

CVCI

21 mai 2015

Comportements déloyaux du salarié : quelle protection pour l'employeur ?

Ralph Schlosser et Véronique Perroud

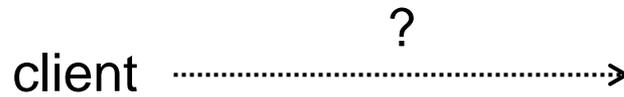
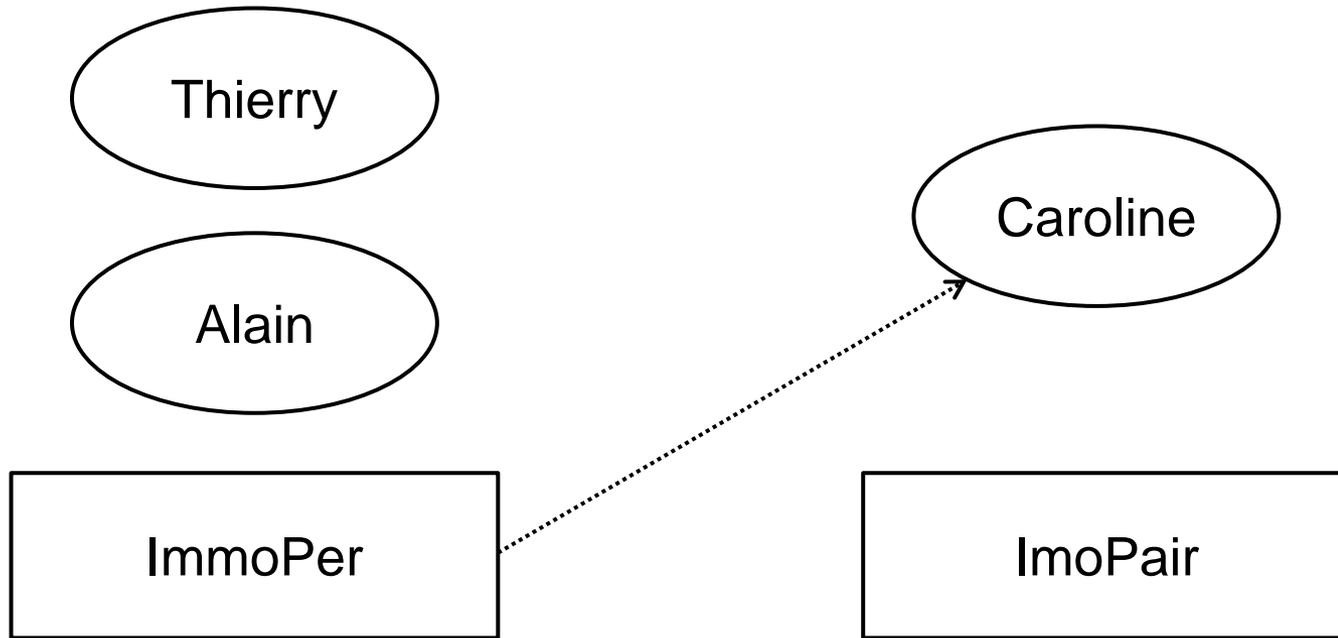
Casus (1)

Thierry est chef d'entreprise. Il a constitué il y a près de 10 ans une entreprise, ImmoPer Sàrl, employant aujourd'hui 15 personnes et active dans le courtage immobilier.

Alain est cadre de la société depuis 6 ans et est responsable du marketing.

Casus (2)

Thierry a appris qu'un de ses clients a été approché par Alain en vue de poursuivre la collaboration avec lui dans une nouvelle entité qui vient d'être inscrite au registre du commerce sous la raison sociale ImoPair Sàrl et proposant des prestations identiques à celles d'ImmoPer mais à des tarifs légèrement inférieurs. Pour toute information, le client a été invité à s'adresser à Caroline, une ancienne collaboratrice de Thierry ayant démissionné et quitté la société il y a un mois.



