



Monsieur A _____
Dom. élu: Me Christian BRUCHEZ
Rue Verdaine 12
Case postale 3647
1211 Genève 3

B _____ SA
Dom. élu: Me Alexandre AYAD
Avenue de Champel 4
1206 Genève

**Partie appelante et intimée sur inci-
dent**

**Partie intimée et appelante sur inci-
dent**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 21 juin 2011

Mme Sylvie DROIN, présidente

M. Claude MARTEAU, juge employeur

M. Willy KNOPFEL, juge salarié

M. Didier PERRUCHOUD, greffier d'audience

EN FAIT

A. B_____ SA est une société anonyme dont le siège est à Genève, rue _____. Elle a pour but l'organisation de training, séminaires, cycles de formation, notamment dans le développement des ressources humaines de l'entreprise, conseils, assistance, dans la direction et le management d'entreprises.

Elle dispose de bureaux à V_____ (France), où elle exerce son activité, le siège social étant une adresse postale.

Elle a pour directeur et actionnaire majoritaire C_____.

Elle dispose d'un site internet qui donne la liste d'un certain nombre de ses clients importants.

B. A_____, né le _____ 1957 aux Etats-Unis, est bilingue français-anglais. Après avoir fréquenté l'université de Genève en sciences politiques, il a travaillé dans le domaine bancaire, puis au service de E_____ et de diverses sociétés à des fonctions "managériales".

C. Par lettre du 28 août 2006, B_____ SA a engagé, avec effet au 1^{er} septembre 2006, en qualité de "training coach senior" avec le titre de directeur associé, A_____; ce dernier a signé le courrier pour accord.

Sa mission consistait dans le développement d'un portefeuille de clients en Suisse romande, avec l'ouverture de démarcher d'autres régions, l'animation de journées de séminaires dans ses domaines de compétence, la participation au développement et à l'évolution de la société.

Sa rémunération se composait de commissions uniquement.

Il était encore prévu la clause suivante:

"Compte tenu de la nature de votre contrat, de la formation dispensée par B_____ SA et de votre expérience professionnelle, vous vous interdisez, en cas de dénonciation du contrat par l'une ou l'autre partie, et quelle qu'en soit la cause:

- a) d'entrer au service d'une entreprise dont l'activité peut directement ou indirectement concurrencer celle de B_____ SA dans ses domaines d'activité,
- b) de contacter l'une des sociétés clientes de B_____ SA dont vous avez connaissance au cours de votre collaboration avec elle dont la liste non exhaustive est annexée, mise à jour tous les semestres, et faisant partie intégrante de ce contrat,

c) de s'intéresser directement ou indirectement, et sous quelque forme que ce soit, à une entreprise concurrente de B _____ SA,

d) d'accepter des mandats d'une entreprise dont l'activité peut directement ou indirectement concurrencer celle de B _____ SA dans ses domaines d'activités.

Cette interdiction est limitée dans le temps à deux ans à compter de la dénonciation du mandat, limitée dans l'espace à la Suisse romande.

Toute violation de la présente clause de non concurrence vous rendra automatiquement redevable envers B _____ SA d'une pénalité fixée dès à présent et forfaitairement au montant total de la rémunération de la dernière activité ou perçu en totalité, si la durée est inférieure à un an, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure d'avoir à cesser l'activité concurrentielle, sans préjudice du droit de réclamer de plus amples dommages et intérêts".

D. A _____ s'est vu dispenser par B _____ une formation de dix jours avant son entrée en service, pour le familiariser avec les méthodes et documentations de son employeur.

Au cours de son emploi, il a animé des journées de cours au sein de diverses entreprises, notamment R _____ SA, J _____ SA, L _____, toutes clientes de B _____.

C _____ donnait également des cours.

E. En 2006, A _____ a perçu 17'985 fr., en 2007 112'835 fr. et en 2008 4'870 fr.

F. En octobre 2007, B _____ a soumis une offre à T _____, après que A _____ avait eu des contacts avec le responsable des cours (témoin F _____, procès-verbal du 23 mars 2010 p. 2).

Cette offre est restée sans suite.

G. Par courrier du 22 octobre 2007, A _____ et son collègue K _____ et G _____, consultant externe de la société, ont adressé un courrier à C _____. Ils lui proposaient un "management buy out", dont les modalités restaient à discuter lors d'une discussion fixée au 30 octobre suivant. Sans réponse satisfaisante de la part de C _____, les signataires annonçaient qu'ils seraient contraints de donner une nouvelle orientation à leur carrière.

