

# GE\_GERICHTE C/21446/2012 vom 9. Juni 2015

GE Cour de justice, 2015-06-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_21446\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_21446_2012)

FR: GE\_GERICHTE C/21446/2012 du 9 juin 2015

IT: GE\_GERICHTE C/21446/2012 del 9 giugno 2015

## Regeste

CONTRAT DE TRAVAIL; RÉSILIATION IMMÉDIATE; FIDÉLITÉ; CLAUSE CONTRACTUELLE; PROHIBITION DE CONCURRENCE | CO.337; CO.321d.2; CO.340; CO.340a; CO.321e

## Erwägungen

### E. 1

er novembre 2012 en qualité de "senior trust manager", soit en tant qu'employé sans clientèle propre. B. a. Le 12 décembre 2012, A\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale contre B\_\_\_\_\_ pour gestion déloyale (art. 158 CP) et concurrence déloyale (art. 4 let. a LCD) (P/17844/2012). b. Par arrêt du 15 août 2013, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral du 27 février 2014, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice a rejeté le recours de A\_\_\_\_\_ dirigé contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public le 6 avril 2013. La Cour a considéré qu'il ne pouvait pas être inféré des circonstances que B\_\_\_\_\_ aurait sciemment orchestré avec Z\_\_\_\_\_ SA le démarchage des sociétés clientes durant son délai de congé, mais bien que ces dernières avaient elles-mêmes choisi de le suivre en raison de la relation de confiance nouée entre eux et que les démarches y relatives avaient été accélérées en raison de la mise à pied séance tenante de B\_\_\_\_\_ par A\_\_\_\_\_. Les sociétés clientes avaient simplement usé de leur droit de ne pas se voir imposer un administrateur qui ne leur convenait pas et de mettre fin en tout temps au mandat qui les liait à la recourante, conformément au contrat passé. L'incitation à la rupture des relations d'affaires par B\_\_\_\_\_ n'était pas établie. Certaines sociétés avaient déjà suivi l'intimé lorsqu'il avait rejoint la recourante, ce dont celle-ci avait profité. La Cour a nié que B\_\_\_\_\_ ait délibérément lésé les intérêts pécuniaires de A\_\_\_\_\_. Elle a exclu que puisse être réalisées tant la qualification de gestion déloyale (art. 158 CP) que celle de concurrence déloyale (art. 23 LCD en relation avec l'art. 4 let. a LCD). C. a. Par requête déposée en conciliation le 22 octobre 2012, déclarée non conciliée le 16 novembre 2012 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes (ci-après : le Tribunal) le 8 février 2013, B\_\_\_\_\_ a assigné A\_\_\_\_\_ en délivrance d'un certificat de travail complet et en paiement des montants bruts, avec intérêts à 5% l'an dès le 20 septembre 2012, de 23'000 fr. à titre de salaire pour les mois de septembre et octobre 2012, 9'583 fr. 55 de 13ème salaire pro rata temporis, 6'037 fr. 50 d'indemnité de vacances non prises en nature et 33'000 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (23'000 fr. correspondant à deux mois de salaire) et 10'000 fr. pour tort moral. Il a fait valoir que A\_\_\_\_\_ l'avait licencié avec effet immédiat le 20 septembre 2012 en guise de représailles, afin de se soustraire à son obligation de payer son salaire pendant le délai de congé, prétendant à tort que son refus de démissionner de ses fonctions d'administrateur constituait une faute lourde. Compte tenu des instructions claires reçues des deux sociétés en cause de ne procéder à aucun

