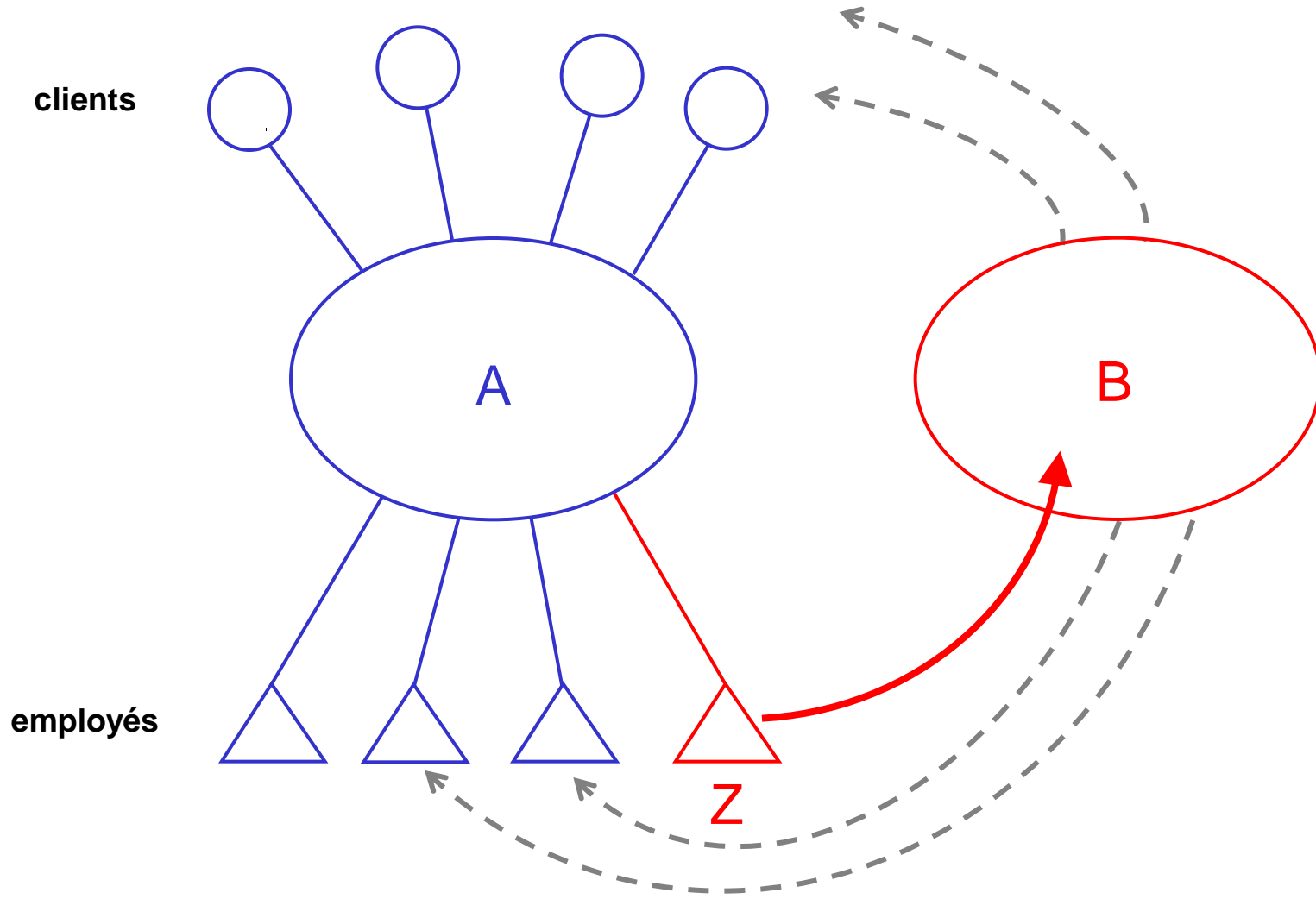


DÉBAUCHAGE ET AUTRES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE AU PRÉJUDICE DE L'EMPLOYEUR

Ralph Schlosser
Kasser Schlosser avocats

**CVCI / LES – La propriété intellectuelle et la concurrence déloyale
dans les relations de travail**

6 novembre 2008



Actions de A :

1) contre l'employé Z

a) activité concurrente

b) débauchage de clients ou d'employés

2) contre la société concurrente B

a) incitation à rupture

b) exploitation de la rupture

1. Activité concurrente

1.1 Pendant les relations de travail

L'activité concurrente exercée pendant la durée des rapports de travail sans l'autorisation de l'employeur contrevient au devoir de fidélité (art. 321a CO)

