

Les clauses de prohibition de concurrence en droit du travail

I. Introduction

Le recours aux clauses de prohibition de concurrence s'est multiplié durant les dix dernières années. Les raisons tiennent sans doute, d'une part, à la crise économique de 2008, qui a conduit les employeurs à veiller plus scrupuleusement sur leur fonds de commerce, d'autre part, à l'unification des règles de procédure civile qui permettent, depuis le 1er janvier 2011, d'agir en mesures provisionnelles, non seulement devant les juridictions ordinaires, mais également devant les juridictions spéciales, comme le Tribunal des Prud'hommes à Genève.

Le présent article a pour objectif de mettre en exergue les difficultés auxquelles sont confrontés les employeurs lors de l'insertion d'une clause de prohibition de concurrence dans le contrat de travail, ainsi que lors de la mise en œuvre d'une disposition de ce type; il vise également à évoquer les échappatoires offerts aux employés liés par de telles clauses. Il n'a, en revanche, pas pour ambition de traiter de manière exhaustive toutes les questions liées aux clauses de prohibition de concurrence, ni les aspects pénaux relevant de ce thème.

II. Le point de vue de l'employeur

a. Des limites des clauses de prohibition de concurrence

L'employeur soucieux de se protéger contre une activité concurrente de l'un de ses employés peut introduire dans le contrat de travail une clause de prohibition de concurrence. Une telle clause peut faire interdiction à cet employé, notamment d'exploiter une entreprise concurrente, d'y travailler ou même de s'y intéresser, comme associé ou actionnaire d'une entreprise¹ (art. 340 du Code des obligations).

Sachant qu'elle est susceptible de porter atteinte à la liberté économique de l'employé, une telle clause est soumise à un certain nombre de limitations, en particulier quant au genre d'affaires, quant au lieu et quant au temps. En principe, elle ne peut pas excéder trois ans à compter de la fin des rapports de travail (art. 340a du Code des obligations). Le non-respect de ces limites, ou l'absence de limite, n'entraîne en principe pas la nullité de la clause de prohibition de concurrence.

En revanche, une clause qui contraindrait l'employé à changer d'activité professionnelle devrait être considérée comme nulle au regard de l'art. 20 du Code des obligations, en ce sens qu'elle serait considérée comme contraire aux mœurs². Il convient de relever à cet égard qu'une telle clause ne serait pas valable, même si elle était assortie d'une contreprestation financière de la part de l'employeur, une telle contreprestation ne constituant pas une condition de validité de l'interdiction de concurrence en droit suisse.

b. Des mesures super provisionnelles et provisionnelles

L'employeur désireux de se protéger efficacement contre un acte de concurrence mené par l'un de ses employés ayant quitté l'entreprise doit prévoir, dans le contrat de travail, la cessation de l'activité concurrente (art. 340b al. 3 du Code des obligations). Si le contrat de travail ne contient pas une telle disposition - ce qui est très fréquent en pratique -, l'employé aura tout loisir de mener une activité concurrente et l'employeur pourra, au mieux, lui réclamer des dommages et intérêts, voire le versement d'une peine conventionnelle, au terme d'une longue procédure, avec le constat d'avoir agi trop tard.

¹ Aubert Gabriel, Commentaire romand, 2ème édition, ad art. 340 CO, p. 2115, Bâle, 2012

² ATF 101 II 277

Ainsi, l'employeur soucieux de protéger son fonds de commerce de manière efficace doit prévoir, dans le contrat de travail, son droit d'agir de manière urgente, c'est-à-dire par voie de mesures super provisionnelles et provisionnelles au sens des articles 261 et 265 du Code de procédure civile. Moyennant une telle disposition, il peut déposer une requête devant la juridiction compétente, à Genève devant le Tribunal des Prud'hommes, et obtenir une décision d'interdiction dans un bref délai. Pour cela, il lui appartient de démontrer la vraisemblance de son droit, sans en apporter la preuve formelle, et surtout d'agir rapidement, une telle action supposant l'urgence. Ni la loi, ni la jurisprudence ne fixent un délai pour agir, la notion d'urgence étant relative et dépendant des circonstances³. Cela étant et d'expérience, une action déposée au-delà d'un délai de dix jours à partir de la connaissance des faits risque déjà d'être considérée comme tardive.

c. De la peine conventionnelle

L'employeur victime d'une activité concurrente peut demander à son employé le versement de dommages et intérêts au terme d'une procédure ordinaire (art. 340b al. 1 du Code des obligations). Dans ce contexte, il risque de ne pas pouvoir démontrer le montant de son dommage, le fardeau de la preuve lui incombant, ce d'autant plus que les clients de l'entreprise sont souvent les seuls à même de témoigner d'une activité concurrente et que leur intervention est, dans la plupart des cas, incompatible avec les impératifs commerciaux.

