

GE_GERICHTE C/19385/2008 vom 30. November 2010

GE Cour de justice, 2010-11-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_19385_2008

FR: GE_GERICHTE C/19385/2008 du 30 novembre 2010

IT: GE_GERICHTE C/19385/2008 del 30 novembre 2010

Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; VOYAGEUR DE COMMERCE; CHIMISTE; RÉSILIATION ABUSIVE; CERTIFICAT DE TRAVAIL; INDEMNITÉ DE VACANCES; LIBÉRATION DE L'OBLIGATION DE TRAVAILLER; GRATIFICATION; BONUS; CLAUSE CONTRACTUELLE; PROHIBITION DE CONCURRENCE; CLAUSE PÉNALE ; RÉDUCTION(EN GÉNÉRAL) | La Cour admet que T, représentant en appareils d'analyses chimiques, libéré de son obligation de travailler durant 10 semaines et ayant rapidement trouvé un nouvel emploi a pu disposer des 16.5 jours de vacances qui lui restaient durant le délai de résiliation. A l'instar des juges de première instance, la Cour considère que le licenciement de E en raison de son manque de résultats est un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO et qu'il ne rend ainsi pas caduque la clause de prohibition de faire concurrence. Elle réduit toutefois le montant de la pénalité en considération du dommage imputable à T. Pour le surplus, elle confirme le jugement de première instance. | CO.319; CO.336.al1.letc; CO.329d; CO.322d; CO.322a; CO.340; CO.340a.al2; CO.340b; CO 340c.al2

Erwägungen

E. 1

Déposés dans le délai et selon la forme prescrits par les art. 59 et 62 LJP les appels principal et incident sont recevables.

E. 2

Les prétentions de T_____ : a) Le certificat de travail : Il sera donné acte aux parties de leur accord sur cette question. b) L'indemnité pour licenciement abusif : L'art. 336 al.1 lit. c CO dispose que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail. La partie qui prétend que la résiliation est abusive doit le prouver (ATF 123 III 246 ; JdT 1998 I 300 ; ATF 121 III 60 ; JdT 1996 I 47) ; le juge peut présumer l'existence d'un abus lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur ; il s'agit-là d'une forme de preuve « par indices », sans renversement du fardeau de la preuve. De son côté l'employeur doit fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations (ATF 130 III 699). En l'espèce, le congé notifié à l'appelant est dûment motivé ; le bien-fondé de cette motivation sera examiné en détail ultérieurement, mais il doit d'ores et déjà être retenu que les griefs élevés à l'encontre du précité par l'employeur sont pour l'essentiel suffisamment étayés par l'instruction de la cause, de sorte que, dans cette mesure, la motivation de l'employeur est bien réelle. Parmi ces griefs ne figure pas celui d'avoir formulé une réclamation à propos du bonus/commission et/ou de la gratification. Certes, C_____ n'a-t-il pas caché son incompréhension, lors de la discussion entre les parties dans la première quinzaine de