→ juste motif de résiliation immédiate

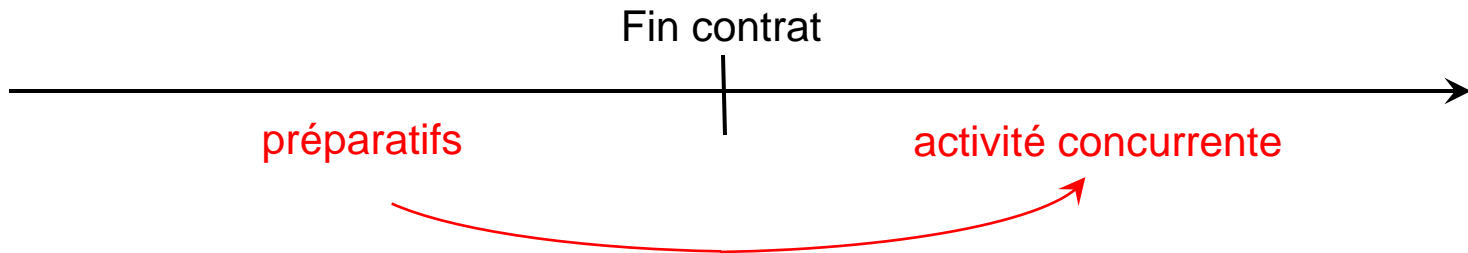
(TF, JAR 2001, 240 c. 2.2)

1.2 **Activité concurrente après la fin des relations de travail**

Après la fin des rapports de travail, le devoir de fidélité s'éteint, à l'exception de l'obligation de confidentialité (art. 321a al. 4 CO)

→ sauf clause spécifique, la concurrence post-contractuelle est autorisée

2. Préparation d'une activité concurrente



TF : l'employé peut préparer une activité ultérieure alors qu'il est encore au service de l'employeur, sauf si ses préparatifs contreviennent à la bonne foi

(ATF 117 II 72 c. 4a; 104 II 28 c. 4)

Cas dans lesquels le comportement de l'employé n'est pas admis :

- a) il commence l'activité concurrente alors qu'il est encore au service de l'employeur (TF, JAR 2005, 191 c. 8.4.5; ATF 117 II 72 c. 4a)
- b) il néglige son travail (TF, SJ 1989, 689 c. 2)
- c) il débauche des clients ou employés de l'employeur (ATF 117 II 72 c. 4a)
- d) il viole une obligation prévue au contrat (ex. obligation d'avertir l'employeur de toute démarche pouvant entrer en conflit avec les intérêts de la société : TF, JAR 2005, 191 c. 8.4.4)

3. Débauchage

3.1 Pendant les relations de travail

Tant que l'employé est au service de l'employeur, le débauchage est proscrit (ATF 117 II 72 c. 4a), même après la résiliation (ATF 104 II 28 c. 2a)

En revanche, l'employé a (dans certains cas) le droit **d'informer la clientèle** de la résiliation et de l'endroit où il travaillera à l'avenir (Arbeitsgericht Zürich, JAR 2004, 596; CJ Genève, sic! 2000, 217 c. 3)

3.2 Débauchage après la fin des relations de travail

3.2.1 Obligation de confidentialité ?

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)

Selon l'opinion dominante, après la fin des rapports de travail, l'employé a seulement l'interdiction de **divulguer** les secrets mais pas de les **exploiter**, ce qui l'autorise en principe à faire du débauchage

(Obergericht Zürich, JAR 2005, 484 c. 3b; M. FRICK, Abwerbung von Personal und Kunden, Berne 2000, 32-33)

L'employé doit certes **restituer** la base de données clients (art. 339a CO), mais il peut la reconstituer de mémoire (FRICK, 32)

3.2.2 Concurrence déloyale

Licite en principe, le débauchage post-contractuel est répréhensible s'il s'effectue dans des **circonstances particulières** qui le rendent déloyal (Obergericht Zug, sic! 1997, 319 c. 2d; FRICK, 118)

a) Distorsion de la volonté du client ou du collaborateur débauché

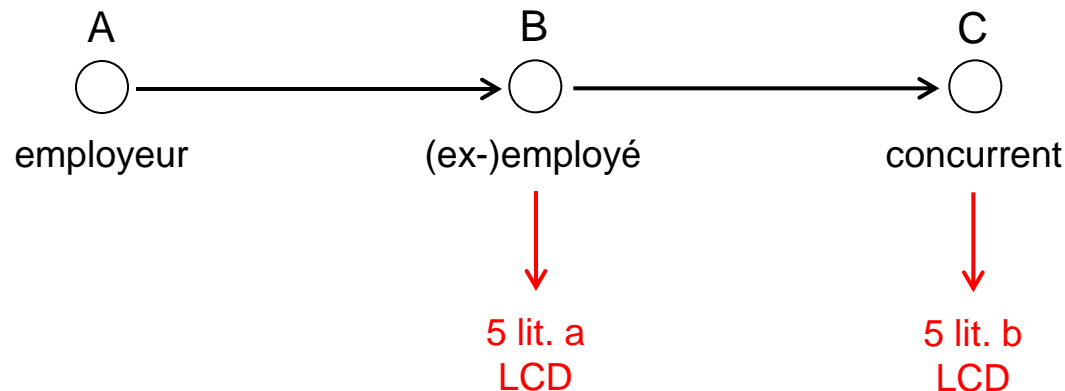
- tromperie
- déclarations fallacieuses (3 lit. b LCD)
- contrainte
- remise d'une lettre de démission (CJ Genève, sic! 2000, 217 c. 3)
- prix d'entrée ?

b) Entrave déloyale du concurrent

- volonté de nuire
- dénigrement (3 lit. a LCD; Obergericht Luzern, sic! 2000, 221 c. 3.6.1)
- publicité comparative (3 lit. e LCD)
- perturbation de la paix du travail

c) Exploitation de secrets du concurrent

- exploitation induue du « résultat d'un travail qui lui a été confié » (art. 5 lit. a LCD) ou du « résultat du travail d'un tiers » (art. 5 lit. b LCD)



Cas d'application (art. 5 LCD) :

- Obergericht Appenzell Ausserrhoden, sic! 2007, 458 c. 2.2 (Explosionsschutzventil)
- CJ Genève, sic! 2000, 714 c. 4c (conseil en rémunération)

Difficultés pratiques :

- ATF 133 III 431 c. 4.5 : les fichiers de clients confiés à l'employé n'ont pas été considérés comme « résultat d'un travail »
- Bezirksgericht Zürich, sic! 2006, 112 c. XIV/3 : le défendeur ne pouvait pas savoir que les plans qui lui avaient été remis étaient confidentiels

- exploitation ou divulgation de secrets obtenus de manière indue (art. 6 LCD)
 - vol, espionnage, violation de domicile etc.
 - exploitation d'informations confidentielles transmises par un employé de la demanderesse (CJ Genève, sic! 2000, 714 c. 4c)
 - débauchage de salariés instruits d'une technique particulière (O. WENIGER, La protection des secrets économiques et du savoir-faire, Lausanne 1994, 209; plus nuancé : FRICK, 149)

d) Débauchage systématique

- TC Valais (RVJ 1995, 150 c. 3b.bb) : le débauchage d'employés et le détournement systématique de la clientèle justifient la résiliation abrupte des rapports de travail
- Handelsgericht St. Gallen (RSPI 1985, 252 c. 5) : 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 d'un concurrent

- Obergericht Zug (sic ! 1997, 319 c. 3) :

déloyauté (art. 2 LCD) du 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

3.2.3 Critères d'appréciation

- position de l'employé débaucheur dans l'entreprise (TF, JAR 2005, 240 c. 3.5)
- circonstances du départ du ou des employés (ex. restructuration, CJ Genève, sic! 2000, 714 c. 3a)
- moment du débauchage
- potentiel dommageable
- exploitation de la relation contractuelle
- degré d'intensité du démarchage

4. Clauses contractuelles

4.1 Prohibition de concurrence

4.2 Prohibition de débauchage

- pendant les relations contractuelles : pas de restriction
- après la fin des relations contractuelles : mêmes restrictions que prohibition de concurrence (ATF 130 III 353 c. 2.1.1)

4.3 Autres clauses ou précautions

- obligation d'information (TF, JAR 2005, 191 c. 8.3 : obligation d'avertir l'employeur de « toute activité extérieure ou intérêt pouvant entrer en conflit avec les intérêts de la société »)
- communication à la clientèle concernant le départ d'un employé
- documents confidentiels à marquer

5. Incitation à rupture

Art. 4 lit. a LCD

- **client** : tous les intervenants successifs dans le processus économique (CJ Genève, sic! 2000, 646 c. 2b)
- **incitation** : suppose une certaine intensité (cf. CJ Genève, sic! 2004, 884 c. 3.2)
- **rupture** : seulement en cas de violation du contrat (ATF 133 III 431 c. 4.5; ATF 129 III 497 c. 6.5.6)
- **conclusion d'un nouveau contrat** (CJ Genève, sic! 2000, 217 c.3)

6. Incitation à divulguer des secrets

(art. 4 lit. c LCD)

7. Corruption

(art. 4a al. 1 LCD)

8. Sanctions

8.1 Résiliation avec effet immédiat

Justes motifs reconnus :

- TF, JAR 2005, 240 c. 2.2 : activité concurrente pendant rapports de travail
- ATF 104 II 28 c. 2b : mise sur pied d'une structure concurrente et tentative de débauchage de deux employés, pendant rapports de travail
- TC Valais, RVJ 1995, 150 c. 3b.bb : débauchage d'employés et détournement systématique de clientèle, en partie avant la fin des rapports contractuels

A l'inverse :

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

8.2 Action en cessation

Ex : Obergericht Zug, sic! 1997, 319 : interdiction provisionnelle de démarcher les conseillers de la requérante

8.3 Dommages-intérêts

Le dommage est délicat à prouver (cf. Arbeitsgericht Zürich, JAR 2004, 596)

8.4 Diminution ou suppression d'une gratification

9. Conclusions

- équilibre à trouver entre l'intérêt de l'employeur (sauvegarde de ses acquis) et celui de l'employé (liberté de changer de place de travail)
- protection renforcée au moyen de clauses contractuelles

Merci de votre attention...

... place aux questions et au débat