

GE_GERICHTE C/16077/2009 vom 14. Oktober 2011

GE Cour de justice, 2011-10-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_16077_2009

FR: GE_GERICHTE C/16077/2009 du 14 octobre 2011

IT: GE_GERICHTE C/16077/2009 del 14 ottobre 2011

Regeste

; LÉGITIMATION ACTIVE ET PASSIVE ; FIDÉLITÉ ; RESTRICTION À LA CONCURRENCE ; CLIENTÈLE ; GROUPE DE SOCIÉTÉS | CO.340; CO.321a; CO.41.2; LCD.4.a; CPS.158; CO.165

Erwägungen

E. 17

septembre 2009, et au déboutement de cette dernière de toutes ses conclusions. (liasse I, p. 22). L'appelante a considéré, liminairement, que l'intimée, quoi qu'elle dise, avait accepté les termes de la lettre d'intention du 17 novembre 2009; ce document constitue dès lors le nexus contractuel central entre les parties. Elle a contesté ensuite le sérieux des motifs allégués par l'intimée pour justifier sa résiliation du contrat de travail. Tous les engagements avaient été respectés par l'appelante, seule la conclusion de la convention d'actionnaires était retardée par suite de la maladie de l'avocat. Par ailleurs, l'appelante s'était engagée à ce que C _____ MANAGEMENT SA rachète à l'intimée sa cliente aux conditions énoncées dans la lettre du 17 novembre 2008. Quant au business modèle, ce dernier avait été acheté par l'appelante au prix de 30'000 fr.; ce montant a ensuite été affecté à la libération – pour elle – de 30% du capital social de C _____ MANAGEMENT SA. Les motifs réels de son départ tenaient au fait que l'intimée planifiait, dès le départ, la création de sa propre société, dans le but de se faire confier la gestion administrative des brevets de G _____ SA. Preuve en est la concomitance entre la résiliation (28. 5. 2009) et l'e-mail circulaire aux agents de brevets étrangers d'adresser dorénavant copie de leur correspondance directement à N _____. Par ailleurs, il était évident que l'intimée avait décidé, alors qu'elle était encore son employée, G _____ SA de rompre, de façon prématurée, le contrat de mandat conclu pour 3 ans. Elle a réitéré que l'intimée aurait violé ses "devoirs généraux", soit: ne pas verser dans la gestion déloyale (art. 158 CPS), ni dans la concurrence déloyale (art. 4 let. a LCD), ne pas commettre un acte illicite (art. 41 CO), respecter son obligation de fidélité (art. 321 a CO). C _____ MANAGEMENT SA a subi un dommage imputable à faute de l'intimée; cette créance, C _____ MANAGEMENT SA l'a cédée à l'appelante. Le montant du dommage s'élève au gain manqué sur trois ans, soit – après déductions des honoraires déjà encaissés pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 30 janvier 2009 – à 263'244 fr. 25 (liasse I, p. 12 – 22). L'appelante a déposé un chargé de 2 pièces, comprenant le jugement attaqué et une copie de l'extrait du Registre du commerce vaudois concernant U _____ SA (liasse II). Le Greffe a fixé l'émolument d'appel à 8'800 fr. L'appelante a versé ce montant dans le délai imparti (dossier judiciaire). Par mémoire-réponse du 28 février 2011, M _____ a conclu, principalement à la rectification du point 3 du dispositif du jugement, en ce sens que le montant de 12'571 fr. 54 qui avait été alloué s'entendait net et non pas brut, comme l'avait cru, à tort, le Tribunal; l'intimée a conclu, pour le surplus, à la confirmation

