



E _____ AG
Dom. élu : Me Michel MUHLSTEIN
Rue Toepffer 17
1206 Genève

Madame T _____
Dom. élu : Me Joanna BÜRGISSER
Avenue de Frontenex 5
1207 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 18 avril 2006

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Franco MAURI et Raymond BOURRECOUD, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Yves CORBAT, juges salariés

Mme Doris VATERLAUS, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Cour d'appel de la Juridiction des Prud'hommes le 5 décembre 2005, E _____ AG appelle du jugement rendu par le Tribunal des Prud'hommes le 31 octobre 2005 et reçu par elle le 3 novembre 2005.

Selon le dispositif de ce jugement, le Tribunal a débouté E _____ AG de ses conclusions prises à l'encontre de T _____ en paiement d'une somme de 51'700 fr. et fondées sur la violation d'une clause de non-concurrence contenue dans le contrat de travail de celle-ci.

- B. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour.

- a. E _____ SA, succursale de Genève (ci-après : E _____ SA) a pour but social la « recherche, sélection, conseils, formation de personnel, mise à disposition de personnel pour le placement fixe, temporaire et à temps partiel, prise en charge et management de personnel sur demande, gestion de salaires et tous travaux qui sont en relation avec des contrats d'outsourcing ».

Elle est une succursale de E _____ AG, société suisse dont le siège est à Zoug.

- b. Par contrat de travail écrit du 28 janvier 1997, T _____ a été engagée dès le 1^{er} février 1997 par E _____ SA en qualité de conseillère en personnel, moyennant un salaire mensuel brut de 5'200 fr. et le versement d'une participation. Elle travaillait auparavant dans une autre agence de placement de personnel temporaire ou fixe dans le domaine bancaire. Elle a été nommée en qualité de chef de filiale "Banque et Sociétés financières" dès le 1^{er} janvier 2000. T _____ a indiqué que son dernier salaire avait été de 7'400 fr. par mois, plus une somme variable selon les résultats.

L'article 9 du contrat de travail conclu entre les parties prévoit que :

« Le collaborateur s'interdit de faire concurrence à E _____, pendant la durée du contrat et après son expiration, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, notamment en exploitant pour son propre compte ou pour le compte de tiers une entreprise concurrente, en y travaillant ou en s'y intéressant. Cette prohibition vaut pour toutes les activités identiques ou similaires à celles de E _____, en particulier la mise à disposition de personnel à titre permanent ou temporaire; elle est cependant limitée à une durée de deux ans après la fin du contrat et au territoire compris dans un rayon de 100 km autour du lieu principal de travail du collaborateur ».

L'article 10 dudit contrat précise ce qui suit :

« A chaque violation d'une ou plusieurs des obligations ou interdictions énoncées aux articles 8 et 9, et tout particulièrement de la clause de prohibition de faire concurrence, le collaborateur doit verser à E _____ un montant égal au revenu brut qu'il a perçu pendant les six mois précédant la violation; outre ce paiement, le collaborateur doit réparer tout dommage qui excéderait ce montant (..) ».

- c. Lors d'un entretien qui s'est tenu le 21 octobre 2002, T _____ a informé A _____, directeur régional de E _____ SA, qu'elle souhaitait résilier son contrat de travail. Elle l'a également informé du fait qu'elle entendait occuper un poste au sein d'une agence de placement concurrente, active dans le fixe et le temporaire et spécialisée dans le secteur bancaire. Elle a demandé à cette occasion de renégocier la clause de non-concurrence contenue dans son contrat de travail. Elle a encore précisé, le 25 octobre 2002, que les clients bancaires de E _____ SA étaient également clients de son futur employeur et qu'elle allait continuer à travailler avec eux dans sa nouvelle fonction. Le 30 octobre 2002, E _____ SA a indiqué à T _____ que dans ces conditions, un accord ne pouvait être trouvé entre les parties et que la clause de non concurrence s'appliquerait.
- d. Par courrier du 8 novembre 2002, T _____ a fait part à E _____ SA des difficultés rencontrées dans l'accomplissement de son travail. Elle a fait référence notamment à "un manque d'esprit d'équipe, une attitude souvent négative et peu de solidarité entre collègues" ainsi qu'au "manque de crédibilité du rôle de chef de filiale dû à des ingérences dans [le] management, la démotivation des collaborateurs en raison du climat ambiant et souvent le manque de confidentialité", circonstances qui ont rendu sa tâche difficile. Elle s'est également dite victime d'une pression supplémentaire sur son lieu de travail qui s'était concrétisée par la réception de courriers électroniques blessants et d'inscriptions à double sens sur des tasses à thé. Elle a précisé qu'à défaut d'un support ferme et efficace de E _____ SA dans la conduite de son activité, son courrier valait résiliation des rapports de travail avec effet au 10 janvier 2003.

