



E____SA

Dom. élu:

Me Philippe PASQUIER
Rue Général-Dufour 15
Case postale 5556
1211 GENEVE 11

Monsieur T_____

Dom. élu:

Me Philippe MEIER
Place des Philosophes 8
1205 GENEVE

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 17 janvier 2007

Mme Martine HEYER, présidente

Mme Denise BOËX et M. Edouard BORLOZ, juges employeurs

MM. Michel DEDERDING et Thierry ZEHNDER, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

FAITS

A. Par acte expédié le 6 juillet 2006 au greffe du Tribunal des prud'hommes, la société E___SA appelle d'un jugement rendu le 1^{er} juin 2006 - dans une cause l'opposant à son ancien employé T_____ - par la juridiction précitée, jugement notifié aux parties le 2 juin 2006 et reçu le 6 juin 2006 par l'appelante, dont le dispositif est le suivant :

A la forme :

Déclare recevable la demande formée le 29 septembre 2005 par T_____ contre E___SA ;

Déclare recevable la demande reconventionnelle formée le 9 décembre 2005 par E___SA contre T_____.

Au fond :

Condamne E___SA à payer à T_____ la somme de 7'360 fr. 47 (sept mille trois cent francs et quarante-sept centimes) ;

Condamne E___SA à payer à T_____ la somme de 781 fr. 70 (sept cent quatre-vingt-un francs et septante centimes) par mois dès le mois de janvier 2006 et ce, jusqu'à l'entrée en force du présent jugement.

Condamne E___SA à remettre à T_____ un certificat de travail dont le contenu sera conforme au considérant n° 4 du présent jugement ;

Déboute E___SA de sa demande reconventionnelle ;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Les premiers juges ont retenu que les parties avaient été liées par un contrat de travail, que l'employeur avait résilié ce contrat pour des motifs économiques et non pour de justes motifs imputables à l'employé. En conséquence, la clause de prohibition de concurrence contenue dans le contrat avait cessé de déployer ses effets, au moment de la résiliation. L'employeur était tenu de remettre à l'employé un certificat de travail ne faisant pas mention de cette clause. Ils ont considéré comme non établi le fait que l'employé avait eu de la difficulté à retrouver un travail exclusivement en raison du maintien par l'employeur, de manière injustifiée, de la clause de prohibition de concurrence. Les premiers juges ont dès lors décidé que l'employeur devait lui verser la différence entre le montant des indemnités de chômage perçues et la moitié du montant

du gain hypothétique qu'il aurait pu percevoir s'il avait retrouvé un emploi, soit, pour l'année 2005 la somme de 9'380 fr. et pour la période suivante 781 fr. 70 par mois jusqu'à l'entrée en force du jugement. Il n'y avait toutefois pas lieu de lui allouer l'indemnité de 25'000 fr. qu'il réclamait au titre de son tort moral. Les premiers juges ont d'autre part débouté E____SA de sa demande reconventionnelle en paiement du montant de 135'000 fr. que cette société réclamait à T_____ pour avoir enfreint la clause de prohibition de concurrence, en particulier en prenant contact avec au moins six de ses clientes. Ils ont toutefois rejeté les conclusions de T_____ tendant à la condamnation de E____SA aux dépens de l'instance.

B. A l'appui de son appel, E____SA reprend son argumentation et ses conclusions de première instance. Au titre des comportements de nature à rompre le lien de confiance, elle reproche à l'employé d'avoir continué à venir travailler alors-même qu'il était au bénéfice d'un certificat d'arrêt de travail, ce qui avait fait encourir à l'employeur le risque de se voir poursuivi pour escroquerie à l'assurance. Il lui est aussi fait grief d'avoir vendu à son employeur, dans son intérêt personnel, du matériel informatique dont la société n'avait aucune utilité, et ce à un moment où elle avait déjà des difficultés financières, ou encore d'avoir acheté, au nom de la société, des objets destinés à son usage personnel. Il lui est enfin fait grief d'avoir « piraté » la messagerie électronique de son épouse depuis son poste de travail professionnel. E____SA soutient par conséquent que T_____ porte la responsabilité prépondérante de la rupture du lien de confiance, que la clause de prohibition de concurrence lui est opposable. E____SA soutient encore qu'après la rupture des relations contractuelles T_____ a proposé ses services à cinq entreprises faisant partie de ses clientes. L'ensemble de ces éléments correspond selon elle à six violations distinctes de la clause contractuelle de prohibition de concurrence et elle persiste à réclamer à ce titre le paiement de 135'000 fr. , soit 6 x 7'500 fr. (salaire brut de l'employé) x 3. Elle conclut en ce sens, ainsi qu'au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions.