février 2008, lorsque T_____, outre la contestation du calcul destiné à déterminer son bonus/commission pour 2007, a également réclamé le paiement d'une gratification pour cet exercice, puisqu'il lui a répondu « qu'il ne fallait pas pousser le bouchon trop loin ». Mais ce seul élément ne constitue pas un indice suffisant pour considérer que le congé était en réalité fondé sur ce qui précède. D'une part, à l'issue de cette discussion il semble que l'employeur ait considéré qu'un accord était intervenu avec T_____, idée dans laquelle son absence de réaction après le versement d'un montant inférieur à celui réclamé a dû le conforter, bien qu'à tort, de sorte que l'on voit mal comment il aurait pu conserver un grief à ce propos. D'autre part, au cours de cette même discussion, l'employeur dit avoir exprimé son insatisfaction concernant certains volets de l'activité de T_____ et il a du reste, peu après, fait appel à une consultante en ressources humaines, pour lui soumettre cette préoccupation. Cette intervention n'a pas abouti et ce n'est que le 20 avril 2010, soit deux mois après la discussion susmentionnée, au terme d'une réflexion avec les cadres de l'entreprise, que la direction a finalement décidé de licencier l'employé, décision qui a été qualifiée de difficile. Au vu de ce qui précède, on ne peut pas considérer que les réclamations de T_____, même si elles ont pu contribuer aux difficultés rencontrées par E_____ SA à propos de cet employé, n'ont pas été le motif du congé. Les prétentions de T_____ en paiement d'une indemnité de Fr. 44'361.- pour licenciement abusif seront par conséquent rejetées. c) L'indemnité pour vacances non prises : A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Cette interdiction ne s'éteint pas à la fin des rapports de travail et un tel remplacement n'est autorisé que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter son obligation en nature (ATF 101 II 283 ; ATF 106 II 152 ; JdT 1980 I 602 ; ATF 107 II 430), en tenant compte, en cas de libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé, du temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi (ATF 128 III 271 ; JdT 2003 I 606). T_____ a été licencié le 21 avril 2008, avec effet au 30 juin 2008 avec dispense de venir travailler, ce qui détermine un temps libre de dix semaines. Il prétend avoir eu droit à ce moment à un solde de vacances de 16.5 jours, soit trois semaines, qu'il aurait donc pu prendre en nature durant le délai de congé, sans que cela le prive de la possibilité, en outre de rechercher un nouvel emploi. En effet, il ressort du dossier qu'il avait des relations personnelles avec DD_____, employé chez A_____ SA, société pour laquelle il a commencé à travailler le lendemain-même de l'échéance de son contrat avec l'intimée. Cet engagement a ainsi dû être envisagé et négocié assez rapidement après le licenciement, de sorte que T_____ n'a pas été contraint d'utiliser l'intégralité de son délai de congé à des recherches d'emploi, au point de ne pas pouvoir prendre ses vacances restantes. Il sera donc débouté de sa demande en paiement d'une indemnité de Fr. 2'300.30 pour vacances non prises en nature. d) La gratification pour 2007 : A teneur de la doctrine et de la jurisprudence afférentes à l'art. 322d CO, qui traite de la gratification, ce sont les circonstances qui permettent de déterminer si cette prestation est facultative ou non, et il a en particulier été statué que la réserve faite par l'employeur du caractère facultatif de cette prestation était vide de sens si par ailleurs l'employeur montrait, par son comportement, qu'il se considérait comme tenu de l'exécuter (ATF 128 III 165 = JdT 2003 I 113 ; ATF 127 III 444 = JdT 2002 I 213). Sont également déterminants la durée pendant laquelle l'employeur a versé cette prestation précédemment ainsi que les motifs qui pourraient le conduire à ne plus la verser, tels la mauvaise marche des affaires ou une mauvaise prestation de travail (ATF 129 III 276 = JdT 2003 I 346 et les références citées). Enfin, dans l'optique du principe de l'égalité de traitement, mais par ailleurs aussi de celui de la liberté

contractuelle, qui suppose une négociation individuelle de chaque contrat, il sied d'examiner si un refus de verser la gratification serait discriminatoire (ATF 129 III 276 = JdT 2003 I 346 précités). En l'espèce, T_____ était au service de E_____ SA depuis quatre ans ; il avait reçu une gratification de Fr. 3'000.- en 2004, de Fr. 3'500.- en 2005 et rien en 2006, année où aucun employé n'a reçu de gratification. Il ressort de l'instruction que son versement n'a pas été fait à tous les autres employés dont le statut était, sinon identique, du moins comparable à celui de l'appelant, deux d'entre eux en tous cas n'en ayant point reçue. Enfin, selon les précisions apportées par C_____ le statut salarial de T_____ dans l'entreprise était globalement très favorable, par rapport à celui des autres commerciaux, dont à partir de 2007 le salaire était inférieur et qui en outre ne bénéficiaient pas d'un bonus/commission. Par voie de conséquence, l'appelant ne saurait prétendre au versement automatique d'une gratification et ses conclusions seront rejetées. e) Le bonus/commission pour 2007 et 2008 : Lorsque les parties conviennent, comme en l'espèce, que le travailleur a droit à une participation au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus (art. 322a al. 1 CO). L'employeur est tenu de fournir au travailleur, ou à sa place à un expert désigné en commun ou par le juge, les renseignements nécessaires et doit autoriser ces derniers à consulter la comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (art. 322a al. 2 CO). A l'engagement, les objectifs déterminant la part variable du salaire, dès le 1^{er} janvier 2005, devaient être « fixé d'un commun accord d'année en année ». Lors de la dernière modification du contrat, portant le salaire à Fr. 120'000.- l'an, il a été convenu que le budget des ventes pour la chromatographie devait être établi chaque année et « avalisé par les acteurs », mentionnant la marge brute qui devait être dégagée dans ce secteur pour l'année concernée. Au salaire précité s'ajoutait ainsi un bonus/commission à hauteur de 15% de la part dépassant la marge budgétée ; un décompte devait intervenir dans le mois suivant la clôture de l'exercice annuel et le bonus/commission était payable au plus tard le mois suivant. En cas de rupture du contrat le décompte devait être arrêté au jour de cette rupture, établi le mois suivant et payé au plus tard dans les 30 jours suivant le paiement du décompte de salaire. T_____ a participé à l'établissement du budget pour l'exercice 2007, repris dans le second tableau sur sa pièce 12, et qui détermine, à l'issue de cet exercice et au vu des résultats accomplis, un bonus/commission de Fr. 47'443.- bruts. Lorsqu'il a réclamé le versement de sa commission, dans la première quinzaine de février 2008, soit une fois les résultats de l'exercice 2007 connus, l'employeur a néanmoins modifié le budget convenu précédemment et majoré de Fr. 100'000.- l'estimation du chiffre d'affaires pour 2007. Il n'est pas démontré que T_____ ait approuvé cet étrange procédé, qui conduisait à une notable réduction de sa rétribution, alors-même que ses résultats atteignaient les objectifs convenus. Le fait qu'il n'ait pas formalisé son désaccord ni protesté immédiatement au reçu du montant réduit que l'employeur lui a versé le 22 février 2008 ne peuvent pas être tenus pour une acceptation tacite de sa part. En effet, les divergences qui étaient apparues entre les parties et le fait qu'C_____ lui avait manifesté son insatisfaction à propos de certains aspects de son activité pouvaient, comme il l'a expliqué, lui faire craindre pour son poste et le faire hésiter à réitérer sa réclamation à ce moment-là. Par conséquent, ses conclusions en paiement d'un complément de Fr. 12'452.25 au titre de bonus/commission pour l'exercice 2007 seront admises, sur la base du tableau présenté au bas de la pièce 12 de l'appelant, établi par l'employeur. Il n'y a pour le surplus pas lieu de prendre en considération la critique de T_____ quant aux déductions opérées sur la marge, par l'employeur, pour divers

frais (de port et d'emballage) non refacturés au client car cette déduction figure sur les deux tableaux présentés sur cette pièce 12 d'une part, et parce qu'il semble en outre que cette déduction ait été usuelle dans l'entreprise. L'instruction n'a pas révélé quand ni comment avait été établi le budget pour l'année 2008. Il n'est en outre pas prétendu que T_____ ait participé à son élaboration, ce qui aurait dû être le cas conformément aux clauses de l'avenant au contrat de travail signé le 18 avril 2007. L'intimée a produit ce budget en annexe à un courrier de son conseil au Tribunal des prud'hommes du 21 septembre 2009. E_____ SA, pour l'exercice 2008, s'est fondée sur le résultat du secteur de la chromatographie en 2007, soit Fr. 4'897'330.- et elle a estimé ce poste à Fr. 4'408'000.- pour l'exercice 2008. Elle n'indique toutefois pas quels ont été les résultats de T_____, pour le premier trimestre de l'année, où il a encore travaillé à son service, alors que, toujours selon l'avenant au contrat de travail signé le 18 avril 2007, en cas de rupture du contrat, le décompte destiné au calcul du bonus/commission - qui implique de connaître et de prendre en compte les résultats de l'employé pour les comparer au budget - doit être établi au jour de ladite rupture, soit en l'espèce au 30 juin 2008, voire au 21 avril 2008, dernier jour travaillé. E_____ SA se retranche derrière le secret des affaires pour ne pas produire tout ou partie de ses résultats pour 2008, compte tenu du fait que T_____ travaille pour une société concurrente, mais, eu égard aux exigences de l'art. 322a al. 2 CO, elle se dit prête à les dévoiler dans le cadre d'un audit qui serait exécuté en respectant la confidentialité. Un tel audit ne sera pas ordonné, pour les raisons qui vont suivre : Au début de l'exercice 2008 E_____ SA a perdu, dans des circonstances qui seront examinées plus loin et auxquelles T_____ n'apparaît pas avoir été étranger, la représentation des produits B_____ et elle allait encore perdre sous peu également celle des produits I_____ ; en outre, au début 2008 elle a aussi perdu le client H_____, qui selon elle représentait à lui seul près du tiers du chiffre d'affaires de la chromatographie. Ces éléments rendent vraisemblable le fait que les résultats du premier semestre 2008 n'ont pas atteint les objectifs fixés. Par ailleurs, T_____ a quitté son poste, à la demande de l'employeur, le 21 avril 2008 et l'instruction - qui a démontré qu'il ne prospectait pratiquement pas le marché des fournisseurs - contient en outre quelques indices, tels la consultation de son agenda Outlook notamment, laissant penser que les derniers temps il ne déployait plus une activité très intense pour E_____ SA, même dans le domaine de la vente, où il excellait pourtant auparavant. Il est du reste étonnant que T_____, qui détenait de la documentation professionnelle à son domicile, n'ait lui-même fourni aucun élément concret permettant à la Cour d'évaluer ses résultats pour la période concernée et qu'il se soit limité à une sommaire extrapolation fondée sur l'exercice précédent. Au vu de ces éléments, il est rendu suffisamment vraisemblable que les résultats du premier trimestre 2008 n'auraient pas justifié l'octroi d'un bonus/commission, il est ainsi inutile d'ordonner une expertise et T_____ sera débouté de ses conclusions sur ce poste.

E. 3

E_____ SA demande l'application de la clause de non-concurrence signée par les parties le 13 janvier 2004. Elle réclame à T_____ le paiement de la pénalité de Fr. 200'000.-, correspondant selon elle approximativement au dommage qu'elle dit avoir subi en raison des agissements du précité. T_____ tient cette clause pour inapplicable, le licenciement n'étant pas fondé sur des motifs justifiés. Une clause de non-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 (art. 340 al. 2 CO). Une prohibition de concurrence doit être convenablement limitée 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 ; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières. WYLER souligne que, dans la pratique, le salaire annuel constitue un maximum qui n'est que rarement alloué (WYLER, Droit du travail, Berne 2008 p. 612). Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances (art. 340a al. 2 CO). En ce qui concerne le montant de la peine conventionnelle, il résulte de la doctrine et de la jurisprudence qu'elle doit être proportionnelle au salaire antérieur du travailleur et ne pas placer celui-ci dans une situation économique insupportable ; elle est également à mettre en relation avec le montant du dommage subi par l'employeur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, 3^{ème} édition, n° 3 ad art. 340b et la jurisprudence citée). Sans qu'il soit indispensable de procéder à un examen détaillé de la casuistique en la matière il suffit de relever, comme le fait l'appelant, qu'en pratique le salaire annuel du travailleur constitue un maximum, qui n'est que rarement alloué (WYLER, Droit du travail, Berne 2008 p. 612). Une clause de prohibition de concurrence cesse de déployer ses effets notamment si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié (art. 340c al. 2 CO). Est considéré comme un motif justifié tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une violation contractuelle (ATF 130 III 353 ; JdT 2005 I 12). Un motif peut raisonnablement justifier la résiliation sans nécessairement suffire pour fonder un renvoi sans délai (ATF 92 II 31).

E. 3.1

Etant rappelé que la Cour a déjà admis précédemment que le congé n'était pas abusif, il sied d'examiner maintenant lesquels, parmi les motifs invoqués par l'employeur, l'ont été valablement, et si ces motifs peuvent être qualifiés de justifiés au sens de la jurisprudence citée plus haut. Les motifs invoqués par E_____ SA dans la lettre de licenciement : a) L'employeur n'a pas véritablement explicité le motif tiré d'un net manque de collaboration avec l'équipe dirigeante ; dans la mesure où il se recoupe et se confond avec certains autres motifs, il sera examiné ci-après, en même temps que ceux-ci. b) A propos des problèmes de communication et de relation avec l'ensemble des collaborateurs rattachés à la vente, ainsi que d'autres collègues de travail les témoignages recueillis ont révélé que l'appelant pouvait avoir des points de vue divergents de certains collaborateurs rattachés à la vente, sans toutefois formuler que ces divergences avaient rendu la collaboration impossible. Quand à la communication avec les autres collègues de travail, hormis le témoin J_____, qui a fait état d'un manque de respect de l'appelant envers les femmes et de l'agressivité verbale qu'il pouvait manifester, les autres personnes entendues n'ont pas constaté de problèmes comportementaux envers les collègues ou les supérieurs. Les éléments ainsi recueillis ne sont pas suffisamment déterminants pour établir le grief. c) Le manque dans le développement des gammes de chromatographie apparaît au contraire établi à l'issue de l'instruction. T_____ a vu ses fonctions - et partant son salaire - notablement modifiés par avenant au contrat de travail du 18 avril 2007, entré en vigueur le 1^{er} avril 2007. En sa nouvelle qualité de « Business Development Manager » pour le secteur de la chromatographie, il ne devait plus seulement s'occuper de la vente pour la Suisse romande, mais pour tout le pays, et aussi développer la gamme de produits de ce secteur. Certes, l'employeur n'a pas établi le cahier des charges détaillé, mais il n'est guère contestable que les termes « développement de la gamme de produits » supposent, entre autres, la recherche

de nouveaux fournisseurs et leur portée n'a pas pu échapper à l'appelant, déjà actif depuis plus de trois ans dans l'entreprise. Il contredit du reste sa propre objection lorsqu'il tente lui-même de démontrer - vainement - qu'il aurait effectivement apporté de nouveaux fournisseurs. En effet, les témoins entendus à ce propos ont indiqué qu'il n'en était rien ; il n'avait même pas profité pour ce faire de sa présence à la foire O_____, qui s'est tenue en Allemagne en 2008, et il ne s'est pas rendu à une autre foire ayant eu lieu la même année aux Etats-Unis, où sa participation était souhaitée. Finalement il est ressorti de l'enquête qu'hormis les sociétés X_____ et Y_____, qui avaient engendré pour l'intimée un chiffre d'affaires tout à fait négligeable, T_____ n'a pas rempli les nouvelles tâches confiées le 18 avril 2007. Le grief est donc fondé. d) L'avenant du 18 avril 2007 conférait aussi à T_____ le secteur des ventes en chromatographie pour la Suisse allemande, que E_____ SA lui reproche de n'avoir pas développé. Cette dernière admet néanmoins que le volume des ventes pour cette partie du pays a bien augmenté en 2007, mais elle précise son grief en expliquant qu'en réalité ce qui avait fait défaut étaient la diversification de la clientèle et l'accroissement du nombre de clients. Pour 2008 elle ne donne point d'indications précises sur le volume des ventes mais souligne, ce qui est admis, avoir perdu à ce moment-là la société H_____, et que l'importante baisse de résultats engendrée par le départ de cette cliente aurait dû pouvoir être compensée par l'apport d'une nouvelle clientèle, ce qui n'avait malheureusement pas été le cas. Le tableau et les informations fournis par l'appelant ne constituent pas une réponse suffisante à cette critique, car ils ne concernent pas la Suisse allemande et pas non plus la période critique, postérieure à avril 2007. Le grief est ainsi également avéré. Les motifs invoqués par E_____ SA en complément de sa lettre de licenciement : Le Tribunal fédéral a examiné, dans le cadre d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, la question de savoir si et dans quelle mesure la motivation pouvait être complétée. Il a statué que l'invocation de circonstances apparues après la déclaration de licenciement était exclue mais qu'à certaines conditions restrictives on pouvait se prévaloir de circonstances antérieures à la résiliation et que la partie qui a donné le congé ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître (ATF 121 III 467). Le Tribunal fédéral a encore observé que l'invocation a posteriori de nouveaux motifs de licenciement demeurait indéterminée (ATF 119 II 162 ; JdT 1994 I 105). Il n'est pas certain que de telles restrictions se justifient aussi s'agissant, comme en l'espèce, d'un congé ordinaire. Celui-ci en effet, - sauf demande de l'autre partie - n'a pas besoin d'être motivé (art. 335 CO). Les deux parties ayant opté pour un examen des motifs ultérieurement invoqués sous l'angle des jurisprudences précitées, la Cour s'y référera donc également, non sans relever que les seuls motifs résultant de la lettre de congé constituent déjà, à eux seuls, des motifs justifiés de congé puisqu'il en ressort que l'appelant n'avait pas rempli intégralement ses obligations contractuelles. E_____ SA invoque au surplus les griefs suivants : a) L'absence de rapport ou d'information à ses collègues pour son activité dans la vente est un grief censé venir uniquement renforcer les deux premiers - insuffisamment établis, ainsi qu'il a été constaté plus haut - formulés dans la lettre de congé. Il sera, dans cette mesure, examiné. Seul le témoin N_____ a décrit les réticences de T_____ à communiquer des renseignements quant aux marges et au processus de vente et sa passivité lors des séances mensuelles de direction. L'exigence de rapports écrits n'a pas été démontrée ; le témoin AA_____ a ainsi indiqué que lui-même n'établissait pas forcément de rapports écrits après ses visites à la clientèle et il n'a pas fait état de reproches qui lui auraient été adressés pour cela. Enfin, après le départ de T_____, E_____ SA a récupéré auprès de ce dernier deux classeurs contenant des rapports de visites, dont elle n'a certes pas commenté la teneur dans la procédure, mais dont

la seule existence affaiblit notablement le grief formulé, que la Cour estime en définitive non démontré. b) La disparition des serveurs de certaines informations et/ou répertoires est certes un grief recevable, en vertu des principes ci-dessus rappelés, dès lors que l'employeur ne pouvait découvrir les faits que lors de l'examen de la messagerie de l'appelant, après que celui-ci eût quitté son poste de travail. Ce grief est en outre avéré, au vu en particulier des déclarations du témoin BB_____. Ce dernier a en effet pu comparer les données figurant encore sur le compte informatique de l'appelant avec les sauvegardes en sa possession et a constaté qu'un répertoire qui aurait dû contenir plusieurs fichiers appartenant à T_____ était entièrement vide, ce qui ne pouvait pas être une inadvertance. Au demeurant ce dernier n'est guère crédible dans sa contestation d'une part en raison du fait qu'il lui arrivait d'envoyer des documents professionnels sur sa messagerie personnelle, comme il sera examiné plus loin, ce qui pouvait expliquer qu'il ne lui était plus nécessaire de les conserver au bureau, et d'autre part parce qu'il admet tout de même n'avoir « rien emporté que de personnel, ... ». c) Il est douteux que le grief de se livrer à des activités autres que professionnelles durant le temps de travail soit recevable. E_____ SA a choisi de le soulever en cours de procédure seulement, alors qu'elle avait connaissance dès le départ de T_____ des courriels échangés entre ce dernier et son épouse d'une part, sa maîtresse d'autre part. Quoi qu'il en soit, ce grief est mal fondé, car les quelques messages incriminés apparaissent avoir été tout à fait occasionnels, et, dans cette mesure-là, n'ont pas pu, en tant que tels, l'empêcher de remplir ses obligations professionnelles. Au cas où ce même grief viserait également l'absence constatée de T_____ sur son lieu de travail le 17 avril 2008 et l'absence également de rendez-vous sur son agenda Outlook pour le 17 et le 18 avril 2008, les faits seront examinés plus loin, sous l'angle de la violation de la clause de non-concurrence. Il résulte de l'ensemble des considérants qui précèdent qu'aussi bien dans sa lettre de congé que dans sa motivation ultérieure l'employeur a invoqué des motifs justifiés de licenciement, soit le manque de développement des gammes de chromatographie, le manque de croissance des ventes pour la Suisse allemande et la disparition des serveurs de certaines informations ou répertoires.

E. 3.2

Applicabilité de la clause de non-concurrence : Il résulte des considérants qui précèdent que la clause signée par les parties peut déployer ses effets, puisque l'employeur avait des motifs justifiés de licenciement. Bien que l'interdiction de concurrence soit aujourd'hui échue, puisque les deux ans dès la fin des rapports de service sont écoulés, il sied tout de même de relever que les modalités de la clause, cumulées entre elles, étaient drastiques. Elles revenaient concrètement en effet à priver l'appelant de poursuivre les activités professionnelles dans lesquelles il avait pu démontrer ses capacités depuis quatre ans, le contraignant soit à repartir ab initio dans un domaine différent de l'industrie chimique soit à quitter la Suisse. Le terme de deux ans étant atteint, il n'est toutefois pas utile d'examiner plus avant dans quelle mesure les modalités de la clause quant au domaine concerné, aux limites de temps et de lieu auraient dû être allégées en application de l'art. 340a al. 2 CO. Cet examen se justifie d'autant moins qu'en offrant ses services à la société A_____ SA après avoir reçu sa lettre de licenciement et en commençant, dès le lendemain de l'échéance du contrat, une activité identique à celle qu'il exerçait jusque-là pour l'intimée au service de l'appelant pour le compte d'une société directement concurrente a manifestement violé la clause litigieuse, étant observé que, dans de telles circonstances, cette violation aurait très certainement aussi contrevenu à une clause rédigée selon des modalités moins strictes que celles convenues. La question du montant de la pénalité demeure réservée et sera examinée

ultérieurement, en lien avec le dommage allégué.

E. 3.3

Violation de la clause de non-concurrence : E_____ SA soutient avec raison que T_____ avait déjà le projet de s'engager au service de sa concurrente, une société récemment constituée, avec siège en Suisse alémanique, et qu'il préparait la suite de ses activités déjà avant la fin des rapports de travail avec l'intimée, ainsi que le laisse fortement supposer en particulier la teneur des contacts qu'il avait avec une collaboratrice de B_____ TECHNOLOGIES le 17 avril 2007, en parfaite violation du devoir de confidentialité le liant par ailleurs également à l'intimée. Il n'est pas contestable que dans le cadre du contrat de travail qui liait les parties T_____ a eu connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires de son employeur, de tous les aspects commerciaux de la vente des produits relevant de sa spécialité - en particulier en ce qui concerne les marques I_____ et B_____ - ainsi que les prix d'achat, les marges et les éventuels rabais, tous éléments sur lesquels portait autant la clause de non-concurrence que la clause de confidentialité, signées par les parties le 13 janvier 2004. Il résulte par ailleurs de l'instruction que, nanti de ces connaissances, T_____ a, sinon « livré » à lui seul les fournisseurs I_____ et B_____ à son nouvel employeur, du moins favorisé, par ses agissements, le choix de ces derniers de quitter E_____ SA pour travailler désormais avec A_____ SA. Le départ de ces fournisseurs allait nécessairement engendrer celui de la clientèle intéressée aux produits de ces marques. En effet, selon ce qu'a indiqué un représentant d'I_____ INSTRUMENT. Z_____, à E_____ SA dès juillet 2008, qu'I_____ avait intérêt à travailler « en parallèle » avec A_____ SA en raison de la présence de T_____ chez cette dernière, intérêt qui se comprend d'autant mieux que ce dernier avait été tout particulièrement formé pour la vente des produits de cette marque, aux frais d'I_____ INSTRUMENT, selon ce qu'affirme Z_____. Aujourd'hui, E_____ SA n'intervient plus comme distributrice de la marque I_____, qui, sur son site internet, ne présente que A_____ SA, avec pour adresse de contact celle de T_____. La perte pour E_____ SA de sa clientèle intéressée aux produits de la marque I_____ est illustrée par l'exemple de la commande de huit pompes de cette marque par la société GG_____ SA auprès de E_____ SA en septembre 2008. Ce marché n'a finalement pas été conclu et la marchandise a finalement été commandée auprès de A_____ SA. En février 2009 Z_____ devait expliquer à E_____ SA qu'I_____ n'avait nullement dirigé la clientèle vers tel ou tel fournisseur, mais que T_____ connaissait bien cette clientèle et ne s'était pas privé de la visiter. De même, il résulte des explications fournies en septembre 2007 à E_____ SA par un représentant d'B_____, II_____, que, si A_____ SA devait initialement déployer son activité uniquement en Suisse allemande, sans nuire à E_____ SA, lorsqu'elle avait engagé T_____, elle visait ainsi à s'étendre en Suisse romande pour les produits B_____. Et de fait, E_____ SA a perdu sa clientèle pour lesdits produits, soit les HUG et le CHUV, les informations qu'elle a recueillies au début de l'année 2009 à ce sujet auprès des HUG lui ayant permis de savoir que T_____ avait obtenu « le marché romand » pour son nouvel employeur, en raison des rabais consentis, supérieurs à ceux pratiqués par E_____ SA. De tout ces éléments résulte une très forte vraisemblance que T_____ a pour le moins favorisé le déplacement des fournisseurs I_____ et B_____ chez son nouvel employeur ainsi que la clientèle intéressée aux produits de ces marques. Cependant, il faut également considérer que l'appelant ne répond de loin pas seul du préjudice découlant des départs enregistrés. Si en effet il a opté pour continuer ses activités au profit d'une société concurrente, pour apporter à celle-ci non seulement son savoir-faire mais aussi des informations couvertes par la clause de confidentialité, des fournisseurs et de

la clientèle, le libre choix des fournisseurs de traiter avec d'autres partenaires doit aussi être rappelé. E_____ SA n'était en effet au bénéfice d'aucun contrat d'exclusivité pour la représentation en Suisse des produits I_____ et B_____. Quant au libre choix des clients, il existait également, il était total et il mérite également d'être pris en considération ; l'instruction n'a au surplus pas apporté la démonstration que les rabais préférentiels proposés par l'appelant ont été le seul motif des changements intervenus. Enfin, si E_____ SA n'a pas opté pour plaider à l'encontre de A_____ SA, il faut tout de même souligner qu'en prenant T_____ à son service cette dernière le savait lié par une clause de non-concurrence, situation qu'elle a assumée, à raison même de l'intérêt qu'elle recherchait dans cet engagement.

E. 3.4

Préjudice subi par E_____ SA et montant de la clause pénale : Le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur. Il peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu ; toutefois, il est tenu de réparer le dommage qui excéderait le montant (art. 340b al. 1 et 2 CO). E_____ SA soutient que le comportement déloyal de T_____ a engendré à son détriment un préjudice d'un montant total de Fr. 194'892.60, quasi identique à celui de la pénalité de Fr. 200'000.- figurant dans la clause de non-concurrence. Pour la perte de la représentation des produits I_____, elle prend comme point de départ un élément non contesté, soit le chiffre d'affaires réalisé en 2007 pour la vente des produits de cette marque, soit Fr. 402'275.-. Pour des motifs de confidentialité elle ne produit pas ses résultats pour les années suivantes. Pour 2008 elle invoque la perte du marché pour le retrait par GG_____ SA de la commande des huit pompes I_____, finalement achetées chez A_____ SA, soit une marge bénéficiaire de Fr. 17'625.60, ce qui doit être admis, vu les circonstances dans lesquelles elle a perdu ce marché. Pour 2009 elle se livre à une extrapolation, estimant que son chiffre d'affaires aurait pu atteindre Fr. 460'000.- pour les seuls produits I_____. Cette extrapolation est contestée par l'appelant et un audit des comptes de l'intimée ne permettrait pas de déterminer quelle aurait effectivement pu être l'évolution du chiffre d'affaires pour les produits I_____ en 2009. Seules des hypothèses peuvent être formulées à ces fins, nécessairement discutables, compte tenu des aléas du marché. Dans ces conditions, la Cour s'en tiendra au chiffre d'affaires de 2007, dont le 27,37% représente Fr. 110'102.65. Pour la perte de la représentation des produits B_____, E_____ SA prend comme point de départ le chiffre d'affaires de 2006 pour la vente des produits de cette marque, soit Fr. 139'996.-, celui de 2007, soit Fr. 120'706.- et celui de 2008, soit Fr. 150'654.-. Là également, E_____ SA se livre à une extrapolation pour 2009, supposant ainsi que son chiffre d'affaires pour les produits B_____ aurait pu être cette année-là de Fr. 163'000.-. Pour les motifs déjà exposés ci-dessus à propos des produits I_____, la Cour n'ordonnera pas d'audit des comptes de l'intimée ; elle se fondera sur le résultat de l'exercice 2007, connu de l'appelant, soit Fr. 120'706.-. Dès lors que E_____ SA a opté pour ne se fonder que sur l'exercice 2007 pour calculer son dommage résultant du départ d'I_____, la Cour ne voit pas de motifs de procéder différemment pour B_____. Pour l'exercice 2008 - durant lequel il appert d'ailleurs qu'B_____ ne l'avait pas encore quittée pour sa concurrente - l'intimée aurait pu rapporter la preuve du résultat qu'elle indique et qui est contesté, en le faisant certifier par son organe de contrôle, sans qu'un audit soit nécessaire. La Cour ne prendra donc pas non plus ce résultat en considération. Le 31,54% du chiffre d'affaires 2007 représente Fr. 38'070.70. E_____ SA rend ainsi

vraisemblable l'existence d'un préjudice total de Fr. 165'798.95. T_____ ne répond toutefois pas de l'entier de ce préjudice, la Cour estimant, au vu des considérants développés plus haut, qu'un quart au plus du montant précité peut lui être imputé, soit un montant de l'ordre de Fr.40'000.-. La pénalité de Fr. 200'000.- figurant dans la clause de non-concurrence, excessive en elle-même déjà, au vu de la jurisprudence en la matière, puisqu'elle représentait environ deux ans du salaire de T_____, est en outre totalement disproportionnée eu égard au montant du préjudice qui peut être imputé à ce dernier, en raison de ses agissements. Elle sera par conséquent réduite au montant de Fr.40'000.-, correspondant au montant du préjudice imputable au précité.

E. 4

Pour l'ensemble de ces considérants, E_____ SA sera condamnée à verser à T_____ la somme de Fr. 12'452.25 à titre de solde de bonus/commission pour l'exercice 2007, avec intérêts à 5% l'an du 29 février 2008. T_____ sera condamné à verser à E_____ SA la somme de Fr. 40'000.- avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} juillet 2008. Les parties seront autorisées à opérer compensation des montants précités, à concurrence du montant le plus faible. Compte tenu du fait qu'elles n'obtiennent ni l'une ni l'autre pleinement gain de cause, les émoluments qu'elles ont avancés dans le cadre de la présente procédure, ainsi que les taxes afférentes à l'audition des témoins qu'elles ont fait citer resteront à leur charge respective.

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