T _____ a précisé devant le Tribunal que l'ambiance était tendue du fait des interventions du directeur régional auprès du personnel, sans passer par les chefs de groupe; ces interventions, qui consistaient en des critiques et en la divulgation d'informations confidentielles, sapait l'autorité de ceux-ci. Elle a affirmé avoir démissionné pour éviter de tomber en dépression; à l'époque, elle avait des crises de larmes, des maux de dos, et des problèmes de tension qui l'ont amenée à consulter un médecin. Elle a encore précisé qu'un médiateur était intervenu, sans résultat, à propos des dysfonctionnements au sein de son équipe.

A _____ a déclaré pour sa part que T _____ avait d'excellentes qualités en tant que conseillère, mais pas en matière de management. Elle n'avait pas l'autorité nécessaire pour diriger une équipe.

B _____, entendue en qualité de témoin dans le cadre de la présente procédure, a travaillé pour le compte de E _____ SA de 1999 à janvier 2003. Elle a fait état des excellentes qualités professionnelles et du bon rendement de T _____; elle a toutefois également indiqué qu'on voyait que celle-ci ne se sentait pas bien, qu'elle était sous pression. Elle a également fait état de ses difficultés avec une autre employée. Elle a encore indiqué qu'en raison des difficultés rencontrées, il avait été décidé d'avoir deux sections "banque", "l'une sur chaque rive"; le *turn-over* était très élevé, en raison notamment du management de la direction régionale. C _____, également employé par E _____ entre 2000 et 2002 en qualité de chef de filiale du secteur tertiaire, a déclaré pour sa part que T _____ menait bien son équipe, qu'elle était autonome dans sa filiale, qu'elle avait une bonne relation avec ses employés, tout en étant assez directive. Celle-ci lui avait indiqué qu'elle pensait qu'il y avait un clan formé contre elle. Il lui a alors dit que cela était peut-être dû à son style directif. Il ne se souvient toutefois pas que la direction générale cherchait à exclure T _____ ou que son directeur régional la harcelait. Il y avait en revanche des pressions pour obtenir des chiffres, ce qu'il subissait également.

- e. Par courrier du 3 décembre 2002, E _____ SA a contesté, par l'intermédiaire de son conseil, les griefs formulés par T _____ aux termes de son courrier du 8 novembre 2002. Elle lui a rappelé la teneur de la clause de non-concurrence figurant aux articles 9 et 10 de son contrat de travail, dont elle ne pouvait accepter la violation, et lui a demandé la confirmation du fait qu'elle la respecterait.

Par lettre du 16 décembre 2002, T _____ s'est dite surprise de la réponse de E _____ SA à son courrier, lequel avait pour seul but de l'informer du climat de travail qui régnait dans la société et du harcèlement psychologique dont elle était victime. Elle a précisé avoir subi "un préjudice moral important qui aurait pu avoir des conséquences très graves sur sa santé". Elle concluait en précisant qu'elle n'avait pas encore signé de nouveau contrat de travail et qu'elle s'était inscrite au chômage le 12 novembre 2002. Elle se réservait enfin le droit d'invoquer l'art. 328 CO devant les instances compétentes.

- f. Le 19 décembre 2002, E _____ SA s'est déclarée insatisfaite de la réponse de T _____ et a réitéré sa demande tendant à ce que celle-ci lui confirme, jusqu'au 30 décembre 2002, le respect de la clause de non concurrence. N'ayant pas obtenu de réponse, E _____ SA a renouvelé sa demande le 31 janvier 2003, fixant un nouveau délai au 5 février 2003.

Le 6 février 2003, T _____ a indiqué à E _____ SA avoir fait de nombreuses recherches d'emploi en dehors des agences de placement, mais sans résultat.

tat. Elle a donc demandé à ce que les termes de la clause de non concurrence soient revus.