Par lettres du même jour, A _____ et K _____ ont annoncé leur démission, avec effet au 31 janvier 2008.

- H.** Les discussions n'ayant pas évolué dans le sens souhaité par A_____, celui-ci a décidé de poursuivre son activité dans le domaine de la formation, en qualité d'indépendant.

Après avoir pris conseil de son avocat, il a considéré que la clause de non-concurrence contenue dans sa lettre d'engagement n'était pas valable.

- I.** Le 12 décembre 2007, G_____ a inscrit au registre du commerce une société en nom collectif, sous la raison sociale G_____ & ASSOCIE, dans laquelle il était associé avec sa femme. Le but en était le conseil et l'assistance aux entreprises privées et publiques, organismes professionnels ou autres, dans tous les domaines et pour toutes activités et services, notamment dans le conseil, développement et management des ressources humaines. La société utilisait le nom de S_____ dans ses rapports avec la clientèle.

A_____ a conçu le projet de rejoindre cette société dès la fin de son travail au sein de B_____.

- J.** Durant son délai de congé, il a continué à assurer des journées de formation.

Selon ses affirmations, ce n'est que sur demande des clients qu'il a fait part de sa future démission et de ce que ceux-ci devaient s'adresser à B_____ pour se voir proposer un nouvel animateur pour les cours prévus au-delà du 31 janvier 2008.

En particulier, la responsable des cours de formation au sein de J_____, ayant eu vent du départ de A_____ et de K_____ de chez B_____, a considéré qu'il était essentiel, pour la poursuite des cours, de conserver le même formateur, car les assistantes ayant bénéficié des cours s'y étaient attachées (témoin D_____, procès-verbal du 29 septembre 2009 p. 3).

La responsable des cours au sein de L_____, également informée du départ de A_____, a souhaité continuer à collaborer avec lui, la personnalité du formateur comptant pour environ 70% dans ces types de formation; il était anglo-saxon, convaincant, et éloquent eu égard à la population concernée (témoin S_____, ibidem, p. 4 et 5).

La responsable des cours au sein de I_____ (société qui avait mandaté B_____ en 2002, et qui, souhaitant la mandater à nouveau, avait reçu d'elle une offre le 16 novembre 2007 pour 15'900 fr.) a appris de A_____, le 27 novembre 2007, son départ au 31 janvier 2008, avec d'autres de ses collègues suite à un désaccord commercial; elle souhaitait continuer avec un formateur bilingue, et A_____ lui avait expliqué qu'elle pouvait mandater B_____, le cours étant donné par C_____, ou alors

confier la formation à G_____ ou à lui-même, qui interviendraient alors pour S_____ (témoin O_____, procès-verbal du 24 août 2009 p. 3).

- K.** Après le 31 janvier 2008, A_____ a assuré des animations pour le compte de B_____, notamment chez R_____ SA qui l'avait souhaité, et qui n'a pas constaté de changement au niveau de son comportement (témoin R_____, procès-verbal du 23 juin 2009 p. 5).

Le responsable des cours de T_____ a contacté A_____, avec lequel le contact avait bien passé, étant précisé qu'il s'intéressait peu aux sociétés de formation mais bien à la personnalité du formateur. A_____ l'a informé de ce qu'il ne travaillait plus pour B_____, mais au sein d'une nouvelle entité. T_____ a confié des cours à S_____, pour un montant de 30'000 fr. environ (témoin F_____; procès-verbal du 23 mars 2010 p. 2).

La responsable des cours chez R_____ SA, qui avait appris le départ de A_____, selon son souvenir, au printemps 2008 - mais quand il était encore au service de B_____ - a procédé à un appel d'offres en juin 2008, à l'issue duquel ont été retenues les sociétés B_____, S_____ et un tiers. Finalement S_____ s'est vue adjudger le mandat en janvier 2009, en raison de son offre financièrement plus intéressante et plus créative; les modules se démarquant de ceux dispensés précédemment par B_____ (témoin R_____, procès-verbal du 23 juin 2009 p. 4).

Le consultant indépendant, qui assurait certaines formations pour le compte de B_____, notamment auprès de R_____ SA a déclaré avoir appris de la responsable des ressources humaines de cette entreprise, en septembre 2007, que G_____ et A_____ quitteraient B_____, ce qu'il a rapporté à C_____ (procès-verbal du 24 août 2009, p. 2).

