

L'action en exécution en matière d'interdiction de concurrence dans le cadre du droit du travail

Roger Rudolph, docteur en droit, Wetzikon*

A. Conditions générales pour la validité des clauses de prohibition de concurrence

Le droit à l'action en exécution suppose tout d'abord qu'une clause de non-concurrence valable ait effectivement été convenue. Pour mémoire, il est possible de résumer en quelques mots-clés les *conditions générales* de la validité des clauses d'interdiction de faire concurrence:

- exercice des droits civils de l'employé (art. 340 al. 1 CO)
- Pas de rapport d'apprentissage (art. 344a al. 4 CO)
- Forme écrite pour la clause d'interdiction de concurrence de l'employé (art. 340 al. 1 CO)
- Connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou commerciaux (art. 340 al. 2 CO)
- Risque de préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO)
- Lien de causalité entre la connaissance de la clientèle, resp. de secrets de fabrication ou commerciaux et le risque de préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO)
- Un intérêt réel de la part de l'employeur ne fait pas défaut (art. 340c al. 1 CO)
- Les circonstances de la résiliation du contrat de travail ne font pas tomber la clause de non concurrence (art. 340c al. 2 CO)
- Limitation adéquate selon le lieu, le moment et l'objet (art. 340a al. 1 CO)
- Il n'y a pas eu renonciation expresse ou tacite, à la clause de non concurrence¹

B. Conditions spéciales à remplir pour disposer du droit à l'action en exécution

En tant que «lex specialis» du droit de la partie générale des obligations (art. 98 al. 3 CO), l'art. 340b al. 3 CO régit l'action en exécution de clauses d'interdiction de concurrence conclues dans le cadre du droit du travail. Pour protéger l'employé de limitations trop con-

traignantes, cette règle particulière fait dépendre le droit à l'action en exécution de l'employeur de conditions plus strictes². Ces conditions peuvent être subdivisées en conditions formelles et matérielles.

Résumé

En cas de violation d'une clause d'interdiction de concurrence, l'art. 340b CO prévoit comme sanction la plus incisive (outre les dommages-intérêts et la peine conventionnelle), l'action en exécution. Ainsi, l'employeur peut obtenir en justice que son ancien employé soit contraint de cesser une activité concurrente, sous menace d'exécution forcée. Un regard sur les sources jurisprudentielles montre que ce thème ne manque pas d'actualité et qu'il faut considérer comme erroné le préjugé selon lequel les clauses d'interdiction de concurrence ne peuvent de toute façon pas être mises en œuvre. Sont ici présentées les conditions formelles et matérielles de l'action en exécution, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence récente; diverses questions procédurales sont aussi examinées.

I. Conditions formelles

1. Selon l'art. 340b al. 3 CO, le droit à l'action en exécution exige d'un point de vue formel qu'il ait été «convenu spécialement par écrit». Selon l'art. 340 al. 1 CO, la forme écrite constitue une condition de forme générale impérative en matière de prohibition de faire concurrence et ce non seulement pour la seule question de l'action en exécution. Selon la doctrine actuelle, pour respecter l'exigence de la forme écrite de l'art. 340 al. 1 CO la signature de l'employé suffit s'agissant de clauses d'interdiction de concurrences gratuites^{3,4}. Cela doit également valoir en ce qui concerne l'exigence de la forme écrite relative à l'action en exécution. Bien qu'elle constitue la règle, la signature de l'employeur n'est donc pas indispensable⁵.

2. Demeure disputée la question de savoir si les interdictions de concurrence peuvent être convenues valablement non seulement dans le contrat de travail ou dans des conventions écrites, individuelles et séparées, mais aussi dans des *règlements* considérés comme applicables par le biais de renvois. Cette même question obtient toutefois majoritairement et à raison une réponse négative⁶. Si on considère le problème de plus près, il ne s'agit pas d'une question d'exigence de la forme écrite mais de protection contre les clauses inhabituelles⁷. Une clause d'interdiction de concurrence est donc considérée comme n'ayant pas été valablement conclue même si le règlement d'engagement auquel renvoie le contrat de travail a, lui aussi, été signé. Etant donné qu'une clause d'interdiction de concurrence, au sens de la jurisprudence relative aux conditions générales, constitue une «clause inhabituelle», il faut que l'attention de l'employé y ait expressément été attirée pour qu'elle soit valable⁸. Même si le renvoi est aussi possible sans exigence de forme particulière, il doit néanmoins être prouvé par l'employeur, raison pour laquelle il est recommandé, dans ce cas également, de respecter la forme écrite ou la signature de la clause d'interdiction de concurrence dans les conditions générales comportant un renvoi. Cette constatation valable pour les conditions générales d'engagement est d'autant plus importante en matière d'action en exécution que cette dernière constitue tout de même la mesure la plus contraignante pour faire respecter une clause d'interdiction de concurrence.
3. La formulation de l'action en exécution doit être non seulement expresse mais également claire de façon à ne pas laisser planer le moindre doute. Selon la règle s'appliquant en cas d'imprécision «in dubio contra stipulatorem», toute imprécision sera interprétée en défaveur de l'employeur⁹. L'employé doit donc pouvoir déterminer l'importance de la clause en question par le seul texte employé sans que de plus amples explications ne soient nécessaires de la part de l'employeur ou que l'employé doive entreprendre des recherches à cet effet. En règle générale, la doctrine et la jurisprudence font preuve dans ce cas d'une assez grande sévérité¹⁰. Sur la base de la clause d'interdiction de concurrence, l'employé doit pouvoir déduire sans autre que l'employeur pourra, en cas de concurrence ultérieure, le forcer à cesser son activité concurrente. Ainsi, par exemple, une formulation du type «sous réserve d'une action en exécution selon l'art. 340b al. 3 CO» serait insuffisante. Selon l'état du droit actuel, une clause préci-

sant que le paiement de la peine conventionnelle ne libère pas l'employé du respect ultérieur de l'interdiction de concurrence ne suffit pas non plus¹¹.

La proposition de formulation suivante offre la garantie que l'employeur pourra se réserver le droit de l'action en exécution conformément aux exigences légales:

«En cas de violation de l'interdiction de concurrence, l'employé doit à son employeur pour chaque violation individuelle une peine conventionnelle de Fr. x. Demeure réservée toute action en dommages-intérêts pour tout autre dommage. Le paiement de la peine conventionnelle et/ou le remboursement du dommage ne libère pas l'employé de son obligation de respecter l'interdiction de concurrence. L'employeur a le droit en tout temps d'exiger la fin de l'état contraire aux dispositions contractuelles et de faire interdire à l'employé l'activité concurrentielle (action en exécution).»

4. La question de savoir si la convention d'un droit à l'action en exécution implique obligatoirement la *renonciation à une peine conventionnelle* demeure controversée¹². Aussi bien le texte quelque peu imprécis de l'art. 340b al. 3 CO («outre la peine conventionnelle») que le message¹³ sont sources de cette controverse. Selon la doctrine actuelle, il est également possible de convenir valablement d'une action en exécution sans prévoir une peine conventionnelle¹⁴. Si l'on défendait une optique différente, l'employeur ne serait en tout cas pas tenu d'engager tout d'abord et sans succès une action en paiement de la peine conventionnelle avant d'être autorisé à introduire son action en exécution¹⁵. Quoi qu'il en soit, la question ne se posera sans doute jamais en pratique puisque les clauses d'interdiction de concurrence avec action en exécution intégrée prévoient régulièrement également une peine conventionnelle.

II. Conditions matérielles

D'un point de vue matériel, le droit à l'action en exécution est soumis à un élément qualificateur aussi bien du côté de l'employeur que de celui de l'employé. D'une part, il faut que *l'intérêt de l'employeur* à son droit de réalisation soit *réel*. D'autre part, il faut que l'on puisse reconnaître dans les *actes de l'employé* un abus de droit qualifié.

1. Intérêt particulier de l'employeur

Selon l'art. 340b al. 3 CO, les intérêts violés ou menacés de l'employeur doivent justifier l'action en exécution. Les intérêts de l'employeur dépendent principalement de l'ampleur prévisible du dommage risquant de découler de l'activité concurrentielle en question¹⁶. Le simple fait que le caractère impératif d'une clause d'interdiction de concurrence présuppose toujours un intérêt réel, respectivement un potentiel de menace considérable, montre que cet intérêt doit être particulièrement important (art. 340 al. 2, art. 340c al. 1 CO). L'intérêt particulier de l'employeur justifiant l'action en exécution doit même être *plus que considérable*¹⁷. Là aussi, la doctrine définit des exigences très strictes. Certains auteurs défendent même l'opinion que l'activité doit mettre en danger l'existence même de l'employeur pour qu'une action en exécution se justifie¹⁸. Ainsi, cet instrument ne devrait être mis à disposition de l'employeur que dans des cas exceptionnels, en guise d'*ultima ratio*¹⁹.

A raison, tant la grande majorité de la doctrine que la jurisprudence ne sont toutefois pas aussi restrictives²⁰. Un *intérêt considérable de l'employeur* est cependant toujours exigé et c'est le cas lorsque l'activité concurrentielle menace d'importants intérêts économiques de l'employeur, les intérêts immatériels devant également être pris en compte²¹. Le danger d'un important dommage par la concurrence répétée doit être nettement plus important que la peine conventionnelle convenue. Dans le cas contraire, le droit à l'action en exécution tombe²². En règle générale, il faut que l'intérêt de l'employeur à une action en exécution se réduise proportionnellement à la durée résiduelle de l'interdiction de concurrence et au temps mis par l'employeur à demander l'action en exécution²³.

2. Comportement de l'employé correspondant à un abus de droit particulièrement grave

- a) Concurremment²⁴ à l'intérêt particulièrement important de l'action en exécution pour l'employeur, il faut également qu'un *abus de droit qualifié de la part de l'employé* soit réalisé afin qu'il soit possible de donner suite au droit à l'action en exécution²⁵. Le seul fait que l'employé concurrence l'employeur en violation de la clause d'interdiction de concurrence ne suffit en aucun cas. Bien au contraire, il faut pouvoir reconnaître dans ses actes un comportement qui viole de manière particulièrement grave le principe de la bonne foi²⁶.
- b) La doctrine et la jurisprudence ont défini diverses *catégories de cas* qui permettent de déduire un abus de droit particulièrement grave de la part de l'em-

ployé, conformément à l'art. 340b al. 3 CO. Voici en quelques mots les principaux cas:

- Convention par laquelle l'employé se fait promettre par son nouvel employeur que ce dernier règlera la peine conventionnelle²⁷
- Acquisition systématique des clients existants de l'employeur ou acquisition de clients par le biais d'affirmations mensongères²⁹
- Recours à du matériel provenant de l'ancien employeur³⁰
- Transfert du lieu de travail en région frontalière proche tout en poursuivant l'activité réelle dans l'ancienne région de travail³¹
- Abandon immédiat et injustifié de la place de travail ou comportement particulièrement contraire à la bonne foi avant ou lors de la dissolution des rapports de travail³²
- Absence de toute volonté de l'employé de respecter l'interdiction de concurrence convenue³³
- Le fait de ne pas informer l'employeur de la future activité concurrentielle tout en concluant une convention avec d'autres collaborateurs poursuivant également une activité concurrentielle³⁴

Ces catégories de cas définis par la doctrine et la jurisprudence sont sans aucun doute très utiles mais il faut bien entendu reconnaître que l'abus de droit présupposé doit toujours être évalué pour chaque cas particulier et qu'il convient pour cela également de tenir compte du comportement de l'employeur. Il faut tout particulièrement tenir compte du fait que le cumul d'actes qui ne sont pas particulièrement contraires à la bonne foi si on les considère individuellement peut toutefois représenter, dans sa totalité, un comportement particulièrement contraire à la bonne foi qui peut, par conséquent, donner à l'employeur le droit à une action en exécution³⁵.

3. Rapport entre ces deux conditions

L'expérience montre que dans son application de la règle de droit, le juge donnera aux notions juridiques incertaines des intérêts menacés de l'employeur et du comportement de l'employé une signification *pragmatique* en tenant compte de toutes les facettes du cas concret dans son évaluation. En pratique, cela a pour conséquence que les deux conditions matérielles de l'action en exécution sont liées par un *rapport dynamique*. La condition pour cela est un ensemble de faits qui fait *globalement* apparaître comme *inéquitable* le renvoi de l'employeur à la procédure de dommages-intérêts³⁶. En d'autres termes, un comportement de l'employé relevant manifestement de l'abus de droit

peut justifier l'action en exécution dans un cas où le potentiel de dommage n'aurait pas encore justifié cette dernière. Dans ce cas de figure, cette dynamique ne peut fonctionner que dans le cadre des exigences légales. Par ailleurs, il faut toujours que la condition subjective (abus de droit) et l'exigence objective (potentiel de dommage) existent toutes les deux en soi. Néanmoins, la *considération globale par le juge* des deux exigences doit justifier l'exécution forcée³⁷.

C. Sélection de quelques questions de procédure relatives à l'action en exécution

I. Mesures provisionnelles

1. Le droit à une action en exécution n'offre une protection juridique efficace à l'employeur dont les droits ont été bafoués que si ce dernier peut y recourir dans le cadre de mesures provisionnelles. Si l'employeur ne disposait que de la procédure ordinaire, il ne disposerait d'un jugement exécutoire qu'au terme de la durée d'interdiction. De ce fait, l'employé poursuivant une activité concurrentielle en violation du principe de la bonne foi ne pourrait jamais être obligé de cesser son activité, même si l'action de l'employeur a été déclarée recevable. Les explications ci-dessous se concentrent dès lors principalement sur des questions particulières relatives aux mesures provisionnelles.
2. Les exigences et les procédures relatives aux mesures provisionnelles en matière d'exécution forcée sont régies par les diverses *procédures cantonales*³⁸. Ces dernières déterminent également à quelles conditions une mesure superprovisionnelle peut être décrétée, c'est-à-dire sans audition préalable de l'employé défendeur. En règle générale et dans le cadre d'une procédure *sommaire*, c'est-à-dire avec restriction de la présentation de moyens de preuves, l'employeur doit *rendre vraisemblable*⁴¹ deux choses en plus du *caractère urgent*³⁹: d'une part, il faut que la concurrence que lui fait l'employé lui cause un préjudice manifeste (*préjudice prévisible*⁴⁰); d'autre part, son action doit paraître justifiée. Selon l'interprétation générale, les exigences posées aux éléments à rendre vraisemblables en matière d'action en exécution au sens de l'art. 340b al. 3 CO sont très sévères en raison de l'effet souvent très radical de cette mesure^{41, 42}. Selon la perception subjective de l'auteur, cet étalon de mesure en soi très sévère

peut assez facilement être contourné par une demande d'action en exécution sous forme superprovisionnelle, c'est-à-dire lorsque le tribunal ne décide de la mesure dans une première phase de la procédure que sur la base de la présentation des faits de l'employeur. Le postulat selon lequel il ne faudrait accéder aux demandes d'action en exécution superprovisionnelle que dans des cas exceptionnels tout à fait inhabituels se justifie donc tout à fait. Dans tous les autres cas, il convient d'accorder à l'employé concerné, dans un délai très court qui ne devrait pas dépasser quelques jours, le droit d'être entendu par le tribunal, que ce soit par une réponse sous forme écrite ou par une audience, avant qu'une décision ne soit prise au sujet d'une telle mesure.

3. Divers codes de procédure cantonaux prévoient que la promulgation de mesures provisionnelles peut, voire doit dépendre du versement d'une caution⁴³. Outre sa fonction de garantie, le dépôt d'une caution peut également constituer un instrument adéquat pour examiner le sérieux d'une mesure demandée⁴⁴. Il ne faut toutefois pas oublier que le dépôt d'une caution ne change rien au fait que l'introduction d'une action en dommages-intérêts suite à une mesure qui s'est par la suite avérée injustifiée n'a que très peu de chances d'aboutir. Cela ne réussira que s'il est possible de prouver que l'employeur a fait preuve d'esprit de chicane ou de pure méchanceté, voire qu'il est coupable d'un comportement négligent caractérisé⁴⁵.
4. Contre la décision d'accorder cette mesure, le défendeur peut utiliser les *voies de recours cantonales*, le recours en nullité du droit fédéral (art. 68 OJ) et le recours au Tribunal fédéral pour violation de droits constitutionnels (art. 84 al. 1 lit. a OJ) mais non le recours en réforme du droit fédéral étant donné qu'il ne s'agit pas d'une décision finale au sens de l'art. 48 OJ⁴⁶.

II. Mémoire en défense de sauvegarde de droits

1. On entend par mémoire en défense de sauvegarde de droit le mémoire transmis par une partie éventuellement défenderesse qui, dans l'éventualité d'une action intentée contre elle sur disposition d'une mesure superprovisionnelle, présente *préventivement* au tribunal les raisons qui vont contre une telle mesure ou du moins contre la renonciation à entendre préalablement la partie défenderesse⁴⁷.
2. On pourrait supposer que cet instrument de procédure est effectivement employé en pratique afin de

prévenir les actions en exécution superprovisionnelles. Compte tenu de la gravité de l'intervention que représente le plus souvent une telle mesure pour l'employé concerné, on pourrait effectivement s'attendre à ce que cet employé, potentiellement menacé d'une action en exécution et connaissant le danger d'une telle mesure⁴⁸, utilise tous les moyens juridiques à sa disposition pour l'éviter. A cela vient s'ajouter le fait qu'il est aujourd'hui largement reconnu que sur la base du droit constitutionnel, également consacré par la procédure civile, d'être entendu en justice, les mémoires en défense de sauvegarde de droits doivent être reçus, conservés et pris en compte par le tribunal – après réception de la demande de mesures superprovisionnelles⁴⁹.

3. La réalité est toutefois toute autre: pour autant qu'on puisse le constater, les mémoires en défense de sauvegarde de droits contre les demandes d'action en exécution superprovisionnelles ne jouent dans la *pratique* du droit du travail absolument *aucun* rôle. La doctrine également ne semble pas encore avoir discuté de ce sujet. Le tribunal du travail de Zurich, sans doute le tribunal le plus fréquemment saisi de Suisse en matière de litiges découlant du droit du travail, a confirmé sur demande l'existence juridique ignorée du mémoire en défense de sauvegarde de droits dans le cadre des procès portant sur l'action en exécution. Auprès de cette instance, personne ne pouvait se souvenir avoir jamais reçu une telle demande⁵⁰. Pourtant, du point de vue de l'employé, une telle demande pourrait fort bien avoir un sens, tout particulièrement lorsque les conditions qualifiées (intérêt réel de l'employeur, abus de droit particulier) sont données pour le droit à l'exécution mais que la prohibition de faire concurrence cesse de s'exercer en raison de la résiliation justifiée du contrat par l'employé au sens de l'art. 340c al. 2 COR⁵¹. Avec le mémoire en défense de sauvegarde de droits, l'employé peut expliquer préventivement au tribunal les circonstances de la résiliation du contrat et obtenir peut-être ainsi le rejet d'une action en exécution qui aurait pu aboutir.
4. Il convient toutefois de *mettre en garde* contre une *introduction par trop désinvolte* d'un mémoire en défense de sauvegarde de droits: d'une part, le tribunal saisi doit informer le demandeur présumé, c'est-à-dire l'employeur, immédiatement après réception du mémoire⁵². Ce dernier peut donc prendre en compte les arguments de l'employé lors de la rédaction des motifs de sa demande et tenter de contrer ces mêmes arguments par ses propres

motifs. Il est même envisageable que l'employeur n'ait l'idée d'introduire une demande d'action en exécution préventive qu'après avoir étudié le mémoire en question. Par ailleurs, l'introduction du mémoire ouvre en règle générale une procédure formelle et donc payante⁵³. Ces frais de procédure sont à la charge de l'employé en sa qualité d'auteur du mémoire⁵⁴. Pour ces raisons, la peur de certains tribunaux d'être confrontés à des demandes abusives ou désinvoltes est sans doute injustifiée. En outre, les mémoires en défense de sauvegarde de droits doivent, eux aussi, satisfaire aux exigences formelles du droit de procédure civile applicable posées aux demandes introduites auprès des tribunaux. Dans ce cas particulier, une identification juridiquement valable des parties et de l'objet présumé du litige joue un rôle tout particulier⁵⁵.

III. For juridique alternatif selon l'art. 33 LFors?

La loi fédérale sur les fors en matière civile, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, prévoit, pour les mesures préventives à son art. 33 LFors, non seulement un for juridique ordinaire pour l'action principale mais également un *for alternatif à l'endroit* dans lequel la *mesure devra être exécutée*. On peut se poser la question de savoir si un employeur, lors de l'introduction d'une demande d'action en exécution préventive, peut se prévaloir, en plus du for choisi selon l'art. 24 al. 1 LFors (domicile du défendeur, lieu habituel du travail), de ce for alternatif. Un employeur dont l'ancien lieu de travail était Rapperswil, qui habite à Frauenfeld et travaille maintenant auprès d'une entreprise concurrente de son ancien employeur à Winterthur peut-il donc être frappé d'une mesure provisionnelle prononcée par le tribunal du travail de Winterthur? On peut répondre à cette question par *non*. Le for alternatif de l'art. 33 LFors présuppose que la mesure demandée est applicable par elle-même⁵⁶. Dans le cas d'une action en exécution accordée dans le cadre de la protection juridique provisionnelle, cela n'est pas le cas étant donné qu'il n'est en règle générale pas possible d'exercer une contrainte directe mais uniquement une contrainte indirecte, en particulier la menace d'une peine selon l'art. 292 CP en cas de contravention⁵⁷. Il s'agit donc d'une contrainte indirecte, psychique qui ne pourrait en plus être appliquée que dans le cadre d'une procédure supplémentaire (peine selon l'art. 292 CP). Disparaît ainsi, comme nous venons de l'expliquer, le for particulier au lieu de l'exécution de la mesure selon l'art. 33 LFors⁵⁸.

IV. Valeur litigieuse

La valeur litigieuse d'une action détermine, selon les dispositions juridiques cantonales, la compétence objective, la recevabilité de moyens juridiques et le règlement de la charge des frais de justice et des conséquences en indemnisation. La détermination de la valeur litigieuse joue donc un rôle central pour le déroulement ultérieur de la procédure et a également des conséquences financières directes pour les parties dans le cadre de la répartition des frais de justice et de représentation. Dans la pratique, la détermination de la valeur litigieuse pour les demandes d'action en exécution semble souvent causer des difficultés. Il faut partir du principe qu'il s'agit d'une *prétention patrimoniale* qui doit être intégrée au calcul de la valeur litigieuse et doit faire cumulativement l'objet de la détermination d'éventuelles prétentions supplémentaires (peine conventionnelle, autres dommages).

Selon *Frank/Sträuli/Messmer*, pour les actions en dommage-intérêts pour omission, il faut se baser sur l'avantage qui résulte de l'omission pour le demandeur⁵⁹. Dès lors, le désavantage économique qui résulte pour l'employeur de l'activité de concurrence, devrait être déterminé en francs. Cela n'est guère possible ou alors seulement par le biais d'une expertise, raison pour laquelle la pratique se contente de méthodes alternatives. Dans un cas où la peine conventionnelle était fixée au montant forfaitaire journalier par jour de concurrence, le tribunal du travail de Zurich a décidé que pour chaque jour de la durée de l'action en exécution, il convenait de tenir compte du même montant forfaitaire journalier. Cela a permis de déterminer une valeur litigieuse de plus de Fr. 70 000.– pour 545 jours à Fr. 130.–⁶⁰. *Kuhn/Koller* pensent au contraire qu'il est sans autre possible de fixer la valeur litigieuse pour une action en exécution au même montant, voire au double de la peine conventionnelle que l'employeur a fait valoir⁶¹. Une autre solution pourrait être celle de fixer pour chaque mois de durée de l'interdiction demandée un montant correspondant au dernier salaire mensuel obtenu par l'employé auprès de l'employeur demandeur. Quelle que soit la méthode de détermination choisie pour la valeur litigieuse, on peut donc dire que les demandes d'action en exécution portent sur des valeurs litigieuses très importantes qui dépassent en règle générale facilement la valeur limite de Fr. 30 000.– valable pour la procédure gratuite selon l'art. 343 al. 2 COR. Cela signifie également qu'avec des valeurs litigieuses de cette ampleur, la partie perdante devra faire face à des frais de justice et des prétentions d'indemnisation très importants.

V. Urgence

Il découle de la nécessité du désavantage difficilement réparable que l'auteur de la demande peut perdre son droit à une protection juridique provisionnelle s'il attend trop longtemps avant d'introduire sa demande. En effet, dans ce cas, il lui manquerait l'urgence supposée⁶². Ce danger est d'autant plus réel pour l'employeur trop hésitant s'il introduit une demande d'action en exécution superprovisionnelle. Une telle perte de droit n'est toutefois guère à admettre. On ne peut exiger de l'employeur qu'il introduise sa demande de mesures sur la seule base de l'apparition de vagues présomptions selon lesquelles son ancien employé lui ferait concurrence. Il convient donc de laisser à l'employeur un délai raisonnable pour réunir les preuves qui lui permettront de constituer la base de sa demande tout en la rendant vraisemblable^{63, 64}. On peut toutefois attendre de l'employeur qu'il passe effectivement aux actes après avoir constaté les premiers faits de l'activité de concurrence et qu'il réunisse les preuves nécessaires avec la rapidité qui convient. S'il ne le fait pas, il perd son droit à une protection juridique provisoire. Une telle perte de droit n'intervient bien entendu pas si la demande introduite n'est retardée que parce que l'employeur tente tout d'abord de convaincre l'employé de cesser son activité de concurrence par une mise en demeure mais que l'employé ne se laisse pas impressionner et continue son activité. ■

* Roger Rudolph, docteur en droit, avocat, Wetzikon

¹ Outre la doctrine usuelle relative au droit du travail, on peut mentionner la doctrine spécialisée suivante à ce sujet: *Bohny Peter*, La clause d'interdiction de concurrence dans le droit du travail (Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot), Zurich 1989; du même auteur., La clause d'interdiction de concurrence (Konkurrenzverbot), in: Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 1997, p. 139 ss.; *Busse Thomas*, Les conditions de validité de la clause d'interdiction de concurrence – une comparaison de droit suisse et de droit allemand (Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Konkurrenzklause – ein Rechtsvergleich aus schweizerischer und deutscher Sicht), diss. Bâle 1990; *Cotti Lukas*, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 207, Freiburg 2001; *Haefliger Arthur*, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2^e édition Berne 1975; *Kuhn René*, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Muri bei Bern 1981; *Neeracher Christoph*, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, cahier 49, Berne 2001; *Pidoux Philippe*, La Prohibition de Concurrence dans le Contrat de Travail, diss. Lausanne 1969; *Rehbinder Manfred*, Gegenstand und Voraussetzungen des vertraglichen Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, dans: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, p. 285 ss.; *Rickenbach Matthias W.*, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, cahier 44, Berne 2000; *Schiesser Fridolin*, Arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot und Reallexekution, dans: Zeitschrift für Wirtschaft und Recht 1979, p. 254 ss.

² *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 10 au sujet de l'art. 340b CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 116; cf. également *Portmann*, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, N 1007.