A ce propos, elle a produit des décomptes de la Caisse de chômage du SIT pour les mois de janvier, février et mars 2003 faisant état d'un gain assuré de 8'016 fr. et de paiements de, respectivement, 1'420 fr., pour 6,3 jours, 2'592 fr., pour 11,9 jour et 0 fr.

- g.** Les 12 mars et 20 mai 2003, E _____ SA a proposé à T _____ des amendements à la clause de non-concurrence, limitant à dix-neuf, puis à treize, le nombre d'établissements bancaires auprès desquels celle-ci s'engageait à n'entreprendre aucune démarche; la durée de la clause a par ailleurs été ramenée à douze mois, venant ainsi à échéance le 10 janvier 2004. Par lettres des 24 mars et 6 juin 2003, T _____ a soumis à E _____ SA des contre-propositions à ces amendements, lesquelles ont été refusées par celle-ci les 5 avril et 9 juillet 2003. E _____ SA a déclaré à cette dernière occasion s'en tenir à sa proposition du 20 mai 2003.

Le 9 septembre 2003, E _____ SA a indiqué à T _____ que dans la mesure où aucun accord n'avait pu être trouvé, elle s'en tenait aux clauses du contrat de travail, et notamment ses articles 9 et 10. Elle lui a donc demandé de lui confirmer, d'ici au 17 septembre 2003, qu'elle respecterait la clause contractuelle de non-concurrence, faute de quoi une action judiciaire serait ouverte contre elle.

Le 3 octobre 2003, T _____ a informé E _____ SA du fait qu'elle acceptait sa "dernière proposition d'accord relative à la clause de non-concurrence". Elle l'a par ailleurs informée, le 7 novembre 2003, du fait qu'elle serait à l'étranger jusqu'à la fin du mois et qu'elle restait dans l'attente d'une réponse à son précédent courrier.

E _____ SA a accusé réception du courrier de T _____ le 20 novembre 2003. Elle a relevé que celle-ci n'avait pas répondu au courrier de son conseil du 9 septembre précédent et qu'elle n'avait reçu aucun accord signé de sa part à la suite de son acceptation du 3 octobre 2003. T _____ a allégué n'avoir jamais reçu ce courrier.

- h.** Par requête de mesures provisionnelles du 21 avril 2004, soumise au Tribunal de première instance, E _____ SA a conclu à ce que T _____ se conforme à la clause de non-concurrence du contrat de travail du 28 janvier 1997.

Par ordonnance du 7 mai 2004, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de E _____ SA, la condamnant au paiement de 500 fr. à titre de dépens. Il a estimé que la violation de la clause de non-concurrence était établie puisque T _____ avait admis exercer une activité de conseillère en personnel dans le domaine bancaire depuis le 13 janvier 2003. Il n'était toutefois pas démontré que E _____ SA avait perdu des clients du fait du comportement de celle-ci

ou rendu vraisemblable qu'elle aurait révélé des secrets d'affaires ou divulgué des noms de clients dont elle aurait eu connaissance dans le cadre de son activité.

- i. Par courrier du 6 juillet 2004, E _____ SA a mis T _____ en demeure de lui payer, d'ici au 15 juillet suivant, la somme de 51'950 fr. 50, sous imputation de 500 fr. (soit le montant des dépens de l'instance sur mesures provisionnelles), à titre de peine conventionnelle pour violation de la clause de non-concurrence. T _____ a contesté, le 26 juillet 2004, devoir une quelconque somme à E _____ SA.

Par pli du 28 juillet 2004, E _____ SA a confirmé ses prétentions formulées aux termes de son courrier du 6 juillet 2004.

- j. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 mars 2005, E _____ SA a assigné T _____ en paiement de 51'540 fr. 50, plus intérêts à 5% l'an dès le 16 juillet 2004.

Elle a allégué que T _____ avait avoué, dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles, qu'elle avait travaillé dans le domaine du placement de personnel en matière bancaire dès le 13 janvier 2003, auprès de la société D _____ SA, dont le siège social se trouvait à Genève, et qui avait notamment pour but social le placement temporaire, soit l'activité même que celle exercée lorsqu'elle était employée auprès d'elle. La somme réclamée correspondait au revenu brut perçu par T _____ au cours des six derniers mois précédant la violation de la clause de non-concurrence, déduction faite des dépens de l'instance sur mesures provisionnelles.