du jugement entrepris. L'intimée a repris, en substance, les moyens de fait et de droit déjà développés en première instance et contesté toute violation du contrat de travail qui la liait à C_____ SA, et toute violation d'une norme de protection, et partant, la commission d'un acte illicite (liasse III, passim, p. 9 – 13). Cette écriture était accompagnée d'un chargé de trois pièces (liasse IV). Les parties n'ont pas sollicité la réouverture des enquêtes et n'ont pas fait citer des témoins en appel. d. A l'audience de la Chambre des prud'hommes de la Cour de Justice du 22 septembre 2011, les deux parties, assistées de leurs conseils respectifs, ont persisté dans leurs conclusions. Leurs déclarations faites de vive voix étaient conformes aux allégués respectifs déjà articulés en première instance et exposés dans les écritures de leurs conseils (PV 22. 9. 2011 p. 1 – 8 = liasse VI). L'appelante a tenu à préciser qu'au cas où C_____ MANAGEMENT SA gagnerait son procès contre G_____ SA (à présent: G-N_____ SA), à Lausanne, pour rupture prématurée et injustifiée du contrat de mandat, il serait tenu compte dans ses prétentions contre l'intimée, son propos n'étant pas de se voir surindemniser (PV 22. 9. 2011, p. 1 – 2). Les deux parties ont déclaré n'avoir pas été informées du fait que le Tribunal avait ordonné l'apport de la procédure pénale ayant opposé C_____ MANAGEMENT SA à M_____ (PP/14460/2009).. Elles ont exprimé leur accord à ce que ce dossier restât dans la présente procédure prud'homale (PV 22. 9. 2011, p. 2). A l'issue de l'audience, la Chambre a clos les débats et retenu la cause à juger. EN DROIT 1.1. Le 1^{er} janvier 2011 a marqué la date d'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC, RS 272). A teneur de l'art. 404 al. 1 CPC, intitulé "application de l'ancien droit", "les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont réglées par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance". La disposition emploie implicitement le critère de la litispendance (Frei/Willisegger , in: Spühler/Tenchio/Infanger, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2010, N. 7 ad art. 404 CPC) et entend, par "clôture de l'instance", la date de notification du jugement (Tappy , in: Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, N. 19 ad art. 404 CPC). 1.2. En l'espèce, l'instance devant le Tribunal des prud'hommes s'est terminée par la notification du jugement. Ce jugement a été notifié aux parties le 29 novembre 2010, soit donc avant l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile. Il s'ensuit que la présente cause reste régie, pour ce qui est de la procédure, et notamment de la forme et du délai d'appel, par la loi cantonale genevoise sur la juridiction des prud'hommes (JLP), et par renvoi de l'art. 11 aLJP, la loi sur la procédure civile genevoise (LPC). 1.3. A teneur de l'art. 59 aLJP, l'appel doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification (i. e. la réception) de la décision du Tribunal. Il est formé par une écriture motivée déposée au Greffe, ou adressée à celui-ci par lettre recommandée. Par ailleurs, la aLJP ne prévoyait pas de fêtes de fin d'année. 1.4. En l'espèce, la défenderesse et demanderesse reconventionnelle a déposé son mémoire appel, adressé au Greffe, à l'Office postal le 30 décembre 2010, soit dans le délai légal. Par conséquent, l'appel est recevable à la forme. 2.1. Il convient d'abord d'examiner la question de l'identité de l'employeur de l'intimée, et partant, sa légitimation active et passive dans la présente procédure. L'appelante laisse en effet entendre que l'employeur "réel" de l'intimée serait sa filiale C_____ MANAGEMENT SA. 2.1.1. La question de la légitimation active et/ou passive d'une partie au procès relève du droit matériel, et le juge l'examine d'office. 2.1.2. Le droit suisse ne distingue pas entre employeur formel et employeur "matériel". Est employeur la personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat de travail, a droit aux prestations du travailleur, est habilité à lui donner des directives, et assume tous les droits et obligations découlant de ce rapport contractuel (ATF 4C.158/2002 du 20. 8. 2002 cons. 2.3

