



Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Gregory CONNOR  
Rue du Rhône 100  
1204 Genève

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me John EARDLEY  
Rue de Candolle 16  
1205 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 1<sup>er</sup> février 2005

Mme Martine HEYER, présidente

Mme Jocelyne TAUXE et M. Alain SARACCHI, juges employeurs

Mme Renée CRESP et M. Gian-Franco MAGNIN, juges salariés

Mme Anne ETIENNE, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. Par acte du 5 février 2004, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes, rendu le mercredi 24 septembre 2003, notifié le 7 janvier 2004, qui le déboute de ses conclusions prises à l'encontre de E\_\_\_\_\_ SA, son ancien employeur. Dans son écriture de réponse du 31 mars 2004, E\_\_\_\_\_ forme appel incident; elle avait en effet pris des conclusions reconventionnelles à l'encontre de T\_\_\_\_\_ en première instance, dont elle a aussi été déboutée. Dans sa réponse à l'appel incident du 18 mai 2004, T\_\_\_\_\_ persiste dans ses conclusions et conclut au déboutement de la banque.

B. Les faits suivants résultent de l'instruction de la cause :

a. E\_\_\_\_\_ est une société anonyme ayant pour but l'exploitation d'une banque et l'exercice de l'activité de négociant en valeurs mobilières. Elle a actuellement son siège au n° \_ de la rue B\_\_\_\_\_ à Genève. Son actionnaire est A\_\_\_\_\_.

Par contrat de travail signé par les parties le 16 juin 2000, E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ comme directeur général adjoint, membre du comité de la direction générale et responsable de la division stratégies et investissements. Le contrat prenait effet le 1<sup>er</sup> août 2000 et se terminait le 31 juillet 2003. Les parties devaient le résilier par écrit au moins 6 mois avant ce terme. Sans une telle résiliation, le contrat était reconduit tacitement pour une durée indéterminée.

Le salaire annuel de T\_\_\_\_\_ se montait à 300'000 fr. versés en douze mensualités, auxquels venaient s'ajouter, à fin 2001, un bonus de 100'000 fr. au minimum.

S'agissant de la diligence et de la fidélité, la clause n° 6 du contrat prévoyait ceci :

*« T\_\_\_\_\_ exécutera sa tâche avec tout le soin que l'on peut attendre de lui et sauvegardera pour le mieux les intérêts de E\_\_\_\_\_.*

*Il est interdit à T\_\_\_\_\_ d'accepter ou de se faire promettre, dans le cadre de son activité au service de E\_\_\_\_\_, des cadeaux, des commissions ou tout autre avantage de toute nature sans en informer préalablement E\_\_\_\_\_.* »

Au sujet des activités annexes, l'article n° 7 du contrat prévoyait que :

*« Toute activité annexe ou accessoire rétribuée est interdite, sauf accord préalable écrit de E\_\_\_\_\_. Cet accord peut être révoqué en tout temps si une telle activité portait préjudice au travail de T\_\_\_\_\_ au service de E\_\_\_\_\_ ».*

Enfin, la clause n° 10 concernait l'interdiction de concurrence et était rédigée en ces termes :

*« Au terme du présent contrat, pour quelque raison que ce soit, T\_\_\_\_\_ aura l'interdiction, durant une période d'un an, d'exercer toute activité professionnelle ou rémunérée, directe ou indirecte, dans le domaine bancaire (ci-après « activité concurrente ») pour le compte d'un autre établissement bancaire ou financier ou pour son propre compte. Durant la même période, T\_\_\_\_\_ ne pourra pas non plus contacter ou faire contacter des employés de E\_\_\_\_\_ en vue de leur proposer ou de leur faire proposer directement ou indirectement des offres d'emploi ou d'engagement auprès d'établissements concurrents. En outre, durant cette même période, T\_\_\_\_\_ ne pourra créer, prendre une quelconque participation dans, ni conclure d'affaires avec ou pour le compte d'une entreprise dont l'activité est concurrente.*

*Durant la même période, T\_\_\_\_\_ aura l'interdiction de solliciter ou de faire solliciter la clientèle actuelle de E\_\_\_\_\_ pour le compte d'un autre établissement financier ou de gestion de fortune ou, de quelque manière que ce soit, d'encourager la clientèle de E\_\_\_\_\_ à fermer ou à diminuer l'importance de leurs comptes auprès de E\_\_\_\_\_.*

*En cas de violation par T\_\_\_\_\_ de son interdiction de concurrence, celui-ci sera tenu au paiement d'une peine conventionnelle égale à un montant de 100'000 fr. E\_\_\_\_\_ se réserve cependant le droit d'obtenir la réparation de tout dommage supplémentaire.*

*La présente interdiction de concurrence est limitée au territoire suisse. »*

Un second contrat de travail a été signé par les parties le 17 juillet 2000. Il modifiait le premier contrat quant à la rémunération de T\_\_\_\_\_. Celle-ci restait à 300'000 fr. par année, soit 25'000 fr. par mois. Il était toutefois ajouté que cette rémunération comprenait une indemnité pour les repas de 200 fr. par mois et des frais de représentation de 1'000 fr. par mois, le tout payable en 12 mensualités. Le bonus, d'un montant de 100'000 fr. pour l'année 2001, restait inchangé.

Par avenant au contrat de travail signé le 24 août 2001, prenant effet au 1<sup>er</sup> septembre 2001, le salaire annuel de l'employé est passé à 240'000 fr.

b. Par lettre recommandée du 16 janvier 2002, la banque a informé l'employé que son contrat de travail ne serait pas renouvelé à son échéance, soit le 31 juillet 2003. E\_\_\_\_\_ libérait T\_\_\_\_\_ de son obligation de travailler à partir de la date du courrier et jusqu'à l'échéance contractuelle. La banque lui rappelait qu'il n'avait pas le droit de prendre un autre emploi rémunéré jusqu'à la fin du contrat de travail. Elle pouvait éventuellement mettre un terme au contrat si T\_\_\_\_\_ trouvait un emploi; en conséquence, elle le pria de l'informer s'il concluait un nouveau contrat de travail. De plus, la libération de l'obligation de travailler n'exemptait pas l'employé de son obligation de fidélité.

Par certificat de travail du 25 février 2002, E\_\_\_\_\_ a indiqué que T\_\_\_\_\_ avait géré ses tâches à la satisfaction de son employeur.

Soupçonnant T\_\_\_\_\_ d'avoir repris un emploi rémunéré au cours de l'année 2002 - nonobstant son obligation envers elle - la banque lui a signifié son licenciement immédiat, par courrier recommandé de son conseil du 14 août 2002, reçu le 16 août 2002.

c. La banque invoquait les motifs suivants à l'appui de ce licenciement avec effet immédiat :

Dans le courant de l'été 2002, de nombreux clients avaient quitté le secteur de gestion de fortune de la banque et avaient transféré la gestion de leurs avoirs à une société C\_\_\_\_\_ SA, active dans la gestion de patrimoine, les fonds de placement, les conseils et les courtages. E\_\_\_\_\_, pour les raisons qui vont suivre, considéra que T\_\_\_\_\_ était à l'origine de ces départs : T\_\_\_\_\_ apparaissait sur la « homepage » du site Internet de C\_\_\_\_\_ SA. Son adresse de courrier électronique figurait à côté de celle des deux directeurs de cette société. De plus, une agence de détectives privés mandatée par la banque avait remarqué que T\_\_\_\_\_ était entré ou sorti du siège de C\_\_\_\_\_ SA les 31 juillet, 7, 8, 9, 12, 15 et 16 août 2002. Une société informatique, aussi mandatée par la banque, avait indiqué qu'il n'était pas exclu que le nom de T\_\_\_\_\_ figure sur le site Internet de C\_\_\_\_\_ depuis le 5 janvier 2002. La banque avait inféré de ces faits que son ex-employé avait commencé un travail chez cette société dès janvier 2002. Elle avait alors considéré que l'employé avait violé l'obligation de prendre un autre emploi avant la fin de son contrat chez elle. De plus, étant donné que la société C\_\_\_\_\_ SA agissait dans le même secteur économique que la banque, l'activité de T\_\_\_\_\_ était aussi contraire à la clause d'interdiction de concurrence. De telles violations étaient des motifs de licenciement immédiat.

De son côté, T\_\_\_\_\_ a contesté le congé. Il a expliqué que, suite à la non reconduction de son contrat de travail en janvier 2002, il avait déménagé en France voisine pour diminuer ses charges. Ce déménagement présentait l'inconvénient majeur de l'empêcher de gérer ses économies directement. Averti de ce fait, D\_\_\_\_\_, directeur de C\_\_\_\_\_ SA et ami de longue date de T\_\_\_\_\_, avait alors mis à disposition de ce dernier un bureau, une ligne téléphonique et une adresse de messagerie électronique sur le site de la société, pour qu'il puisse télécharger des documents privés. T\_\_\_\_\_ affirme n'avoir jamais fourni de travail pour C\_\_\_\_\_ SA, ni perçu de rémunération de sa part. Aucun contrat de travail ne les liait. Il lui arrivait parfois de répondre au téléphone lorsque D\_\_\_\_\_ était déjà en ligne ou de vérifier la boîte de messagerie électronique de ce dernier. En outre, sur requête expresse de D\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ lui donnait des conseils sur la gestion à adopter.