E _____ SA a expliqué qu'elle n'avait pas assigné T _____ avant le mois de mars 2005 car des pourparlers amiables étaient en cours; le problème considéré n'était en outre pas une priorité et la médiatrice qui était intervenue avait une position importante auprès de son premier client à Genève, ce qui entraînait un risque de conflit d'intérêts et l'avait portée à adopter une attitude prudente.

T _____ a conclu au déboutement de E _____ SA de toutes ses conclusions. Elle a admis avoir travaillé au sein d'une entreprise oeuvrant dans le placement de personnel en matière bancaire. Elle a toutefois mis en doute la validité de la clause de non-concurrence au motif que les rapports de travail ne l'avaient pas amenée à « avoir connaissance de la clientèle » de E _____ SA, comme l'exige l'art. 340 al. 2 CO. Elle a en outre soutenu que ladite clause était excessive au sens de l'art. 340a CO dans la mesure où elle portait sur un rayon géographique de 100 km. La clause de non-concurrence serait par ailleurs périmée puisque E _____ SA avait tardé à la faire valoir alors même qu'elle savait qu'elle exerçait une activité concurrente. Cette dernière a en effet attendu plus d'une année avant d'introduire la requête de mesures provisionnelles auprès du Tribunal de première instance, puis près d'une année pour saisir la juridiction prud'homale à la suite de l'ordonnance du 7 mai 2004. Enfin, T _____ a allégué que la

clause de non-concurrence serait caduque dès lors qu'elle avait été amenée à résilier le contrat de travail en raison du harcèlement psychologique dont elle avait été victime sur son lieu de travail pendant plus d'une année.

Lors de l'audience du 31 mai 2005, E _____ SA a modifié ses conclusions en ce sens que la somme réclamée s'élevait à 51'700 fr. selon un nouveau décompte.

- k. Par jugement du 31 octobre 2005, le Tribunal a débouté E _____ AG des fins de sa demande – après rectification de la qualité de la demanderesse, la succursale E _____ SA n'ayant pas la capacité d'ester en justice.

Il a considéré qu'il n'avait pas été établi que les connaissances dont s'est prévalu T _____ dans le cadre de son nouvel emploi dès le 13 janvier 2003 tombaient sous le coup de l'article 340 al. 2 CO. E _____ AG n'avait en effet pas démontré que les clients dont s'occupait la défenderesse dans son nouvel emploi étaient ceux-là mêmes qu'elle avait spécialement acquis à la suite d'efforts personnels ou matériels particuliers. E _____ AG n'avait pas davantage établi que ce cercle de clients constituait un des éléments de la valeur de l'entreprise et pouvait être vendu à titre de *goodwill*. De plus, E _____ AG n'avait pas contesté les déclarations de la demanderesse selon laquelle les clients « bancaires » de E _____ SA étaient également ceux du nouvel employeur de T _____ avant même que celle-ci n'occupe sa nouvelle fonction au mois de janvier 2003. Par ailleurs, "compte tenu du domaine d'activité considéré (placement temporaire) et de la nature du marché de l'emploi bancaire dans le canton de Genève, il était acquis selon l'expérience générale de la vie que les employeurs « bancaires » en cause sont des clients potentiels de plusieurs agences de placement et ne relevaient pas d'une clientèle spécialement acquise et détenue par l'une d'entre elles en particulier". Il n'avait pas été prouvé que les connaissances utilisées par la défenderesse dans le cadre de sa nouvelle activité dès le 13 janvier 2003 étaient objectivement secrètes. Enfin, la demanderesse n'avait pas prouvé que la nouvelle activité de T _____ était de nature à lui causer un « préjudice sensible » en exploitant les éléments dont elle avait eu connaissance en étant à son service, à l'exclusion de l'exploitation d'une clientèle personnelle qu'elle avait acquise par ses propres aptitudes professionnelles au travers des relations directes avec elle.

- l. Devant la Cour, E _____ AG reprend ses conclusions prises devant le Tribunal tendant à ce que T _____ soit condamnée à lui payer la somme de 51'700 fr., plus intérêts à 5% l'an dès le 16 juillet 2004.