Pour contrer cette difficulté, l'employeur peut prévoir, dans le contrat de travail, une disposition prévoyant le versement, par l'employé, d'un montant correspondant à une peine conventionnelle due en cas de violation de la clause de prohibition de concurrence. Quand bien même les parties sont libres de fixer le montant de cette peine, il ne faut pas oublier qu'un juge saisi est en droit de la réduire s'il l'estime excessive (art. 163 du Code des obligations). A ce sujet, la doctrine considère que la limite supérieure correspond au salaire annuel brut de l'employé⁴. Il n'en demeure pas moins qu'une clause comportant une peine conventionnelle a priori excessive conserve un caractère dissuasif.

d. De la difficulté de prévoir une interdiction de concurrence

En pratique et comme indiqué ci-dessus, l'employeur soucieux de protéger efficacement son fonds de commerce doit donc prévoir, dans le contrat de travail de son employé, une clause de prohibition de concurrence, se réserver le droit par écrit d'agir par voie de mesures super provisionnelles et provisionnelles et inclure un montant à verser à titre de peine conventionnelle en cas de violation du contrat. Une telle clause peut dissuader un candidat de rejoindre une entreprise, d'autant plus que les changements d'emploi sont devenus beaucoup plus fréquents qu'auparavant.

L'employeur ne pourra pas valablement introduire une telle clause par le biais d'un règlement d'entreprise. Une telle clause doit en effet revêtir la forme écrite au sens des art. 12 et ss du Code des obligations, comme le prescrit l'art. 340 du Code des obligations. Quelle solution s'offre donc réellement à l'employeur désireux de recruter des talents pour faire prospérer son entreprise, tout en limitant les risques de concurrence ?

A notre sens, il existe deux voies possibles. La première consiste à prévoir des délais de résiliation plus longs que d'ordinaire. En effet, tant que l'employé est lié par son contrat de travail et tant qu'il reçoit son salaire, il est tenu vis-à-vis de l'employeur par son devoir de diligence et de fidélité tel que prévu par l'art. 321a du Code des obligations. Cette disposition prévoit notamment (al. 3) que l'employé ne doit pas accomplir de travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il fait concurrence à l'employeur. L'introduction de délais de résiliation plus longs que d'ordinaire est donc une voie

³ SJ 1991 p. 113

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 2012 dans la cause 4A_466/2012

permettant une protection de l'employeur, mais elle représente un coût et n'empêche pas un employé de se préparer à une activité concurrente, surtout s'il a été libéré de son obligation de travailler une fois le contrat résilié⁵.

La deuxième voie possible consiste à soumettre à l'employé un avenant à son contrat de travail quelque temps après qu'il a débuté son activité, avec le risque qu'il refuse de souscrire à un nouvel engagement et qu'une telle démarche heurte le rapport de confiance à la base de la relation de travail.

III. Le point de vue de l'employé

a. De l'invalidité d'une clause de prohibition de concurrence

L'employé ayant souscrit à une clause de prohibition de concurrence peut se prévaloir de son invalidité, si les rapports de travail ne lui permettent pas d'avoir connaissance de la clientèle, ni de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si sa connaissance de ces renseignements n'est pas susceptible de causer un préjudice sensible à ce dernier (art. 340 al. 2 du Code des obligations). Afin d'examiner la validité d'une clause de prohibition de concurrence au regard de cette disposition, il faut se placer au moment où l'emploi existe et non pas à celui où l'employé a pris un emploi dans une entreprise concurrente⁶.

S'agissant de la connaissance de la clientèle, il convient de relever tout d'abord qu'il s'agit des clients qui entretiennent des relations d'affaires plus ou moins durables avec l'entreprise et pas seulement des personnes intéressées à travailler avec elle⁷. Dans le domaine bancaire et en particulier de la gestion de fortune, la distinction entre clients et prospects est, à cet égard, déterminante.

Ensuite, il apparaît utile d'être attentif à la jurisprudence rendue en 2012 par le Tribunal fédéral concernant la validité des clauses de prohibition de concurrence eu égard à la connaissance de la clientèle⁸. En effet, dans un arrêt concernant une employée chargée du recrutement, notre Haute Cour a estimé que, lorsque le collaborateur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance auxdites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable⁹.

En 2015, la Chambre des Prud'hommes de la Cour de Justice de Genève a appliqué cette jurisprudence au cas d'une société anonyme de courtage et de conseils dans le domaine bancaire¹⁰. Ainsi, un gérant de fortune qui est en mesure de démontrer que les clients de son employeur attachent moins d'importance à ce dernier qu'à ses capacités, doit être délivré de l'interdiction de concurrence. Tel sera sans doute le cas du gérant régulièrement suivi par ses relations d'affaires lors de ses changements d'employeur.

⁵ Selon une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a en effet jugé que l'employé ne viole pas son devoir de fidélité alors qu'il voue tout son temps à son employeur et prépare une activité concurrente en fondant sa propre entreprise, dont l'activité ne doit débiter qu'après la fin des rapports de travail et pour autant que les autres obligations résultant du contrat de travail soient respectées (ATF 117 II 72 c. 4 = JT 1992 I 569; ATF 104 II 28 = JT 1978 I 514).

⁶ Favre/ Munoz/ Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2ème éd., ad art. 340 al. 2, p. 384, remarque 2.1, Lausanne, 2010

⁷ Favre/ Munoz/ Tobler, o p. cit., remarque 2.8, p. 386

⁸ Arrêt du 12 novembre 2012 dans la cause 4A_466/2012; cf aussi ATF 138 III 67

⁹ Arrêt du 13 juillet 2007 dans la cause 4C_100/2006 relative à un dentiste

¹⁰ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2015 dans la cause CAPH/218/2015

b. De l'absence d'intérêt à faire valoir la prohibition de concurrence

A teneur de l'art. 340c al. 1 du Code des obligations, la prohibition cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue.

Il a été jugé que tel était le cas d'un employeur ayant attendu avant de faire valoir une interdiction de concurrence, alors qu'il savait que son ancien employé avait entrepris une nouvelle activité concurrente. Des tribunaux sont même allés jusqu'à estimer que l'action de l'employeur dans ce cas était périmée, ce qui n'aurait pu être le cas si le retard était dû à la lenteur de la procédure engagée¹¹.

c. De la cessation de la prohibition de concurrence en raison de la résiliation du contrat de travail

L'art. 340c al. 2 du Code des obligations prévoit encore que la prohibition cesse si l'employeur résilie le contrat sans que l'employé lui ait donné un motif justifié ou si l'employé résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur. Il y a lieu de considérer les motifs au regard de cette disposition de manière moins restrictive que les motifs de l'art. 337 du Code des obligations, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une rupture des rapports de confiance¹².

La jurisprudence relative à la poursuite de la clause de prohibition de concurrence suite à la résiliation des rapports de travail par l'employé pour un motif justifié imputable à l'employeur est abondante. Ainsi, il a été jugé par exemple qu'une interdiction cesse lorsque l'employé résilie son contrat en raison d'une surcharge de travail, alors qu'il s'en était plaint et que l'employeur n'avait pris aucune mesure pour y remédier¹³. Il en a été de même de l'employé ayant mis fin à ses rapports de travail en raison d'une réduction massive de sa rémunération¹⁴ ou encore de l'employé ayant donné son congé en raison d'une mauvaise ambiance dans l'entreprise¹⁵.

A l'avenir et compte tenu de l'environnement bancaire actuel, les gérants de fortune pourront être tentés de justifier la résiliation de leurs rapports de travail par une surcharge de travail, par une croissance constante de leurs tâches administratives, par des attentes du « compliance » compromettant le développement de leur portefeuille ou encore par une stratégie à moyen - long terme pas toujours claire. La jurisprudence dira peut-être si de tels motifs seront suffisants pour faire cesser les clauses de prohibition de concurrence liant les parties au contrat de travail.

d. Des mesures super provisionnelles, provisionnelles et du mémoire préventif

Quand bien même sur le fond, une clause de prohibition de concurrence devrait être considérée comme invalide (cf. ci-dessus, III lit. a) ou encore ne déployant plus d'effet (cf. ci-dessus, III lit. b et c), il n'est pas exclu que l'employé se voie imposer une interdiction d'exercer une activité au terme d'une procédure sur mesures super provisionnelles ou provisionnelles.

Afin de réduire ce risque, un employé devrait utiliser l'institution du mémoire préventif au regard de l'art. 270 du Code de procédure civile. Celui-ci lui permet en effet de faire valoir ses arguments avant même qu'une action ne soit entreprise, s'il a de bonnes raisons de penser qu'une procédure sera engagée contre lui et qu'une décision sera rendue sans son audition préalable. Dans ce cas, le mémoire préventif n'est communiqué à la partie adverse que si elle procède. Si tel n'est pas le cas dans les six mois de son dépôt, le mémoire préventif devient caduc.

¹¹ Favre/ Munoz/ Tobler, op. cit., ad art. 340c CO, remarque 1.1, p. 397

¹² Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 1998 in SJ 1989 p. 689; ATF 92 II 31

¹³ JAR 1990 p. 335

¹⁴ JAR 2006 p. 562

¹⁵ Favre/ Munoz/ Tobler, op. cit., ad art. 340c CO, p. 401

A notre connaissance, cette institution est relativement peu utilisée, alors qu'elle constitue un moyen de défense efficace, lorsqu'une clause de prohibition de concurrence lie deux parties et que les circonstances laissent présager que l'employé risque d'être « chahuté » après avoir mis fin à son contrat. Il va sans dire qu'elle trouve sa place aujourd'hui dans le domaine de la gestion de fortune.

IV. Conclusion

Si l'employeur dispose de nombreux moyens pour limiter les activités concurrentes, l'employé peut quant à lui recourir à des outils efficaces pour assurer son avenir professionnel. Dans les deux cas, il convient assurément d'anticiper et de prendre des mesures préventives.