= JAR 2003 p. 181). 2.1.3. Un groupe de sociétés ("Konzern"), bien que caractérisé par le phénomène d'une direction unique (cf. art. 663 e al. 1 CO), n'a jamais, en droit suisse, qualité d'employeur en tant que tel (ATF 4C.158/2002 du 20. 8. 2002 cons. 2.3 in: JAR 2003 p. 181; Heiz, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Berne, 2005, p. 34).. Est employeur la société qui a engagé le travailleur, peu importe qui paye le salaire (OG ZH du 17. 11. 2007 in: ZR 2010 No. 31). Le travailleur peut cependant être détaché dans une autre société du groupe et corollairement, le droit de donner les directives (art. 321 d CO) être délégué à cette dernière néanmoins, le délégataire de ce pouvoir ne devient pas pour autant l'employeur du travailleur détaché (ATF 4C.158/2002 du 20. 8. 2002, cons. 2.4.; Streiff/Von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2006, N. 8 ad art. 321 d CO; Druey/Vogel, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zurich, 1999, p. 242 N. 6). Il peut même y être détaché pour en assumer la direction et/ou y siéger au conseil d'administration (ATF 130 III 213 ; ATF 4A_454/2007 du 5. 2. 2008 in JAR 2009 p. 189; Schildknecht, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften*, Berne, 1997, p. 30). 2.1.4. C'est le cas d'espèce. L'intimée a été recrutée et engagée par l'appelante; il n'a pas été affirmé, ni davantage établi, que l'intimée aurait conclu – le 22 décembre 2008 – le contrat de travail avec la filiale C_____ MANAGEMENT SA. Certes, cette idée avait été articulée dans la lettre d'intention de l'appelante du 17 novembre 2008 mais, d'entente entre les parties, ce point avait été laissé tombé le 22 décembre 2008. La conclusion du contrat entre l'intimée et l'appelante reflétait, du reste, leur commune et réelle volonté (art. 18 al. 1 CO), et ne procède pas d'un acte simulé (art. 18 al. 2 CO) ou d'un vice de volonté (arts. 23 ss CO). 2.1.5. Il n'a pas davantage été allégué, ni établi que l'appelante et sa filiale C_____ MANAGEMENT SA formaient, lors de la conclusion du contrat de travail du 22 décembre 2008, une société simple (art. 533 ss CO), conférant ainsi à chacune la qualité de co-employeur (réticent sur cette figure dans un groupe de sociétés: ATF 4C.217/2003 du 29. 1. 2004 cons. 3.1 – 3.4), ou que la société-mère aurait agi en représentation directe de la fille (art. 32 CO), ou encore, qu'elle aurait inséré, dans le dit contrat, une stipulation pour autrui [i. e. C_____ MANAGEMENT SA] parfaite (art. 112 al. 2 CO). 2.2. Seule la société du groupe qui a qualité d'employeur peut faire valoir, à l'encontre du travailleur – ce dernier fût-il détaché au sein d'une filiale – les droits et obligations découlant du contrat de travail (p. ex. le droit de résilier le contrat, le droit de réclamer le respect de l'obligation de fidélité (art. 321 a CO) ou le respect d'une clause de prohibition de faire concurrence (340 a – 340 c CO) (cf. Zürcher Fausch, *Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen*, Berne, 2007, p. 62, p. 65 et p.114). 2.2.1. Le droit de donner des directives – on l'a vu – peut être délégué à une autre société au sein d'un groupe de sociétés. Il en va de même du droit d'exiger la fidélité (art. 321 a CO; cf. ATF 4C.95/2004 du 28. 6. 2004 cons. 3.2.2. = ARV/DTA 2004 p. 165; incertain encore: ATF 130 III 213 cons. 2. 2), et, cas échéant, du droit d'exiger le respect d'une clause de non-concurrence. Toutefois, si telle est l'intention des parties, il faut que le contrat de travail le prévoie expressément (cf. ATF 4C.95/2004 du 28.6. 2004 cons. 3.2.2.; Streiff/Von Kaenel, N. 8 ad art. 321 d CO; Zürcher Fausch, op. cit., p.165; Neeracher, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Bern, 2001, p. 55; Rudolph, "Sorgenkind Konkurrenzverbot" in: TREX, *Der Treuhandexperte/L'expert fiduciaire 2/2010* p. 91 et p. 97). 2.2.2. En l'espèce, le contrat de travail entre l'appelante et l'intimée ne contient pas de clause étendant au profit de C_____ MANAGEMENT SA le devoir de fidélité du travailleur (art. 321 a CO), le droit de donner des directives (art. 321 d CO), le droit de réclamer des dommages-intérêts sur la base de l'art. 321 e CO ou le droit de réclamer le

respect de la clause de non-concurrence (art. 340 a – 340 c CO). 2.2.3. Par conséquent, seule l'appelante – et non pas C_____ MANAGEMENT SA – est habilitée à faire des droits découlant du contrat de travail conclu avec l'intimée. 2.3. C_____ MANAGEMENT SA, laquelle, à la lecture des écritures de l'appelante de première et deuxième instance cantonale, s'estime " employeur réel" de l'intimée, conscience de ce problème, a pris soin de céder à l'appelante ses "prétentions fondées sur les art. 321 e et 41 CO". Par ailleurs, la cédante ne s'est pas donné la peine de chiffrer, dans l'acte de cession porté à la connaissance de l'intimée cessionnaire, les prétentions en dommages-intérêts dont elle se dit titulaire (pièce 21 déf). 2.3.1. En principe, la validité, à la forme, d'une cession de créance suppose, entre autres, – en tout cas lorsqu'il ne s'agit pas d'une créance future et incertaine – l'indication, dans l'acte de cession, du montant de la créance cédée (Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2 e éd., Berne, 1997, p. 877). Toutefois, de l'avis du Tribunal fédéral il suffit que la créance cédée soit déterminable ("bestimmbar") (ATF 122 III 361 cons. 4c; 113 II 163 cons. 2a p. 165; cf. Spirig, Zürcher Kommentar, 1993, N. 27 ad art. 165 CO). Lorsqu'il est question de créances au pluriel, le cédant doit les individualiser (ATF 4A_125/2010 du 12. 8. 2010 cons. 4.2; 5A_567/2010 du 4. 11. 2010 cons. 2.2.). Il est constant par ailleurs qu'elle doit indiquer le fondement juridique de la créance ou des créances cédées (ATF 4A_125/2010 du 12. 8. 2010 cons. 3.2). 2.3.1.1. La question de savoir si, en l'espèce, l'acte de cession du 17 septembre 2009 satisfait à ces exigences de forme – ce qui paraît douteux – peut cependant rester ouverte, et ce pour les raisons suivantes. 2.3.2 Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. N'étant pas employeur de l'intimée, C_____ MANAGEMENT SA ne pouvait valablement transférer à l'appelante une créance à l'encontre de l'intimée en dommages-intérêts basée sur l'art. 321 e CO. Corollairement, l'appelante ne saurait faire valoir avec succès à l'encontre de l'intimée, sur la base d'une telle cession, une créance en réparation d'un dommage, survenu auprès d'un tiers non-employeur, créance que ce tiers fonde sur l'art. 321 e CO. 2.3.3 En revanche, la cession paraît matériellement valable dans la mesure où la créance alléguée se fonde sur l'art. 41 CO (responsabilité aquilienne pour violation d'une norme de protection générale). 2.3.4. La question de savoir si une juridiction spécialisée – telle que les Prud'hommes – est matériellement compétente pour connaître d'une créance cédée par un tiers et qui ne relève pas du contrat de travail (art. 319 CO) peut rester ouverte (pour: Dietschy, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle, 2011, p. 16 No. 18; contra: CAPH, Gr. X, 8. 2. 1983 [se référant à l'art. 1 LJP] in: Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, Lausanne, 1984, No. 375). 2.3.5. On peut, à tout le moins douter, que le juge de travail serait compétent, fût-ce directement ou sur la base d'une cession de créance, pour examiner une prétention en rapport avec une violation alléguée de l'obligation de diligence et de fidélité d'un membre du conseil d'administration (art. 717 al. 1 CO). La question ne se pose pas en l'espèce. 3.1. Il convient d'examiner le contenu du nexus contractuel entre l'appelante et l'intimée. 3.1.1. L'appelante et l'intimée sont liées par le contrat de travail du 22 décembre 2008. Les deux parties sont cependant également concernées par la "lettre d'intention" de l'appelante du 17 novembre 2008 (pièce 5 déf). 3.1.2. Dans ce document du 17 novembre 2008, l'appelante a pris, dans le cadre d'une " offre " adressée à l'intimée une série d'engagements clairs; cette offre n'était pas sujette à une acceptation immédiate, ni à une acceptation par écrit; elle était cependant assujettie à une condition suspensive: les engagements pris seraient "exécutaires et obligatoires" à la condition que le premier client apporté par l'intimée – à savoir G_____ SA – signe un mandat pour la gestion administrative des brevets avec C_____ MANAGEMENT SA pour une période de trois ans". 3.1.3. Interprété selon le principe de la

confiance (Dessemontet , in: Thévenoz/Werro, Code des obligations I, Bâle, 2003, N. 9 ad art. 1 CO), le comportement subséquent de l'intimée, destinataire de ce document, ne laisse planer aucun doute sur le fait qu'elle a accepté (art. 1 CO) l'offre, aux conditions y énoncées, de l'appelante. Si elle avait voulu s'opposer à cette offre, la bonne foi aurait commandé qu'elle le manifestât sans tarder, et clairement (cf. ATF 118 II 32 cons. 3.c = JdT 1993 I 387). 3.1.4. Du reste, le comportement ultérieur des deux parties confirme qu'elles ont entendu conférer au document du 17 novembre 2008 des effets de droit, soit donc la valeur d'un engagement contractuel (art. 1 CO). 3.1.5. Preuve en est que les deux parties ont commencé l'exécution de certains points sine qua non stipulés dans ce document. L'appelante, conformément à ces engagements, a créé la société filiale C_____ MANAGEMENT SA; l'intimée, informée de cette démarche, a été nommée, avec son consentement, au conseil d'administration de celle-ci avec signature collective à deux. L'intimée de son côté, sans plus attendre la conclusion d'une autre convention [contrat de travail, convention d'actionnariat, contrat d'achat/vente du "business modèle"], a apporté à C_____ MANAGEMENT SA la société G_____ SA; par ailleurs, cette société a conclu le contrat de mandat escompté. La condition suspensive liée à l'offre était donc remplie. Sur ce, l'appelante – certes en lieu et place de C_____ MANAGEMENT SA – a conclu, le 22 décembre 2008, un contrat de travail avec l'intimée. 3.1.6. Ce contrat de travail entre l'appelante et l'intimée s'insère à l'évidence dans le cadre global de leur accord du 17 novembre 2008; sa raison d'être prenait sa source dans la bonne et fidèle exécution de l'accord global. 4.1. Il convient à présent d'examiner les bases contractuelles et légales de l'action en réparation de l'appelante à l'encontre de l'intimée ("Anspruchsgrundlagen"). 4.2. L'appelante reproche à l'intimée, dans un premier moyen, d'avoir grossièrement violé son devoir de fidélité à l'égard de son employeur (art. 321 a CO) en débauchant, pendente contractu , G_____ SA, sa cliente. Par conséquent, elle se prévaut de l'art. 321e CO pour fonder sa prétention en dommages-intérêts. 4.2.1. Ce moyen tombe à faux, car l'intimée n'a pas apporté G_____ à l'appelante, mais à C_____ MANAGEMENT SA. L'appelante ne saurait donc faire grief à l'intimée de lui avoir débauché une cliente, fût-ce pendente contractu. . 4.3. L'appelante reproche à l'intimée, dans un second moyen, d'avoir violé son devoir de fidélité, et, partant, lui avoir causé le dommage allégué, en instruisant, par un e-mail circulaire du 25 mai 2009, ses agents de brevets de transmettre dorénavant copie de toutes correspondances et factures directement à G_____ SA. 4.3.1. Sans aucun doute, l'initiative incriminée de l'intimée était saugrenue, voire incompatible avec son devoir de fidélité. Cela étant, les agents de brevets à l'étranger n'étaient pas clients de l'appelante, ni de C_____ MANAGEMENT SA, ni encore de G_____ SA. Il s'agissait de prestataires de services (Dienstleistungsanbieter) , non pas de consommateurs de services (Dienstleistungsabnehmer). 4.4. L'appelante reproche à l'intimée, dans un troisième moyen, d'avoir violé la clause contractuelle lui interdisant de solliciter sa clientèle (" Kundenschutzklausel "). 4.4.1. Ce moyen tombe à faux:. En effet, à supposer que l'intimée ait débauché G_____ SA, ce qu'elle conteste (cf. infra), cette société n'était pas la cliente de l'appelante. 4.5. L'appelante reproche à l'intimée, dans un dernier moyen, d'avoir violé des normes de protection générale (ATF 121 III 350 , 354) , notamment les art. 158 CPS (gestion déloyale) et l'art. 4 let.. a LCD (incitation d'un client à rompre un contrat en vue de conclure un autre avec lui) – ce qui constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO et fonde une prétention ex delictu en réparation du dommage subi. Elle se prévaut, à ce propos, de la cession de créance, faite en sa faveur, par C_____ MANAGEMENT SA, en date du 17 septembre 2009. 4.5.1. Les autorités de poursuite pénales, saisies par C_____

MANAGEMENT SA, ont classé sa plainte faute de prévention suffisante. Certes, le juge civil n'est pas lié par les conclusions du Ministère public, ni par le jugement d'une Chambre d'accusation ou d'un Tribunal pénal (cf. art. 53 CO). Il procède à sa propre appréciation.

4.5.2. En l'espèce, l'intimée occupait certes une position de gérante, au sens de l'art. 158 CP, de C_____ MANAGEMENT SA. Mais il n'a pas été prouvé, à satisfaction de droit (art. 8 CC), qu'elle ait, durant son mandat à la direction de cette société, incité G_____ SA à rompre le contrat de mandat avec C_____ MANAGEMENT SA. Selon le témoin N_____, elle s'était bornée, fin mai 2009, à l'informer de son départ pour fin juin 2009. G_____ SA a pris sa décision de mettre fin au contrat de mandat la liant à C_____ MANAGEMENT SA sur sa propre initiative, en considérant certes qu'avec le départ de l'intimée, une condition essentielle justifiant la poursuite du mandat n'était plus remplie. Mais, le fait, pour l'intimée, d'avoir prévenu la cliente de son départ ne constitue assurément pas un acte de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CPS, ni d'ailleurs une violation de l'art. 4 ch. 4 LCD.

4.5.3. Quant à l'art. 4 let. a LCD plus particulièrement, cette norme suppose que le tiers "incité" ait rompu le contrat (" Vertragsbruch"), c'est-à-dire ait mis fin à ses relations contractuelles, abruptement, sans justes motifs, en violation, cas échéant, de règles contractuelles ou légales relatives au délai de résiliation (ATF 133 III 431 cons. 4.5 = JdT 2008 I 34; 129 II 497 cons. 6.5.6; 122 II 469 cons. 8 a; TC NE RJN 1998 p. 150; Baudenbacher , Lauterkeitsrecht, Bâle, 2001, p. 688; Guyet , in: Von Büren/David, Wettbewerbsrecht, SIWR V/1, Bâle, 1994 p. 169). En l'occurrence, et à supposer qu'un contrat de mandat, en dépit du texte clair et du caractère impératif de l'art. 404 al. 1 CO, ne puisse pas être révoqué en tout temps (cf. ATF 98 II 305 = JdT 1973 I 56), force serait de constater que les parties à ce contrat avaient prévu la possibilité d'y mettre fin prématurément en cas de survenance d'une "raison grave", et ce sans dédommagements. Or, G_____ SA avait confié le mandat à C_____ MANAGEMENT SA en considération notamment de l'intimée ("intuitu personae" en charge du dossier) et de son fort intéressant "business modèle" dans la gestion administrative de ses brevets. A l'évidence, le départ de l'intimée, chargée de l'administration des brevets et à l'origine d'un "business modèle" fort intéressant. Pour cette cliente, le départ de l'intimée constituait une " raison grave" pour mettre un terme prématuré au mandat. Par conséquent, il n'y a pas eu Vertragsbruch au sens de l'art. 4 let. a LCD, mais résiliation conforme à la loi (art. 404 al. 1 CO) et à la cautèle finale du contrat de mandat.

4.5.4. Par ailleurs, la violation d'une clause de prohibition de faire concurrence au sens de l'art. 340a – c CO ne constitue pas forcément une violation de la loi sur la concurrence déloyale (cf. OG BE, 29. 5. 2009 in: JAR 2010 p. 437 cons. 3.1).

4.5.5. Quant à l'art. 41 al. 2 CO – qui fonde une responsabilité délictuelle pour faits contraires aux bonnes mœurs – il vise surtout les comportements chicaniers, servant exclusivement ou au moins principalement, à nuire autrui (ATF 124 II 297 = JdT 1999 I 268). En principe – et sous réserve de l'art. 4 let. a LCD -, n'engage pas sa responsabilité délictuelle celui qui incite quelqu'un à violer une obligation contractuelle (ATF 52 II 370 = JdT 1927 I 258; 114 II 91 cons. 4 a), à moins qu'il ait agi dans une intention juste de nuire (Grossen , "La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat" in: Festschrift Schönenberger, Fribourg, 1968, p. 12; Brehm , Berner Kommentar, 2006, N. 255 ad art. 41 CO). 5.1. A supposer que l'on fasse abstraction de la présence de deux entités dans ce dossier – C_____ SA et C_____ MANAGEMENT SA – et que l'on traite cette dernière comme simple département de l'appelante, force serait de considérer ce qui suit.

5.2. L'obligation de fidélité (art 321a CO) n'interdit pas au travailleur, une fois le contrat résilié, de préparer son avenir professionnel. Il peut, déjà durant le préavis, prendre des dispositions

pour une activité ultérieure, p. ex. fonder une société, pour autant qu'il ne commence à concurrencer, par une activité concrète personnelle ou par entité interposée, son employeur avant la fin du contrat (ATF 104 II 28 , 30 ; ATF SJ 1989 p. 689 cons. 2; ATF 117 II 72 ; ATF 4C.10/2004 du 29. 4. 2004 cons. 8.4.5 = JAR 2005 p. 191; Rehbindler /Stöckli , Berner Kommentar, 2010, N. 9 ad art. 321 a CO). Cela vaut même pour un cadre dirigeant (ATF 24. 11. 1992 = JAR 1993 p. 265). En particulier, l'art. 321a al. 4 CO ne lui interdit pas de contacter la clientèle de l'ex-employeur et de leur proposer ses propres services, fussent-ils concurrentiels (OG ZH ZR 2005 No. 18 cons. 3 b).

5.2.1. Constitue en revanche une violation grave du devoir de fidélité du travailleur le fait de débaucher ou de tenter de débaucher, pendant le contrat, la clientèle de l'employeur, ce qui justifie son renvoi immédiat (OG TG RBOG , 2003 No. 14; Streiff /Von Kaenel , op. cit. N. 4 ch. 3 ad art. 321 a CO; Staehelin , Zürcher Kommentar, 1984, N. 20 ad art. 321 a CO; Frick , Abwerbung von Personal und Kunden, Bern, 2000, p. 13) et peut fonder, en cas d'un préjudice établi, une prétention en dommages-intérêts (art. 97; 321 e CO).

5.2.2. Le fait, pour un employé licencié ou démissionnaire d'informer la clientèle – notamment celle qu'il avait déjà apportée lui-même – de son départ imminent ne constitue pas une violation du devoir de fidélité (TC SG JAR 2010 p. 565 cons. 5.3; CAPH GE JAR 1987 p. 119; OG ZH, arrêt No. U/LA940064 du 5. 10. 1995 cité par Frick , op. cit., p. 71; CAPH GE 11. 12. 1969 in: Aubert , op. cit, No. 65; Streiff/Von Kaenel , op. cit., N. 7 ad art. 321 a CO p. 132; Rudolph , "Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel" in: ARV/DTA 2009 p. 98).

5.2.3. En l'espèce, l'appelante, à qui incombait le fardeau de preuve (art. 8 CC), n'a pas établi un débauchage (ou tentative de débauche) de clientèle, commis par l'intimée avant la fin de son contrat. Cette dernière a concédé avoir informé G_____ SA de son départ imminent mais, on l'a vu, ce seul élément ne saurait suffire pour fonder la thèse d'une violation du devoir de fidélité.

5.3. L'appelante se prévaut, pour la période subséquente au contrat, de la clause de non-sollicitation de clientèle (" Kundenschutzklausel").

5.3.1. Le Tribunal fédéral admet les clauses prohibant le débauchage de clientèle, mais seulement dans les limites des clauses de prohibition de faire concurrence au sens des art. 340a – 340c CO (ATF 130 III 352 = JdT 2005 I 12). A l'instar d'une clause de non-concurrence usuelle, une clause de prohibition de débauchage de clients doit être limitée convenablement quant au lieu, quant au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans (cf. art. 340a al. 1 CO, norme relativement impérative).

5.3.2. En l'espèce, la clause ne comporte pas de limitation temporelle. Mais cela n'entraîne pas sa nullité, il incombe au juge de la réduire en équité, compte tenu de toutes les circonstances (cf. ATF 96 II 139). Selon la doctrine, de telles clauses doivent être limitées à une durée de six mois à compter de la fin des rapports de travail. En effet, passé ce délai, la clientèle aura soit suivi l'employé parti, ou s'est laissée fidéliser par le successeur au poste de ce dernier (Rehbindler , Berner Kommentar, N. 3 ad art. 340 a CO).