Elle soutient que la clause de non-concurrence est parfaitement valable. T _____ connaissait sa clientèle et il importait peu à ce propos qu'elle ait constitué celle-ci ou qu'elle ait été préexistante. Le fait que ses clients "bancaires" étaient les mêmes que ceux du nouvel employeur de T _____, avant même que celle-ci n'occupe ses fonctions, ne signifie pas qu'elle n'avait pas connaissance de sa clientèle. La seule possibilité d'un dommage suffit par ailleurs, l'employeur n'ayant pas à prouver un dommage effectif. Les limitations de la

clause sont conformes aux exigences posées à l'art. 340a CO, tant en ce qui concerne le lieu, le temps et le genre d'affaires, ce que T _____ n'a d'ailleurs jamais contesté. Enfin, celle-ci n'a pas prouvé qu'elle avait été victime de harcèlement psychologique, de sorte que l'art. 340c al. 2 CO n'est pas applicable. Ainsi, dans la mesure où T _____ a elle-même indiqué qu'elle a travaillé dès le 13 janvier 2003 dans le domaine du placement en matière bancaire, elle a violé la clause de non-concurrence. Elle doit donc lui payer la somme réclamée, calculée conformément à l'art. 10 du contrat de travail.

T _____ conclut au rejet de l'appel. Elle relève que la question n'est pas en l'espèce celle de savoir si elle a eu une activité concurrente mais celle de la validité de la clause de prohibition de concurrence. Concernant notamment la condition de l'existence d'un préjudice, elle relève que les clients de E _____ AG étaient également clients de son nouvel employeur avant même qu'elle ne commence à y travailler. Il n'y avait ainsi pas de risque qu'ils la suivent lors de son changement d'emploi. E _____ AG ne cite par ailleurs pas de nom de client qui l'aurait fait. Celle-ci n'a donc pas rendu vraisemblable que sa nouvelle activité pouvait lui causer un dommage. Elle soutient par ailleurs que le droit d'agir de E _____ AG est périmé dans la mesure où celle-ci avait connaissance du fait qu'elle violait la clause de non concurrence mais qu'elle a attendu plus d'une année pour déposer une demande de mesures provisionnelles, puis, de nouveau presque une année pour déposer sa demande devant la juridiction des prud'hommes. De plus, ayant démissionné pour un motif imputable à son employeur, la clause litigieuse ne peut déployer ses effets, conformément à l'art. 340c al. 2 CO. Enfin, l'étendue géographique prévue, soit 100 kilomètres, serait trop élevée.

Le 10 mars 2006, E _____ AG a déposé une liste de témoins. T _____ s'est opposée à l'audition de ceux-ci, la liste n'ayant pas été déposée conformément à l'art. 59 LJP.

Les parties ont persisté dans leurs conclusions lors de l'audience du 27 mars 2006.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé conformément à l'art. 56 LJP.
2. L'appelante a déposé une liste de témoins le 10 mars 2006, dont la recevabilité a été contestée par l'intimée.

Conformément à l'art. 59 al. 3 LJP, l'acte d'appel doit mentionner expressément si une réouverture des enquêtes est demandée et, dans ce cas, indiquer la liste des témoins à entendre ou réentendre ainsi que tout autre moyen de preuve.

L'appelante n'a pas mentionné, aux termes de son appel, qu'elle souhaitait une réouverture des enquêtes et n'a déposé que postérieurement sa liste de témoins. L'audition de ceux-ci ne sera donc pas ordonnée.

3. L'intimée soutient que le droit d'agir de l'appelante est périmé dans la mesure où celle-ci a tardé à agir.

3.1. Le droit d'agir est susceptible de se périmé en vertu de l'art 2 CC lorsqu'il est exercé de manière tardive. Cette péremption est la conséquence de l'emploi abusif d'un moyen de droit en raison d'un comportement contradictoire (*venire contra factum proprium*; MERZ, Berner Kommentar, 1962, n. 511 ss ad art. 2 CC). Un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC ne doit toutefois pas être admis facilement dans la mesure où cette disposition exige un abus manifeste (*cf.* ATF 4C.172/2005 du 14 septembre 2005, consid. 4.1). Le fait d'agir après avoir toléré durant un certain temps une activité concurrente de la part d'un employé peut constituer un abus de droit (Jugement du Bezirksgericht St-Gallen du 8 septembre 1993, consid. 3, publié in: JAR 1994, p. 244).