Au terme de son mémoire de réponse à l'appel, T_____ conclut au déboutement de E____SA et à la confirmation du jugement. Il conteste tout manquement à ses devoirs d'employé et souligne que son licenciement reposait sur des motifs économiques ainsi que E____SA l'avait du reste clairement indiqué à l'attention de l'assurance-chômage.

C. Les faits suivants résultent du dossier :

a. E____SA, société anonyme dont le siège est à Z____, a pour but social la fourniture de services dans le domaine de l'informatique, la gestion de la connaissance et le conseil aux entreprises. Alors qu'elle était encore dénommée A____Sàrl, elle a engagé T_____ comme « développeur » et technicien en informatique, le 1^{er} mars 2001. Par la suite, la relation de travail a été reprise par E____SA et l'employé a reçu le titre de directeur de la société, apparemment à dater du 1^{er} janvier 2002, alors qu'il soutient lui-même n'avoir eu cette fonction – et ce de manière purement formelle, pour couvrir son patron - qu'à dater d'avril 2004. Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à 7'500 fr.; il lui était versé 13 fois l'an.

Le contrat conclu par les parties comportait une clause relative à l'obligation de fidélité et de minutie, une autre au maintien de la confidentialité et à la protection des données et également la clause de prohibition de concurrence litigieuse, ainsi libellée :

« L'employé s'engage à l'issue des rapports de travail à ne concurrencer d'aucune manière l'entreprise pendant deux années dans un rayon de 100 km. Autour de son poste de travail. Relèvent notamment de l'interdiction de faire concurrence : (dans) le domaine du développement de bases de données à l'aide de B_____.

Il s'engage notamment à n'exploiter ni pour lui-même ni pour le compte de tiers aucune affaire qui se trouverait en concurrence avec l'entreprise, d'y exercer une activité quelconque ou de prendre part directement ou indirectement dans une telle entreprise. Il ne peut en outre accepter un engagement comme employé auprès des clients de l'entreprise.

Pour chaque infraction à cette interdiction de concurrence, l'employeur (sic ; recte : l'employé) doit à l'entreprise une amende conventionnelle d'un montant de 3 fois le salaire mensuel brut (y compris le revenu variable et d'éventuelles bonifications particulières) comme cela existe lors de l'expiration des rapports de travail. Le versement de l'amende conventionnelle ne libère par l'employé de son obligation de continuer à respecter l'interdiction de faire concurrence. Lorsque le dommage causé dépasse l'amende conventionnelle, la présentation de l'ensemble du dommage reste réservée.

L'entreprise est autorisée, outre la fourniture de l'amende conventionnelle et le remplacement du dommage complémentaire, à exiger la suppression de l'objet s'opposant au contrat (exécution forcée). »

b. En date du 8 octobre 2004, E___SA a exposé à T_____ qu'en raison notamment de problèmes financiers elle devait résilier son contrat de travail. Les parties ont alors passé un accord au terme duquel la société versait à l'employé, qui acceptait pour solde de tous comptes, la somme de 33'000 fr. comportant pour l'essentiel le salaire jusqu'au 31 décembre 2004. La résiliation est intervenue par courrier LSI du 12 octobre 2004, pour l'échéance du 31 décembre 2004.