- ³ *Brühwiler*, Handkommentar, 2^e édition, N 2 au sujet de l'art. 340 OR; *Rehbinder* (Rem. 3), N 7 sur l'art. 340 CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 19; *Stahelin*, Zürcher Kommentar, N 8 sur l'art. 340 CO; *Streiff/von Kaenel*, commentaire, N 5 sur l'art. 340 CO; cf. déjà l'art. 13 al. 1 CO selon lequel la forme écrite n'exige que la signature de celui qui s'engage.
- ⁴ La question de savoir s'il en va autrement des prohibitions de concurrence onéreuses (indemnité de non-concurrence), si la signature de l'employeur constitue une exigence de forme, demeure controversée. Cf. à ce sujet *Stahelin* (Rem. 4), N 8 sur l'art. 340 CO.
- ⁵ L'art. 340b al. 3 CO exige pour l'action en exécution une convention écrite spéciale et donc pas seulement une déclaration d'engagement écrite de la part de l'employé comme c'est le cas de l'art. 340 al. 1 CO. Cela signifie-t-il que la clause d'action en exécution exige également la signature de l'employeur? Dans le cas contraire, on ne serait pas, au sens strict du terme, face à une convention écrite. Il faut toutefois répondre à cette question par la négative étant donné que l'exigence de la forme écrite ne doit protéger que l'employé et que l'art. 13 al. 1 CO crée une présomption contraire. En règle générale, la prohibition de concurrence est de toute façon intégrée directement au contrat de travail de telle manière qu'une éventuelle exigence de forme de la part de l'employeur causera rarement des problèmes.
- ⁶ *Brühwiler* (Rem. 4) est affirmatif, N 2 sur l'art. 340 CO; *Stahelin* (Rem. 4), N 8 sur l'art. 340 CO; négatif *Bohny*, changement d'emploi et licenciement (Rem. 2), N 5.13; *Cotti* (Rem. 2), N 110; *Egli*, OR-Handkommentar, N 5 sur l'art. 340 CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 19, avec référence à un arrêt du tribunal du travail de Zurich du 30 octobre 1998; cf. également tribunal du travail de Zurich dans: JAR 1983, p. 214 ss.; *Rehbinder* (Rem. 3), N 7 sur l'art. 340 CO; *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 5 sur l'art. 340 CO.
- ⁷ Pour de plus amples détails: *Kramer/Schmidlin*, Berner Kommentar, N 205 ss. sur l'art. 1 CO.
- ⁸ *Bucher*, CO Partie générale, Zurich 1979, p. 135; *Kramer/Schmidlin* (Rem. 8), N 203 sur l'art. 1 CO par analogie.
- ⁹ *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 5 sur l'art. 340 CO. Le principe «in dubio contra stipulatorem» signifie que pour l'interprétation de formulations peu claires, il convient, en cas de doute, de préférer la signification qui est la moins avantageuse pour celui qui a rédigé le texte.
- ¹⁰ *Kuhn/Koller*, Aktuelles Arbeitsrecht, 8/4 p. 3; *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 8 sur l'art. 340b CO.
- ¹¹ Parmi d'autres: *Neeracher* (Rem. 2), p. 117, avec référence à un arrêt du tribunal de district de Viège dans: RVJ 1997, p. 278. La formulation n'exclut que le montant de libération prévu par l'art. 340b al. 2 CO et n'a aucun lien évident avec l'action en exécution.
- ¹² Cf. l'aperçu de la doctrine chez *Cotti* (Rem. 2), N 708 ss.; *Neeracher* (Rem. 2), p. 117 Fn. 713; négatif face au tribunal de district de Bülach dans: SARB-Rechtsprechung 1/1997 no. 15 = JAR 1997, p. 228 ss.; a.M. Appellationshof des Kantons Bern dans: JAR 2002 p. 322.
- ¹³ Message du Conseil fédéral du 25 août 1967, p. 161: «(...) la – cessation de la situation contraire à la convention peut être exigée cumulativement par l'employeur en plus du paiement d'une peine conventionnelle et de dommages-intérêts» (mise en évidence due à l'auteur).
- ¹⁴ Cf. la soignée démonstration chez *Cotti* (Rem. 2), N 708 ss., en particulier. N 719 ss.
- ¹⁵ Aussi *Neeracher* (Rem. 2), p. 118.
- ¹⁶ *Stahelin* (Rem. 4), N 17 sur l'art. 340b CO.
- ¹⁷ Aussi *Egli* (Rem. 7), N 6 sur l'art. 340b CO; *Rehbinder* (Rem. 3), N 11 sur l'art. 340b CO.
- ¹⁸ *Haefliger* (Rem. 2), p. 76.
- ¹⁹ *Rehbinder* (Rem. 3), N 11 sur l'art. 340b CO; *Brunner/Bühler/Waeber*, Kommentar, N 4 sur l'art. 340b CO; *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 8 sur l'art. 340b CO.
- ²⁰ *Rehbinder* (Rem. 3), N 11 sur l'art. 340b CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 119 s.; *Stahelin* (Rem. 4), N 17 sur l'art. 340b CO; cf. ATF 103 II 126; tribunal de district de Winterthur dans: SARB-Rechtsprechung 2/1997, no. 23.
- ²¹ *Neeracher* (Rem. 2), p. 119.
- ²² Obergericht Zurich dans: ZR 85 (1986) no. 67; *Haefliger* (Rem. 2), p. 76; *Neeracher* (Rem. 2), p. 119; *Stahelin* (Rem. 4), N 17 sur l'art. 340b CO.
- ²³ *Brühwiler* (Rem. 4), N 4b sur l'art. 340b CO, avec renvois à la pratique; *Neeracher* (Rem. 2), p. 119. Une trop longue attente offre également des désavantages relatifs au procès étant donné que l'employeur peut perdre son droit à la protection juridique provisoire; cf. derrière C.V.
- ²⁴ Le fait que les deux conditions doivent être remplies de manière cumulative découle déjà du lien utilisé par la loi («et»). Cf. pour de plus amples détails *Bohny*, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot (Rem. 2), p. 62.
- ²⁵ La loi exprime cette exigence dans l'art. 340b al. 3 CO par le fait que «le comportement de l'employé doit la [l'action en exécution] justifier».
- ²⁶ *Haefliger* (rem. 2), p. 77; *Neeracher* (rem. 2), p. 120.
- ²⁷ *Stahelin* (rem. 4), N 18 sur l'art. 340b CO. La même chose doit s'appliquer si le nouvel employeur finance à l'employé son procès pour violation de la prohibition de concurrence contre son ancien employeur.
- ²⁸ *Neeracher* (Rem. 2), p. 121.
- ²⁹ *Haefliger* (Rem. 2), p. 77; *Rehbinder* (Rem. 3), N 11 sur l'art. 340b CO.
- ³⁰ *Haefliger* (Rem. 2), p. 77; *Neeracher* (Rem. 2), p. 120.
- ³¹ *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 8 sur l'art. 340b CO.
- ³² ATF 103 II 124; *Stahelin* (Rem. 4), N 18 sur l'art. 340b CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 120.
- ³³ Tribunal fédéral dans: JAR 1997, p. 227.
- ³⁴ Cour d'appel du canton de Berne dans: JAR 2002, p. 321 ss.
- ³⁵ Correspond *Neeracher* (Rem. 2), p. 121.
- ³⁶ *Vischer*, Der Arbeitsvertrag, 2^e édition Berne 1994, p. 195.
- ³⁷ Cf. déjà *Haefliger* (Rem. 2), p. 76 s.
- ³⁸ ATF 103 II 120 ss.; *Egli* (Rem. 7), N 7 sur l'art. 340b CO; *Rehbinder* (Rem. 3), N 12 sur l'art. 340b CO. Nous n'aborderons pas ici la question classique de savoir si, pour des droits découlant du droit privé fédéral, la protection juridique provisoire dépend également du droit fédéral – non écrit – et si le droit cantonal n'est déterminant que pour la procédure; cf. à ce sujet *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar ZPO ZH, N 2 sur le § 110 CPC.
- ³⁹ Tribunal de district de Bülach dans: SARB-Rechtsprechung 1/1997 no. 15 = JAR 1997, p. 228 ss., avec renvois; cf. également derrière C.V.
- ⁴⁰ Dans ce cas, il convient de confronter au désavantage résultant pour l'employeur le désavantage résultant pour l'employé et qui le menace par suite de la mesure provisoire (par exemple fermeture temporaire de son entreprise); cf. en détail au sujet de cette balance d'intérêts *Cotti* (Rem. 2), N 867 ss.
- ⁴¹ Tribunal de district de Bülach dans: SARB-Rechtsprechung 1/1997 no. 15 = JAR 1997, p. 233; *Brühwiler* (Rem. 4), N 5 sur l'art. 340b CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 123; *Rehbinder* (Rem. 3), N 12 sur l'art. 340b CO; *Stahelin* (Rem. 4), N 19 sur l'art. 340b CO. *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 9 sur l'art. 340b CO, demandent même une procédure partielle de soumission de preuves.
- ⁴² Il n'est pas nécessaire que la violation ait déjà été commise. Il est donc envisageable qu'une demande de mesure soit acceptée dès l'existence d'indices concrets pour une violation qui va se produire incidemment; aussi *Stahelin* (Rem. 4), N 20 sur l'art. 340b CO.
- ⁴³ Par ex. § 227 ZPO ZH (CPC ZH); pour la détermination du montant de la caution, cf. *Neeracher* (Rem. 2), p. 127. *Streiff/von Kaenel* (Rem. 4), N 9 sur l'art. 340b CO, demandent une prestation de sécurité pour un montant correspondant au minimum à un salaire annuel. Dans un arrêt de 1981, le tribunal d'appel du canton de Genève a fixé la caution à Fr. 100 000.–, cf. JAR 1983, p. 228. Dans un arrêt non publié du tribunal de district d'Uster du 25 mai 1999 (procédure CG990013), le montant de sécurité a également été fixé à Fr. 100 000.–.
- ⁴⁴ G.I.M. *Neeracher* (Rem. 2), p. 127.
- ⁴⁵ Cf. *Frank/Sträuli/Messmer* (Rem. 39), N 3 sur le § 230 CPC; de manière illustrative LGVE 1999 I no. 11 = SJZ 97 (2001) p. 258; sur la détermination du dommage: ZR 101 (2002) no. 55.
- ⁴⁶ *Rehbinder* (Rem. 3), N 12 sur l'art. 340b CO; *Neeracher* (Rem. 2), p. 127, avec d'autres indications. Selon *Cotti* (Rem. 2), N 864, la recevabilité du recours en nullité du droit fédéral est toutefois