La responsable des cours chez I_____ a fini par confier des cours à compter de février 2008 à S_____, tout en ayant souhaité que celle-ci se soit entendue avec B_____ (témoin O_____, procès-verbal du 24 août 2009 p. 3).

La responsable des cours chez J_____ a décidé de confier un troisième module de cours à la société S_____, pour bénéficier du même formateur, dont K_____ lui avait dit qu'il travaillait désormais pour cette entité (témoin D_____, procès-verbal du 29 septembre 2009 p. 3).

- L.** Le 8 avril 2008, A_____ est devenu associé de la société en nom collectif fondée par G_____. Celle-ci a pris le nom de "G_____, K_____, A_____ & ASSOCIÉ".

Le prospectus de la société mentionne que A_____ et K_____ l'ont fondée avec G_____. Les deux intéressés ont déclaré que cette indication ne correspondait pas à la réalité et avait été opérée dans un but commercial.

- M.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes, B_____ a assigné A_____ en paiement de 160'770 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 11 juin 2008, à titre de pénalité pour violation de la clause de non-concurrence.

Par mémoire-réponse du 28 mai 2009, A_____ a conclu au déboutement de B_____ de ses conclusions. Il a formé une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de B_____ à lui verser 16'554 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 31 janvier 2008, à titre d'indemnité vacances.

Par courrier du 5 juin 2009, B_____ a amplifié ses conclusions d'une prétention de 212'520 fr. correspondant à son dommage.

Par actes respectifs du 24 août 2009, A_____ a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, et B_____ au déboutement de A_____.

- N.** Parallèlement, une procédure, enregistrée sous n° C/_____/2009, oppose B_____ et K_____.

Le Tribunal des prud'hommes, par décision du 29 septembre 2009, a ordonné l'apport à la présente cause de la procédure précitée.

- O.** Par jugement du 20 août 2010, expédié pour notification aux parties le 25 août 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné A_____ à payer à B_____ SA la somme nette de 59'500 fr. plus intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} février 2008 (ch. 4) et le montant net de 106'770 fr. plus intérêts moratoires à 5% dès le 11 juin 2008 (ch. 5), a condamné B_____ SA à payer à A_____ la somme brute de 11'303 fr. avec intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} février 2008 (ch. 6), a invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 7) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).

En substance, le Tribunal des prud'hommes a retenu que A_____ avait violé ses obligations de fidélité (s'agissant des clients I_____, J_____ et L_____), ainsi que sa clause de non-concurrence et qu'il avait droit à la rémunération de jours de vacances.

- P.** Par acte du 27 septembre 2010, A_____ a appelé de la décision précitée. Il a conclu à l'annulation des ch. 4 et 5, et cela fait au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, et à la confirmation du jugement pour le surplus.

Par mémoire-réponse du 12 novembre 2010, B_____ SA a conclu à la confirmation du jugement entrepris "avec la réserve que la condamnation sous chiffre 5 du dispositif porterait intérêts à 5% dès le 1^{er} février 2008", avec suite de dépens, et au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise.

Par conséquent, le jugement attaqué ayant été notifié le 27 octobre 2010, la loi sur la juridiction des prud'hommes (aLJP) est applicable.

2. Déposé dans la forme et les délais légaux (art. 59 aLJP), l'appel est recevable. La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 aLJP).
3. L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir retenu qu'il aurait violé son devoir de fidélité, causant de la sorte un dommage de 59'500 fr. à l'intimée.
- 3.1 L'art. 321a al. 1 CO prévoit que le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur.

A raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire. L'étendue du devoir de fidélité peut être élargie ou restreinte par les parties (ATF 117 II 72 consid. 4a p. 74). Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 127 III 86 consid. 2c p.89 et les références).

Un employé peut, sans contrevenir à ses obligations découlant du contrat de travail, préparer une activité future en cours d'emploi. Il viole toutefois son devoir de fidélité lorsque ces préparatifs contreviennent au principe de la bonne foi. Tel est avant tout le cas lorsque le travailleur commence d'effectuer une activité concurrente pendant le délai de congé ou qu'il cherche à débaucher ses collègues ou soustraire la clientèle de son employeur (ATF 117 II 72 consid. 4a; 104 II 28 consid. 2, confirmé in arrêt du Tribunal fédéral 4C.221/2004 du 26 juillet 2004 consid. 2.2 et les références citées).

Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

- 3.2** En l'espèce, il est établi que l'appelant était un cadre de l'intimée, envers laquelle il était tenu à un devoir de fidélité accru.

L'appelant ne conteste pas avoir informé les représentants de sociétés I_____ et L_____ de sa future démission de l'intimée; il affirme, toutefois qu'il n'a pas, ce faisant, violé son obligation de fidélité, puisqu'il aurait déclaré que la poursuite des cours pouvait se faire soit avec l'intimée, soit avec lui-même dans le cadre de la nouvelle structure. Il soutient, par ailleurs, n'avoir pas eu de contact avec J_____, client auquel un de ses collègues avait fait mention de son départ.

Les enquêtes ont accrédité cette version. Il résulte, en effet, des déclarations recueillies (témoins O_____, S_____) que l'appelant a bien indiqué aux clients I_____ et L_____, qui s'interrogeaient sur la suite des modules de formation, que celle-ci pourrait soit être son fait, mais par le biais d'une autre société, soit celui de l'intimée, mais par les soins d'un autre animateur.

Dans ces circonstances, et contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, il ne peut être reproché à l'appelant d'avoir été infidèle à son employeur, en violation du principe de la bonne foi. Il a, en effet, proposé à ses interlocuteurs de continuer à mandater l'intimée, ce qui était conforme à son devoir.

Quant au client J_____ (témoin D_____), il n'a pas été démontré que l'appelant aurait fait la moindre déclaration ou démarche susceptibles de porter atteinte à son obligation de fidélité envers l'intimée.

Par ailleurs, le directeur de l'intimée, comme il l'admet, avait accès à tous les courriers électroniques entrants dans l'entreprise, ce qui lui permettait d'être informé du contenu de ces correspondances. Pour le surplus, il n'a pas été démontré que l'appelant aurait renseigné correctement son employeur sur son activité de façon lacunaire.

Faute de violation d'une obligation, l'appelant ne pouvait être tenu pour responsable d'un quelconque dommage; il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner plus avant la réalité de celui-ci ni l'existence d'un lien de causalité.

Le jugement attaqué sera donc annulé, et l'intimée déboutée de ses conclusions.

- 4.** L'appelant fait encore grief aux premiers juges d'avoir retenu la validité de la clause de non-concurrence contenue dans son contrat de travail.

- 4.1** L'art. 340 al. 1 CO prévoit que 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.

Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Le travailleur doit ainsi être amené, dans le cadre des rapports de travail, à connaître la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur, à telle enseigne qu'en cas de rupture des rapports de travail, il puisse causer un préjudice à ce dernier en exploitant les éléments dont il a acquis connaissance en étant à son service. Le défaut de l'une de ces conditions cumulatives entraîne la nullité de la clause de prohibition de concurrence (WYLER, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 596 ss; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6e éd., n° 4 ad art. 340 CO; arrêt du Tribunal fédéral du 13 juillet 2007 4C.100/2006).

Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes. Les connaissances qui peuvent être obtenues dans toutes les entreprises de la même branche ressortissent à l'expérience professionnelle du travailleur et n'ont rien à voir avec des secrets. Il appartient à l'employeur d'établir que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées à l'extérieur de l'entreprise (SJ 1989 p. 683; AUBRY GIRARDIN, Aspects de la clause d'interdiction de concurrence, in Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, p. 9/10; AUBERT, Commentaire romand, n° 3 ss ad art. 340 CO).

La validité de la clause dépend du risque du préjudice sensible qu'entraîne pour l'employeur une éventuelle activité concurrente du salarié. Le risque de causer un tel préjudice à l'employeur, par l'utilisation de la connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires, doit être apprécié selon l'expérience générale. Il est évalué abstraitement sur la base de la situation telle qu'elle se présente pendant la durée de l'emploi, et non pas après l'engagement du travailleur par un nouvel employeur. L'absence de risque concret, dans l'entreprise concurrente, n'affecte pas la validité de la clause (AUBERT, op. cit. ad art. 340 n. 8; SJ 1989 683).

Le contrat ne peut interdire que la concurrence exercée grâce à la connaissance de la clientèle et de ses besoins. En revanche, le salarié reste libre d'attirer la clientèle grâce à ses qualités personnelles et à son expérience professionnelle (AUBERT, op. cit. ad art. 340 n. 9). Dans l'exercice des professions libérales, même sous la forme d'un contrat de travail, les relations entre le travailleur et la clientèle ont essentiellement un caractère personnel fondé sur la compétence ou la personne du travailleur. Il se crée ainsi, entre le travailleur et le client, un rapport de confiance particulier qui a la prééminence sur le cercle de clientèle, de sorte que la connaissance de la clien-

tèle n'est pas propre à causer un préjudice potentiel à l'employeur; celui-ci ne peut donc pas valablement imposer au travailleur une prohibition de concurrence. La jurisprudence a retenu qu'il en allait ainsi des dentistes, des médecins, des pharmaciens ou des avocats, mais pas d'un expert-comptable (WYLER, op. cit. p. 599 et les références citées).

Le critère déterminant pour le rapport particulier est l'importance de la prestation de l'employé pour satisfaire le client. Plus le travailleur peut agir de façon créative et libre, plus ses qualités personnelles ont de poids. En revanche, lorsque le succès de la prestation de l'employé dépend prioritairement des offres en faveur des clients provenant de l'employeur, celui-ci doit être protégé d'une perte de sa clientèle (NEERACHER, Der arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, p. 39).

4.2 En l'occurrence, la clause de prohibition de concurrence a été convenue par écrit; l'appelant a l'exercice des droits civils. Enfin, il est établi, et l'appelant l'admet, que celui-ci avait connaissance de la clientèle de l'intimée.

S'agissant des méthodes et du matériel utilisé lors des séminaires dispensés à cette clientèle, il n'apparaît pas d'élément particulièrement original propre à l'intimée; en tout cas celle-ci ne fait pas la démonstration que les connaissances acquises à son service par l'employé étaient objectivement secrètes et devaient le rester. Il apparaît plutôt que ces connaissances relèvent de l'expérience acquise dans le domaine.

En ce qui concerne le lien personnel, il est ressorti des auditions de témoins que la personnalité du formateur revêtait un caractère prépondérant dans le choix de celui-ci, la structure à laquelle il appartenait étant reléguée au second plan. Le succès d'une formation dans les ressources humaines repose, selon les déclarations recueillies, sur les qualités propres de celui qui la donne, qui bénéficie d'une importante latitude pour se détacher des supports de cours fournis par l'employeur. L'appelant bénéficiait, à cet égard, d'une appréciation très positive des bénéficiaires des cours.

Ainsi, d'un point de vue abstrait, le risque de causer un préjudice à l'employeur du fait de la connaissance de celle-ci, doit être nié.

Peu importe, dès lors, que des facteurs organisationnels propres aux clients aient, en sus de la personnalité de l'appelant, conduit ceux-ci à confier des formations à une structure concurrente de l'intimée, après la fin des rapports de travail ayant lié les parties.

Dès lors, dans le cas particulier, la Cour considère que même s'il avait la connaissance des clients de l'intimée, l'appelant n'a pas pu l'utiliser de sorte à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Il en découle que la clause de prohibition de concurrence, et la peine conventionnelle qui lui était liée, contenue dans le contrat de travail n'était pas valable.

Le jugement attaqué, qui retenait la solution inverse, sera donc annulé sur ce point, et l'intimée déboutée de ses conclusions.

5. Vu les considérants qui précèdent, la conclusion de l'intimée tendant à la modification de la date de départ des intérêts moratoires sur le montant que lui avait alloué le jugement entrepris, n'a pas à être examinée, ni quant à sa recevabilité ni quant à son mérite.
6. La procédure est gratuite (art. 76 aLJP).

L'intimée qui succombe supportera l'émolument de mise au rôle (art. 78 al. 1 aLJP).

PAR CES MOTIFS

La Chambre des prud'hommes, groupe 5

A la forme:

Déclare recevable l'appel formé par A_____ contre le jugement rendu le 20 août 2010 par le Tribunal des Prud'hommes,

Au fond:

Annule le jugement entrepris en ce qu'il a condamné A_____ à payer à B_____ SA la somme nette de 59'500 fr. plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} février 2008 (chiffre 4 du dispositif), et la somme nette de 106'770 fr. plus intérêts moratoires à 5% dès le 11 juin 2008 (chiffre 5 du dispositif).

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Met l'émolument d'appel à la charge de B_____ SA.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La présidente

Sylvie DROIN

La greffière

Véronique BULUNDWE-LEVY