changement au sein de leur conseil d'administration, il lui avait été impossible de démissionner de ses fonctions d'administrateur sans violer les obligations de A\_\_\_\_\_, ainsi que les siennes, à l'égard de ces deux sociétés, notamment l'interdiction de résilier un mandat en temps inopportun. Il n'avait commis aucune faute susceptible de justifier son licenciement immédiat. b. Par mémoire du 20 mars 2013, A\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions et a conclu reconventionnellement à ce qu'il soit condamné au paiement de 667'323 fr. 37, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 8 novembre 2012, et à ce que soit ordonnée la publication du jugement conformément à l'article 9 LCD. Elle a allégué que les violations du demandeur de son devoir de fidélité et de son obligation de non-concurrence, la gestion déloyale et la violation de la LCD, constituaient de justes motifs de licenciement avec effet immédiat. B\_\_\_\_\_ savait que les instructions de son employeur prévalaient sur les instructions contraires des sociétés en cause. Il y avait lieu d'écarter les prétentions de ce dernier en tort moral, dès lors que c'était de manière planifiée et malveillante qu'il avait procédé au démarchage de ses sociétés clientes. Elle contestait par ailleurs qu'en mentionnant qu'elle demandait la publication du jugement, elle avait commis une menace ou une tentative de contrainte. Par ailleurs, B\_\_\_\_\_ avait convenu et organisé le transfert de huit clients de l'employeur à Z\_\_\_\_\_ SA, qu'il contrôlait directement ou indirectement, avant de démissionner et durant le délai de congé. En démarchant intentionnellement ses clients, sur la base d'une planification préparée et établie à l'avance, et en les invitant à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui, B\_\_\_\_\_ avait gravement failli à son devoir de fidélité et avait agi de façon déloyale (au sens de la LCD), lui causant un dommage de 401'918 fr. 45. B\_\_\_\_\_ avait également violé la clause de non-concurrence figurant à l'art. 8 de son contrat de travail de sorte qu'il lui devait une indemnité fixée forfaitairement à 265'404 fr. 92, correspondant à une année de son chiffre d'affaires. c. Par mémoire du 14 juin 2013, B\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la demande reconventionnelle. d. Par ordonnance de preuve du 31 octobre 2013, le Tribunal a notamment dit qu'il appartenait à A\_\_\_\_\_ de prouver l'existence de justes motifs à l'appui du licenciement immédiat de B\_\_\_\_\_, ainsi que la violation par B\_\_\_\_\_ de ses devoirs contractuels et de l'interdiction de faire concurrence, les moyens de preuve admis étant les titres produits, l'audition des parties et l'audition des témoins D\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, Q\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_, BB\_\_\_\_\_, AA\_\_\_\_\_, X\_\_\_\_\_ et CC\_\_\_\_\_. e. A l'audience du 20 janvier 2014 devant le Tribunal, A\_\_\_\_\_ a modifié ses conclusions demandant à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamné à lui verser 265'404 fr. 92 avec intérêts à 5% l'an dès le 8 novembre 2013 à titre de peine conventionnelle et 190'292 fr. 87 avec intérêts à 5% l'an dès le 8 novembre 2013 à titre de dommages-intérêts, incluant 2'500 fr. de frais d'expertise liée à l'évaluation du dommage. Elle a pour le surplus persisté dans ses conclusions. f. Devant le Tribunal, C\_\_\_\_\_, administrateur de A\_\_\_\_\_, a déclaré qu'O\_\_\_\_\_ s'était montré agressif lors de la réunion du 17 septembre 2012, qui n'avait duré que quelques minutes, et qu'il avait d'emblée indiqué souhaiter mettre un terme au contrat. Questionné sur les raisons de cette décision, O\_\_\_\_\_ avait répondu qu'il ne comprenait pas les raisons pour lesquelles les messages entrant dans la boîte de messagerie de B\_\_\_\_\_ avaient été transférés chez Q\_\_\_\_\_. C\_\_\_\_\_ avait toutefois eu l'impression que la décision de ce client était déjà prise. Il a expliqué au Tribunal que les messages électroniques destinés à B\_\_\_\_\_ avaient été transféré à Q\_\_\_\_\_ dans le cadre d'une mesure d'urgence pour " protéger les acquis ". Sur ce point, B\_\_\_\_\_ a précisé qu'O\_\_\_\_\_ avait été étonné que d'autres personnes aient pu lire les messages électroniques qui lui étaient adressés sans qu'il en soit préalablement informé. B\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il n'avait pas

mentionné aux clients le fait que Q \_\_\_\_\_ ne connaissait pas le marché suisse et qu'il n'avait qu'une expérience d'une année et demie dans le métier. Certains clients l'avaient immédiatement contacté par téléphone ou par courriel, lui demandant ce qu'ils devaient faire afin de continuer à collaborer avec lui. Tous ne l'avaient pas suivi, notamment pas les sociétés G \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_, qui avaient rejoint une autre fiduciaire, ainsi qu'V \_\_\_\_\_, qu'il avait apportée de son précédent employeur, qui était demeurée auprès de A \_\_\_\_\_.