3.2. En l'espèce, l'appelante et l'intimée ont négocié un aménagement de la clause de prohibition de faire concurrence jusqu'au 3 octobre 2003, date à laquelle l'intimée a indiqué à l'appelante qu'elle acceptait sa "dernière proposition d'accord relative à la clause de non-concurrence". Ce n'est ensuite que le 21 avril 2004 que l'appelante a déposé une requête de mesures provisionnelles, laquelle a été rejetée le 7 mai suivant. Elle a encore attendu jusqu'au 3 mars 2005 pour déposer sa demande en paiement, soit après la date à laquelle la clause de prohibition de faire concurrence figurant dans le contrat de travail était venue à échéance. L'appelante a expliqué que ce différend ne constituait pas une priorité pour elle et qu'elle était réticente à agir en raison de la personne qui était intervenue en qualité de médiatrice, ce qui l'avait portée à adopter une attitude prudente.

L'appelante a toutefois régulièrement demandé à l'intimée de lui confirmer qu'elle respecterait la clause de prohibition de faire concurrence. Elle a par ailleurs engagé des négociations en vue de modifier cette clause, mais en a toujours maintenu le principe. Enfin, en l'absence d'éléments lui indiquant de manière positive que l'appelante avait renoncé à l'application de la clause litigieuse, l'intimée ne pouvait considérer que tel était le cas.

Ainsi, malgré la relative passivité de l'appelante, son droit d'agir n'est pas périmé.

4. L'appelante fait valoir que la clause de prohibition de faire concurrence contenue dans le contrat de travail de l'intimée est valable et qu'elle est ainsi fondée à réclamer le montant de 51'700 fr.

4.1. Le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (art. 340 al. 1 CO). La prohibition de faire concurrence ne lie le travailleur que si les rapports de travail lui permettent d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (art 340 al. 2 CO).

4.1.1. Pour être valable, cette clause doit respecter la forme écrite et le travailleur doit avoir l'exercice des droits civils. Il faut au surplus que le travailleur ait connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur.

Par clientèle, il faut entendre les personnes dont le salarié connaît les besoins et qui sont susceptibles de passer des commandes de façon suffisamment régulière, compte tenu du domaine d'activité et des circonstances; n'entrent pas dans cette définition les clients occasionnels dont le salarié ne connaît pas les besoins. La protection de l'employeur s'étend également à la clientèle acquise par le travailleur durant les rapports de travail (Aubert, Commentaire romand, CO I, 2003, n. 7 ad art. 340 CO). La connaissance de la clientèle n'implique pas uniquement que le travailleur ait eu accès aux fichiers ou qu'il connaisse le nom des clients et leurs adresses. Il faut que celui-ci ait pu créer, grâce à sa position au sein de l'entreprise, des relations particulières assez étroites avec la clientèle lui permettant de connaître ses habitudes, ses désirs et ses besoins personnels et qu'il soit ainsi en mesure d'utiliser ces renseignements au détriment de l'employeur (ATF 4C.360/2004 du 19 janvier 2005, consid. 3.2.; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6^{ème} éd., 2006, n. 9 ad art. 340). Ces clients doivent contribuer à la valeur de l'entreprise et composer en quelque sorte son fonds de commerce [*goodwill*] (STAHELIN, Zürcher Kommentar (art. 319-362 OR), 1996, n. 11 ad art. 340 CO, avec référence à l'ATF 55 II 258). La preuve de l'existence d'une telle clientèle incombe à l'employeur.

Par secret d'affaires au sens de l'art. 340 al. 2 CO, il faut entendre des connaissances spécifiques que l'employeur veut tenir secrètes et qui touchent soit à des questions techniques ou financières, soit à l'organisation de l'entreprise. En revanche, les connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la branche constituent l'expérience professionnelle du travailleur et ne sont pas des secrets au sens de l'art. 340 al. 2 CO (Streiff/Von Kaenel, op. cit., n. 12 ad art. 340 CO; Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, n. 9 ad art. 340 CO). L'appelante n'allègue pas que l'intimée aurait eu connaissance de tels secrets de fabrication ou d'affaires.

Une clause de prohibition de faire concurrence n'est au surplus valable que si la connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires est de nature à causer un préjudice sensible à l'employeur. La simple possibilité d'un dommage est suffisante et l'employeur n'a pas à prouver un dommage effectif (Wyler, Droit du travail, 2002, p. 450). La perte d'un seul client, mais qui est important, suffit

(ATF du 9 décembre 1993, consid. 2b, publié in: JAR 1994, p. 227). Il faut également un lien de causalité naturel et adéquat entre les connaissances acquises et la possibilité de causer un tel préjudice. Tel n'est pas le cas lorsque la clientèle s'attache aux prestations personnelles du travailleur et non pas à ses connaissances acquises dans le cadre de l'entreprise (Wyler, op. cit., p. 450, Stahlin, op. cit., n. 16 ad art. 340 CO).