douteuse si l'on attribue au droit cantonal, avec le Tribunal fédéral, la protection juridique provisoire dans le cadre de la prohibition de faire concurrence.

⁴⁷ *Frank/Sträuli/Messmer* (Rem. 39), tome complémentaire, N 8 sur le § 56/57 CPC; plus détaillé sur le sujet: *Hess-Blumer*, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Diss. Zurich 2001; *Güntherich*, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Berne 2000.

⁴⁸ Par exemple lorsque l'employeur l'a précédemment mis en demeure sous peine de mesures judiciaires.

⁴⁹ *Leupold*, Die Schutzschrift – Grundsätzliches und prozessuale Fragen, dans: AJP 9/1998 p. 1081, avec un aperçu exhaustif de la littérature y relative; cf. également Zürcher Handelsgericht dans: ZR 96 (1997) no. 46. Point de vue plus critique ATF 119 la 53 ss.

⁵⁰ L'auteur remercie Monsieur le juge de district lic. iur. Martin Farner pour les renseignements qu'il lui a aimablement transmis.

⁵¹ Ainsi par exemple lorsqu'une réduction unilatérale du salaire par l'employeur était la cause de la résiliation des rapports de travail par l'employé, ce qui constitue un événement justifiant la résiliation en vertu de l'art. 340c al. 2 CO. Dans sa demande de mesures, l'employeur n'indiquera très probablement pas ce fait, pour lui peu avantageux. Il faut toutefois postuler qu'un demandeur qui introduit une demande de mesures superprovisionnelles est tenu, sur la base du principe de la bonne foi dans le procès, de présenter également les faits déterminants qui pourraient être en sa défaveur. Idem Handelsgericht Zurich dans: ZR 101 (2002) no. 24. Encore défavorable le Bezirksgericht Horgen, disposition du 17 mars 2000, EU990125 (non publié). Verfügung vom 17. März 2000, EU990125 (nicht publiziert).

⁵² Ainsi l'opinion majoritaire; cf. *Leupold* (Rem. 50), p. 1083; *Hess-Blumer* (Rem. 48), p. 183.

⁵³ Cf. à ce sujet *Hess-Blumer* (Rem. 48), S. 176 ss.

⁵⁴ Il est également envisageable que la question des frais ne soit réglée que dans le cadre de la procédure ultérieure relative à l'ordonnance de mesures ou que l'employé demande durant le procès principal que les frais qui ont été mis à sa charge lui soient remboursés.; cf. *Leupold* (Rem. 50), p. 1084 f. En ce qui concerne le montant des frais d'instance à fixer, cf. *Leupold* (Rem. 50), p. 1084, et *Hess-Blumer* (Rem. 48), p. 194 ss.

⁵⁵ *Leupold* (Rem. 50), p. 1082.

⁵⁶ Ainsi, expressément pour les mesures de règlement *Dietrich* dans: Müller/Wirth (édit.), Kommentar GestG, N 69 sur l'art. 33 LFors.

⁵⁷ *Haefliger* (Rem. 2), p. 78; *Neeracher* (Rem. 2), p. 127. Selon ces auteurs, une contrainte directe devrait cependant être possible quand l'employé ouvre lui-même une affaire concurrente. Dans ce cas, une fermeture exercée par la police par exemple serait envisageable. Il faut toutefois mettre en doute la validité de cette mesure si l'employé organise son activité sous la forme juridique d'une personne morale et qu'il se fait engager par cette dernière. Globalement, cette mesure ne serait sans doute exécutable que dans des cas très rares. Pour le reste, on peut exclure de manière générale que la décision de prise de mesures puisse viser des tiers; cf. à ce sujet également *Cotti* (Rem. 2), N 723; *Neeracher* (Rem. 2), p. 126; *Rickenbach* (Rem. 2), p. 175.

⁵⁸ Par ailleurs, c'est le lieu du domicile de la personne qui doit être considéré généralement comme le lieu de l'exécution forcée dans le cadre d'une demande de mesures provisoires qui vise à imposer une interdiction à une personne; cf. *Dietrich* (Rem. 58), N 68 sur l'art. 33 LFors; *Spühler/Tenchi/Infanger*, loi fédérale sur les fors en droit civil, Bâle 2001, N 26 sur l'art. 33 LFors; *Werth* dans: Kellerhals/von Werdt/Güntherich (Hg.), Gerichtsstandsgesetz, Berne 2001, N 15 sur l'art. 33 LFors.

⁵⁹ *Frank/Sträuli/Messmer* (Rem. 39), N 7 sur le § 22 CPC.

⁶⁰ Arbeitsgericht Zurich dans: ZR 99 (2000) no. 100. Dans un arrêt non publié du 19 décembre 2000, AG000039, dans lequel le tribunal devait juger sur une durée d'interdiction de plus de 2½ ans, le même tribunal n'a attribué absolument aucune valeur litigieuse à la demande d'action en exécution.

⁶¹ *Kuhn/Koller* (Rem. 11), 18/10 p. 4.

⁶² Tribunal de district de Bülach dans: SARB-Rechtsprechung 1/1997 no. 15 = JAR 1997, p. 228 ss., avec renvois; cf. également Tribunal de district de Winterthour dans: SARB-Rechtsprechung 2/1997 no. 134.

⁶³ Aussi Tribunal de district de Bülach dans: SARB-Rechtsprechung 1/1997 no. 15 = JAR 1997, p. 228 ss.

⁶⁴ Dans un arrêt non publié du 9 février 1998 (procédure no. 480/II/97/luey), la cour d'appel du canton de Berne a considéré qu'une demande de mesure provisoire doit être introduite par l'ancien employeur immédiatement après l'entrée en service de l'employé auprès du nouvel employeur, pour autant que l'ancien employeur ait connaissance de ces rapports de service. In casu, l'ancien employeur a introduit sa demande deux semaines après le début des rapports de service, ce que le tribunal a considéré comme trop tardif. Par conséquent, la même instance a refusé d'entrer en matière sur la demande mesures provisoires.

Source: DTA 2003, pages 1ss.