C \_\_\_\_\_ a relevé que la similarité des courriels annonçant la rupture des contrats de mandat ainsi que leurs expéditions très rapprochées avaient incité A \_\_\_\_\_ à penser que B \_\_\_\_\_ " y était pour quelque chose ". D \_\_\_\_\_, administrateur de A \_\_\_\_\_, a déclaré que lors de l'engagement de B \_\_\_\_\_ le potentiel de clients transférables avait été évoqué sans que cela soit un critère déterminant pour son engagement. Il a ajouté que du moment où la relation entre l'administrateur et le client était forte, il était normal que ce dernier le suive de manière spontanée. Les règles de l'art étaient respectées quand le client n'était pas démarché activement mais suivait l'administrateur spontanément. AA \_\_\_\_\_ de Z \_\_\_\_\_ SA, entendue comme témoin, a exposé que certains clients entretiennent de bonnes relations avec les personnes qui traitent leurs affaires, de sorte qu'ils suivent parfois l'employé lorsque ce dernier change de société. Elle a pu constater qu'O \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_ entretenaient des relations très étroites, presque de nature amicale. Il résulte des témoignages de AA \_\_\_\_\_ et de X \_\_\_\_\_, également de Z \_\_\_\_\_ SA, que plusieurs sociétés anciennement en lien avec A \_\_\_\_\_ avaient abordé Z \_\_\_\_\_ SA pour savoir si cette dernière était disposée à les accepter comme clients. Selon X \_\_\_\_\_, les courriers envoyés à A \_\_\_\_\_ après résiliation des contrats n'avaient pas été préparés ou initiés par Z \_\_\_\_\_ SA. A quelques occasions il avait été demandé à Z \_\_\_\_\_ SA ce que devait contenir une telle lettre. Le nom de X \_\_\_\_\_ était alors mentionné comme administrateur de la société dans laquelle le client voulait être transféré, ce qui permettait à Z \_\_\_\_\_ SA de devenir proactif. Entre le 21 septembre et le 13 novembre 2012, K \_\_\_\_\_, L \_\_\_\_\_, H \_\_\_\_\_ et N \_\_\_\_\_ avaient tour à tour transféré leur siège social auprès de Z \_\_\_\_\_ SA sans que personne en lien avec cette dernière société ne les ait contactés. L'acceptation des clients était décidée par AA \_\_\_\_\_ et X \_\_\_\_\_. g. Cité à comparaître comme témoin par l'entremise de B \_\_\_\_\_, O \_\_\_\_\_, qui a indiqué par courrier du 6 janvier 2014 être domicilié à Miami (Floride/Etats-Unis d'Amérique), ne s'est présenté à aucune des convocations du Tribunal de sorte que, par courrier du 23 mai 2014 au Tribunal, A \_\_\_\_\_ a demandé son audition par commission rogatoire. h. A l'audience du Tribunal du 23 juin 2014, A \_\_\_\_\_ a renoncé à l'audition des témoins BB \_\_\_\_\_ et Q \_\_\_\_\_. B \_\_\_\_\_ a modifié sa conclusion en remise d'un certificat de travail complet et a sollicité un certificat conforme aux exigences minimales prévues à l'art. 330a al. 2 CO. A l'issue de l'audience, les parties ont plaidé et la cause a été gardée à juger. i. Par courriers des 8 juillet 2014, A \_\_\_\_\_ a fait parvenir à B \_\_\_\_\_ un certificat de travail établi conformément aux exigences formulées par celui-ci lors de l'audience du 23 juin 2014. j. Par jugement du 9 octobre 2014, le Tribunal, après avoir déclaré les demandes principale et reconventionnelle recevables (ch. 1 et 2 du dispositif), a condamné A \_\_\_\_\_ à verser à B \_\_\_\_\_ la somme brute de 38'135 fr. 30, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 21 septembre 2012 (ch. 3), invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 4), condamné A \_\_\_\_\_ à verser à B \_\_\_\_\_ la somme nette de 23'000 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 21 septembre 2012 (ch. 5), arrêté les frais à 6'670 fr. (ch. 6), qu'il a mis à la charge de A \_\_\_\_\_ (ch. 7), dit que ces frais seraient compensés avec l'avance de frais du même montant versée par A \_\_\_\_\_ (ch. 8) et débouté les parties de

toute autre conclusion (ch. 9). Le Tribunal a notamment retenu que l'audition des témoins, l'interrogatoire des parties ainsi que les titres versés à la procédure avaient permis d'établir à satisfaction de droit les éléments factuels utiles à la solution du litige. L'audition par commission rogatoire du témoin O \_\_\_\_\_, " domicilié aux Bahamas ", n'était pas nécessaire et aurait retardé inutilement la procédure. Il a considéré que le refus de l'employé de démissionner de ses fonctions d'administrateur ne constituait pas une faute grave et ne pouvait justifier un licenciement immédiat, puisqu'il avait suivi les instructions des sociétés clientes de son employeur. S'il était admis que l'employé avait informé les sociétés de sa démission, il n'était pas établi qu'il avait procédé à un détournement de clientèle ou à un démarchage actif de celle-ci. Dès lors, la résiliation immédiate du contrat de travail était injustifiée et le travailleur avait droit au salaire pour les mois de septembre et octobre 2012, au 13 ème salaire pro rata temporis , à une indemnité pour ses vacances non prises, ainsi qu'à une indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant à deux mois de salaire. En revanche, le Tribunal a retenu que le travailleur n'avait pas apporté la preuve, ni même d'indices suffisants permettant de retenir que A\_\_\_\_\_ lui aurait causé un préjudice moral en attendant à sa personnalité. A\_\_\_\_\_ avait enfin rempli ses obligations en remettant au travailleur un certificat de travail. Suivant les autorités pénales, le Tribunal a retenu que B\_\_\_\_\_, faute de position de gérant, n'avait pas pu commettre un acte de gestion déloyale et que l'incitation à la rupture des relations d'affaires n'était pas établie, de sorte que B\_\_\_\_\_ n'avait pas commis d'acte illicite. Par ailleurs, les clientes de A\_\_\_\_\_ avaient, sans être démarchées, simplement usé de leur droit de ne pas se voir imposer un administrateur qui ne leur convenait pas et également celui de mettre fin, en tout temps, au contrat de mandat qui les liait à la défenderesse. En outre, si B\_\_\_\_\_ n'avait pas respecté les instructions de A\_\_\_\_\_ de ne pas communiquer son départ au moment de sa démission, ce fait n'était pas en lui-même constitutif de démarchage. Il n'était pas établi que l'employé avait effectué des démarches actives pour s'approprier la clientèle de son employeur. Par conséquent, B\_\_\_\_\_ n'avait commis aucune violation de ses obligations de fidélité à l'égard de A\_\_\_\_\_. Enfin, B\_\_\_\_\_, ne contrôlant ni directement, ni indirectement Z\_\_\_\_\_ SA et n'ayant effectué aucune démarche illicite envers les clients de A\_\_\_\_\_, n'avait pas violé son obligation contractuelle de non concurrence. D. a. Par acte déposé le 10 novembre 2014 au greffe de la Cour de justice (ci-après : la Cour), A\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement, qu'elle a reçu le 10 octobre 2014. Elle conclut à son annulation et, cela fait, principalement, à ce que B\_\_\_\_\_ soit débouté de toutes ses conclusions, tout en persistant dans ses conclusions reconventionnelles. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal afin de pouvoir exercer son droit d'être entendue. b. B\_\_\_\_\_ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement attaqué, avec suite de frais. c. Dans leurs réplique et duplique des 24 février et 18 mars 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions. d. Les parties ont été informées le 19 mars 2015 de ce que la cause était gardée à juger. EN DROIT 1. 1.1 L'appel est dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur de plus de 10'000 fr. au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).!> Déposé dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1 CPC) et respectant au surplus la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC), l'appel est recevable.

## **E. 1.2**

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Le juge d'appel dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme

les questions de droit. En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

## **E. 2**

L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir admis que licenciement immédiat de l'intimé était justifié, alors qu'il l'a dénigrée auprès de ses clientes, a fait un usage privé des adresses professionnelles en sa possession, a annoncé sa démission aux clientes et a refusé de démissionner de ses fonctions d'administrateur.

### **E. 2.1**

Selon l'art. 337 CO l'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs et doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (al. 1). Sont notamment considérées comme de justes motifs 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 (al. 2). Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. 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. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A:404/2014 du 17 décembre 2014 consid. 4.1). En vertu de l'art. 321d al. 2 CO, le travailleur a l'obligation de suivre les instructions particulières qui lui ont été données par son employeur. La désobéissance à un ordre – pour autant que celui-ci reste dans les limites du contrat – peut constituer un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction concerne des intérêts importants de l'employeur. Dans un tel cas, suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_152/2011 du 6 juin 2011 consid. 2.3.1; 4C.357/2002 du 4 avril 2003 consid. 4.1; ATF 108 II 301 consid. 3b). Pour qu'il y ait de justes motifs permettant un licenciement immédiat, il n'est pas nécessaire que l'employeur ait subi effectivement un préjudice (ATF 124 III 25 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_152/2011 du 6 juin 2011 consid. 2.3.1). S'il est exclu d'invoquer comme justes motifs de congé immédiat des circonstances qui sont apparues après la déclaration de résiliation du contrat, il est possible, sous certaines conditions restrictives, de se prévaloir après coup de circonstances antérieures à la résiliation immédiate que la partie qui a donné le congé ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. C'est uniquement à titre exceptionnel que des circonstances antérieures à la résiliation immédiate, alors ignorées de la partie qui a donné le congé, pourront amener un Tribunal à considérer, sur la base des motifs déjà allégués, que celle-ci, en s'en prévalant ultérieurement, a rapporté la preuve de la destruction du rapport de confiance entre les parties au contrat. (ATF 121 III 467 consid. 5a). Il faut donc se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat (ATF 124 II 25 consid. 3b).

2.2.1 En l'espèce, l'intimé a admis avoir déclaré à deux des clientes de l'appelante ne plus "

être à l'aise " avec son employeur et ainsi envisager de démissionner. Cette seule affirmation ne constitue pas un dénigrement de l'appelante puisqu'il pouvait exister de multiples raisons pour lesquelles l'intimé ne pouvait plus être satisfait de son travail chez l'appelante, notamment des raisons de rémunération ou relationnelle, sans que l'image de l'appelante ne soit mise en cause. Dès lors, cette déclaration ne saurait à elle seule constituer un juste motif de licenciement immédiat. Par ailleurs, la décision du Tribunal n'est pas critiquable en tant qu'elle admet que l'intimé se trouvait dans un conflit d'intérêt entre sa qualité d'employé de l'appelante et ses fonctions d'administrateur des sociétés clientes qui lui avaient demandé de rester à son poste. En effet, on ne saurait suivre l'appelante lorsqu'elle prétend que le refus de l'intimé de démissionner de ses fonctions d'administrateur dénote un manque de fidélité de l'employé puisqu'il a agi conformément aux vœux des clientes. Certes, l'appelante pouvait remplacer l'intimé auprès de ses clientes mais ces dernières pouvaient, pour leur part, décider des modalités du changement. Par conséquent, le refus de l'intimé de démissionner immédiatement ne constitue pas un manquement grave pouvant justifier un licenciement avec effet immédiat. Ayant appris l'existence des courriers électroniques du 9 septembre 2012 en cours de procédure, l'appelant a également motivé – a posteriori – le licenciement immédiat de l'intimé en raison du fait que ce dernier avait pris contact avec ses clientes à son insu et contrairement à ses ordres explicites tout en faisant usage d'une base de données professionnelles. Sur ce point, le Tribunal, qui a tenu compte de l'existence de ces courriers électroniques, a considéré que l'intimé n'avait fait qu'annoncer sa démission, ce qui ne constituait pas un manquement grave. Il faut cependant examiner l'ensemble des circonstances. L'intimé a contrevenu à l'ordre impératif de son employeur – donné à deux reprises dans la même journée – de ne pas informer lui-même les clientes de sa démission. Il avait pourtant acquiescé à cette injonction, annonçant qu'il laisserait à son employeur un délai à la fin du mois de septembre 2012. Pour des raisons sur lesquelles il ne s'est pas expliqué, l'employé n'a pas attendu la fin du mois et a informé lui-même les clientes de sa démission. Il ne pouvait pas ignorer qu'un intérêt important de l'employeur était en jeu. En effet, la manière dont le départ d'un collaborateur qui a une relation personnelle forte avec le client est annoncé peut avoir des conséquences sur les liens entre l'employeur et ce client. Ainsi, les agissements de l'intimé constituent un manquement particulièrement grave justifiant un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO et aucune indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO n'est due à l'intimé. 2.2.2 Dès lors que le contrat de travail de l'intimé a valablement pris fin le 20 septembre 2012 et que celui-ci n'a perçu son salaire que jusqu'au 31 août 2012, l'appelante lui doit son salaire du 1<sup>er</sup> au 20 septembre 2012, soit 7'666 fr. 70 brut (11'500 fr. / 30 x 20), ainsi qu'une indemnité pour les vacances, soit 5'551 fr. 70, et le 13<sup>ème</sup> salaire pro rata temporis, soit 8'286 fr. 30 (11'500 fr. / 365 x 263), soit un montant brut total de 21'504 fr. 70.

### **E. 2.3**

Au vu de ce qui précède, le chiffre 5 du dispositif du jugement sera annulé et le chiffre 3 sera modifié en ce sens que l'appelante sera condamnée à verser à l'intimé la somme brute de 21'504 fr. 70, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 21 septembre 2012, date non contestée en appel.

### **E. 3**

L'appelante reproche également au Tribunal d'avoir considéré que la clause de non-concurrence (art. 8 du contrat de travail) n'a pas été violée par l'intimé.

### **E. 3.1**

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 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; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières (art. 340a al. 1 CO). Le juge peut 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 (art. 340a al. 2 CO). Les articles 340 et 340a CO ne concernent que la prohibition de concurrence après la fin des rapports de travail. Pendant la durée de ceux-ci, la prohibition résulte, en cas de contrat de travail, du devoir de fidélité consacré par l'art. 321 al. 1 et 3 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.210/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelante ne fait plus valoir en appel que l'intimé exercerait une activité concurrente à la sienne de manière personnelle ou par le biais du contrôle direct ou indirect de Z\_\_\_\_\_ SA. Elle se limite à soutenir que l'intimé n'a pas respecté son engagement à s'abstenir de " toute démarche " envers ses clients en cas d'exercice d'une fonction similaire auprès d'un employeur concurrent (art. 8 du contrat de travail, dernière phrase). Il résulte clairement du texte de cette clause qu'elle porte sur le comportement que pourrait adopter l'intimé après la fin du contrat de travail le liant à l'appelante. Il n'est pas établi que l'intimé aurait participé à la rédaction des courriers par lesquels les clientes de l'appelante ont résilié les contrats avec celle-ci. Les similitudes entre ces courriers proviennent vraisemblablement du fait que les clientes ont demandé conseil à Z\_\_\_\_\_ SA, pour laquelle l'intimé ne travaillait pas encore, au sujet du contenu de ceux-ci. Tous les autres faits reprochés à l'intimé se sont produits antérieurement à la résiliation du contrat de travail, de sorte qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'art. 8 du contrat de travail. Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le Tribunal a refusé à l'appelante toute indemnité fondée sur l'art. 8 du contrat. Le jugement sera confirmé sur ce point, par substitution de motifs, sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer si l'interdiction de " toute démarche ", sans autre précision, constitue une prohibition excessive au sens de l'art. 340a al. 2 CO.

### **E. 4**

En dernier lieu, l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu que l'intimé aurait violé son obligation de fidélité en incitant un nombre important de ses clients à résilier leurs contrats. En revanche, elle ne fait plus valoir que l'intimé aurait commis un acte illicite au sens de l'art. 41 CO (gestion déloyale et violation de l'art. 4 LCD). Elle reproche également au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendue en omettant d'auditionner O\_\_\_\_\_, " sur les circonstances dans lesquelles il a été informé de la démission de M. LAI et de ses projets d'avenir au sein de Z\_\_\_\_\_ SA ". A son avis, le Tribunal ne pouvait pas exclure un détournement de clientèle, alors que l'audition d'O\_\_\_\_\_ était cruciale à cet égard. 4.1.1 A teneur de l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Cette disposition ne fait que reprendre le principe général de la responsabilité contractuelle, laquelle est subordonnée aux quatre conditions usuelles, soit l'existence d'un dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles, le rapport de causalité naturelle et adéquate entre cette violation et le

dommage – étant relevé que le rapport de causalité naturelle qui relève du fait doit être prouvé par l'employeur alors que la causalité adéquate est un point de droit qu'il appartient au juge de trancher – et la faute, qui est présumée (art. 97 al. 1 CO) (arrêt du Tribunal fédéral 4C.400/2006 du 9 mars 2007 consid. 6.2; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 117).

4.1.2 Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO). Le devoir de fidélité du travailleur implique notamment que celui-ci s'abstienne d'entreprendre tout ce qui pourrait nuire économiquement à l'employeur (ATF 117 II 74 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 2d). Même si son contrat contient une clause de prohibition de concurrence, le travailleur ne viole pas son devoir de fidélité, si, envisageant avec d'autres de fonder une entreprise concurrente, il entreprend des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin, pour autant cependant qu'il ne commence pas à concurrencer son employeur, à débaucher des employés ou à détourner de la clientèle (ATF 138 III 67 consid. 2.3.5 ; 117 II 72 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_397/2014 du 17 décembre 2014 consid. 3.1; 4A\_404/2014 du 17 décembre 2017 consid. 4.1 ; 4A\_212/2013 du 10 octobre 2013 consid. 2.2). Il n'existe pas de définition légale du " débauchage " ou " détournement " de clientèle. Il s'agit d'une notion développée par la jurisprudence et la doctrine. Certains auteurs le définissent largement comme le fait d'inciter un tiers lié par un contrat à y mettre fin pour l'amener à conclure un nouveau contrat avec soi-même ou avec un tiers. D'autres auteurs et certains tribunaux cantonaux sont plus restrictifs, réduisant le débauchage à l'acte d'incitation visé par l'art. 4 let. a LCD qui qualifie de déloyal l'acte de celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui, étant précisé que l'on ne peut parler dans ce cas de rupture de contrat que lorsque ce dernier est violé (Joye, Débauchage d'employés et détournement de clientèle en droit de la concurrence déloyale, in *Entreprise et propriété intellectuelle*, CEDIDAC, 2010, p. 122 et les références citées; ATF 122 III 469 consid. 8a). 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 (arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 14 septembre 2011, in *JAR* 2012 p. 461 et la doctrine citée; arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 31 mars 2009, in *JAR* 2010 p. 565; arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 10 janvier 1986, in *JAR* 1987 p. 119). La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer (ATF 138 III 67 consid. 2.3.5).

4.1.3 Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non . Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le résultat ne tombe aussi (arrêt du Tribunal fédéral 5C.125/2003 du 31 octobre 2003 consid. 3.1 in *SJ* 2004 I p. 407). Les notions de causalité dépassée et dépassante se réfèrent à un arrêt de la causalité naturelle, lorsqu'un dommage aurait pu être causé par un certain fait, mais résulte en réalité d'autres circonstances. En d'autres termes, elles visent le cas où un premier fait est susceptible d'entraîner un certain dommage, mais où ce dommage est causé par un second fait avant que le premier ne le fasse; le premier est dans ce sens "dépassé" par le second (arrêts du Tribunal fédéral 4A:38/2008 du 21 avril 2008 consid. 5.2; 5C.125/2003 du 31 octobre 2003 consid. 3.3 in *SJ* 2004 I p. 407).

4.1.4 Un fait est considéré comme prouvé lorsque le juge, appliquant des critères objectifs, est convaincu de son existence. Toutefois, la réalisation du droit ne devrait pas échouer parce que la preuve de certains faits est difficile à apporter, en raison de leur nature. Une certitude absolue du Tribunal n'est alors pas exigée et il suffit que

le Tribunal n'ait plus de doutes sérieux quant à la véracité du fait ou que subsistent seulement des doutes apparaissant comme légers. Ce principe, qui consacre la notion de vraisemblance prépondérante, souffre des exceptions qui résultent soit de la loi soit des enseignements de la jurisprudence (par exemple s'agissant de la survenance du cas de sinistre, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5C.47/2002 consid 2b) et de la doctrine (cf. ATF 128 III 271 c. 2b/aa p. 275 = JdT 2003 I 610). Dès lors, une preuve facilitée ne doit être admise qu'en cas de difficultés de l'administrer, soit lorsque, en raison de la nature même du fait, une preuve stricte est impossible à fournir ou ne saurait être exigée d'une partie, notamment lorsque les faits allégués ne peuvent être prouvés qu'indirectement par des indices. De tels faits doivent être clairement distingués de ceux qui auraient pu être établis, mais que la partie n'a pas réussi à prouver faute d'administrer les moyens de preuve adéquats. Une simple difficulté ne justifie pas encore l'allègement du fardeau de la preuve. La vraisemblance prépondérante exige un degré de preuve plus élevé que la simple vraisemblance : si la possibilité que les choses se soient passées différemment n'exclut pas a priori la vraisemblance prépondérante, elle ne doit pas avoir joué un rôle déterminant ni entrer raisonnablement en considération (ATF 130 III 321 consid. 3.2 in SJ 2005 I 514).

4.1.5 L'art. 8 CC confère un droit à la preuve au justiciable qui offre d'établir un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause et propose une mesure probatoire adéquate, conformément aux prescriptions prévues par la loi de procédure applicable (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_390/2012 du 13 novembre 2012 consid. 2.2; 133 III 295 consid. 7.1 = JdT 2008 I 160). Le juge est toutefois autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_482/2010 du 16 septembre 2010 consid. 3.2 et les références citées). Pour qu'il y ait violation du droit à la preuve il faut ainsi que la partie veuille prouver un fait pertinent, que la mesure probatoire sollicitée ait été régulièrement offerte, qu'elle soit adéquate et que le fait ne soit pas déjà prouvé ou qu'il ne soit pas déjà admis ou écarté à la suite d'une appréciation anticipée des preuves qui ne peut pas être taxée d'arbitraire. Ainsi, le juge peut renoncer à administrer une preuve lorsque sa conviction est déjà formée sur la base des éléments apportés et qu'il peut admettre sans arbitraire qu'elle ne pourrait pas être ébranlée par le résultat de la mesure probatoire sollicitée (ATF 134 I 140 consid. 5.3).

4.2.1 En l'espèce, il est établi que, par courriers électroniques du 9 décembre 2012, l'intimé a informé les clientes de l'appelante de son départ imminent mais, selon la jurisprudence susmentionnée, ce seul fait ne constitue pas un débauchage de clientèle. En effet, dans ses courriers l'intimé n'a à aucun moment suggéré aux clientes de résilier leur contrat avec l'appelante. Il est également admis que l'intimé a invité les clientes à prendre contact avec lui. Les circonstances dans lesquelles les courriers électroniques ont été envoyés – depuis l'adresse privée de l'intimé, un dimanche soir, avec une référence à la clause de non-concurrence – constituent un indice du fait que l'intimé souhaitait discuter de son avenir professionnel avec les représentants des clientes avec qui il entretenait des relations personnelles. L'intimé a admis que certains clients l'avaient contacté par téléphone ou par courriel, en lui demandant ce qu'ils devaient faire afin de continuer à collaborer avec lui. Le contenu des entretiens n'est pas établi. L'appelante, a qui incombait le fardeau de la preuve (art. 8 CC), n'a pas établi un débauchage ou une tentative de débauche de clientèle commis par l'intimé, étant relevé que ni la loi ni la jurisprudence ne prévoient un allègement du fardeau de la preuve en matière de violation du devoir de fidélité du travailleur. Le contenu des discussions de l'intimé avec les clientes de l'appelante

auraient pu être établis par l'audition de ces dernières. A l'exception d'O\_\_\_\_ d'K\_\_\_\_, cas qui sera examiné ci-après, l'appelante n'a pas sollicité l'audition des représentants des sociétés contactées par l'intimé. Dès lors, c'est à juste titre que le Tribunal ne s'est pas contenté d'indices, mais a constaté que l'appelante n'avait pas apporté la preuve stricte de la violation du devoir de fidélité de l'intimé. De surcroît les clientes n'ont pas résilié leurs contrats avec l'appelante après que l'intimé leur ait annoncé sa démission, ni à la suite des entretiens subséquents, mais après que l'appelante ait annoncé le remplacement de l'intimé par un autre administrateur et après l'annonce du licenciement de l'intimé. En effet, les courriers de résiliation sont parvenus à l'appelante les jours suivants cette annonce. Dès lors, il y a lieu de retenir que les clientes n'ont pas quitté l'appelante en raison d'un prétendu démarchage mais à la suite d'actes ou omissions de l'appelante. S'agissant des sociétés autres que K\_\_\_\_, l'appelante n'a ainsi prouvé ni le démarchage allégué, ni la causalité naturelle entre un éventuel démarchage et la résiliation des contrats par ses clientes. 4.2.2 Concernant K\_\_\_\_, c'est avec raison que le Tribunal a considéré que l'audition d'O\_\_\_\_ s'avérait inutile. En effet, même s'il devait être établi par l'audition de ce témoin que l'intimé lui aurait demandé de rompre son contrat avec l'appelante, celle-ci échoue à prouver que cet éventuel démarchage serait la cause naturelle du départ de K\_\_\_\_ pour Z\_\_\_\_ SA. O\_\_\_\_ a clairement indiqué à l'appelante qu'elle résiliait le contrat en raison du fait que ses courriers électroniques avaient été transmis à un tiers, sans qu'il n'en soit préalablement informé. De plus, le courrier de résiliation du contrat démontre clairement que celui-ci n'a pas apprécié que l'appelante tente de lui imposer un nouvel administrateur. Certes, l'appelante était contractuellement en droit de le faire. Cependant K\_\_\_\_ pouvait refuser le choix de l'appelante et mettre fin au contrat. A cela s'ajoute qu'O\_\_\_\_ et l'intimé entretenaient des relations très étroites, presque de nature amicale, de sorte qu'il n'y a pas lieu de douter du fait que K\_\_\_\_ a suivi l'intimé sans qu'aucun démarchage n'ait été nécessaire. En définitive, comme pour les autres sociétés, l'appelante n'a pas prouvé l'existence d'un lien de causalité naturelle entre un éventuel démarchage d'K\_\_\_\_ par l'intimé et la résiliation du contrat par celle-ci. Il sied d'ajouter que les sociétés qui ont été contactées par l'intimé et qui ont résilié leur contrat avec l'appelante (K\_\_\_\_, L\_\_\_\_, N\_\_\_\_, H\_\_\_\_, E\_\_\_\_, M\_\_\_\_, F\_\_\_\_, G\_\_\_\_) étaient devenues des clientes de l'appelante en raison du fait qu'elles collaboraient déjà avec l'intimé (H\_\_\_\_, E\_\_\_\_, F\_\_\_\_, G\_\_\_\_) ou parce que l'intimé leur avait été conseillé pour ses qualités personnelles (K\_\_\_\_, L\_\_\_\_, N\_\_\_\_, M\_\_\_\_). Ceci corrobore que c'est essentiellement en raison de ses compétences professionnelles et de la relation personnelle qu'elles entretenaient avec lui, que les sociétés ont suivi l'intimé. 4.2.3 Au vu de ce qui précède, le jugement sera confirmé également en tant qu'il rejette la demande de l'appelante en dommages-intérêts.

## **E. 5**

5.1 Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC). Ils sont mis à la charge de la partie succombante ou, si aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 1 et 2 CPC). Ils sont compensés avec les avances fournies par les parties (art. 111 al. 1 CPC). La partie à qui incombe la charge des frais restitue à l'autre partie les avances que celle-ci a fournies (art. 111 al. 2 CPC). Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). En matière prud'homale, il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

## E. 5.2

La somme réclamée par l'intimé à l'appelante devant le premier juge étant inférieure à 75'000 fr., sa demande n'a pas été taxée. Les frais de première instance portant exclusivement sur la demande reconventionnelle, arrêtés à 6'670 fr. par les premiers juges, ne seront pas modifiés dans la mesure où leur quotité n'est pas contestée et qu'ils ont en tout état été fixés conformément aux normes susmentionnées et à l'art. 69 RTFMC. Ils seront compensés avec l'avance du même montant fournie par l'appelante. Dans la mesure où le rejet de la demande reconventionnelle est confirmée, les frais judiciaires de première instance seront laissés à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC). Les frais de la procédure d'appel, seront arrêtés à 5'000 fr. (art. 71 RTFMC), compensés avec l'avance du même montant effectuée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'appelante succombe sur ses conclusions reconventionnelles reprises en appel, mais obtient partiellement gains de cause sur la demande principale. Ainsi, les frais judiciaires de l'appel seront répartis à raison de 4'500 fr. à charge de l'appelante et 500 fr. à charge de l'intimé. Il n'est pas alloué de dépens. \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevable l'appel formé le 10 novembre 2014 par A\_\_\_\_\_ SA contre le jugement par le Tribunal des prud'hommes le 9 octobre 2014 dans la cause C/21446/2012-4. Au fond : Annule les chiffres 3, 5 et 9 du jugement. Cela fait, statuant à nouveau : Condamne A\_\_\_\_\_ SA à verser à B\_\_\_\_\_ la somme brute de 21'504 fr. 70, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 21 septembre 2012. Confirme le jugement pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaire d'appel à 5'000 fr., couverts par l'avance opérée par A\_\_\_\_\_ SA, acquise à l'Etat de Genève. Les met à la charge de A\_\_\_\_\_ SA à concurrence de 4'500 fr. et à la charge de B\_\_\_\_\_ à concurrence de 500 fr. Condamne B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ SA 500 fr. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Monsieur Ivo BUETTI, président; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur, Monsieur Yves DELALOYE, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière. Le président : Ivo BUETTI La greffière : Véronique BULUNDWE-LÉVY Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.

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