4.1.2. 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 des 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).

4.2. En l'espèce, l'intimée a admis avoir travaillé à Genève dans le domaine du placement de personnel en matière bancaire dès le 13 janvier 2003. Elle a donc eu une activité interdite en vertu de la clause de prohibition de concurrence figurant dans son contrat de travail. Dans la mesure où une contravention à cette clause est admise, il convient encore d'examiner si cette dernière est valable.

4.2.1. La clause a été conclue en la forme écrite et l'intimée a l'exercice des droits civils.

Celle-ci relève par ailleurs qu'elle avait connaissance de la clientèle de l'appelante dans la mesure où elle a fourni des efforts personnels pour acquérir des clients pour le compte de l'appelante; elle relève toutefois qu'une telle clientèle serait de toute façon aisément reconnaissable, rien qu'en ouvrant l'annuaire téléphonique. Il convient de relever à ce propos qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que la clientèle de l'appelante avait des besoins et des désirs particuliers, différents de ceux de la clientèle bancaire recourant habituellement aux services d'une agence de placement. Il n'est ainsi pas démontré que l'intimée avait des connaissances spécifiques concernant la clientèle de l'appelante. Le fait que les clients de l'appelante étaient également clients d'autres agences de placement, telle celle pour laquelle l'intimée a par la suite travaillé, sans être particulièrement liés à l'une ou à l'autre d'entre elles, exclut également que ces clients puissent être considérés comme une véritable valeur ou un *goodwill* de l'appelante. L'intimée n'avait donc pas une connaissance de la clientèle au sens de l'art. 340 al. 2 CO.

Il convient également d'examiner si la violation de la clause de prohibition de faire concurrence était de nature à causer un préjudice sensible à l'appelante.

Le domaine d'activité de l'appelante et du nouvel employeur de l'intimée se recoupe de sorte que, de ce point de vue, la possibilité d'un dommage ne peut être exclue. L'intimée a cependant allégué que les clients de l'appelante étaient déjà eux-mêmes clients de son nouvel employeur avant qu'elle ne prenne ses fonctions. Cette affirmation n'a pas été contestée par l'appelante. Il convient d'ailleurs d'admettre, comme l'a fait le Tribunal, que dans un canton tel que Genève, les banques sont susceptibles de faire appel à plusieurs agences de placement et qu'elles ne sont pas attachées à l'une d'entre elles en particulier. Dans ces conditions, l'appelante ne pouvait subir un dommage, qui pourrait être qualifié de sensible. Celle-ci n'a d'ailleurs ni allégué ni démontré qu'après le départ de l'intimée, des clients auraient cessé de recourir aux services de l'appelante, ou même simplement y auraient recouru dans une moindre mesure. L'appelante n'a ainsi pas apporté les éléments nécessaires permettant d'admettre la simple vraisemblance d'un préjudice sensible.

Ainsi, les conditions auxquelles une clause de prohibition de faire concurrence peut être imposée ne sont pas réunies.

4.2.2. De plus, même si un harcèlement psychologique n'est pas établi, il ressort du courrier de l'appelante du 8 novembre 2002, mais également des témoignages recueillis devant le Tribunal, que l'ambiance au sein du groupe dans lequel travaillait l'intimée n'était pas bonne; le *turn-over* était notamment très élevé, en raison, entre autres, du management de la direction régionale.

Les conditions prévues par l'art. 340c al. 2 CO sont donc réunies et pour ce motif également, il convient d'admettre que l'intimée n'était pas tenue par la clause de prohibition de faire concurrence.

4.3. En définitive, l'intimée n'étant pas valablement tenue par la clause de prohibition de faire concurrence, l'appelante ne peut faire valoir aucune prétention fondée sur cette clause. C'est ainsi à juste titre que les premiers juges l'ont déboutée de ses conclusions, et le jugement entrepris sera confirmé.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'Appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ AG contre le jugement TRPH/825/2005 rendu le 31 octobre 2005 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/5265/2005.

Au fond :

Le rejette et confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente