



Chapitre de livre

2011

Published version

Public access

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

La restitution des profits issus de la corruption : quels moyens en droit
privé?

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. La restitution des profits issus de la corruption : quels moyens en droit privé? In: Lutte contre la corruption internationale : 'the never ending story'. Cassani, Ursula (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2011. p. 139–171. (Publications du Centre de droit bancaire et financier)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42947>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:23

LA RESTITUTION DES PROFITS ISSUS DE LA CORRUPTION : QUELS MOYENS EN DROIT PRIVÉ ?

Christine Chappuis*

Depuis deux décennies, les projecteurs sont braqués sur la lutte pénale contre la corruption. Par contraste, ils rejettent dans l'ombre les moyens offerts par le droit privé pour lutter contre la corruption, en particulier contre la corruption du secteur privé. Sur le plan international, le seul instrument utilisant les armes du droit privé est une convention du Conseil de l'Europe, la Convention civile sur la corruption de 1999 (Convention n° 174)¹. Cette convention, sœur jumelle et contemporaine de la convention sur la corruption en matière pénale², est entrée en force en 2003. La Suisse, qui a ratifié la convention pénale, n'en a pas fait autant pour la convention civile.

Pour les besoins du présent exposé, nous retiendrons une définition large de la corruption comme un phénomène³ envisagé dans son cadre contractuel, dont la caractéristique est l'octroi d'un avantage secret dans le but d'influencer la volonté d'une partie en faveur de celui qui accorde

* Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

1 Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe n° 174 (04.11.1999), disponible à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/174.htm> (site consulté le 02.12.2010). Trente-quatre Etats ont ratifié cette Convention qui est entrée en vigueur pour l'Autriche en 2006, pour l'Espagne en 2010, pour la France en 2008, etc. ; la liste des Etats membres peut être consultée à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=174&CM=8&DF=02/12/2010&CL=FRE> (site consulté le 02.12.2010). Voir par ailleurs l'inventaire des textes internationaux par RAESCHKE-KESSLER Hilmar, avec la collaboration de GOTTWALD Dorothee, "Corruption in Foreign Investment – Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents", in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 1, Feb. 2008, p. 5 ss, 10-11.

2 La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe n° 173 (27.01.1999) a été ratifiée par quarante-trois Etats dont la Suisse (dernier membre en date : l'Espagne pour une entrée en vigueur le 01.03.2010) ; elle est disponible à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/173.htm> (site consulté le 02.12.2010).

3 Le terme de "phénomène" est emprunté à HÉRITIER Anne, *Les pots-de-vin*, thèse, Genève (Georg) 1981, p. 29 ss.

l'avantage⁴. Ce phénomène met trois parties (au moins) en présence : le corrupteur, qui cherche à obtenir un contrat en fournissant un avantage de nature à influencer la prise de décision en sa faveur ; le corrompu, employé (mandataire, associé, auxiliaire) du tiers partenaire, qui est la personne recevant l'avantage et prenant une décision favorable au corrupteur ; le tiers, qui est le futur partenaire du corrupteur.

Le droit privé appréhende les situations de corruption au moyen des outils contractuels et délictuels classiques : nullité ou annulabilité du contrat, réparation du dommage sur un fondement contractuel ou délictuel (I.). Il dispose également d'un moyen permettant de s'en prendre aux profits illégitimes réalisés dans un contexte de corruption (II.). Ce moyen sera concrétisé sur la base d'un exemple tiré de la jurisprudence (III.).

I. Validité des contrats et indemnisation

La corruption pose deux questions étroitement liées en droit privé, celle de la validité des transactions conclues dans un tel contexte et celle de l'indemnisation de la victime d'un acte de corruption.

A. Les normes internationales

Ces points sont réglés dans la Convention n° 174 dont le but est de contribuer, par le moyen du droit civil, à la lutte contre la corruption en permettant aux personnes qui ont subi un dommage d'obtenir une réparation équitable⁵. Il vaut la peine d'exposer brièvement à titre liminaire quelques règles prévues par cette convention :

- la corruption est définie comme “le fait de solliciter, d'offrir, de donner ou d'accepter, directement ou indirectement, une commission illicite, ou un autre avantage indu ou la promesse d'un tel avantage indu qui affecte l'exercice normal d'une fonction ou le comportement requis du bénéficiaire de la commission illicite, ou de l'avantage indu ou de la promesse d'un tel avantage indu”⁶, une définition dont “la portée re-

4 HÉRITIER (n. 3), p. 19 ; TERCIER Pierre, “La corruption et le droit des contrats”, in SJ 1999 II 225-271, p. 227 ss.

5 Préambule, § 6, de la Convention n° 174.

6 Art. 2 de la Convention n° 174.

lativement large” est soulignée par le Rapport explicatif⁷ et qui couvre tant la corruption active que passive;

- l’art. 4 de la Convention n° 174 précise les conditions auxquelles la responsabilité de la personne recherchée peut être engagée: celle-ci doit avoir “commis ou autorisé l’acte de commission, ou omis de prendre des mesures raisonnables pour prévenir l’acte de corruption” (i.); l’autre partie doit avoir subi un dommage (ii.) en lien de causalité avec l’acte ou l’omission en cause (iii.);
- la convention pose le principe de la nullité du contrat (ou de la clause) “dont l’objet est un acte de corruption” et prévoit la possibilité, pour la partie dont le consentement a été vicié par un acte de corruption, de demander au tribunal l’annulation du contrat et des dommages-intérêts (art. 8 al. 1 et 2 de la Convention n° 174).

L’art. 8 de la Convention n° 174 distingue deux contrats. Le premier contrat, qui a pour objet l’acte de corruption, est souvent désigné par l’appellation “promesse de pot-de-vin”. Le second contrat, dit “subséquent”, est conclu sur la base du consentement vicié de l’une des deux parties. La validité, respectivement l’invalidité, de ces deux actes se détermine selon des règles différentes, qui sont largement reconnues en droit suisse.

B. La validité des contrats en droit suisse

La nullité de la promesse de pot-de-vin sur la base des art. 19 et 20 du Code des obligations (CO), et de l’art. 4 let. b de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) est admise sans difficulté⁸. En effet, la promesse par le corrupteur d’un avantage dans le but d’inciter le corrompu à favoriser le corrupteur en violation des devoirs incombant au corrompu représente un comportement prohibé par une série de règles (dispositions pénales sur la corruption, loi contre la concurrence déloyale). De ce fait, l’objet même du contrat est illicite ou, si les conditions des dispositions en cause ne sont pas réalisées, contraire aux mœurs⁹.

7 Rapport explicatif du Conseil de l’Europe sur la Convention civile sur la corruption (1999) n° 174, N 33 : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/174.htm>.

8 TERCIER (n. 4), p. 243 (voir p. 244 s., sur les controverses relatives à l’art. 4a LCD); HÉRITIER (n. 3), p. 104 ss. En *obiter dictum*, ATF 129 III 320 consid. 5.2, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33 (*Ville de Zurich*), décision examinée ci-après; ATF 119 II 380 consid. 4b.

9 TERCIER (n. 4), p. 243 ss, 245.

Le contrat subséquent n'est pas affecté dans la même mesure que le contrat de pot-de-vin. Son objet même – fourniture de biens ou de services – n'a généralement rien de répréhensible en tant que tel. La nullité de la promesse de pot-de-vin ne déteint pas automatiquement sur le contrat subséquent. Il demeure que celui-ci a été conclu grâce à des manœuvres illicites. C'est la raison pour laquelle, même s'il n'est pas d'emblée nul, le contrat subséquent peut être attaqué notamment sur la base d'un vice du consentement (art. 23 ss CO), selon la conception partagée par la jurisprudence¹⁰ et la doctrine¹¹.