Questions

- (1) Quels sont les actes répréhensibles dans ce cas ?
- (2) Quelles démarches Thierry peut-il entreprendre à l'encontre d'Alain et de Caroline ?
- (3) Thierry disposait-il de moyens qui lui auraient permis d'optimiser sa protection en amont ?

Quels sont les actes répréhensibles ?

- (1) Activité concurrente
- (2) Détournement de clients et de personnel
- (3) Violation des secrets
- (4) Usurpation de la raison sociale

Activité concurrente

Alain est un **cadre toujours lié** à ImmoPer Sàrl et qui prépare une activité concurrente future...



≠

Caroline était **secrétaire** chez ImmoPer Sàrl **qu'elle a quittée** il y a un mois pour intégrer ImoPair Sàrl



L'activité concurrente pendant le contrat de travail

L'activité concurrente exercée pendant la durée des rapports de travail sans l'autorisation de l'employeur viole le devoir de fidélité et est donc en principe **illicite** (art. 321a CO)

CAPH GE, JAR 1996, 111, c. 7

L'activité concurrente après la fin des relations de travail

Après la fin des rapports de travail, le devoir de fidélité s'éteint, sous réserve de l'obligation de confidentialité.

L'exercice d'une activité concurrente post-contractuelle est donc **licite** sous réserve d'une clause spécifique dans le contrat de travail l'interdisant (art. 321a ch. 4 CO)

ATF 138 III 67, c. 2.3.5

Préparation d'une activité concurrente future pendant la durée des rapports de travail (1)

Un employé peut entreprendre des **actes préparatoires** avant que le contrat ne prenne fin **pour autant qu'il ne viole pas son devoir de fidélité** notamment en ne commençant pas à concurrencer son employeur, à débaucher des employés ou à détourner des clients.

TF, 4A_397/2014, c. 3.1

Préparation d'une activité concurrente future pendant la durée des rapports de travail (2)

Comportements qui ont été jugés contraires à l'obligation de fidélité :

- a) activité concurrente débutée alors que le travailleur est encore au service de l'employeur (TF, JAR 2005, 191 c. 8.4.5)
- b) négligence du travailleur pour les tâches confiées par l'employeur au profit des actes préparatoires (TF, SJ 1989, 689 c. 2)
- c) violation par le travailleur d'une obligation contractuelle l'enjoignant à annoncer toute démarche susceptible d'entrer en conflit avec les intérêts de la société (TF, JAR 2005, 191 c. 8.4.4)

Préparation d'une activité concurrente future pendant la durée des rapports de travail (3)

Alain a-t-il violé son devoir de fidélité?



Le juge prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la **position** et la **responsabilité** du travailleur, le type et la **durée** des rapports de travail, ainsi que la **nature et l'importance des manquements**.

TF, 4A_397/2014, c. 3.b

Détournement de clients et de personnel (1)

Alain est un **cadre toujours lié** à ImmoPer Sàrl qui contacte des clients de celle-ci en leur proposant de le suivre et qui a également attiré une collègue, Caroline, dans sa nouvelle structure ...



≠

Caroline **était secrétaire** chez ImmoPer Sàrl **qu'elle a quittée** il y a un mois pour intégrer ImoPair Sàrl qu'elle essaie de promouvoir en contactant d'anciens clients



Détournement de clients et de personnel (2)

Débauchage : comportement nécessitant l'exercice d'une influence sur un tiers lié par un contrat dans le but de l'inciter à mettre un terme à cette relation pour en conclure une nouvelle avec le débaucheur ou un tiers

≠

Communication : information transmise à des collègues ou des clients selon laquelle le travailleur s'apprête à se mettre à son compte ou à changer d'employeur

Détournement de clients et de personnel pendant les relations de travail (1)

En vertu de l'obligation de fidélité, l'employé a **l'interdiction** de débaucher les collaborateurs ou les clients de son employeur, même après la résiliation du contrat de travail.

ATF 117 II 72 c. 4a; ATF 104 II 28 c. 2a

Détournement de clients et de personnel pendant les relations de travail (2)

Alain s'est-il rendu coupable de détournement?



Il convient de mettre en balance l'obligation de fidélité avec la liberté de mouvement du travailleur.

TF, 4A_212/2013, c. 2.2

Détournement de clients et de personnel après la fin des relations de travail (1)

Après la fin des relations de travail, le devoir de fidélité s'éteint, à l'exception de l'obligation de confidentialité, qui perdure « en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur » (art. 321a al. 4 CO)

Détournement de clients et de personnel après la fin des relations de travail (2)

Caroline se rend-elle coupable de débauchage en sollicitant les anciens clients d'ImmoPer Sàrl?

En l'absence d'une clause contractuelle particulière, la déclaration faite à des clients après l'extinction du devoir de fidélité selon laquelle ils peuvent poursuivre la relation avec l'ancien employeur ou suivre le travailleur dans sa nouvelle structure est admissible.



ATF 138 III 67, c. 2.3.8

Détournement de clients et de personnel après la fin des relations de travail (3)

A certaines conditions, le détournement de clients et de personnel peut aussi contrevenir à la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).

Incitation à rompre un contrat (1)

Art. 4

Agit de façon déloyale celui qui, notamment:

- a. incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui;

Incitation à rompre un contrat (2)

On peut parler de **rupture** de contrat au sens de l'art. 4 lit. a que lorsqu'un contrat est **violé**.

ATF 129 III 497 c. 6.5.6

Détournement de clients ou de personnel (1)

En certaines circonstances, le débauchage de salariés peut contrevenir aux règles de la bonne foi et constituer un acte de concurrence déloyale prohibé par l'art. 2 LCD.

TF, 6B_672/2007 c. 3.2

Détournement de clients ou de personnel (2)

Circonstances susceptibles d'entraîner la déloyauté de l'acte de détournement :

- (1) incitation à rompre un contrat
- (2) distorsion de la volonté du client ou du salarié détourné
- (3) entrave déloyale du concurrent
- (4) débauchage systématique
- (5) exploitation des secrets du concurrent

Détournement de clients ou de personnel (3)

Incitation à rompre le contrat :

Par analogie avec l'art. 4 lit. a, le fait d'inciter un salarié à rompre son contrat de travail (p. ex. abandon de poste, violation d'une interdiction de concurrence) peut contrevenir à la clause générale.

Détournement de clients ou de personnel (4)

Distorsion de la volonté du «débauché» :

- déclarations fallacieuses sur l'ancien employeur (art. 3 al. 1 lit. a) ou sur l'auteur du détournement (art. 3 al. 1 lit. b)
- aide non sollicitée à la résiliation
- prix d'entrée; mais le seul fait de proposer un salaire supérieur ne suffit pas (TC Neuchâtel, RJN 1998, p. 150)

Détournement de clients ou de personnel (5)

Entrave déloyale du concurrent :

- **volonté de nuire** (p. ex. détournement d'un technicien clé dont le débaucheur n'a pas besoin)
- **dénigrement** (art. 3 al. 1 lit. a)
- **publicité comparative** (art. 3 al. 1 lit. e)
- **perturbation de la paix du travail**

Détournement de clients ou de personnel (6)

Débauchage systématique :

Le débauchage d'employés ainsi que le détournement systématique de la clientèle justifiaient la résiliation abrupte des rapports de travail.

TC Valais, RVJ 1995, 150 c. 3b/bb

Détournement de clients ou de personnel (7)

Le débauchage systématique d'employés n'est pas déloyal en soi. Il ne le devient qu'en présence d'une incitation à la rupture du contrat ou lorsqu'il a pour but d'exploiter l'expérience du concurrent.

HGer St. Gallen, RSPI 1985, p. 252 c. 5

Détournement de clients ou de personnel (8)

A été jugé déloyal au sens de l'art. 2 LCD le débauchage systématique et planifié des conseillers de la demanderesse (57 démissions) grâce à l'utilisation de connaissances acquises par l'actionnaire principal de la défenderesse, ancien directeur de la demanderesse, le débauchage ayant de surcroît débuté alors que l'intéressé était encore au service de la demanderesse.

OGer Zug, sic! 1997 p. 319 c. 3

Protection des secrets (1)

secrets économiques
ou industriels



secrets de fabrication

= informations de nature technique

secrets d'affaires

ou secrets commerciaux

= informations de nature commerciale

Protection des secrets (2)

Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes; il ne peut s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche.

ATF 138 III 67 c. 2.3.2

Protection des secrets (3)

Éléments caractéristiques:

- ① connaissances spécifiques ≠ connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche
- ② l'employeur veut les garder secrètes
- ③ l'employeur a un intérêt légitime à la préservation des secrets (TF, 4C.69/2007, c. 3.3.3)

Protection des secrets (4)

Mesures raisonnables ou « politique de confidentialité »
(DESSEMONTET, SIWR IV, 828)

- mention « secret » sur document
- clauses de confidentialité dans les contrats
- mots de passe
- etc.

Protection des secrets (5)

(a) Pendant les relations de travail

Art. 321a al. 4, 1^{ère} phrase CO : « Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler les faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication ou d'affaires dont il a pris connaissance au service de son employeur »

Protection des secrets (6)

(b) Après la fin des relations de travail

Art. 321a al. 4, 2^e phrase CO : « [Le travailleur] est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur »

Protection des secrets (7)

	pendant la durée du contrat	après la fin du contrat
actes prohibés	« ne doit pas utiliser ni révéler »	« est tenu de garder le secret »
prise en compte des intérêts de l'employeur	–	« en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur »

Protection des secrets (8)

Actes prohibés

Opinion dominante : après la fin du contrat, interdiction de divulgation mais non d'utilisation.

Protection des secrets (9)

Prise en compte des intérêts de l'employeur

Pendant la durée contrat, la protection des secrets est également subordonnée à l'existence d'un intérêt légitime (TF, 4C.69/2007 c. 3.3.3). Mais il est **présumé**, alors qu'il doit être **prouvé** par l'ex-employeur pour la période post-contractuelle.

Protection des secrets (10)

Art. 4

Agit de façon déloyale celui qui, notamment:

- c. incite des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de leur employeur ou mandant;

Protection des secrets (11)

Art. 4a¹⁹

¹ Agit de façon déloyale celui qui:

- a. aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation;
- b. en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.

Protection des secrets (12)

Art. 5

Agit de façon déloyale celui qui, notamment:

- a. exploite de façon indue le résultat d'un travail qui lui a été confié, par exemple des offres, des calculs ou des plans;

Protection des secrets (13)

Un questionnaire concernant la rétribution des cadres (mis au point par une société de conseil en rémunération) est le résultat d'un travail au sens de l'art. 5 lit. b LCD.

CJ Genève, sic! 2000, p. 714

Protection des secrets (14)

La liste de clients mauvais payeurs est le résultat d'un travail au sens de l'art. 5 lit. a LCD.

TF, 6B_298/2013, c. 3.2.2

Protection des secrets (15)

Art. 6

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière.

Protection des secrets (16)

Alain et Caroline exploitent la liste de clients et peut-être une liste de prix.



Usurpation de la raison sociale (1)

Art. 951 al. 2 CO

² La raison de commerce de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative doit se distinguer nettement de toute autre raison d'une société revêtant l'une de ces formes déjà inscrite en Suisse.

Usurpation de la raison sociale (2)

Art. 3 al. 1 lit. d LCD

Agit de façon déloyale celui qui, notamment:

prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui;

Usurpation de la raison sociale (3)

TF, 6B_298/2013 :

- création par un employé de Gamecity GmbH de la société concurrente Gameline AG, ayant son siège au même endroit;
- violation de l'art. 3 al. 1 lit. d LCD.

Usurpation de la raison sociale (4)

En créant ImoPair Sàrl, Alain a-t-il violé les droits découlant de la raison sociale ImmoPer Sàrl ?



Quelles démarches Thierry peut-il entreprendre contre Alain et Caroline ?

1. Résiliation avec effet immédiat ?
2. Action en cessation ?
3. Dommages-intérêts ?
4. Plainte pénale ?

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (1)

Justes motifs admis :

- TF, 4A_397/2014 c. 3 et 4A_404/2014 c. 4 : mise sur pied d'une activité concurrente en cours d'emploi par deux employés cadres avec tentative de débauchage de clients et de collaborateurs.
- TF, 4A_377/2010 c. 3.4 : activité concurrente pendant les rapports de travail du directeur général d'une fiduciaire.

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (2)

Justes motifs admis :

- TF, 4C_10/2004 c. 8.4 : préparation d'une structure concurrente et d'un logiciel pour celle-ci par deux directeurs d'une entreprise active dans le développement et la maintenance de logiciels informatiques.
- TC Valais, RVJ 1995, 150 c. 3b.bb : débauchage d'employés et détournement systématique de clientèle, en partie avant la fin des rapports contractuels.

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (3)

Justes motifs pas admis :

- ATF 130 III 353 c. 2.2.3 : le seul fait de préparer une future activité concurrente ne suffit pas à justifier un renvoi immédiat, même si l'activité concurrente projetée tombe sous le coup d'une prohibition de concurrence.
- ATF 117 II 72 c. 4b: création et inscription au registre du commerce d'une entreprise destinée à faire concurrence à l'échéance du contrat de travail.

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (4)

Le congé immédiat fondé sur des **soupçons** est justifié si l'employeur parvient à établir la rupture du lien de confiance. A l'inverse, si les soupçons se révèlent mal fondés, le licenciement immédiat sera considéré comme injustifié.

TF, 4C.325/2000, c. 2a

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (5)

L'employeur qui entend se prévaloir d'un juste motif de résiliation ne dispose que d'un **délai de réflexion** de 2 à 3 jours ouvrables, sauf circonstances particulières.

TF, 4C.325/2000, c. 2a

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail (6)

Thierry peut-il procéder à la résiliation immédiate du contrat de travail d'Alain ?



Action en cessation (1)

Action contre l'employé ou contre l'ancien employé

(1) violation du devoir de fidélité

(2) violation du devoir de confidentialité

(3) violation de la LCD

Action en cessation (2)

Action contre l'entreprise concurrente

(1) violation de la LCD

(2) acte illicite (art. 41 CO en corrélation avec 162 CP)

Action en cessation (3)

Conséquences pratiques

✓ rétablissement d'un état conforme au droit

✓ éviter de donner un mauvais signal

✗ durée et coûts d'un procès

✗ dommages collatéraux (poursuites, mauvaise publicité)

Mesures provisionnelles (1)

En raison du caractère particulièrement sensible des intérêts touchés, la protection juridique provisoire ne doit être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire.

ATF 131 III 473 c. 3.2

Mesures provisionnelles (2)

Plus les mesures provisionnelles sont susceptibles de porter atteinte à la situation du travailleur, plus les inconvénients subis par l'employeur doivent l'emporter dans la pesée des intérêts contradictoires et plus la demande au fond doit être assortie de grandes chances de succès.

ATF 131 III 473 c. 3.2

Dommmages-intérêts (1)



A la fin du contrat, l'employeur doit émettre une réserve si l'existence d'une éventuelle créance contre un travailleur est connue

(TF 4C.8/2007 c. 2)



L'existence du dommage et du lien de causalité sont difficiles à prouver

(art. 321e CO)

Dommmages-intérêts (2)

Thierry peut-il réclamer des dommages-intérêts à Alain, Caroline et/ou ImoPair Sàrl ?

Il incombe à l'employeur lésé d'établir que sa situation financière nette aurait été meilleure sans la violation par le travailleur de son devoir de fidélité.

ATF 138 III 67 c. 2.3.8

Plainte pénale (1)

Art. 23 al. 1 LCD

¹ Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Plainte pénale (2)

Art. 162 CP

Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle,

celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Moyens d'optimiser la protection de l'employeur

(1) Clauses contractuelles

(2) Propriété intellectuelle

(3) Mesures de sauvegarde

(4) Prudence requise à la fin de la relation contractuelle

Clauses contractuelles (1)

Activité accessoire

L'employé a l'obligation d'avertir l'employeur de toute activité extérieure ou intérêt susceptible d'entrer en conflit avec les meilleurs intérêts de l'employeur.

Une autorisation préalable écrite devra par ailleurs être sollicitée par l'employé auprès de l'employeur pour toute participation et/ou investissement dans une société concurrente.

En cas de violation de ces obligations, une peine conventionnelle équivalant à dix mois de salaire mensuels bruts sera due par l'employé à l'employeur.

L'employeur se réserve le droit d'exiger qu'un terme soit mis à la situation illicite et de se prévaloir d'un éventuel dommage supplémentaire.

Clauses contractuelles (2)

Information des clients

Avant la fin des relations de travail, l'employé n'a le droit d'informer les clients ou les collègues de son prochain changement d'activité avant son départ qu'avec l'autorisation expresse de son employeur et selon une formulation convenue avec lui.

En cas de violation de cette clause, une peine conventionnelle équivalent à dix mois de salaire mensuels bruts sera due par l'employé à l'employeur.

L'employeur se réserve le droit d'exiger qu'un terme soit mis à la situation illicite et de se prévaloir d'un éventuel dommage supplémentaire.

Clauses contractuelles (3)

Prohibition de concurrence

Validité de la clause (art. 340 ss CO)

Nécessité d'un lien de causalité entre la connaissance de la clientèle et le risque de préjudice (ATF 138 III 67)

Clauses contractuelles (4)

Prohibition de concurrence

L'employé s'oblige à ne pas exercer, pour le compte des clients de l'employeur, d'activité entrant en concurrence avec celle de l'employeur, que ce soit en son nom propre ou dans le cadre d'un contrat de travail, respectivement de mandat.

Dès la cessation du contrat de travail, cette interdiction de concurrence continue à s'appliquer pour une durée de deux ans en ce qui concerne :

- tous les clients de la direction régionale de l'employeur à laquelle l'employé était rattaché.
- tout autre client des autres directions régionales de l'employeur, pour lequel l'employé a travaillé durant les trois années précédentes.

Clauses contractuelles (5)

En cas de violation de cette interdiction de concurrence, l'employé devra payer à l'employeur une amende à titre de peine conventionnelle, dont le montant s'articule comme suit :

- En cas de mandats répétés, 150 % du montant total perçu à titre d'honoraires pour une année, qui est déterminé par la moyenne des honoraires touchés en lien avec les mandats concernés durant les trois années précédant la violation de l'interdiction de concurrence.
- En cas de mandat unique, 20 % du montant perçu à titre d'honoraire par l'employeur de la part des clients concernés durant les trois années précédant la violation de l'interdiction de concurrence.

L'employeur se réserve le droit d'exiger qu'un terme soit mis à la situation illicite et de se prévaloir d'un éventuel dommage supplémentaire.

Clauses contractuelles (6)

Prohibition de débauchage

L'employé s'oblige à ne pas procéder, durant ou après la fin des relations de travail avec l'employeur, au débauchage de collaborateurs et/ou de clients avec lesquels il a travaillé au cours des deux ans précédant son départ.

L'employé s'engage par ailleurs, pendant toute la durée de l'interdiction de débauchage, à s'abstenir de toute action ayant pour but de retirer des clients à l'employeur.

En cas de violation de cette interdiction, une peine conventionnelle équivalente à dix mois de salaire mensuels bruts sera due par l'employé à l'employeur.

L'employeur se réserve le droit d'exiger qu'un terme soit mis à la situation illicite et de se prévaloir d'un éventuel dommage supplémentaire.

Propriété intellectuelle

(1) Dépôt de marques

(2) Dépôt de designs

(3) Dépôt de brevets

Mesures de sauvegarde

- (1) mention « secret » sur documents
- (2) clauses de confidentialité
- (3) mots de passe
- (4) coffre-fort

Prudence requise à la fin de la relation contractuelle



Libellé du certificat de travail



Réserve en cas d'éventuel dommage

Merci de votre attention !

Ralph Schlosser
Véronique Perroud
Kasser Schlosser avocats
www.kasser-schlosser.ch