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 2 juin 2016.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par jugement du 25 novembre 2015, communiqué pour notification aux parties le 4 décembre 2015, le Tribunal des prud'hommes, statuant sur requête de mesures provisionnelles de B\_\_\_\_\_ SA, a rejeté la requête de production de pièces (ch. 2), ordonné à A\_\_\_\_\_ de cesser immédiatement son activité auprès de C\_\_\_\_\_ Sàrl jusqu'au 31 août 2016 (ch. 3), interdit à A\_\_\_\_\_ d'exercer dans le canton de Genève toute activité, indépendante ou salariée, dans le cadre de la vente, de la distribution, de la commercialisation, de la négociation et de la conclusion de contrats dans le domaine de la bureautique jusqu'au 31 août 2016 (ch. 4), et d'exploiter, directement ou indirectement, le fichier clients de B\_\_\_\_\_ SA (ch. 5), prononcé ces mesures sous la menace de la peine de l'article 292 CP (ch. 6), impartì à B\_\_\_\_\_ SA un délai de 30 jours dès notification de la présente décision pour faire valoir son droit en justice devant la juridiction compétente (ch. 7), arrêté les frais à 1'500 fr., mis à la charge de A\_\_\_\_\_, qui a été condamné à les rembourser à B\_\_\_\_\_ SA qui en avait fait l'avance (ch. 8 et 9) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 10).
- B. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 11 décembre 2015, A\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement, dont il sollicite l'annulation. Il conclut principalement au déboutement de B\_\_\_\_\_ SA, avec suite de frais. Subsidiairement, il demande l'autorisation de rester l'employé de C\_\_\_\_\_ Sàrl, qu'il lui soit fait interdiction d'exercer jusqu'au 31 août 2016 dans le canton de Genève une activité dans le cadre de la vente, la distribution, la commercialisation, la négociation et la conclusion de contrats dans le domaine de la bureautique (photocopieurs numériques, fax, appareils multi-fonctionnels, dans la catégorie de 1 à 50 pages par minute), que B\_\_\_\_\_ SA soit condamnée à fournir des sûretés et qu'elle soit enfin déboutée de toute autre conclusion, avec suite de frais.

Il a par ailleurs demandé la suspension de l'effet exécutoire attaché à la décision entreprise, requête qui a été admise par arrêt de la Cour du 22 décembre 2015 (CAPH/219/2015).

A\_\_\_\_\_ a en outre produit un courrier de son employeur actuel, du 8 décembre 2015, l'informant qu'il était libéré de son obligation de travailler et que son contrat de travail serait résilié avec effet immédiat, pour juste motif, si aucun jugement ne suspendait les effets de la décision susmentionnée.

**b.** Dans sa réponse du 24 décembre 2015, B\_\_\_\_\_ SA conclut au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

B\_\_\_\_\_ SA allègue notamment dans cette réponse des faits qui ne résultent pas du dossier de première instance et produit des pièces nouvelles.

---

c. Par réplique du 15 janvier 2016 et duplique du 1<sup>er</sup> février 2016, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives, A\_\_\_\_\_ concluant par ailleurs à l'irrecevabilité des pièces 18 à 33 et 36 produites par B\_\_\_\_\_ SA.

A\_\_\_\_\_ produit en outre également une pièce nouvelle.

d. Par courrier du 3 février 2016, les parties ont été informées du fait que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants ressortent de la procédure :

a. B\_\_\_\_\_ SA, ayant son siège \_\_\_\_\_, (VD), a pour but le commerce dans le domaine de l'organisation de bureau et dispose d'un bureau permanent à Genève.

b. La société a engagé A\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> septembre 2002 en qualité de conseiller commercial junior en solutions numériques (contrat du 18 juillet 2002), puis en tant que conseiller commercial senior en solutions numériques dès le 1<sup>er</sup> février 2005 (contrat du 18 janvier 2005), le second contrat annulant et remplaçant tout accord antérieur.

A\_\_\_\_\_ agissait comme représentant pour la vente, la location ou la mise en leasing avec contrats d'entretien d'appareils multifonctions, tels que photocopieurs, fax, scanners. Il exerçait cette activité dans le secteur de la Suisse romande et en particulier à Genève.

c. Le contrat de travail prévoyait notamment une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse, ainsi qu'une clause de non-concurrence à teneur de laquelle A\_\_\_\_\_ avait l'interdiction d'exercer une quelconque activité pour le compte d'un tiers dans le cadre de la vente, la distribution, la commercialisation, la négociation et la conclusion de contrat dans le domaine de la bureautique (photocopieurs numériques, fax, appareils multi-fonctionnels, dans la catégorie de 1 à 50 pages par minute).

La prohibition de concurrence précitée était limitée localement à Genève et était valable pendant toute la durée du contrat de travail ainsi que pendant les deux ans suivant la fin des rapports de travail.

En cas de violation de cette clause, l'employeur avait le droit d'exiger l'exécution d'une peine conventionnelle de 100'000 fr. conformément à l'art. 340b al. 2 CO, ainsi que la réparation de tout autre dommage, enfin, de demander la cessation de la contravention.

d. Selon une attestation établie par B\_\_\_\_\_ SA le 21 mai 2013, le salaire mensuel brut d'A\_\_\_\_\_ s'élevait à 10'000 fr.

Il ressort de ses fiches de salaire de février 2013 à décembre 2013 que son salaire fixe s'est effectivement monté à 10'000 fr., des commissions de 5'200 fr. lui ayant

en outre été versées en octobre et novembre 2013. Selon les autres fiches de salaire produites, le salaire mensuel fixe de l'intéressé a ensuite été porté à 4'000 fr. à compter du 1er janvier 2014, à quoi s'ajoutait une avance sur commission, d'un montant ayant varié entre 1'447 fr. et 14'301 fr. 95.

Toutefois, un décompte établi par B\_\_\_\_\_ SA le 25 février 2014, portant sur sa rémunération globale pour l'année 2013 mais qu'A\_\_\_\_\_ n'a pas signé pour acceptation, mentionnait déjà que son salaire fixe était de 4'000 fr. au total, commissions en sus.

**e.** Par courrier du 8 mai 2014 à B\_\_\_\_\_ SA, A\_\_\_\_\_ a déclaré faire suite à leurs divers entretiens ainsi qu'au décompte du 25 février 2014 qu'il n'avait pas accepté et il a réclamé un solde de commissions de 78'497 fr. 54 pour l'année 2013.

Il a en outre attiré l'attention de son employeur sur le fait que ce dernier avait lui-même attesté que son salaire mensuel brut s'élevait à 10'000 fr., comme cela ressortait d'ailleurs de ses fiches de salaire de l'année 2013. Il ne pouvait ainsi pas être considéré que les montants versés à titre de salaire constituaient des avances sur commissions. Il demandait donc que les fiches de salaire de l'année 2014 soient corrigées, afin de tenir compte du fait que son salaire fixe s'élevait à 10'000 fr. et non 4'000 fr.

**f.** A\_\_\_\_\_ a résilié son contrat de travail le 28 mai 2014, avec effet au 31 août 2014, invoquant le fait que des commissions qui lui étaient dues à hauteur de 70'195 fr. ne lui avaient pas été versées et que ses fiches de salaire n'avaient pas été corrigées.

Il a exposé qu'alors qu'il percevait un salaire fixe de 10'000 fr., B\_\_\_\_\_ SA avait modifié son mode de rémunération en ne lui versant plus qu'un salaire de 4'000 fr. et une avance sur commission de 6'000 fr., sans aucun préavis. Bien qu'il ait exprimé son mécontentement par courrier du 8 mai 2014, la société avait maintenu la modification de sa rémunération, de sorte qu'il avait été contraint de démissionner. B\_\_\_\_\_ SA avait également refusé de lui payer le solde des commissions pour l'année 2013, de sorte qu'il avait déposé une requête de conciliation à son encontre, mais il avait renoncé à poursuivre cette action judiciaire faute de moyens suffisants.

Pour sa part, B\_\_\_\_\_ SA a soutenu qu'A\_\_\_\_\_ avait fait valoir ces prétentions aux fins de pouvoir contester, par la suite, la validité de la clause contractuelle de non-concurrence.

**g.** A\_\_\_\_\_ a exécuté quelques mandats pour C\_\_\_\_\_ Sàrl à compter du mois de septembre 2014, puis il a signé un contrat de travail avec ladite société en décembre 2014.