d. Les pièces et les enquêtes ont mis en évidence les faits suivants :

d.1. Dans le courant de l'année 2001, T\_\_\_\_\_ a été présenté à F\_\_\_\_\_, apporteur d'affaires, par G\_\_\_\_\_, alors collègue de T\_\_\_\_\_ chez E\_\_\_\_\_. La banque gérait alors les avoirs des clients de F\_\_\_\_\_, et la relation entre ce dernier et la

banque était bonne, jusqu'en mai 2002. A cette date, un organe de la banque a indiqué à F\_\_\_\_\_ qu'elle ne respecterait plus ses obligations contractuelles, au motif que les avantages financiers que ce dernier retirait des opérations étaient disproportionnés par rapport à ceux de la banque. Cette dernière lui a proposé de devenir tiers gérant. Le directeur de la banque lui a demandé de produire un *business plan* pour les deux ans à venir, dans les 48 heures. En d'autres termes, il devait trouver un tiers gérant dans les 48 heures. Il a alors pensé que T\_\_\_\_\_ pouvait lui donner conseil. En effet, ils avaient des relations cordiales et F\_\_\_\_\_ pouvait l'appeler à n'importe quel moment pour obtenir des informations. T\_\_\_\_\_ a donné quatre noms de tiers gérants potentiels à F\_\_\_\_\_, parmi lesquels C\_\_\_\_\_ SA. Sur demande de ce dernier, T\_\_\_\_\_ lui a organisé un rendez-vous dans les locaux de C\_\_\_\_\_ SA, avec D\_\_\_\_\_. Il a quitté la pièce immédiatement après les avoir présentés, en expliquant qu'il ne faisait pas partie de la société et qu'il n'avait pas à participer aux éventuels arrangements. Une fois les accords passés entre les deux précités, l'apporteur d'affaires en a informé E\_\_\_\_\_. Les clients ont confié la gestion de leurs avoirs à C\_\_\_\_\_ SA, mais ils ont laissé leurs fonds en dépôt chez E\_\_\_\_\_. Suite à des différends entre cette dernière et C\_\_\_\_\_ SA, la banque a sommé les clients de la quitter ou de renoncer à la gestion de C\_\_\_\_\_ SA. Selon F\_\_\_\_\_ c'est dans ces circonstances que les clients ont quitté la banque pour la société de gestion.

d.2. Parallèlement à ces événements, C\_\_\_\_\_ SA, soit pour elle D\_\_\_\_\_, a envisagé une collaboration avec T\_\_\_\_\_. Selon D\_\_\_\_\_ ce projet ne s'est jamais réalisé, car le précité avait émis des exigences salariales bien trop élevées pour la société.

Le site Internet de C\_\_\_\_\_ a été créé le 5 janvier 2002, et il a été modifié pour la dernière fois le 1<sup>er</sup> mai 2002. Ce site a comporté l'adresse de messagerie électronique de T\_\_\_\_\_, au nombre des personnes à contacter, au plus tard dès le 5 mai 2002. Le 16 septembre 2002, elle n'y était plus (pièces 8 et 10 int.; témoins H\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_).

Courant 2002, la société C\_\_\_\_\_ a mis à disposition de T\_\_\_\_\_ son infrastructure. Ce dernier l'utilisait pour gérer son argent et rechercher un nouvel emploi. Il rendait parfois des services, en cas d'absence des deux directeurs de la société, en répondant au téléphone, notamment pendant la pose de midi. T\_\_\_\_\_ vérifiait parfois la boîte électronique de D\_\_\_\_\_, pour informer ce dernier des e-mails qu'il avait reçus. Il donnait parfois des avis à D\_\_\_\_\_ ou à des clients, sur demande de celui-ci. En particulier, le 26 juin 2002, G\_\_\_\_\_, qui était alors employé de la banque a appelé D\_\_\_\_\_ pour lui faire savoir qu'il avait reçu un ordre d'un client qui transférerait la gestion de ses fonds de la banque à C\_\_\_\_\_ SA; T\_\_\_\_\_ a répondu au téléphone et il s'en est suivi une conversation au sujet des cours de la bourse et un rendez-vous a été convenu entre les deux intéressés, pour aller déjeuner. A la fin de la conversation, G\_\_\_\_\_ a indiqué que l'ordre de transfert serait un faux et T\_\_\_\_\_ a dit qu'il en référerait à D\_\_\_\_\_ et qu'ils le rappelleraient.

Les pièces 15 et 16 de l'intimée révèlent que sur demande de D\_\_\_\_\_ un fax a été envoyé par un trust des Bermudes, « C\_\_\_\_\_ Trust Ltd », à destination de T\_\_\_\_\_ chez C\_\_\_\_\_ SA, en date du 23 septembre 2002. Ce fax accompagnait la copie du passeport du titulaire d'un compte dont l'argent était vraisemblablement géré par une des sociétés du groupe C\_\_\_\_\_ (pièces 15, 16 int).

T\_\_\_\_\_ se rendait de manière irrégulière dans les locaux de C\_\_\_\_\_ SA, où il disposait d'un bureau, d'un téléphone et d'un ordinateur, et il dit y avoir consacré l'essentiel de son temps à la gestion de ses affaires personnelles, sans avoir jamais perçu de salaire de C\_\_\_\_\_ SA (pièce 12 app; témoins I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, conversation téléphonique du 26 juin 2002 entre G\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_). La banque le conteste toutefois et maintient qu'il a été rémunéré. Lors de la dernière audience qui a été convoquée par la Cour d'appel T\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il se rendait toujours, de façon occasionnelle chez C\_\_\_\_\_ SA.

Ni les relevés du compte de T\_\_\_\_\_ auprès de N\_\_\_\_\_, ni ceux du compte de son épouse n'ont permis de vérifier que celui-ci avait effectué des opérations de gestion de ses affaires au moyen de ces comptes.

d.3. S'agissant des pouvoirs de T\_\_\_\_\_ avait au sein de la société C\_\_\_\_\_ SA, seuls D\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, directeurs de la société, et I\_\_\_\_\_, administrateur de celle-ci, auraient pu les lui conférer, ce qu'ils n'ont pas fait. Il n'avait par conséquent aucun pouvoir écrit. Toutefois, de nombreuses pièces et les déclarations de T\_\_\_\_\_ ont montré que ce dernier avait siégé en tant que membre du conseil d'administration du fond « C\_\_\_\_\_ Worldwide Ltd » à partir du 1<sup>er</sup> août 2002, et du fond « C\_\_\_\_\_ Global Ltd » à partir du 14 octobre 2003 (décl. T\_\_\_\_\_; pièces 23 à 31 int). D\_\_\_\_\_ a exposé que T\_\_\_\_\_ n'avait pas touché d'honoraires pour ces activités. Selon lui K\_\_\_\_\_, principal animateur des fonds susmentionnés, avait demandé à T\_\_\_\_\_ d'effectuer ces mandats d'administrateurs bénévolement, ce qu'il avait accepté pour être agréable à D\_\_\_\_\_, envers lequel il était redevable de services rendus. Ce dernier a dit ignorer si l'intéressé avait la signature pour représenter le C\_\_\_\_\_ Worldwide Ltd.

C. En date du 29 août 2002, T\_\_\_\_\_ a saisi la juridiction des Prud'hommes. Il a demandé 240'000 fr. de salaire pour les mois d'août 2002 à juillet 2003 inclus, ainsi qu'une indemnité de 120'000 fr. pour licenciement injustifié, représentant l'équivalent de six mois de salaire, soit au total 360'000 fr. plus intérêts de 5% l'an dès le 16 août 2002.

E\_\_\_\_\_ s'est opposée à cette requête; elle a formé, le 8 novembre 2002, une demande reconventionnelle, en sollicitant la restitution de 109'894 fr. 60 plus intérêts de 5% par an dès le 24 avril 2002, somme correspondant aux salaires touchés par T\_\_\_\_\_ à partir du 16 janvier 2002, date à laquelle il avait été libéré de son obligation de travailler jusqu'au 16 août 2002, date de son congé immédiat. La banque soutenait que son ancien employé avait été rémunéré par C\_\_\_\_\_ SA durant cette période, de sorte qu'il devait

lui restituer les salaires versés. Elle réclamait également le versement de la peine conventionnelle de 100'000 fr. plus intérêts à 5% par an dès le 16 août 2002, au motif que l'intéressé avait violé la clause de non concurrence.

Dans sa réponse du 20 janvier 2003, T\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions et s'est opposé à celles de la banque.

D. Le 24 septembre 2003, le Tribunal a rendu la décision querellée, déboutant les deux parties de toutes leurs conclusions. En substance, sur demande principale, il a considéré qu'en allant dans les locaux de C\_\_\_\_\_ SA pour y gérer ses propres affaires, en laissant son nom apparaître comme personne de contact sur le site de cette société et en la proposant pour qu'un apporteur d'affaires de la banque y transfère ses clients, T\_\_\_\_\_ avait adopté un comportement contraire aux intérêts de son employeur. En conséquence, la confiance entre eux avait été définitivement ruinée et ce comportement justifiait une résiliation immédiate, de sorte que les deux chefs de sa demande étaient infondés. S'agissant de la demande reconventionnelle, le Tribunal a considéré que l'employé n'avait pas perçu de salaire d'un autre employeur que la banque, pendant qu'il était libéré de son obligation de travailler. Par conséquent, il ne pouvait pas être tenu de restituer les salaires versés par la banque durant cette période. Par ailleurs, il a jugé que, l'employé n'ayant pas accompli d'activité rémunérée ni professionnelle, la clause d'interdiction de concurrence ne s'appliquait pas; ainsi T\_\_\_\_\_ ne devait pas payer l'indemnité y afférente.

E. Les parties appellent toutes deux de cette décision, T\_\_\_\_\_ à titre principal et E\_\_\_\_\_ à titre reconventionnel. Elles reprennent intégralement leur argumentation et leurs conclusions de première instance, la banque alléguant au surplus que son ancien employé aurait siégé dans des conseils d'administration de fonds liés à C\_\_\_\_\_ SA. Les arguments des parties seront examinés pour le surplus ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

## **EN DROIT**

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel principal est recevable. Il en va de même de l'appel incident (art. 62 al. 1 LJP et 61 al. 1 LJP), et de la réponse à ce dernier (art. 62 al. 2 LJP).

2. Lors de l'audience d'enquêtes du 30 juin 2004 devant la Cour de céans, l'intimée a requis la convocation, en qualité de témoin, de L\_\_\_\_\_, cheffe du service juridique de M\_\_\_\_\_ à Genève. Elle entendait l'interroger sur les éventuels pouvoirs de l'appelant pour représenter C\_\_\_\_\_ SA auprès de la banque précitée, étant rappelé que cette société avait, envers M\_\_\_\_\_, la qualité de gérant externe.

**2.1.** La Cour peut procéder à des enquêtes (art. 64 al. 2 LJP). La LPC s'applique (art. 11 LJP). Selon l'art. 227 al. 1 LPC, les personnes astreintes au secret professionnel ne sont pas obligées de témoigner. Du Commentaire de la loi genevoise de procédure civile de Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt ad art. 227 LPC ressortent les principes suivants : l'art. 227 LPC ne contient pas une énumération précise des personnes dispensées de témoigner. Il constitue dès lors une *disposition d'ordre tout à fait général* (Guldener, p. 345) qui s'applique à tous les cas où sont réunies les trois conditions cumulativement prévues, à savoir : le fait sur lequel le témoin est appelé à déposer constitue un secret; ce secret a été confié au témoin par celui qui en est bénéficiaire; cette confiance est intervenue en raison de l'état ou dans l'exercice de la profession du témoin.

La *notion de secret* et l'obligation pour son détenteur d'en assurer le respect ne sauraient être toutefois laissées à la libre appréciation du témoin et/ou des parties. Ce devoir doit découler d'une disposition légale fédérale ou cantonale expresse. Le caractère général de l'art. 227 al. 1 permet d'étendre la dispense de témoigner aux personnes liées par le *secret bancaire* au sens de l'art. 47 LB (Aubert/Kernen/Schönle, Le secret bancaire suisse, 3e éd., 1995, p. 135 ss; Aubert, Secret professionnel du banquier, FJS No 69 p. 17-18; Aubert, Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire, in SJ 1967 p. 609 ss), le *secret de fabrication ou le secret d'affaires* (cf. art. 203 No 1 et art. 162 CP), le *secret commercial* (art. 162 CP) ou par un secret découlant des *rappports de travail* (art. 321 a al. 4 CO).

La personne astreinte à un secret professionnel ou à un secret de fonction pourra néanmoins témoigner si le secret est levé, soit par l'intéressé bénéficiaire de la protection (art. 321 al. 2 CP), soit par l'autorité compétente (art. 321 al. 2 et 320 al. 2 CP). La compétence de lever *le secret* n'appartient en aucun cas au juge civil saisi de la cause dans laquelle le témoignage est invoqué (SJ 1963 p. 498, confirmé par ACJ Schnegg du 6.11.87). C'est aux parties, non au juge, qu'il incombe d'entreprendre les démarches propres à obtenir la levée du secret de fonction.

Si le secret porte sur un fait que la partie protégée a pour fardeau d'établir, le silence du témoin lui sera évidemment préjudiciable. Si la preuve du fait incombe à l'adversaire de la personne protégée, le refus de cette dernière de délier le témoin de son obligation de secret devra être interprété en fonction des circonstances et de la valeur de l'intérêt protégé. En cas de refus fondé sur des motifs insuffisants, le silence pourra être considéré comme un aveu du fait que le témoignage devait établir.

En l'espèce, il ressort de l'instruction de la cause que le témoin susmentionné n'a pas été autorisé à déposer dans la présente procédure, ni par son client, ni par sa hiérarchie, sur des faits protégés par le secret professionnel, soit la question de savoir si l'appelant possédait un pouvoir pour représenter C \_\_\_\_\_ SA, société ayant un rôle de gérant externe auprès de M \_\_\_\_\_ pour les avoirs de ses clients. Contrairement à ce que soutient l'intimée, et conformément aux principes rappelés ci-dessus, il n'appartient pas à la Cour d'appel de prononcer la levée du secret de ce témoin. Son audition ne sera donc

pas ordonnée, toutefois comme la preuve des faits que cette audition était censée établir incombe à l'intimée, le silence qui lui est ainsi opposé peut être considéré comme un aveu desdits faits.

**3.1.** L'appelant principal conteste les justes motifs à l'appui de son licenciement avec effet immédiat. Il demande par conséquent le paiement de son salaire à compter de son licenciement en août 2002, jusqu'à l'échéance contractuelle en juillet 2003, ainsi qu'une indemnité forfaitaire pour licenciement immédiat injustifié.

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérés comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (Brunner/Buhler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, n. 1 ad art. 337c CO). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 124 III 25 consid. 3c). Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat (Arrêt du 1.10.2004 cause n. 4C.265/2004 consid. 3.1; arrêt du 23.12.2003 cause n. 4C.249/2003 consid. 3.1; ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 127 III 153 consid. 1a; ATF 117 II 560 consid. 3b, JT 1993 I 148; ATF 116 II 145 consid. 5a, JT 1990 I 575; ATF 112 II 41 consid. 3a; Aubert, Commentaire romand du Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003, n. 1 à 6 ad art. 337 CO; Wylser, Droit du travail, Berne 2002, pp. 363-364).

A ce propos, l'ampleur des exigences à vérifier pour que la résiliation avec effet immédiat soit justifiée ne se détermine pas de façon abstraite ou générale mais dépend concrètement de la position et des responsabilités du travailleur dans l'entreprise, de la nature et de la durée des rapports de travail et de l'importance des griefs en cause (ATF 127 III 153 consid. 1a; ATF 116 II 145 consid. 6a, JT 1990 I 581; ATF 111 II 245 consid. 3; Aubert, op. cit., n. 5 ad art. 337 CO).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la nature et l'importance des manquements (ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 127 III 153 consid. 1a; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, Lausanne 2001, pp. 220-221; Wylser, op. cit., p. 365). Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC).

Par manquement du travailleur justifiant un congé immédiat, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 121 III 467 consid. 4d). Selon l'art. 321a CO, le travailleur sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Pour qu'une telle violation soit admise, une atteinte concrète aux intérêts de l'employeur n'est pas

forcément nécessaire (Stahelin, Commentaire zurichois, n. 49 ad art. 321a CO; ATF 104 II 28 consid. 2, JT 1978 I 514). Le travailleur ne doit pas accomplir de travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et fait concurrence à son employeur (JAR 1999 p. 289; Wylér, op. cit. , pp. 77 à 79). Un tel travail pour le compte d'un tiers, soit l'exercice d'une activité concurrente, ne serait-ce que pendant quelques jours, constitue une grave violation du contrat et justifie souvent un licenciement immédiat (JAR 1999 p. 292 cité par Wylér op. cit. , p. 369; Aubert, op. cit. , n. 9 ad art. 321a CO). Ces principes sont appliqués plus rigoureusement si l'employé est un cadre, en raison du crédit particulier et des responsabilités liées à sa fonction (ATF 127 III 86 consid. 2c; ATF 104 II 28 consid. 2, JT 1978 I 514; Wylér op. cit. , p. 76 et les références citées). Par contre, le fait pour un travailleur déjà licencié de travailler pour une entreprise concurrente quelques jours pendant ses vacances ne justifie pas un licenciement avec effet immédiat (JAR 1997 p. 182, cité par Favre/Munoz/Tobler, op. cit. , p. 216).

Il convient de rappeler les conditions auxquelles un contrat de travail existe (art. 319 al. 1 CO). Il s'agit des éléments suivants : une prestation personnelle de travail, une mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (SJ 1990 p. 185 consid. 3; SJ 1982 p. 202; Aubert, op. cit. n. 1 à 18 ad art. 319 CO; Rehbinder, Berner Kommentar, Vol. I/2, p. 46; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, Berne 1975, p. 20).

**3.2.** En l'espèce, s'agissant du grief lié aux circonstances dans lesquelles les clients de la banque ont été transférés auprès de C \_\_\_\_\_ SA, il ressort de l'instruction que l'appelant principal a joué un rôle dans cette opération, en mettant en contact l'apporteur d'affaires et son ami D \_\_\_\_\_. Quoiqu'il ne soit ainsi pas démontré qu'il a joué un rôle dans la décision de l'apporteur d'affaires de retirer sa clientèle de la banque, il n'en demeure pas moins que le rôle qui a été le sien était susceptible de contrevenir à son obligation de fidélité, qui notamment consistait pour lui à sauvegarder les intérêts de la banque.