Le 20 janvier 2005 E___SA a envoyé une attestation à l'assurance-chômage, indiquant que T_____ avait été licencié pour des motifs économiques

c. E___SA a rédigé un certificat de travail circonstancié qu'elle a envoyé à T_____ par courriel du 15 février 2005, document qui rappelle les diverses fonctions exercées ainsi que les tâches exécutées par le précité et qui met en évidence ses qualités et ses compétences. Il se terminait par la mention suivante : « *Il nous quitte ce jour libre de tout engagement hormis ceux liés au secret professionnel et à la clause de non-concurrence contenue dans son contrat de travail* ». T_____ ayant demandé que cette dernière référence soit supprimée, E___SA lui a adressé un nouveau certificat, le 2 mai 2005, libellé en termes similaires, comportant cependant toujours la référence litigieuse, et comportant en outre, en son paragraphe 3 la phrase suivante : « *Son travail de technicien a été plutôt satisfaisant. Il a constamment développé ses connaissances et compétences techniques* », et en son paragraphe 5 la phrase suivante : « *Son travail de directeur nous a donné satisfaction jusqu'en juin 2004* ».

T_____ a derechef exigé que ce second certificat soit modifié s'agissant de ses compétences et de la qualité de son travail et que soit supprimée la référence à la clause de prohibition de concurrence. E___SA refusa, mettant en demeure l'employé de s'y conformer et de surcroît elle signala l'existence de cette clause en date du 3 juin 2005 à l'Office régional de Placement à Nyon, auquel l'employé s'était adressé.

d. Le 29 septembre 2005, T_____ a assigné E___SA devant la juridiction des Prud'hommes en paiement des prestations qui ont déjà été décrites ci-dessus. E___SA forma alors la demande reconventionnelle dont il a également été question plus haut.

e. Avant de rendre la décision présentement entreprise, le Tribunal entendit les parties et procéda à des enquêtes. L'actionnaire de E___SA, C_____, a confirmé que T_____ s'était fait payer – en violation des règles établies par la société en matière comptable - une facture de 4'310 fr. concernant du matériel informatique ; il a toutefois aussi indiqué que ce montant avait été pris en compte et inclus dans le décompte final établi par les parties au départ de l'employé. C_____ a aussi précisé que lorsque T_____ avait été licencié, la société rencontrait des difficultés financières et qu'elle n'était pas loin de la faillite et il a ajouté – sans autres précisions – tenir T_____ pour responsable de cette situation. Une employée de E___SA, D_____, a confirmé que la facture précitée avait été payée à T_____ selon une procédure non règlementaire, car les signatures nécessaires manquaient. Un autre employé de E___SA, F_____, a déclaré que T_____ avait commandé, pour le bureau, un nouvel ordinateur alors qu'il n'en avait pas un besoin urgent et qu'il avait aussi commandé, via la société mais pour ses besoins personnels, une télévision à écran plat. Quant à la caméra et au fax qu'il avait aussi commandés, ces objets avaient effectivement été utilisés par la société.

Pour ce qui concerne les contacts que T_____ aurait eu après son licenciement avec des sociétés clientes de E___SA, le Tribunal a entendu l'administrateur de la société G_____, cliente de E___SA depuis 2000, H_____ ; ce témoin a déclaré que T_____ l'avait approché au début 2005 pour lui proposer ses services mais qu'il avait refusé. L'administratrice de la société I_____, ancienne cliente de E___SA, J_____, a indiqué que cette dernière lui avait fait savoir qu'une clause de prohibition de concurrence liait T_____ mais elle a précisé qu'elle n'avait de toute manière pas l'intention de prendre contact avec lui. Enfin, K_____, consultant extérieur de E___SA, a indiqué avoir reçu une demande d'emploi de T_____, à laquelle il n'avait pas donné suite car la société n'avait pas de travail pour lui.

Toujours sur le chapitre de contacts pris par l'employé lors de son licenciement, E___SA verse au dossier une correspondance électronique échangée depuis décembre 2004 entre T_____ et une de ses connaissances, L_____, de la société M_____, à propos de son éventuelle collaboration au sein de cette société. T_____ y indique, initialement, qu'il ne peut pas prendre d'engagement, car E___SA souhaiterait faire elle-même le travail concerné ; finalement, en 2005, une fois son engagement avec E___SA arrivé à terme, il a tout de même proposé ses services. Il sera revenu plus loin sur cette relation.

f. Devant la Cour d'appel, E___SA a produit de nouvelles pièces qui - à l'issue d'un incident formé par la partie adverse - ont partiellement été écartées ; elles étaient destinées à étayer l'argumentation de la précitée à propos de la date à partir de laquelle T_____ a exercé la fonction de directeur de la société, soit dès janvier 2002 (pièces 29 à 32), et aussi à démontrer la violation par T_____ de la clause de prohibition de concurrence (pièce 33). Les pièces 29 à 32 auraient déjà pu être produites en première instance et elles étaient donc tardives. Finalement E___SA a été autorisée à produire une pièce 33, soit l'extrait d'un site internet « N_____ », qui comporte les noms de O_____ et de T_____ ; le représentant de E___SA à l'audience a expliqué que la page était apparue sur le site pour la première fois fin septembre 2006 ; E___SA y voit la démonstration du fait que son ex-employé s'est livré à des activités concurrentielles ; elle-même développe également un logiciel de gestion des crèches. T_____ a contesté exercer une activité professionnelle en collaboration avec O_____ et il a précisé être intervenu à titre amical à la demande de ce dernier parce qu'il connaissait le logiciel concerné.

Les parties sont donc demeurées sur leur divergence à propos de la date à partir de laquelle l'employé s'était vu conférer le titre de directeur ; C_____ maintient que c'était, comme les documents l'indiquent, dès le 1^{er} janvier 2002 et T_____ dès avril 2004, et selon lui afin de servir de couverture à C_____ qui ne désirait pas apparaître officiellement comme tel, car il était en litige avec une assurance à la suite d'un accident de circulation dans lequel il était impliqué.

A propos de la séance qui s'est tenue le 8 octobre 2004, au cours de laquelle le licenciement a été annoncé, T_____ a soutenu lors de l'audience devant la Cour d'appel, qu'il s'était trouvé « le couteau sous la gorge », ce qui est contesté par

E____SA. Son représentant P_____ a pour sa part expliqué que la séance avait été longue ; il s'agissait de régler un problème entre amis de manière définitive et qu'il valait mieux un mauvais arrangement qu'une procédure. T_____ n'avait pas contesté au cours de cette séance qu'il devait respecter la clause de non-concurrence.

T_____ a déclaré, toujours lors de la même audience devant la Cour d'appel, qu'il avait cessé de recevoir les prestations de l'assurance-chômage le 22 juillet 2006 et qu'il avait retrouvé un emploi comme conseiller en assurances auprès de Q_____, à dater du 1^{er} septembre 2006, pour un salaire mensuel brut de 6'000 fr. ; il s'agissait d'un fixe qu'il recevrait durant six mois. S'agissant de ses gains depuis son licenciement par E____SA, il a affirmé avoir perçu 2'020 fr. de la société M_____, pour une activité déployée en 2005. L'argent avait été versé sur le compte de son épouse. Depuis janvier 2005, il avait reçu quelques offres d'emploi dans le domaine de l'informatique mais lorsqu'il avait parlé de la clause de prohibition de concurrence et du litige prud'homal l'opposant à E____SA il n'avait évidemment pas été engagé. L'Office cantonal de l'emploi ne lui avait, du reste, jamais proposé de travail, ce qui prouvait selon lui la difficulté qu'il rencontrait pour se réinsérer dans son domaine. T_____ a encore précisé qu'il indiquait à ses interlocuteurs que la clause de prohibition de concurrence était limitée au domaine du logiciel B_____, soit le domaine qu'il pratiquait le plus; il s'agissait d'un produit connu et qui intéressait certaines entreprises. C_____ a soutenu pour sa part que B_____ ne représentait que le 1 % du marché des gestionnaires de bases de données, ce qui limitait donc notablement la portée de la clause litigieuse.

DROIT

1. L'appel a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art. 59 LJP de sorte qu'il est recevable.

2. Il convient tout d'abord de déterminer si la clause de prohibition de concurrence est opposable à l'intimé, ou si les premiers juges ont à juste titre fait application de l'art. 340c al. 2 CO, qui dispose que la prohibition cesse notamment si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié de le faire. La

jurisprudence a précisé à ce propos qu'un motif pouvait raisonnablement justifier la résiliation sans nécessairement suffire pour fonder un renvoi sans délai, mais qu'en revanche un juste motif de résiliation immédiate – ce qui n'est pas présentement le cas – constituait toujours un motif justifié au sens de la disposition précitée (ATF 92 II 31 ; JdT 1967 I 155). Il suffit pour que s'applique cette disposition que le motif de résiliation donné par l'employeur puisse être considéré comme objectivement raisonnable (SJ 1984 p. 32 ; ATF du 26 mai 1988 cité par Aubert in SJ 1989 p. 689 ; Wyler, Droit du travail, 2002 p. 459). Il revient dès lors à l'employeur d'indiquer les motifs du licenciement et l'on peut présumer qu'il renonce à invoquer la clause de prohibition de concurrence s'il n'indique pas, lors du licenciement, qu'il estime avoir un motif justifié de licenciement (Brunner/Bühler/Weber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, éd. 2004 p. 319)

En l'espèce, le procès-verbal dressé par les parties à l'issue de la séance du 8 octobre 2004, qui s'est terminée par un accord sur le montant de 33'000 fr. dû à l'employé, pour solde de tous comptes – document versé au dossier sous la forme d'une photocopie de mauvaise qualité – n'apparaît nullement indiquer les motifs de la résiliation ni faire référence à la clause litigieuse, dont pourtant, selon le témoin P_____, il aurait été question en fin de séance. La lettre de licenciement est également muette sur ces questions. Le seul document où l'employeur a abordé les motifs de licenciement est l'attestation qu'il a envoyée en janvier 2005 à l'assurance-chômage, et qui mentionne des motifs économiques.

Partant, à teneur des principes ci-dessus rappelés, l'employeur, qui n'indique aucun motif pouvant être imputé à l'employé, est censé avoir renoncé à se prévaloir de la clause de prohibition de concurrence. Et même si l'on devait admettre – nonobstant l'absence de preuve - qu'il n'y a pas renoncé et que la question de la prohibition de concurrence a bien été mentionnée dans les négociations entre les parties au moment du licenciement, l'employeur aurait alors la charge de démontrer que l'employé a donné un juste motif de congé.

Or, ni les enquêtes conduites en première instance ni les pièces produites ne permettent de tenir pour établis les manquements imputés à l'intimé. Ils consistent pour l'essentiel en des achats effectués dans l'intérêt de ce dernier, qu'il avait mis au compte de la société. Si l'on retient le point de vue de l'appelante, le précité a exercé durant presque

trois ans la fonction de directeur de la société et il n'est pas prétendu qu'il aurait dissimulé les agissements qu'on lui reproche aujourd'hui. Il faut donc retenir que les organes de la société, auxquels incombe le contrôle de la gestion et des comptes, les ont sinon entérinés, du moins tolérés. Partant, ces agissements, s'ils étaient établis, ne pourraient pas être invoqués comme de justes motifs au sens de l'art. 340c al. 2 CO. Il en va de même, a fortiori, du grief selon lequel l'employé, bien que sous certificat médical, est tout de même venu travailler, situation qui aurait engendré des difficultés pour l'employeur, à l'égard des assurances. Il est en effet totalement invraisemblable que la société ait ignoré ce fait à l'époque, de sorte qu'elle l'a manifestement cautionné. Enfin, et surtout, à l'examen du « time-sheet » des activités en questions, fourni sous pièce 7 par l'appelante, ces faits sont postérieurs au licenciement et ne peuvent donc pas en constituer le motif.

L'appelante ne démontre ainsi pas que le comportement de l'intimé aurait justifié le licenciement, ni exclusivement ni même de manière prépondérante, en raison de ses manquements. Pour le surplus, la Cour d'appel se réfère, sur ce premier point, à l'argumentation convaincante des premiers juges et considère également qu'en application de l'art. 340c al. 2 CO la prohibition de concurrence ne déploie en l'espèce aucun effet, à dater du licenciement. Il devient ainsi inutile d'examiner si, une fois licencié, l'employé a pris contact avec au moins cinq clients de l'appelante, dans une optique concurrentielle, et les conclusions prises par l'appelante en paiement d'une indemnité de 135'000 fr. doivent donc être écartées.

3. L'intimé s'est vu allouer une somme de 7'360 fr. 47 d'une part pour l'année 2005 et une somme de 781 fr. 70 par mois d'autre part, dès le 1^{er} janvier 2006 et jusqu'à l'entrée en force du jugement. Cette somme constitue la différence entre les indemnités de chômage qu'il a perçues (5'936 fr. 60 nets par mois en moyenne) et la moitié du salaire qu'il aurait hypothétiquement pu trouver (7'500 fr. nets) si l'employeur ne s'était pas prévalu de la clause de prohibition de concurrence.

Il est exact que l'employeur s'est vigoureusement prévalu de cette clause, en réalité devenue inefficace, et qu'il en a fait état tant auprès de clients, dont il pouvait supposer que l'employé les approcherait, qu'auprès de l'Office régional de placement à Nyon. Il est également acquis que l'employé a perçu les indemnités de chômage jusqu'en juillet

2006 et n'a retrouvé un emploi fixe qu'à dater du 1^{er} septembre 2006, soit presque deux ans après son licenciement, et dans un domaine autre que le sien. Ces éléments sont autant d'indices de la difficulté qui a dû être la sienne pour retrouver un travail.

Les premiers juges lui ont alloué la moitié de ses prétentions, en considérant que le comportement de l'employeur n'expliquait pas à lui seul les difficultés rencontrées. Cette solution, essentiellement fondée sur l'équité peut être retenue dans son principe, du moins pour l'année 2005. Si l'instruction a démontré que l'intimé avait eu des contacts dès le mois de décembre 2004 avec une connaissance, qu'il lui avait offert ses services en janvier 2005 et qu'une collaboration ponctuelle s'en était suivie – rémunérée 2'020 fr. – ces éléments ne permettent pas à la Cour d'appel d'apprécier la nature et l'importance des démarches opérées par l'intimé dès son licenciement pour se réinsérer dans son secteur professionnel. A cela s'ajoute que la clause de prohibition de concurrence, qui bien que sans effet lui a été opposée, ne s'appliquait qu'à un secteur tout-à-fait limité du vaste domaine de l'informatique et qu'elle visait surtout à protéger spécifiquement la clientèle de l'employeur, ce qui n'empêchait pas totalement l'intimé de prospecter le marché. Compte tenu de tous ces éléments, en admettant que l'intimé a subi un dommage de 782 fr. par mois, durant 19 mois (janvier 2005 – juillet 2006) et un dommage de 7'500 fr. pour août 2006, soit au total 22'358 fr., la Cour d'appel lui allouera le tiers de ce montant, soit 7'450 fr. en chiffres ronds, compte tenu de l'ensemble des facteurs qui ont pu conduire aux difficultés qu'il a rencontrées, qui n'incombent pas tous à l'appelante.

4. Le jugement sera confirmé en tant qu'il fait à l'employeur l'obligation de délivrer un certificat de travail identique à celui qui figure sous sa pièce 13, avec toutefois la suppression des mots « *et à la clause de non concurrence* », insérés au paragraphe 5 du document, puisque cette clause est sans effet. Tel que libellé ce certificat satisfait au surplus aux exigences posées par l'art. 330a CO ainsi qu'à la jurisprudence et à la doctrine y relatives, citées par les premiers juges.

5. Pour la clarté du dispositif le jugement entrepris sera annulé. L'appelante conservera à sa charge l'émolument de 2'200 fr. qu'elle a avancé. Compte tenu du montant de ses prétentions, l'intimé n'aura pas d'émolument à sa charge.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des Prud'hommes, Groupe 5

A la forme :

Reçoit l'appel formé par E____SA contre le jugement n° TRPH/420/2006 rendu le 1^{er} juin 2006 dans la cause n° C/2200/2005 – 5 ;

Au fond :

Annule ce jugement ;

Statuant à nouveau :

Condamne E____SA à payer à T_____ la somme nette de 7'450 fr. au titre de d'indemnité, avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} novembre 2005, date moyenne ;

Condamne E____SA à remettre à T_____ un certificat de travail conforme au considérant 4 du présent arrêt ;

Laisse à la charge de l'appelante l'émolument d'appel de 2'200 fr. qu'elle a avancé le 10 juillet 2006 ;

Dit qu'il n'y a pas lieu de mettre un émolument à charge de l'intimé ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions

La greffière de juridiction

La présidente