---

C\_\_\_\_\_ Sàrl, sise à \_\_\_\_\_, (GE), fait partie du groupe D\_\_\_\_\_ SA et est notamment active dans le conseil, la distribution, la représentation et l'entretien de machines de bureau, la représentation d'articles de papeterie, la fourniture de produits informatiques et de logiciels, l'assistance et les conseils en informatique, l'installation et la maintenance de réseaux ainsi que toute activité y relative ou connexe.

A\_\_\_\_\_ a admis que C\_\_\_\_\_ Sàrl et B\_\_\_\_\_ SA étaient des sociétés concurrentes pour une partie de leurs activités.

**h.** Entre le 18 août 2014 et le 28 juillet 2015, quatorze clients, dont douze sis dans le canton de Genève, ont résilié le ou les contrats les liant à B\_\_\_\_\_ SA.

**i.** Par courriel du 3 novembre 2014, E\_\_\_\_\_, pharmacienne responsable de la Pharmacie du F\_\_\_\_\_, a informé B\_\_\_\_\_ SA du fait qu'A\_\_\_\_\_ lui avait apporté, en juillet 2014, une proposition commerciale de D\_\_\_\_\_ SA en lui assurant que les prestations fournies correspondraient mieux aux besoins de sa pharmacie. Par la suite, elle avait reçu un modèle de lettre de résiliation de contrat de la part d'une employée de C\_\_\_\_\_ Sàrl.

Le 3 février 2015, B\_\_\_\_\_ SA a reçu un courriel d'un autre client, déclarant avoir été approché par A\_\_\_\_\_, qui souhaitait lui vendre des copieurs multifonctions et du papier.

**j.** B\_\_\_\_\_ SA a déposé plainte pénale à l'encontre d'A\_\_\_\_\_ le 22 décembre 2014.

Au cours de ses auditions par la Police judiciaire, le 31 mars 2015, et par le Ministère public, le 26 mai 2015, A\_\_\_\_\_ a reconnu avoir volontairement démarché des clients de B\_\_\_\_\_ SA pour le compte de C\_\_\_\_\_ Sàrl. Certaines entreprises l'avaient suivi chez son nouvel employeur, soit G\_\_\_\_\_ SA, H\_\_\_\_\_ SA, la commune de I\_\_\_\_\_, la pharmacie du F\_\_\_\_\_ et la Mission permanente J\_\_\_\_\_. Il a notamment affirmé avoir annoncé son départ de B\_\_\_\_\_ SA à quelques clients importants avant la fin des rapports de travail, mais la majorité des clients concernés n'avait pas été informée préalablement. Certains d'entre eux, avec lesquels il avait collaboré (pour certains pendant plus de 12 ans, créant ainsi un lien de confiance), l'avaient contacté pour savoir ce qu'il était devenu depuis son départ de B\_\_\_\_\_ SA et il en avait profité pour leur présenter ses nouvelles activités.

**k.** Par acte expédié au Tribunal des Prud'hommes le 10 septembre 2015, B\_\_\_\_\_ SA a formé une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles, tendant à ce que, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, il soit ordonné à A\_\_\_\_\_ de cesser immédiatement son activité auprès de C\_\_\_\_\_ Sàrl jusqu'au 31 août 2016, qu'il lui soit fait interdiction de déployer une activité en concurrence

---

avec la sienne jusqu'à cette même date et qu'il lui soit fait interdiction d'exploiter son fichier clients de quelque manière que ce soit.

B\_\_\_\_\_ SA a exposé que le nombre de résiliations reçues de clients genevois dont A\_\_\_\_\_ avait la charge, était inhabituellement élevé, que ces résiliations ne respectaient pas, pour la majorité, les dispositions contractuelles et qu'elles résultaient d'un démarchage ciblé sur les besoins de sa clientèle, besoins identifiés à la suite de plusieurs années de collaboration. Selon B\_\_\_\_\_ SA, les clients en cause avaient résilié leur contrat auprès d'elle pour en conclure de nouveaux auprès du nouvel employeur d'A\_\_\_\_\_. Elle s'était aperçue que le démarchage de ce dernier avait débuté en juillet 2014, en recevant le courriel d'E\_\_\_\_\_ du 3 novembre 2014. A\_\_\_\_\_ avait donc enfreint, et continuait à enfreindre, la clause de prohibition de concurrence prévue dans son contrat de travail et ce malgré ses auditions par la police judiciaire et le Ministère public. En raison de ces agissements, B\_\_\_\_\_ SA aurait dès lors subi un préjudice, estimé à à 150'000 fr. et résultant d'un manque à gagner sur d'éventuels bénéfices futurs ainsi que du fait que les clients en cause pourraient ne pas payer les pénalités de rupture de leur contrat, estimées à un total de 60'000 fr.