S'agissant du grief lié au fait qu'il aurait exercé des activités rémunérées pour un tiers, l'enquête n'a pas permis de démontrer la réalité d'une rémunération - du moins au sens où on l'entend généralement, soit une remise d'argent déterminée et périodique, en d'autres termes un salaire - de la part de C \_\_\_\_\_ SA. Compte tenu toutefois des relations qui unissaient l'appelant principal au représentant de cette société, compte tenu également de la nature des prestations fournies et du domaine dans lequel elles se situaient, il est vraisemblable - quoique non formellement établi - qu'elles pourront, à terme, engendrer une contre-prestation sous une forme ou une autre, notamment pas un système de compensation. Cela étant, l'activité d'aide et de conseil que l'appelant principal a déployée au service de la société précitée, qui elle-même mettait une infrastructure à sa disposition, le fait qu'il soit apparu sur son site internet, qu'il ait joué le rôle, même formel et même non rémunéré, d'administrateur de fonds de placement appartenant à la société, tous ces éléments sont manifestement en contradiction avec les obligations contractuelles qui liaient l'appelant principal à l'intimée. Cette conclusion s'im-

pose d'autant que, ce faisant, le précité était, respectivement pouvait être, continuellement en contact direct avec les anciens clients de la banque, avec tout ce qu'une telle situation engendre de risque au niveau du secret et du devoir de fidélité. Peu importe à cet égard que l'appelant principal ait en outre effectivement possédé – ce qui est vraisemblable – la signature pour représenter C\_\_\_\_\_ SA auprès du M\_\_\_\_\_, car tous les éléments susmentionnés suffisent déjà à justifier le congé litigieux.

L'appelant était toujours lié par contrat de travail à l'intimée, pendant qu'il collaborait avec la société. Dans sa lettre du 16 janvier 2002, lui indiquant qu'il ne serait pas réengagé à l'échéance de son contrat et le libérant de son obligation de travailler, l'intimée lui avait expressément rappelé son obligation de fidélité, obligation qui lui incombait de manière d'autant plus stricte qu'il avait exercé à la banque une fonction comportant de hautes responsabilités. Les manquements susvisés sont ainsi graves et ils justifient le congé avec effet immédiat. L'appelant sera dès lors débouté de toutes ses conclusions, la décision du Tribunal étant, sur ce point, confirmée.

**4.1.** Dans son appel incident, la banque réclame la restitution des salaires qu'elle a versés à l'appelant pendant la période du 17 janvier 2002 au 16 août 2002, pendant laquelle ce dernier aurait, selon elle, reçu une rémunération de C\_\_\_\_\_ SA, et une indemnité pour violation de la clause d'interdiction de concurrence. La banque appuie son argumentation, s'agissant du premier moyen, sur un arrêt du Tribunal fédéral selon lequel il faut soustraire de la rémunération du travailleur libéré de son obligation de travailler tout revenu qu'il a pu tirer d'un nouvel emploi, à moins que les parties en aient convenu autrement (ATF 118 II 139 consid. 1a, JT 1993 I 390; Favre/Munoz/Tobler, op. cit. , p. 152; Brunner/Buhler/Waerber/Bruchez, op. cit. , n. 2 à 5 ad art. 329d CO).

Or, si l'appelant a bien collaboré avec C\_\_\_\_\_ SA, l'existence d'un contrat de travail n'est pas démontrée. Il a déjà été souligné ci-dessus l'échec de l'intimée à démontrer l'existence d'une rémunération sous la forme d'un salaire; à cela s'ajoute qu'il n'est aucunement ressorti de l'enquête qu'un lien de subordination ait existé entre les précités. Il n'a pas plus été démontré que l'appelant aurait perçu une rémunération découlant de ses activités d'administrateur. En tout état, même s'il fallait en admettre l'existence, en se fondant sur l'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses, en pareil domaine, la quotité de la prétendue rémunération est totalement inconnue. A cela s'ajoute encore que la banque réclame le montant de 109'894.60 pour des salaires indûment perçus par l'appelant pour la période du 17 janvier 2002 au 16 août 2002. Or, l'appelant a commencé de se rendre dans les bureaux de la société le 31 juillet 2002 seulement. S'agissant des conseils d'administration des fonds de placement, il y a siégé dès le 1<sup>er</sup> août 2002 pour l'un et dès le 14 octobre 2003 pour l'autre. En conséquence, la banque ne saurait réclamer la restitution des salaires qu'elle a versés pour une période pendant laquelle son employé n'avait quasiment aucune activité en rapport avec la C\_\_\_\_\_ SA.

**4.2.** L'intimée réclame également le paiement de la peine conventionnelle de 100'000 fr. au motif que l'appelant a violé la clause de prohibition de concurrence.

Selon l'art. 340 CO, le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser. La prohibition n'est valable que si les rapports de travail permettent à l'employé 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. Selon l'art. 340a CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. Le juge doit réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 2 ad art. 340a CO; Wylér, op. cit., p. 453).

