

GE_GERICHTE C/19000/2002 vom 1. Februar 2005

GE Cour de justice, 2005-02-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_19000_2002

FR: GE_GERICHTE C/19000/2002 du 1 février 2005

IT: GE_GERICHTE C/19000/2002 del 1 febbraio 2005

Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; DIRECTEUR; BANQUE; TÉMOIN; SECRET PROFESSIONNEL; SECRET BANCAIRE; RÉSILIATION IMMÉDIATE; FIDÉLITÉ; PROHIBITION DE CONCURRENCE; CLAUSE PÉNALE; ÉMOLUMENT DE JUSTICE | T directeur d'E a été licencié avec effet immédiat pour avoir mis en contact un apporteur d'affaires d'E avec la société C dont il était administrateur de fonds non rémunéré. T a violé son devoir de fidélité. Ce devoir lui incombait de manière d'autant plus stricte qu'il avait exercé auprès d'E une fonction comportant de hautes responsabilités. Les manquements sont ainsi graves et justifient le congé avec effet immédiat. E n'a pas droit au remboursement des salaires versés pendant que T exerçait la fonction d'administrateur de fonds non rémunéré pour C, l'existence d'un contrat de travail n'étant pas prouvée. Les actes de T tombent dans le champ d'application de la clause de prohibition de concurrence. L'indemnité octroyée à E est réduite à fr. 10'000.- compte tenu de l'ensemble des circonstances. S'agissant de l'audition d'un témoin, celui-ci n'a pas été entendu, faute d'avoir été relevé de son secret professionnel. Il n'appartient pas à la Cour de prononcer la levée du secret du témoin. La preuve des faits que l'audition était censée apporter incombant à E, le silence qui lui est opposé peut être considéré comme un aveu desdits faits. | CO.160 ; CO.321a ; CO.337 ; CO.340 ; CO.340a ; CO.340b; LPC.227 ; LJP.64.a12

Erwägungen

E. 1

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

E. 2

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

E. 2.1

La Cour peut procéder à des enquêtes (art. 64 al. 2 LJP). La LPC s'applique (art. 11 LJP). Selon l'art. 227 al. 1 LPC, les personnes astreintes au secret professionnel ne sont pas obligées de témoigner. Du Commentaire de la loi genevoise de procédure civile de Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt ad art. 227 LPC ressortent les principes suivants : l'art. 227 LPC ne contient pas une énumération précise des personnes dispensées de témoigner. Il constitue dès lors une disposition d'ordre tout à fait général (Guldener, p. 345) qui

s'applique à tous les cas où sont réunies les trois conditions cumulativement prévues, à savoir : le fait sur lequel le témoin est appelé à déposer constitue un secret; ce secret a été confié au témoin par celui qui en est bénéficiaire; cette confiance est intervenue en raison de l'état ou dans l'exercice de la profession du témoin. La notion de secret et l'obligation pour son détenteur d'en assurer le respect ne sauraient être toutefois laissées à la libre appréciation du témoin et/ou des parties. Ce devoir doit découler d'une disposition légale fédérale ou cantonale expresse. Le caractère général de l'art. 227 al. 1 permet d'étendre la dispense de témoigner aux personnes liées par le secret bancaire au sens de l'art. 47 LB (Aubert/Kernen/Schönle, *Le secret bancaire suisse*, 3e éd., 1995, p. 135 ss; Aubert, *Secret professionnel du banquier*, FJS No 69 p. 17-18; Aubert, *Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire*, in SJ 1967 p. 609 ss), le secret de fabrication ou le secret d'affaires (cf. art. 203 No 1 et art. 162 CP), le secret commercial (art. 162 CP) ou par un secret découlant des rapports de travail (art. 321 a al. 4 CO). La personne astreinte à un secret professionnel ou à un secret de fonction pourra néanmoins témoigner si le secret est levé, soit par l'intéressé bénéficiaire de la protection (art. 321 al. 2 CP), soit par l'autorité compétente (art. 321 al. 2 et 320 al. 2 CP). La compétence de lever le secret n'appartient en aucun cas au juge civil saisi de la cause dans laquelle le témoignage est invoqué (SJ 1963 p. 498, confirmé par ACJ Schnegg du 6.11.87). C'est aux parties, non au juge, qu'il incombe d'entreprendre les démarches propres à obtenir la levée du secret de fonction. Si le secret porte sur un fait que la partie protégée a pour fardeau d'établir, le silence du témoin lui sera évidemment préjudiciable. Si la preuve du fait incombe à l'adversaire de la personne protégée, le refus de cette dernière de délier le témoin de son obligation de secret devra être interprété en fonction des circonstances et de la valeur de l'intérêt protégé. En cas de refus fondé sur des motifs insuffisants, le silence pourra être considéré comme un aveu du fait que le témoignage devait établir. En l'espèce, il ressort de l'instruction de la cause que le témoin susmentionné n'a pas été autorisé à déposer dans la présente procédure, ni par son client, ni par sa hiérarchie, sur des faits protégés par le secret professionnel, soit la question de savoir si l'appelant possédait un pouvoir pour représenter C_____ SA, société ayant un rôle de gérant externe auprès de M_____ pour les avoirs de ses clients.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, et conformément aux principes rappelés ci-dessus, il n'appartient pas à la Cour d'appel de prononcer la levée du secret de ce témoin. Son audition ne sera donc pas ordonnée, toutefois comme la preuve des faits que cette audition était censée établir incombe à l'intimée, le silence qui lui est ainsi opposé peut être considéré comme un aveu desdits faits. 3.1 .L'appelant principal conteste les justes motifs à l'appui de son licenciement avec effet immédiat. Il demande par conséquent le paiement de son salaire à compter de son licenciement en août 2002, jusqu'à l'échéance contractuelle en juillet 2003, ainsi qu'une indemnité forfaitaire pour licenciement immédiat injustifié. Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérés comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (Brunner/Buhler/Waeber/Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne 2004, n. 1 ad art. 337c CO). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 124 III 25 consid. 3c). Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat (Arrêt du 1.10.2004 cause n.

4C.265/2004 consid. 3.1; arrêt du 23.12.2003 cause n. 4C.249/2003 consid. 3.1; ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 127 III 153 consid. 1a; ATF 117 II 560 consid. 3b, JT 1993 I 148 ; ATF 116 II 145 consid. 5a, JT 1990 I 575 ; ATF 112 II 41 consid. 3a; Aubert , Commentaire romand du Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003, n. 1 à 6 ad art. 337 CO; Wyler , Droit du travail, Berne 2002, pp. 363-364). A ce propos, l'ampleur des exigences à vérifier pour que la résiliation avec effet immédiat soit justifiée ne se détermine pas de façon abstraite ou générale mais dépend concrètement de la position et des responsabilités du travailleur dans l'entreprise, de la nature et de la durée des rapports de travail et de l'importance des griefs en cause (ATF 127 III 153 consid. 1a; ATF 116 II 145 consid. 6a, JT 1990 I 581 ; ATF 111 II 245 consid. 3; Aubert , op. cit. , n. 5 ad. art. 337 CO). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la nature et l'importance des manquements (ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 127 III 153 consid. 1a; Favre/Munoz/Tobler , Le contrat de travail annoté, Lausanne 2001, pp. 220-221; Wyler , op. cit., p. 365). Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC). Par manquement du travailleur justifiant un congé immédiat, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a; ATF 121 III 467 consid. 4d). Selon l'art. 321a CO, le travailleur sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Pour qu'une telle violation soit admise, une atteinte concrète aux intérêts de l'employeur n'est pas forcément nécessaire (Staehelin , Commentaire zurichois, n. 49 ad art. 321a CO; ATF 104 II 28 consid. 2, JT 1978 I 514). Le travailleur ne doit pas accomplir de travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et fait concurrence à son employeur (JAR 1999 p. 289; Wyler , op. cit. , pp. 77 à 79). Un tel travail pour le compte d'un tiers, soit l'exercice d'une activité concurrente, ne serait-ce que pendant quelques jours, constitue une grave violation du contrat et justifie souvent un licenciement immédiat (JAR 1999 p. 292 cité par Wyler op. cit. , p. 369; Aubert , op. cit. , n. 9 ad art. 321a CO). Ces principes sont appliqués plus rigoureusement si l'employé est un cadre, en raison du crédit particulier et des responsabilités liées à sa fonction (ATF 127 III 86 consid. 2c; ATF 104 II 28 consid. 2, JT 1978 I 514 ; Wyler op. cit. , p. 76 et les références citées). Par contre, le fait pour un travailleur déjà licencié de travailler pour une entreprise concurrente quelques jours pendant ses vacances ne justifie pas un licenciement avec effet immédiat (JAR 1997 p. 182, cité par Favre/Munoz/Tobler , op. cit. , p. 216). Il convient de rappeler les conditions auxquelles un contrat de travail existe (art. 319 al. 1 CO). Il s'agit des éléments suivants : une prestation personnelle de travail, une mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (SJ 1990 p. 185 consid. 3; SJ 1982 p. 202; Aubert , op. cit. n. 1 à 18 ad art. 319 CO; Rehbinder , Berner Kommentar, Vol. I/2, p. 46; Schweingruber , Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, Berne 1975, p. 20). 3.2. En l'espèce, s'agissant du grief lié aux circonstances dans lesquelles les clients de la banque ont été transférés auprès de C_____ SA, il ressort de l'instruction que l'appelant principal a joué un rôle dans cette opération, en mettant en contact l'apporteur d'affaires et son ami D_____. Quoiqu'il ne soit ainsi pas démontré qu'il a joué un rôle dans la décision de l'apporteur d'affaires de retirer sa clientèle de la banque, il n'en demeure pas moins que le rôle qui a été le sien était susceptible de contrevenir à son obligation de fidélité, qui notamment consistait pour lui à sauvegarder les intérêts de la banque. S'agissant du grief lié au fait qu'il aurait exercé des activités

rémunérées pour un tiers, l'enquête n'a pas permis de démontrer la réalité d'une rémunération - du moins au sens où on l'entend généralement, soit une remise d'argent déterminée et périodique, en d'autres termes un salaire - de la part de C_____ SA. Compte tenu toutefois des relations qui unissaient l'appelant principal au représentant de cette société, compte tenu également de la nature des prestations fournies et du domaine dans lequel elles se situaient, il est vraisemblable - quoique non formellement établi - qu'elles pourront, à terme, engendrer une contre-prestation sous une forme ou une autre, notamment pas un système de compensation. Cela étant, l'activité d'aide et de conseil que l'appelant principal a déployée au service de la société précitée, qui elle-même mettait une infrastructure à sa disposition, le fait qu'il soit apparu sur son site internet, qu'il ait joué le rôle, même formel et même non rémunéré, d'administrateur de fonds de placement appartenant à la société, tous ces éléments sont manifestement en contradiction avec les obligations contractuelles qui liaient l'appelant principal à l'intimée. Cette conclusion s'impose d'autant que, ce faisant, le précité était, respectivement pouvait être, continuellement en contact direct avec les anciens clients de la banque, avec tout ce qu'une telle situation engendre de risque au niveau du secret et du devoir de fidélité. Peu importe à cet égard que l'appelant principal ait en outre effectivement possédé - ce qui est vraisemblable - la signature pour représenter C_____ SA auprès du M_____, car tous les éléments susmentionnés suffisent déjà à justifier le congé litigieux. L'appelant était toujours lié par contrat de travail à l'intimée, pendant qu'il collaborait avec la société. Dans sa lettre du 16 janvier 2002, lui indiquant qu'il ne serait pas réengagé à l'échéance de son contrat et le libérant de son obligation de travailler, l'intimée lui avait expressément rappelé son obligation de fidélité, obligation qui lui incombait de manière d'autant plus stricte qu'il avait exercé à la banque une fonction comportant de hautes responsabilités. Les manquements susvisés sont ainsi graves et ils justifient le congé avec effet immédiat. L'appelant sera dès lors débouté de toutes ses conclusions, la décision du Tribunal étant, sur ce point, confirmée.

4.1. Dans son appel incident, la banque réclame la restitution des salaires qu'elle a versés à l'appelant pendant la période du 17 janvier 2002 au 16 août 2002, pendant laquelle ce dernier aurait, selon elle, reçu une rémunération de C_____ SA, et une indemnité pour violation de la clause d'interdiction de concurrence. La banque appuie son argumentation, s'agissant du premier moyen, sur un arrêt du Tribunal fédéral selon lequel il faut soustraire de la rémunération du travailleur libéré de son obligation de travailler tout revenu qu'il a pu tirer d'un nouvel emploi, à moins que les parties en aient convenu autrement (ATF 118 II 139 consid. 1a, JT 1993 I 390 ; Favre/Munoz/Tobler , op. cit. , p. 152; Brunner/Buhler/Waeber/Bruchez , op. cit. , n. 2 à 5 ad art. 329d CO). Or, si l'appelant a bien collaboré avec C_____ SA, l'existence d'un contrat de travail n'est pas démontrée. Il a déjà été souligné ci-dessus l'échec de l'intimée à démontrer l'existence d'une rémunération sous la forme d'un salaire; à cela s'ajoute qu'il n'est aucunement ressorti de l'enquête qu'un lien de subordination ait existé entre les précités. Il n'a pas plus été démontré que l'appelant aurait perçu une rémunération découlant de ses activités d'administrateur. En tout état, même s'il fallait en admettre l'existence, en se fondant sur l'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses, en pareil domaine, la quotité de la prétendue rémunération est totalement inconnue. A cela s'ajoute encore que la banque réclame le montant de 109'894.60 pour des salaires indûment perçus par l'appelant pour la période du 17 janvier 2002 au 16 août 2002. Or, l'appelant a commencé de se rendre dans les bureaux de la société le 31 juillet 2002 seulement. S'agissant des conseils d'administration des fonds de placement, il y a siégé dès le 1^{er} août 2002 pour l'un et dès

le 14 octobre 2003 pour l'autre. En conséquence, la banque ne saurait réclamer la restitution des salaires qu'elle a versés pour une période pendant laquelle son employé n'avait quasiment aucune activité en rapport avec la C_____ SA. 4.2. L'intimée réclame également le paiement de la peine conventionnelle de 100'000 fr. au motif que l'appelant a violé la clause de prohibition de concurrence. Selon l'art. 340 CO, le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser. La prohibition n'est valable que si les rapports de travail permettent à l'employé d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Selon l'art. 340a CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. Le juge doit réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 2 ad art. 340a CO; Wyler, op. cit., p. 453). De manière générale, l'interdiction de concurrence ne peut aller au-delà de ce qui est justifié par l'intérêt de l'employeur. Une prohibition de concurrence ne sera donc limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires que dans la mesure où la possibilité existe pour l'employeur de subir un préjudice sensible. S'agissant de la limitation géographique, la clause ne peut déployer ses effets, au maximum sur le territoire où l'employeur exerce son activité. L'avenir économique du travailleur ne doit pas être compromis contrairement à l'équité, ce dont il faut juger en comparant les intérêts des deux parties. A défaut d'intérêt digne de protection de l'employeur, la restriction est contraire à l'équité. Elle ne l'est en revanche pas lorsque les intérêts des deux parties sont égaux ou lorsque ceux de l'employeur l'emportent (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 3 et 6 ad art. 340a CO; Wyler, op. cit., p. 453). Lorsqu'une prohibition est valable au regard de l'art. 340 al. 2, mais qu'elle est excessive selon l'art 340 al. 1, l'art. 340a al. 2 CO déroge au principe posé par l'art. 20 CO, en ce sens que la clause n'est pas entièrement nulle; elle reste valable dans la mesure où elle n'excède pas le maximum admissible (SJ 1989 p. 685; Aubert, op. cit., n. 2 ad art. 340a CO; Wyler, op. cit., p. 453). En cas de violation de la clause de prohibition de concurrence, l'employeur peut exiger le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat. Une telle clause se trouve soumise aux dispositions des articles 160 ss CO. En conséquence, le juge doit réduire les peines conventionnelles qu'il estime excessives (art. 163 CO). Mettant en œuvre les règles de l'équité, il interviendra de façon plus ou moins incisive selon les circonstances. Parmi celles-ci figurent notamment la nature et la durée du contrat de travail, la position du salarié, la rémunération versée par l'employeur, la faute du salarié, l'attitude du nouvel employeur, la situation économique des parties et la quotité du préjudice vraisemblablement subi (ATF 114 II 264 consid. 1a, JT 1989 I 74; Aubert, op. cit., n. 3 ad art. 340b CO; Wyler, op. cit., p. 454). 4.3. En l'espèce, la clause n° 10 du contrat interdisait à l'appelant d'exercer toute activité professionnelle ou rémunérée, directe ou indirecte, dans le domaine bancaire, ainsi que de conclure des affaires avec ou pour le compte d'une entreprise dont l'activité est concurrente. Sa durée était d'un an et son rayon géographique s'étendait au territoire suisse. Il a été retenu précédemment que l'appelant, alors qu'il était encore lié à l'intimée contractuellement, a choisi de collaborer avec une société tierce, sous une forme juridique

non déterminée, mais qu'il n'est pas indispensable de déterminer à ce stade, compte tenu du libellé très large de la clause n° 10 précitée. Il importe en revanche de rappeler a, ce faisant, choisi de rester en relation avec un ancien partenaire de la banque, soit l'apporteur d'affaires précité, et les anciens clients de celle-ci. Comme cela a déjà été constaté, il s'est trouvé dans une situation de conflit d'intérêt, tout en étant toujours au service de la banque, en tant que directeur général adjoint. Ces actes de l'appelant se situent principalement après le 16 août 2002, date de son licenciement avec effet immédiat. En conséquence, ils tombent dans le champ d'application temporel de la clause, qui commence à la date précitée et finit un an après, et dans son champ d'application géographique, l'appelant ayant exercé ses activités concurrentes à Genève. Il s'ensuit que l'intimée est fondée à réclamer une indemnité de ce chef. Il reste qu'au vu des circonstances, notamment du fait qu'il n'est pas démontré que C_____ SA ait profité de renseignements concernant la clientèle que l'appelant connaissait; le fait que les clients ont quitté la banque pour la société en raison des changements intervenus dans la politique de celle-ci et non du fait prépondérant de l'appelant; le fait que l'intimée n'allègue pas subir un préjudice et enfin le fait que l'appelant, licencié initialement pour le 31 juillet 2003, mais dispensé de son obligation de travailler dès le 16 janvier 2002, devait bien engager des démarches dans son domaine de compétence afin de retrouver du travail, il se justifie de ramener le montant de l'indemnité à 10'000 fr.

E. 5

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

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