**l.** Par décision du 25 septembre 2015, la requête précitée de mesures superprovisionnelles a été rejetée par le Tribunal, car l'urgence de telles mesures n'était pas rendue vraisemblable, les faits reprochés à A\_\_\_\_\_ étant connus de B\_\_\_\_\_ SA depuis plusieurs mois.

**m.** Dans sa réponse à la requête de mesures provisionnelles, A\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de B\_\_\_\_\_ SA, avec suite de frais.

En substance, il a fait valoir que la condition d'urgence faisait défaut, B\_\_\_\_\_ SA ayant tardé à agir depuis le moment où elle avait eu connaissance des actes qu'elle lui reprochait. En outre, il estimait avoir résilié son contrat pour un motif valable et que ses relations avec les clients avaient un caractère personnel, de sorte que B\_\_\_\_\_ SA ne pouvait pas se prévaloir de la clause de prohibition de concurrence figurant dans ce contrat. En outre, en tout état, la durée de cette prohibition était excessive et les mesures provisionnelles requises étaient disproportionnées, ce d'autant plus que B\_\_\_\_\_ SA n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle risquait de subir un préjudice difficilement réparable, la baisse du chiffre d'affaires qu'elle alléguait n'ayant pas été démontrée.

### **EN DROIT**

- 1.** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et 2 CPC).

L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours dans le délai de dix jours, si la décision a été rendue en procédure sommaire (art. 314 al. 1 CPC).

---

La procédure sommaire s'applique aux mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC).

Le présent appel, qui respecte la forme et le délai prévus par la loi, est recevable.

2. Au vu du domicile français de l'appelant, la présente cause comporte un élément d'extranéité.

**2.1** Selon l'art. 31 Convention de Lugano (RS 0.275.12; ci-après : CL), les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat lié par la CL peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la CL, une juridiction d'un autre Etat lié par la CL est compétente pour connaître du fond.

Cette disposition renvoie implicitement à l'art. 10 LDIP relatif aux mesures provisoires (BUCHER, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, Commentaire romand, 2011, n. 3 ad art. 31 CL). Selon cette dernière disposition, sont notamment compétents pour prononcer des mesures provisoires les tribunaux du lieu de l'exécution de la mesure (let. b).

**2.2** Les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence des juridictions prud'homales suisses pour trancher le présent litige, dans la mesure où ces parties ont été liées par un contrat de travail et que les mesures provisionnelles sollicitées devront être exécutées à Genève, le cas échéant.

Par conséquent, la compétence de la Cour de céans est donnée aussi bien à raison de la matière que du lieu.

Le droit suisse est en outre applicable, vu la clause contractuelle d'élection de droit prévue par les parties.

3. **3.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : a. ils sont invoqués ou produits sans retard, b. ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

Les faits notoires ne doivent être ni allégués ni prouvés. Constituent notamment des tels faits les inscriptions au Registre du commerce, accessibles au public par internet (art. 151 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_645/2011 du 27 janvier 2012 consid. 3.4.2).

**3.2** En l'occurrence, la pièce n° 17 produite par l'appelant est recevable, car elle est postérieure à la décision entreprise. De même, les pièces n° 18 produites par chacune des parties sont recevables, puisqu'il s'agit d'extraits du Registre du commerce, considérés comme notoires.

---

En revanche, l'ensemble des autres pièces déposées par l'intimée dans sa réponse à l'appel (ainsi que les faits qu'elles contiennent) sont antérieures à la décision querellée, de sorte qu'elles sont irrecevables, puisqu'elles auraient pu être produites en première instance, si ladite intimée avait fait preuve de la diligence requise.

4. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir fait droit à la requête de mesures provisionnelles de l'intimée en se fondant sur une constatation inexacte des faits et une violation du droit.

**4.1.1** Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : (a.) elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être; (b.) cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 consid. 3.2 = SJ 2006 I p. 371; BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 7 ad art. 261). Il doit donc également rendre vraisemblable une atteinte au droit ou son imminence (BOHNET, op. cit., n° 10 ad art. 261).

Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement. Entre notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1; SPRECHER, in Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2013, n. 34 ad art. 261 CPC).

Le préjudice difficilement réparable suppose l'urgence (BOHNET, op. cit., n° 12 ad art. 261; cf. également Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, p. 6961), qui y est implicitement contenue (HUBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM et al., 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n. 22 ad art. 261). Celle-ci est en principe admise lorsque le demandeur pourrait subir un dommage économique ou immatériel s'il devait attendre qu'une décision au fond soit rendue dans une procédure ordinaire (ATF 116 Ia 446 consid. 2 = JdT 1992 I p. 122; BOHNET, op. cit., n° 12 ad art. 261). Toutefois, l'urgence apparaît comme une notion juridique indéterminée, dont le contenu ne peut être fixé une fois pour toutes. Il appartient au juge d'examiner de cas en cas si cette condition est réalisée, ce qui explique qu'il puisse se montrer plus ou moins exigeant suivant les circonstances (arrêts du Tribunal fédéral 4P.263/2004 consid. 2.2 = RSPC 2005 p. 414 et 4P.224/1990 consid. 4c = SJ 1991 p. 113). Alors même que les mesures provisionnelles sont subordonnées à l'urgence, le droit de les requérir ne se périmé pas, mais la temporisation du requérant durant plusieurs mois à dater de la connaissance du dommage ou du

---

risque peut signifier qu'une protection n'est pas nécessaire, voire qu'elle peut constituer un abus de droit (arrêt du Tribunal fédéral 4P.263/2004 du 1er février 2005 consid. 2.1; 4P.224/1990 du 28 novembre 1990 consid. 4c inSJ 1991 p. 113).

Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires en présence, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs en découlant pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée (ATF 131 III 473 consid. 2.3; Fabienne HOHL, Procédure civile, Tome II, n° 2820; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, n. 3.4 ad art. 340b CO). Le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'y avait pas à opposer les préjudices auxquels les parties étaient exposées pour décider s'il convenait d'interdire ou non la commercialisation d'un produit par voie de mesures provisionnelles (ATF 139 III 86 consid. 5). Cependant, dans une autre décision plus récente et faisant référence à cet ATF 139 III 86, le Tribunal fédéral a retenu que lorsqu'une autorité judiciaire se prononçait sur une mesure provisoire, elle avait l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_43/2015 du 10 décembre 2015 consid. 3.1).

**4.2.1** L'art. 340b al. 3 CO prévoit que l'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur.

Les exigences sont particulièrement strictes dans le cadre de mesures d'exécution anticipée du jugement. Ainsi, pour une requête tendant à interdire de manière anticipée à un travailleur de faire concurrence au sens de l'article 340b CO, le Tribunal fédéral considère que plus une mesure provisionnelle atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences pour faire reconnaître le bien-fondé de la demande quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention articulée. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (BOHNET, op. cit. n. 18 ad art. 261; ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1).

Cette mesure d'interdiction est donc une *ultima ratio* et le juge n'y donnera suite que de manière très restrictive, vu les incidences économiques que présente l'interdiction d'exercer une profession pour un travailleur; dans le doute, la pesée des intérêts profitera au travailleur, ce dernier pouvant être exposé à subir un dommage irréparable en présence d'une interdiction de travailler. Dès lors, une exécution réelle doit être limitée aux violations crasses de la prohibition de

concurrence, lesquelles se confondent généralement de manière évidente avec un acte de concurrence déloyale (ATF 131 III 473 consid. 3.2; WYLER, Droit du travail, p. 613, MOESCH, La prohibition de concurrence, in Panorama en droit du travail, 2009, p. 343).

**4.2.2** En outre, pour qu'une interdiction de concurrence soit prononcée par voie de mesures provisionnelles, un certain nombre de conditions formelles et matérielles doivent être réalisées. D'une part, l'employeur doit avoir respecté la forme écrite; l'employé doit comprendre, de manière claire et sans équivoque, que l'employeur pourra le contraindre à cesser son activité concurrente; d'autre part, la lésion ou la mise en danger des intérêts de celui-ci, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente. Ces deux dernières conditions matérielles sont cumulatives (ATF 131 III 473 consid. 3.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 2004, p. 317; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, p. 727 no 11).

La jurisprudence a en effet rappelé que la simple violation d'une clause de prohibition de concurrence n'est pas suffisante pour ouvrir la voie aux mesures provisionnelles de l'art. 340b al. 3 CO. La protection juridique provisoire ne doit être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire. En outre, l'employeur doit rendre vraisemblable que le dommage qu'il subit est considérable et difficilement réparable (ATF 133 III 473 consid. 3.2; 131 III 473 consid. 3.2).

Il appartient enfin à l'autorité cantonale saisie d'une requête de mesures provisionnelles tendant à la cessation de l'activité prohibée de vérifier, même selon les règles de la procédure sommaire, la validité matérielle de la clause considérée (ATF 131 III 476 consid. 2.3).

**4.3** En l'espèce, il est constant que le contrat liant les parties prévoyait bien une clause de prohibition de concurrence et que l'employeur s'est réservé par écrit le droit d'obtenir la cessation de la contravention.

L'intimée était ainsi fondée à faire valoir, par voie de mesures provisionnelles, la cessation du comportement de l'appelant, dans lequel elle voyait la violation de la clause précitée. Le fait qu'elle ait tardé à agir depuis la connaissance des agissements de l'appelant n'a pas entraîné la péremption de son droit d'agir par cette voie, ce d'autant plus qu'il ne semble pas impossible que l'appelant ait continué et continue à débaucher des clients de son ancien employeur avant l'issue de la période d'interdiction.

**4.4** Cela étant, au regard des principes exposés ci-dessus, la validité de la clause litigieuse devrait en principe être examinée *prima facie* sous l'angle de la vraisemblance.

Cependant, compte tenu des développements qui suivent, cette question peut demeurer indécise.

**4.5** L'appelant soutient que l'intimée ne peut pas se prévaloir de cette clause de non-concurrence, puisqu'il a résilié le contrat de travail les liant pour un motif justifié, à savoir le changement de son mode de rémunération, qu'il avait contesté auprès de son employeur.

**4.5.1** Une clause de prohibition de faire concurrence valablement conclue devient caduque si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c al. 2 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. La clause tombe ainsi lorsque, par exemple, la résiliation fait suite à une baisse de salaire importante par comparaison avec les habitudes du marché, à une surcharge de travail chronique malgré un avertissement, à des reproches continuels ou à un mauvais climat général (ATF 130 III 353 consid. 2.2.1; JdT 2005 I 12).

Il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le salarié a consenti tacitement à une réduction de son salaire (REHBINDER, Commentaire bernois, n. 19 ad art. 322 CO). Toutefois, si le travailleur a encaissé au moins trois fois de suite un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, cela sans formuler de réserve, il y a une présomption de fait qu'il a accepté la baisse de salaire en cause (REHBINDER, op. cit., n. 19 ad art. 322 CO; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 22 ad art. 322 CO; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 11 ad art. 322 CO).

**4.5.2** En l'espèce, l'appelant a démontré, au vu du dossier, que son salaire fixe avait passé, à partir du mois de janvier 2014, de 10'000 fr. à 4'000 fr., commissions en sus, ce qui constituait une baisse de salaire importante.

Sa démission a d'ailleurs été motivée par son opposition à ces nouvelles conditions salariales et par le refus de l'intimée de lui verser le solde des commissions réclamées par l'appelant pour l'année 2013.

Il est vrai que ce n'est qu'au début de mai 2014, soit après avoir reçu sa nouvelle rémunération pendant quatre mois sans apparemment protester, qu'il a informé l'intimée par écrit de son opposition à ce nouveau mode de rémunération. Cependant, ainsi que cela résulte de son courrier du 8 mai 2014 à l'intimée, il apparaît que l'appelant avait déjà manifesté son désaccord au cours de divers entretiens préalables avec cette dernière. Par ailleurs, il avait aussi exprimé ce désaccord en refusant de signer le décompte annuel de son salaire 2013 établi par son ancien employeur le 25 février 2014, qui mentionnait déjà la nouvelle composition de cette rémunération.

Il ne peut donc être retenu que le recourant aurait accepté les nouvelles conditions salariales imposées par l'intimée. Cette dernière ayant ainsi décidé unilatéralement de modifier le fondement des conditions salariales de l'appelant initialement convenues, la démission de ce dernier a vraisemblablement été donnée pour un motif justifié découlant du comportement de son ancien employeur.

Il en résulte, au regard des faits de la cause ainsi que des principes rappelés ci-dessus, qu'il paraît *prima facie* possible, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, que la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail ayant lié les parties ait été susceptible de cesser de déployer ses effets dès la résiliation de ce contrat par l'appelant.

Sous cet angle, une éventuelle action au fond paraissant dénuée de chances de succès, il n'y a pas lieu de confirmer le prononcé par le premier juge des mesures provisionnelles requises par l'intimée.

**4.6** Cela étant, quand bien même l'on voudrait considérer que la clause de prohibition en cause n'a pas cessé de déployer ses effets lors de la résiliation des rapports contractuels entre les parties, les conditions du prononcé, en l'espèce, de mesures provisionnelles ne sont pas réalisées.

En effet, l'intimée a déclaré avoir appris, par le biais du courriel d'une ancienne cliente du 3 novembre 2014, que les actes de démarchage de l'appelant avaient débuté en juillet 2014. Ce nonobstant, elle attendit le 10 septembre 2015, soit plus de 10 mois dès cette prise de connaissance, avant de requérir des mesures provisionnelles à l'encontre de l'appelant.

Il y a donc lieu d'admettre comme vraisemblable que les actes de concurrence qu'elle reproche à l'appelant n'ont pas été de nature à lui causer un préjudice particulièrement important.

En tout état, le fait qu'elle ait attendu si longtemps pour agir devant les juridictions prud'homales à partir de sa connaissance des agissements de son ancien employé tend à démontrer que la protection par voie de mesures provisionnelles qu'elle réclame n'est pas nécessaire.

A l'inverse, interdire à l'appelant de travailler pour son actuel employeur porterait une atteinte grave à la situation dudit appelant en le privant de manière brutale et immédiate de ses moyens d'existence.

Ainsi, outre le fait que l'action en exécution anticipée en matière d'interdiction de concurrence suppose la réalisation de conditions particulièrement restrictives, qui ne paraissent pas réalisées en l'espèce, la pesée des intérêts en présence commande également de rejeter les conclusions de l'intimée en prononcé de mesures provisionnelles à l'encontre de l'appelant.

A cet égard, il convient de relever que l'ATF 139 III 86 dont se prévaut l'intimée, est un arrêt isolé et qu'il résulte d'une décision plus récente du Tribunal fédéral qu'une pesée des intérêts en présence doit toujours être faite en vue d'une décision sur mesures provisionnelles.

**4.7** Il s'ensuit que le présent appel sera admis et que la décision entreprise sera annulée, l'intimée étant déboutée de l'ensemble de ses conclusions.

- 5.** Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce aussi sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Les frais seront en l'espèce arrêtés à 2'500 fr. au total, soit 1'500 fr. pour la première instance et 1'000 fr. en appel, ce dernier montant comprenant les frais relatif à la décision sur suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement querellé (art. 69, 71, 26 et 37 RTFMC).

Ces frais en 2'500 fr. devront être compensés avec les avances fournies par les parties, qui sont dès lors acquises à l'Etat de Genève.

L'intimée, qui succombe, sera dès lors condamnée aux frais des deux instances, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC et devra rembourser la somme de 1'000 fr. à ce titre à appellant.

Il n'est pas alloué de dépens (art. 17 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 11 décembre 2015 par A\_\_\_\_\_ contre la décision JTPH/523/2015 prononcée sur mesures provisionnelles le 25 novembre 2015 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/18539/2015-3.

**Au fond :**

Annule la décision entreprise.

**Cela fait :**

Déboute B\_\_\_\_\_ SA de toutes ses conclusions.

**Sur le frais :**

Arrête à 2'500 fr. les frais judiciaires de première et de seconde instance.

Dit que ces frais sont compensés avec les avances effectuées par les parties, lesquelles restent acquises à l'Etat de Genève.

Met l'ensemble de ces frais à la charge de B\_\_\_\_\_ SA.

La condamne en conséquence à rembourser à A\_\_\_\_\_ la somme de 1'000 fr. à ce titre.

**Siégeant :**

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Guido AMBUHL, juge employeur, Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Véronique BULUNDWE-LÉVY

**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 à 15'000 fr.**

---