De manière générale, l'interdiction de concurrence ne peut aller au-delà de ce qui est justifié par l'intérêt de l'employeur. Une prohibition de concurrence ne sera donc limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires que dans la mesure où la possibilité existe pour l'employeur de subir un préjudice sensible. S'agissant de la limitation géographique, la clause ne peut déployer ses effets, au maximum sur le territoire où l'employeur exerce son activité. L'avenir économique du travailleur ne doit pas être compromis contrairement à l'équité, ce dont il faut juger en comparant les intérêts des deux parties. A défaut d'intérêt digne de protection de l'employeur, la restriction est contraire à l'équité. Elle ne l'est en revanche pas lorsque les intérêts des deux parties sont égaux ou lorsque ceux de l'employeur l'emportent (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 3 et 6 ad art. 340a CO; Wylér, op. cit., p. 453). Lorsqu'une prohibition est valable au regard de l'art. 340 al. 2, mais qu'elle est excessive selon l'art 340 al. 1, l'art. 340a al. 2 CO déroge au principe posé par l'art. 20 CO, en ce sens que la clause n'est pas entièrement nulle; elle reste valable dans la mesure où elle n'excède pas le maximum admissible (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 2 ad art. 340a CO; Wylér, op. cit., p. 453).

En cas de violation de la clause de prohibition de concurrence, l'employeur peut exiger le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat. Une telle clause se trouve soumise aux dispositions des articles 160 ss CO. En conséquence, le juge doit réduire les peines conventionnelles qu'il estime excessives (art. 163 CO). Mettant en œuvre les règles de l'équité, il interviendra de façon plus ou moins incisive selon les circonstances. Parmi celles-ci figurent notamment la nature et la durée du contrat de travail, la position du salarié, la rémunération versée par l'employeur, la faute du salarié, l'attitude du nouvel employeur, la situation économique des parties et la quotité du préjudice vraisemblablement subi (ATF 114 II 264 consid. 1a, JT 1989 I 74; Aubert, op. cit., n. 3 ad art. 340b CO; Wylér, op. cit., p. 454).

**4.3.** En l'espèce, la clause n° 10 du contrat interdisait à l'appelant d'exercer toute activité professionnelle ou rémunérée, directe ou indirecte, dans le domaine bancaire, ainsi que de conclure des affaires avec ou pour le compte d'une entreprise dont l'activité est concurrente. Sa durée était d'un an et son rayon géographique s'étendait au territoire

suisse. Il a été retenu précédemment que l'appelant, alors qu'il était encore lié à l'intimée contractuellement, a choisi de collaborer avec une société tierce, sous une forme juridique non déterminée, mais qu'il n'est pas indispensable de déterminer à ce stade, compte tenu du libellé très large de la clause n° 10 précitée. Il importe en revanche de rappeler a, ce faisant, choisi de rester en relation avec un ancien partenaire de la banque, soit l'apporteur d'affaires précité, et les anciens clients de celle-ci. Comme cela a déjà été constaté, il s'est trouvé dans une situation de conflit d'intérêt, tout en étant toujours au service de la banque, en tant que directeur général adjoint. Ces actes de l'appelant se situent principalement après le 16 août 2002, date de son licenciement avec effet immédiat. En conséquence, ils tombent dans le champ d'application temporel de la clause, qui commence à la date précitée et finit un an après, et dans son champ d'application géographique, l'appelant ayant exercé ses activités concurrentes à Genève. Il s'ensuit que l'intimée est fondée à réclamer une indemnité de ce chef.

Il reste qu'au vu des circonstances, notamment du fait qu'il n'est pas démontré que C\_\_\_\_\_ SA ait profité de renseignements concernant la clientèle que l'appelant connaissait; le fait que les clients ont quitté la banque pour la société en raison des changements intervenus dans la politique de celle-ci et non du fait prépondérant de l'appelant; le fait que l'intimée n'allègue pas subir un préjudice et enfin le fait que l'appelant, licencié initialement pour le 31 juillet 2003, mais dispensé de son obligation de travailler dès le 16 janvier 2002, devait bien engager des démarches dans son domaine de compétence afin de retrouver du travail, il se justifie de ramener le montant de l'indemnité à 10'000 fr.

5. L'appelant succombe entièrement. L'intimée et appelante incidente obtient très partiellement gain de cause. Partant, il se justifie de laisser à la charge de chacune des parties ses propres frais (art. 60 al. 1 et 78 al. 1 LJP, art. 42 du règlement fixant le tarif des greffes).

## PAR CES MOTIFS

### La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 4

#### A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par T\_\_\_\_\_, d'une part, et déclare recevable l'appel incident interjeté par E\_\_\_\_\_ SA, d'autre part, contre le jugement rendu par le Tribunal des Prud'hommes le 24 septembre 2003, dans la cause C/19000/2002-4.

**Au fond :**

Condamne T\_\_\_\_\_ à payer à E\_\_\_\_\_ SA 10'000 fr. à titre de peine conventionnelle pour violation de la clause de prohibition de concurrence.

Confirme, pour le surplus, le jugement entrepris.

Laisse à la charge de T\_\_\_\_\_ et de E\_\_\_\_\_ SA l'émolument d'appel qu'ils ont avancé, chacun à concurrence de 4'000 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente