



Chapitre d'actes

1988

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La protection des "secrets économiques" en droit privé suisse du travail

Aubert, Gabriel

How to cite

AUBERT, Gabriel. La protection des 'secrets économiques' en droit privé suisse du travail. In: Les relations Suisse/CE: l'exemple de l'industrie pharmaceutique. Dufour, Alfred ; Hertig, Gérard (Ed.). Genève. Lausanne : Payot, 1988. p. 207–221.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:33636>

A. RAPPORTS

La protection des « secrets économiques » en droit privé suisse du travail

par

Gabriel AUBERT

Professeur à l'Université de Genève

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE: G. BINDSCHEDLER, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, thèse Berne 1981 ; A.W. BLATTER, Der Schutz des Know-how im Arbeitsvertragsrecht, insbesondere die Auslegung von Art. 321a IV OR, thèse Berne 1982 ; R. von BÜREN, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (vom 30. September 1943), Zurich 1945 ; Th. GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, thèse Bâle, Berne 1983 ; A. HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Berne 1975 ; R. KUHN, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Berne 1981 ; Ph. PIDOUX, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, Lausanne 1969 ; H.M. RAAFLAUB, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Winterthur 1959 ; M. REHBINDER, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-330a OR), in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Berne 1985 ; A. STAEHELIN, Der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319-330a OR), in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1984 ; A. STEINBESSER, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, thèse Bâle (manuscrit) 1977 ; U. STREIFF, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, Glattbrugg/Zurich 1986 ; A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. 2, 2^e éd., Bâle/Stuttgart 1985.

I. INTRODUCTION

Le présent rapport décrit à grands traits comment le droit privé suisse du travail protège l'employeur contre les actes du salarié qui pourraient porter atteinte à la position concurrentielle de l'entreprise.

Les sources se trouvent essentiellement dans le Titre X du Code des obligations, soit aux articles 321a CO (qui impose au travailleur une obligation de fidélité durant les rapports de travail) et 340 à 340c CO (qui règlent la prohibition de faire concurrence après la fin des rapports de travail).

En pratique, cependant, les dispositions du droit pénal et la jurisprudence y relative jouent un rôle important (art. 162 CP : protection du secret de fabrication et du secret commercial ; art. 273 CP : service de renseignements économiques). Le rôle de la protection pénale est d'autant plus grand que l'employeur qui entend faire valoir ses droits envers le travailleur se heurte souvent à de graves difficultés de preuve, que seule l'aide d'un juge d'instruction permet de surmonter. La matière est traitée dans le rapport du professeur Robert Roth¹, mais nous ne pourrions pas nous dispenser de jeter quelques regards sur certains points intéressant directement le droit du travail.

La protection de l'employeur ne découle pas seulement du Code des obligations et du Code pénal : la loi sur la concurrence déloyale (LCD) contient quelques règles non négligeables qui touchent notre domaine (art. 4 : incitation à violer ou à résilier un contrat ; art. 6 : violation des secrets de fabrication ou d'affaires).

Enfin, vu le caractère international du colloque auquel ce rapport est destiné, nous devons nous interroger sur certains problèmes de droit international privé (détermination de la juridiction compétente et du droit applicable, reconnaissance et exécution des jugements suisses à l'étranger).

Pour l'essentiel, la protection de l'employeur se fonde sur deux obligations fondamentales du salarié : d'une part, garder le secret ; d'autre part, s'abstenir de faire concurrence. Ce sont l'étendue et les sanctions de ces obligations que nous décrivons ci-dessous.

¹ Le rapport du professeur Roth figure aux pp. 222 ss.

II. L'OBLIGATION DE DISCRÉTION

1. Principe

Le droit privé fait interdiction au salarié d'utiliser ou de révéler des faits destinés à rester confidentiels (art. 321a al. 4 CO²). Renforçant cette interdiction, l'article 162 CP³ réprime notamment la révélation, par le salarié, d'un secret d'affaires qu'il était tenu de garder en vertu de son contrat de travail.

2. La notion de secret

Le Code des obligations vise d'une manière générale les faits destinés à rester confidentiels ; il ne cite que comme illustrations les secrets de fabrication ou d'affaires dont le salarié a pris connaissance au service de l'employeur (art. 321a al. 4 CO).

Les faits destinés à rester confidentiels peuvent concerner la vie privée de l'employeur (secrets détenus par des domestiques) ; nous ne nous y attarderons pas. Seuls méritent d'être définis ici les secrets d'affaires. La notion de secret d'affaires couvre les informations qui peuvent jouer un rôle dans la vie économique, soit les secrets de fabrication et les secrets commerciaux. Comme le rappelle le professeur Roth⁴, elle comporte trois éléments : l'existence d'un *secret*, soit d'un fait dont la connaissance est difficilement accessible ; la *volonté* du détenteur du secret de le conserver ; enfin, un *intérêt légitime* pour ce faire⁵.

Lorsqu'elle est étroitement liée à l'utilisation d'un secret, l'expérience professionnelle (*know-how*, tour de main) est comprise dans ce dernier⁶.

² Art. 321a al. 4 CO : « Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il 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. »

³ Art. 162 CP : cf. note 6, p. 224.

⁴ Cf. pp. 227 ss., 228 s.

⁵ SJ 1978 p. 303 ; ATF 103 (1977) IV 283, consid. 2b ; ATF 98 (1972) IV 209, consid. 1a = JT 1973 IV 125 ; SJ 1963 p. 172 ; ATF 80 (1954) IV 22, consid. 2a = JT 1954 IV 86 ; ATF 64 (1938) II 162, consid. 7 = JT 1938 I 532-533 ; JAR 1984 p. 243. Cf. BIND-SCHEDLER, p. 19 ; von BÜREN, p. 100.

⁶ SJ 1978 p. 304 ; SJ 1950 p. 60 ; voir cependant RAAFLAUB, pp. 65-66 ; TROLLER, pp. 950-951, note 261 ; ATF du 31 mars 1987, consid. 1c, in Plädoyer 1987, N° 4, p. 31.

Aux fins de cette définition, peu importe que le secret ait été confié par l'employeur au salarié (secret confié) ou que celui-ci l'ait appris à l'insu de celui-là ou contre sa volonté (secret surpris).

3. La source de l'obligation de garder le secret

L'obligation de garder le secret découle du contrat de travail. Elle repose soit directement sur la loi (art. 321a al. 4 CO), soit sur un accord entre les parties au contrat.

4. Les modes de violation de l'obligation de garder le secret

L'article 321a al. 4 CO interdit non seulement la révélation du secret, mais aussi son utilisation par le salarié. L'article 162 CP ne réprime que la révélation du secret, non pas son utilisation par le salarié ; en revanche, il punit le tiers qui met à profit cette révélation.

5. L'étendue de l'obligation de garder le secret

5.1. En l'absence d'accord particulier

A. Pendant la durée des rapports de travail

L'obligation de garder le secret est très stricte pendant la durée des rapports de travail. L'employeur peut décider fort librement quels faits doivent demeurer confidentiels. Tirant sa subsistance du salaire versé par celui-ci, le travailleur lui doit une fidélité particulière : il n'a guère d'intérêt légitime à les révéler ou à les utiliser personnellement⁷.

B. Après la fin des rapports de travail

Après la fin des rapports de travail, le salarié a besoin de continuer son activité économique pour vivre. Ne dépendant plus de l'employeur, il ne lui doit qu'une fidélité restreinte. Il n'est donc tenu de garder le secret qu'« en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes » de ce dernier (art. 321a al. 4 *in fine* CO).

Selon la jurisprudence, l'employeur a un intérêt légitime à la sauvegarde d'un secret confié si le salarié devait avoir conscience du caractère secret de ce qu'il a appris et s'il existe un rapport de confiance particulier entre l'employeur et le salarié. Ce rapport de confiance, en

⁷ RAAFLAUB, p. 62 ; REHBINDER, n. 14 ad art. 321a CO ; STREIFF, p. 52.

raison duquel le salarié n'a eu accès au secret qu'à la condition qu'il le respecte même après la fin du contrat de travail, découlera surtout de la formation de l'employé, de sa position dans l'entreprise, de son champ d'activité et de sa rémunération. Ces éléments sont réunis s'agissant d'ingénieurs engagés pour construire des machines et relativement bien payés, mais non pas s'agissant d'ouvriers⁸.

5.2. En présence d'un accord particulier

En présence d'un accord, l'obligation de garder le secret découle de la volonté des parties, qu'il suffira d'interpréter. Les parties sont en principe libres de délimiter à leur guise l'étendue de l'obligation de discrétion ; toutefois, l'obligation de garder le secret après la fin des rapports de travail ne vaut qu'en tant que l'exigent les intérêts légitimes de l'employeur⁹.

Vu le caractère général des normes légales applicables, il est recommandé de déterminer, dans le contrat, les points particuliers sur lesquels porte l'obligation de discrétion.

6. Les sanctions de la violation du secret

L'employeur victime d'une violation de l'obligation de discrétion peut résilier le contrat du salarié coupable avec effet immédiat. Il peut aussi demander des dommages-intérêts et agir en exécution, de telle sorte que le salarié soit condamné à s'abstenir de toute violation du secret, sous commination des peines prévues à l'article 292 CP^{10,11}.

Bien que la pratique n'en montre que peu d'exemples, on ne voit pas pourquoi la violation du secret ne pourrait pas être sanctionnée dans le cadre d'une clause pénale (art. 160 CO¹²)¹³. Il y aurait lieu alors

⁸ SJ 1963 p. 173 ; ATF 80 (1954) IV 22, consid. 2b = JT 1954 IV 88-89 ; SJ 1950 pp. 60-61 ; ATF 64 (1938) II 162, consid. 8 = JT 1938 I 534-535.

⁹ Cf. FF 1984 II 638. *Contra*: GEISER, pp. 135-136 ; STAEHELIN, n. 61 ad art. 321a CO. Selon ces auteurs, l'article 321a al. 4 CO est de droit supplétif ; cependant, on devra, le cas échéant, se demander si l'obligation assumée par le salarié respecte l'article 27 CC, qui lui interdit d'aliéner sa liberté d'une manière contraire aux mœurs.

¹⁰ Art. 292 CP : « Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende. »

¹¹ STEINBESSER, pp. 96 ss.

¹² Art. 160 CO :

« 1. Lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue (*suite de la note à la page suivante*).

de convenir expressément que le paiement de la peine ne dispense pas le salarié de respecter l'interdiction de violer le secret (cf. art. 160 al. 1 *in fine* CO). Le juge est évidemment habilité à réduire équitablement la peine conventionnelle prévue, selon les circonstances (art. 163 al. 3 CO¹⁴).

Pour des raisons pratiques, l'employeur utilisera souvent les voies offertes par le droit pénal. C'est d'ailleurs essentiellement la jurisprudence relative à la protection pénale qui a défini le secret d'affaires et qui a délimité l'étendue de l'obligation de discrétion.

7. L'interdiction d'utiliser ou de divulguer des secrets surpris

Selon l'article 6 LCD, agit de façon déloyale celui qui 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. Pour que cette disposition soit applicable, l'auteur et la victime doivent se trouver dans un rapport de concurrence. Ainsi, l'employé qui divulgue des secrets d'affaires de son employeur, qu'il a surpris ou appris d'une manière contraire à la bonne foi, ne tombe pas directement sous le coup de ce texte. Tout au plus peut-il être accusé de complicité du concurrent déloyal de son employeur¹⁵.

Sera toutefois coupable de concurrence déloyale, comme auteur, l'employé qui, se mettant à son propre compte, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires de son (ancien) employeur lorsque ces derniers ont été surpris ou appris d'une manière contraire aux règles de la bonne foi.

Le salarié qui a violé l'article 6 LCD, comme complice ou comme auteur, peut être condamné non seulement à verser des dommages-intérêts à l'employeur, mais aussi à lui remettre le gain réalisé (art. 9 al. 3 LCD en relation avec l'art. 423 al. 1 CO)¹⁶. Il est au surplus passible de

suite de la note 12

2. Lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps ou dans un lieu convenu, le créancier peut demander à la fois que le contrat soit exécuté et la peine acquittée, s'il ne renonce expressément à ce droit ou s'il n'accepte l'exécution sans réserves.

3. Le débiteur conserve la faculté de prouver qu'il a le droit de se départir du contrat en payant la peine stipulée. »

¹³ REHBINDER, n. 15 ad art. 321a CO.

¹⁴ Art. 163 al. 3 CO : « Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. »

¹⁵ ATF 80 (1954) IV 22, consid. 3a = JT 1954 IV 91.

¹⁶ FF 1983 II 1110 ; TROLLER, p. 998, note 122.

sanctions pénales (art. 23 LCD¹⁷). La remise du gain réalisé constitue une sanction efficace (bien qu'indirecte) de la violation du contrat de travail.

8. L'interdiction d'inciter un salarié à surprendre ou trahir un secret

Selon l'article 4 lit. c LCD, commet un acte de concurrence déloyale le concurrent qui incite un travailleur à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de son employeur. Ici encore, la remise du gain réalisé par le concurrent constitue une sanction indirecte de la violation du contrat de travail par le salarié.

9. Le service de renseignements économiques

Dans son rapport¹⁸, le professeur Robert Roth expose en détail la portée de l'article 273 CP¹⁹. Il commente la célèbre affaire *Adams*, dans laquelle l'article 273 CP fut appliqué à un employé de F. Hoffmann-La Roche SA, qui avait communiqué à la Commission des Communautés européennes des documents confidentiels de l'entreprise²⁰.

Nous nous bornerons à signaler deux autres illustrations en relation avec le droit du travail. Dans une affaire *Duval*, de 1948, c'est en vertu de l'article 273 CP que fut condamné un ancien ouvrier de la maison Dubied, à Couvet, qui avait cherché à découvrir le secret de fabrication de valves produites par cette maison, pour le transmettre à un fabricant belge de bicyclettes²¹. D'autre part, l'ancêtre de cette disposition, soit l'article 4 de l'arrêté fédéral du 21 juin 1935 tendant à garantir la sûreté de la Confédération, permit de punir un nommé *Dändliker*, qui avait renseigné les autorités douanières allemandes sur le jour de paie et le salaire d'ouvrières frontalières, lesquelles furent accusées dans leur pays de violation des prescriptions sur les devises : est protégé, outre le secret économique du chef d'entreprise, celui de ses employés²².

¹⁷ Art. 23 LCD : cf. note 8, p. 224.

¹⁸ Cf. not. pp. 226 s.

¹⁹ Art. 273 CP : cf. note 7, p. 224.

²⁰ ATF 104 (1978) IV 175 = JT 1980 IV 10.

²¹ SJ 1949 p. 279.

²² JT 1939 I 305.

III. L'INTERDICTION DE FAIRE CONCURRENCE

1. Principe

D'une manière générale, il est interdit au travailleur de faire concurrence à son employeur pendant la durée du contrat de travail. Cette interdiction ne subsiste en principe pas après la fin des rapports de travail.

2. La notion de concurrence

Exerce une activité concurrente le travailleur qui déploie, à titre dépendant ou indépendant, une activité économique identique ou analogue à celle de son employeur, destinée à satisfaire des besoins semblables de sa clientèle existante ou potentielle²³.

3. La source de l'interdiction de faire concurrence

L'interdiction de faire concurrence pendant la durée du contrat de travail découle de l'obligation de fidélité. Elle repose directement sur la loi (art. 321a al. 3 CO²⁴).

L'interdiction de faire concurrence après la fin des rapports de travail doit reposer sur une convention écrite (art. 340 al. 1 CO²⁵) ; pour protéger la liberté économique du salarié, la loi limite les effets de cette interdiction (art. 340a CO²⁶).

²³ ATF 98 (1972) IV 229, consid. 2 = JT 1973 IV 93 ; RAAFLAUB, p. 43.

²⁴ Art. 321a al. 3 CO : « Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur. »

²⁵ Art. 340 al. 1 CO : « 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. »

²⁶ Art. 340a CO :

« 1. 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.

2. 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. »

4. L'étendue de l'interdiction de faire concurrence

4.1. Pendant la durée du contrat de travail

A. En l'absence d'accord particulier

L'interdiction de faire concurrence n'étant qu'un aspect de l'obligation de fidélité, son étendue se définit en regard des « intérêts légitimes de l'employeur » (art. 321a al. 1 CO²⁷). Elle dépendra donc en partie des circonstances.

Fournissant au salarié les revenus nécessaires pour vivre, l'employeur peut légitimement s'attendre que celui-ci n'entravera pas l'activité économique dont découlent ces revenus. L'interdiction de faire concurrence sera donc stricte lorsque le salarié travaille à plein temps pour l'entreprise. Peu importe que l'activité concurrente soit exercée pendant l'horaire de travail ou en dehors de ce dernier²⁸.

Si l'employeur n'occupe le salarié qu'à temps partiel, le travailleur doit en principe pouvoir gagner sa vie en offrant ses services à des tiers, serait-ce en faisant valoir les mêmes talents dans la même branche économique. A moins que les parties n'aient réglé la question dans leur contrat, il faudra donc examiner de cas en cas, compte tenu de tous les facteurs entrant en considération (nature de l'activité, risque de violation de secrets ou de détournement de clientèle, montant de la rémunération), si l'activité concurrente du salarié heurte des intérêts légitimes de l'employeur²⁹.

Lorsque les rapports de travail touchent à leur fin (en raison par exemple d'une résiliation imminente ou déjà effectuée), le salarié peut librement chercher un nouvel emploi (art. 329 al. 3 CO³⁰). Peut-il se préparer à exercer une activité indépendante, concurrente de celle de son employeur (sous réserve évidemment d'une clause le lui interdisant³¹) ? Aussi longtemps qu'il ne déploie pas une activité concurrente pendant la durée des rapports de travail, l'article 321a al. 3 CO ne l'en empêche pas. Encore faut-il qu'il ne viole pas autrement son obligation de fidélité. A notre avis, le simple fait de préparer cet avenir en commun avec d'autres membres du personnel ne constitue pas en soi une infraction à ce devoir. L'obligation de fidélité est toutefois enfreinte si

²⁷ Art. 321a al. 1 CO : « Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. »

²⁸ GEISER, pp. 206-207 ; STAEHELIN, n. 50 ad art. 321a CO.

²⁹ STAEHELIN, n. 53 ad art. 321a CO.

³⁰ Art. 329 al. 3 CO : L'employeur « ... accorde au surplus au travailleur les heures et jours de congé usuels et, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire pour chercher un autre emploi ».

³¹ Cf. ci-dessous, B.

le salarié incite son ou ses collègues de travail à violer leur propre contrat, par exemple en leur demandant de commencer immédiatement une activité concurrente ou de quitter leur employeur avant la fin du délai de résiliation³².

B. En présence d'un accord particulier

L'article 321a al. 3 CO est de droit supplétif. Les parties peuvent donc en principe définir librement l'étendue de l'interdiction de faire concurrence (sous réserve évidemment de l'art. 27 CC³³).

4.2. Après la fin des rapports de travail

Pour protéger le salarié, la loi limite sa liberté de convenir d'une interdiction de concurrence.

Quant à son principe, la clause d'interdiction de concurrence n'est valable qu'à condition que le travailleur ait occupé une position particulière dans l'entreprise. Il faut que son activité lui ait permis d'avoir connaissance des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et que l'utilisation de cette connaissance soit de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO).

Le salarié qui ignore les secrets d'affaires de l'employeur n'est pas lié par une clause d'interdiction de concurrence ; il en va de même du salarié qui connaît ces secrets, mais dont l'activité concurrente porterait préjudice à l'employeur non pas à raison de cette connaissance, mais à cause, essentiellement, de ses talents personnels³⁴.

Quant à son étendue, la prohibition doit être convenablement limitée, s'agissant de sa portée géographique, de sa durée (en principe, au maximum trois ans) et du genre d'affaires visé. Si elle compromet l'avenir économique du salarié d'une manière inéquitable, la clause d'interdiction de concurrence n'est pas nulle, mais le juge peut la réduire selon sa libre appréciation (art. 340a CO). Lorsque l'employeur a versé

³² Cf. ATF 104 (1978) II 28, consid. 2a = JT 1978 I 516-517 ; cet arrêt paraît plus restrictif que l'opinion émise ici : pour le Tribunal fédéral, le simple fait, par le salarié, d'aborder d'autres employés supérieurs pendant la durée du contrat afin de les gagner au projet de créer une entreprise concurrente après la fin des rapports de travail constituerait une violation grossière de l'obligation de fidélité. Cf. aussi RAAFLAUB, pp. 48-51.

³³ Art. 27 CC :

« 1. Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.

2. Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs. »

³⁴ HAEFLIGER, p. 38, avec références ; KUHN, pp. 33-38 ; PIDOUX, pp. 30-33.

une contre-prestation particulière au salarié en échange de la signature de la clause, cette dernière pourra être plus étendue (art. 340a al. 2 *in fine* CO)³⁵.

La clause d'interdiction de concurrence cesse si l'employeur n'y a plus d'intérêt. Elle tombe également si l'employeur licencie le travailleur sans motif justifié imputable à ce dernier ou si le travailleur démissionne pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c CO)³⁶.

5. Les sanctions de l'interdiction de concurrence

L'employeur victime d'une violation de l'interdiction de concurrence pendant les rapports de travail peut résilier le contrat avec effet immédiat (art. 337 CO³⁷) et demander des dommages-intérêts (art. 97 CO³⁸). Selon Raaflaub, il a droit à la remise du gain réalisé (application par analogie de l'art. 464 al. 2 CO³⁹)⁴⁰. L'action en exécution n'a ici guère d'utilité pratique.

L'employeur victime de la violation d'une clause d'interdiction de concurrence après la fin des rapports de travail peut demander la réparation du préjudice (art. 340b al. 1 CO). Il ne peut agir en exécution que s'il s'en est réservé le droit par écrit et si cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés et par le comportement du travailleur (art. 340b al. 3 CO)⁴¹.

³⁵ HAEFLIGER, pp. 54-58, avec références ; KUHN, pp. 66-70 ; PIDOUX, pp. 45-50.

³⁶ HAEFLIGER, pp. 89-95, avec références ; KUHN, pp. 102-108 ; PIDOUX, pp. 97-102.

³⁷ Art. 337 CO :

« 1. L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs.

2. 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.

3. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler. »

³⁸ Art. 97 al. 1 CO : « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. »

³⁹ Art. 464 CO :

« 1. Le fondé de procuration et le mandataire commercial qui a la direction de toute l'entreprise ou qui est au service du chef de la maison ne peuvent, sans autorisation de celui-ci, faire pour leur compte personnel ni pour le compte d'un tiers des opérations rentrant dans le genre d'affaires de l'établissement.

2. S'ils contreviennent à cette disposition, le chef de la maison a contre eux une action en dommages-intérêts et il peut prendre à son compte les opérations ainsi faites. »

⁴⁰ RAAFLAUB, pp. 53-54.

⁴¹ HAEFLIGER, pp. 74-80, avec références ; KUHN, pp. 87-99 ; PIDOUX, pp. 72-84.

En pratique, les parties prévoient souvent une clause pénale. Le travailleur peut alors se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu et en réparant le préjudice qui dépasserait ce montant. Il n'est tenu de respecter l'interdiction de concurrence en dépit du paiement de la peine que s'il en a été convenu ainsi (art. 340b al. 2 CO). Le juge réduit la peine conventionnelle s'il l'estime excessive (art. 163 al. 3 CO).

6. L'incitation, par un concurrent, à violer le contrat

L'article 4 LCD⁴² érige en acte illicite le fait d'inciter, dans certaines circonstances, une personne à violer un contrat.

La jurisprudence considère que commet un acte de concurrence déloyale l'employeur qui engage un salarié lié par un contrat de travail avec un autre employeur, pour faire concurrence à ce dernier pendant la durée dudit contrat⁴³. A notre avis, il en va de même du concurrent qui, proposant de l'engager, incite un salarié à violer une clause d'interdiction de concurrence après la fin du contrat de travail.

Bien qu'il ne prévienne pas expressément le cas, il faut admettre que tombe sous le coup de l'article 4 LCD l'employeur qui incite le salarié d'un autre employeur à rompre son contrat en quittant l'entreprise avant la fin du délai de congé⁴⁴.

En application de l'article 9 al. 3 LCD, la victime de l'acte de concurrence déloyale peut exiger, selon les dispositions sur la gestion d'affaires, la remise du gain réalisé par l'employeur déloyal⁴⁵.

⁴² Art. 4 LCD :

« Agit de façon déloyale celui qui, notamment :

- a. Incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui ;
- b. Cherche à se procurer, ou à procurer à autrui, des profits, en accordant ou en offrant à des travailleurs, des mandataires ou des auxiliaires d'un tiers des avantages illégitimes qui sont de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail ;
- c. Incite des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de leur employeur ou mandant ;
- d. Incite un acheteur ou un preneur qui a conclu une vente par acomptes, une vente avec paiements préalables ou un contrat de petit crédit à révoquer ce contrat, ou un acheteur qui a conclu une vente avec paiements préalables à dénoncer celle-ci, pour conclure de son côté un tel contrat avec lui. »

⁴³ Revue 1960 pp. 187, 189.

⁴⁴ TROLLER, p. 948.

⁴⁵ FF 1983 II 1110.

7. Rapports entre l'obligation de discrétion et l'interdiction de faire concurrence après la fin du contrat de travail

7.1. *Violation du secret et acte de concurrence*

Dans les limites de sa validité, la clause de prohibition de concurrence interdit tout acte de concurrence. Ce qui est visé, c'est l'acte de concurrence en tant que tel, et non pas une manière ou une autre de faire concurrence.

L'obligation de discrétion interdit l'utilisation et la révélation des secrets. Elle n'empêche pas, en principe, le travailleur de faire concurrence à l'employeur après la fin des rapports de travail. Toutefois, le travailleur ne peut faire concurrence à l'employeur en utilisant les secrets en cause. Ainsi, l'obligation de discrétion ne restreint pas quant au principe, mais quant à la manière, la possibilité, pour le travailleur, de faire concurrence à l'employeur.

S'il est possible de faire concurrence sans utiliser des secrets, on conçoit mal, en pratique, que l'utilisation de secrets n'accompagne pas, généralement, la commission d'un acte de concurrence⁴⁶.

7.2. *Durée de l'obligation de garder le secret et de la prohibition de faire concurrence*

L'obligation de garder le secret subsiste, à l'échéance du contrat, dans toute la mesure exigée par la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur.

En revanche, la clause d'interdiction de concurrence doit être limitée équitablement dans le temps. Elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières.

Ainsi, suivant les cas, l'obligation de discrétion dure plus longtemps que l'interdiction de faire concurrence, car l'employeur peut avoir, pendant de longues années, un intérêt légitime à ce que ses secrets ne soient ni utilisés ni révélés⁴⁷.

⁴⁶ ATF 80 (1954) IV 22, consid. 2b = JT 1954 IV 88.

⁴⁷ ATF 80 (1954) IV 22, consid. 2b = JT 1954 IV 88.

IV. ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. For

1.1. *Sur le plan intercantonal*

En droit du travail, les conflits de compétence intercantonale sont régis par l'article 343 al. 1 CO. Le demandeur peut agir à son choix devant les tribunaux du domicile du défendeur ou devant ceux du lieu de l'exploitation ou du ménage pour lequel le travail est ou a été accompli. Ainsi, même si le travailleur a son domicile ailleurs, l'employeur peut le poursuivre au lieu de l'exploitation pour violation de l'obligation de discrétion ou de l'interdiction de faire concurrence⁴⁸.

En matière de concurrence déloyale, le for compétent se trouve au domicile ou au siège du défendeur. Toutefois, s'il y a connexité avec un litige de droit civil concernant l'application d'une loi fédérale qui prévoit un autre for, l'action en matière de concurrence déloyale peut également y être intentée (art. 12 LCD). Ce principe s'applique évidemment lorsque l'acte de concurrence déloyale constitue du même coup une violation du contrat de travail : le for du lieu de l'exécution sera donc compétent (art. 343 al. 1 CO). Si l'acte de concurrence déloyale ne constitue pas une violation du contrat de travail, le demandeur ne peut agir qu'au domicile ou au siège du défendeur.

1.2. *Sur le plan international*

Sur le plan international⁴⁹, les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (art. 115 LDIP). L'employeur peut donc poursuivre le salarié pour violation de l'obligation de discrétion ou de prohibition de concurrence au lieu d'exécution du travail, même si ce salarié a quitté la Suisse.

En matière de concurrence déloyale, le for compétent est en principe celui du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur. Toutefois, lorsque ce dernier n'a ni domicile ni résidence habituelle en Suisse, le demandeur peut agir devant le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat (art. 129 al. 1 et 2 LDIP). L'employeur peut donc procé-

⁴⁸ ATF 109 (1983) II 33, consid. 2.

⁴⁹ Cf. loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (FF 1988 I 5) (LDIP).

der en Suisse contre un salarié ou un employeur concurrents qui sont domiciliés à l'étranger lorsque l'acte a été commis ou le résultat s'est produit dans le pays.

2. Droit applicable

En principe, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Si les rapports de travail se sont déroulés auprès de l'employeur suisse, notre droit sera donc applicable.

Les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit (art. 136 al. 1 LDIP). Le droit suisse ne sera donc applicable que si le résultat de l'acte s'est produit en Suisse⁵⁰.

3. Reconnaissance et exécution des jugements

Les conventions conclues par la Suisse en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements prévoient en général que les jugements rendus en Suisse ne sont exécutoires à l'étranger que si le défendeur a été poursuivi devant les tribunaux de son domicile. Cette règle connaît diverses exceptions, dont la plus importante est celle de la convention de prorogation de for : l'autorité des jugements rendus en Suisse est reconnue même si le défendeur n'y avait pas son domicile, à condition qu'il ait accepté la compétence de la juridiction saisie⁵¹.

Ainsi, les jugements rendus non pas au domicile du défendeur (par hypothèse à l'étranger), mais au lieu de l'exploitation, comme le permettent les règles de compétence suisses, ne sont en principe pas reconnus à l'étranger. Pour obvier à cette difficulté, il y a lieu de prévoir expressément dans le contrat de travail que les deux parties admettent la compétence des tribunaux du lieu de l'exploitation.

⁵⁰ TROLLER, p. 962.

⁵¹ Par exemple : articles 1 et 3 de la Convention entre la Confédération suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, du 15 juin 1869 (RS 0.276.193.491) ; articles 1 et 2, ch. 1 et 2 de la Convention entre la Confédération suisse et le Reich allemand relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales, du 2 novembre 1929 (RS 0.276.191.361) ; articles 1 et 2 de la Convention entre la Confédération suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires, du 3 janvier 1933 (RS 0.276.194.541).