5.3.3. Mais il y a plus. D'abord, la clause de non-sollicitation de clientèle est inopérante là où l'ex-employé a "débauché" des clients qu'il avait lui-même apportés à son ex-employeur, et qui lui étaient attachés en raison de ses qualités et compétences professionnelles (ATF 44 II 56 ; OG ZH ZR 2001 No. 92; ArG ZH JAR 2008 p. 533; CAPH GE, Gr. 4, 1. 9. 2003, Banque X vs. Y, gérant de fortune; Streiff/Von Kaenel , op. cit. N. 8, 10 et 11 ad art. 340 CO; Staehelin , op. cit. N. 16 ss ad art. 340 CO).

5.3.4. Ensuite, la clause tombe ex lege lorsque le travailleur a résilié le contrat de travail pour motif justifié imputable à l'employeur (art. 340 c al. 3 CO).

5.3.5. En l'espèce, l'appelante s'était engagée, à teneur de sa lettre du 17 novembre 2008, de conclure avec

l'intimée une convention d'actionnariat, de conclure un contrat d'achat pour ce qui est du "business modèle", de lui permettre d'entrer au capital social de C_____ MANAGEMENT SA à hauteur de 30%. Or, il ressort des faits sus-exposés que ces engagements n'ont pas été tenus. Ils étaient pourtant d'importance centrale pour l'intimée, ce que l'appelante, par le truchement (art. 55 CC) de son administrateur, A_____ et son actionnaire Me P_____, ne pouvait l'ignorer de bonne foi. La maladie de l'avocat ne saurait, de façon crédible, expliquer et excuser la non-l'exécution de ces engagements. Il était donc compréhensible qu'avec le retard mis à l'exécution de ces engagements, l'intimée commençait à craindre pour ses droits, et notamment la sauvegarde de son Concept ("business modèle"), ce d'autant plus que des mises en demeure – orales certes, mais néanmoins valables et incontestées – n'ont pas eu d'effet. Sa décision de résilier le contrat de travail reposait par conséquent sur des motifs justifiés au sens de l'art. 340c al. 3 CO, entraînant la caducité de la clause de non-sollicitation de clientèle. 5.3.6. Enfin, celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter ses propres obligations (art. 82 CO). La procédure est gratuite (art. 76 al. 1 aLJP). L'appelante et demanderesse reconventionnelle succombant dans la totalité de ses conclusions, l'émolument d'appel qu'elle a versé (Fr. 8'800.--) reste acquis à l'Etat (art. 78 al. 1 aLJP). L'intimée a formé – dans son mémoire-réponse à l'appel – un "appel incident" limité à un point relevant clairement d'une inadvertance du Tribunal. Elle a fait remarquer, à juste titre, avoir demandé, dès le départ, que sa partie adverse fût condamné à un total de 12'571 fr. 54 net . Ceci ressort clairement de la pièce 6a annexée à la formule demande déposée au greffe. Cette pièce contient déjà les calculs – incontestés et admis – relatifs aux déductions des charges sociales part salariée.. C'est donc manifestement par inadvertance que le Tribunal a cru bon de lui allouer ce montant de Fr. 12'571,53 à titre brut . Il convient donc de rectifier le jugement sur point. * * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre des Prud'hommes, groupe 4, A la forme Déclare recevable l'appel interjeté par C_____ SA contre le jugement TPRH/835/2010 , rendu le 26 novembre 2010, par le Tribunal des prud'hommes, Groupe 4, dans la cause C/16077/2009-4; Reçoit la requête en rectification, formée par l'intimée dans son mémoire-réponse, du point 3 du dispositif du jugement; Au fond Préalablement Rectifie le point 3 du jugement en ce sens que le montant alloué à la demanderesse (et ci-devant intimée) de 12'571 fr. 54 s'entend net; Cela fait, Confirme le jugement entrepris pour le surplus;. Dit que l'émolument d'appel versé par l'appelante reste acquis à l'Etat; Déboute les parties de toutes autres conclusions. Le président la greffière

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.