C. *L'indemnisation du dommage en droit suisse*

En ce qui concerne la réparation du dommage, deux fondements principaux sont envisageables en droit suisse : la responsabilité pour acte illicite (art. 41 ss CO) et la responsabilité pour inexécution (art. 97 ss CO). La partie qui subit le dommage est la partie au contrat subséquent dont le comportement a été vicié (victime). Différents postes de dommage sont envisageables en fonction du choix de la victime de maintenir ou d'invalider le contrat subséquent.

La première hypothèse est celle du maintien du contrat, moins dommageable pour la victime que la fin de celui-ci, par exemple parce que l'exécution en est déjà trop avancée¹². Dans ce cas, le dommage de la victime de la corruption peut consister en un prix trop élevé en raison du pot-de-vin payé par le corrupteur, ou en raison du fait que l'acte de corruption a fait obstacle à une négociation optimale des prestations, qui aurait permis d'obtenir les biens ou services en cause à meilleur compte auprès d'un autre contractant. Lorsque, seconde hypothèse, la victime choisit de mettre fin au contrat, son dommage peut, par exemple, consister dans les frais relatifs

¹⁰ ATF 129 III 320 consid. 5.2, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33 (*Ville de Zurich*) et note de ROUILLER Nicolas, in SJ 2004 I, p. 44 ss ; ATF 119 II 380 consid. 4b. Voir l'analyse de CHAPPUIS Christine, "Le renoncement à la cause et à la *consideration* dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", in *Revue de droit uniforme*, vol. XIII/2008-1/2, p. 253 ss, 273-281, relative à l'ATF 129 qui est considéré comme la décision de principe dans le domaine.

¹¹ TERCIER (n. 4), p. 258 ss, qui envisage également un vice de la représentation (p. 255 ss) et la contrariété aux bonnes mœurs (p. 262 ss) ; HÉRITIER (n. 3), p. 143 ss.

¹² L'art. 31 al. 3 CO réserve la prétention en dommages-intérêts de la victime d'un dol, ici d'un acte de corruption, lorsque le contrat est ratifié malgré le vice de consentement.

à la conclusion d'un nouveau contrat pour obtenir une prestation de remplacement ou pour terminer l'exécution des prestations inachevées.

La victime peut envisager de réclamer la réparation d'un tel dommage au corrupteur, d'une part, au corrompu, de l'autre. La victime et le corrupteur sont, en principe, parties au contrat subséquent (contrat de fourniture de biens, contrat de construction clés en main, etc.). Ce contrat, même parfaitement exécuté, a été obtenu par les manœuvres déloyales du corrupteur. Le comportement de ce dernier peut être considéré comme une violation des obligations accessoires fondées sur le contrat entraînant pour le corrupteur l'obligation d'indemniser le partenaire du dommage subi de ce fait (art. 31 al. 3, art. 97 CO).

En l'absence de rapport contractuel, la responsabilité délictuelle du corrupteur est engagée selon l'art. 41 CO qui présuppose, entre autres conditions, l'existence d'un acte illicite. S'agissant d'un dommage purement économique sans atteinte à l'intégrité d'une personne ou à une chose, la jurisprudence exige que soit établie la violation d'une norme de protection destinée à protéger le partenaire contre une atteinte du genre de celle qui s'est produite¹³. Au nombre des normes de protection entrant en considération, l'on compte celles du Code pénal suisse (CP) interdisant notamment la corruption d'agents publics suisses, soit la corruption active et passive (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP), l'octroi et l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), de même que la corruption active et passive d'agents étrangers (art. 322^{septies} CP), toutes règles dont il conviendra de vérifier si elles ont pour but de protéger les intérêts privés lésés¹⁴. Il faut y ajouter les règles de la loi contre la concurrence déloyale sur la corruption active et passive dans le secteur privé (art. 4a LCD).

Ces dispositions permettent de considérer comme illicites tant le comportement de celui qui offre un avantage indu (le corrupteur) que le comportement de celui qui accepte un avantage indu (le corrompu). Il s'ensuit que la victime peut rechercher l'un et l'autre en réparation du dommage subi sur la base de la responsabilité aquilienne¹⁵, indépendamment des relations contractuelles existant ou n'existant pas entre les parties. Alors que par le passé, les normes pénales étaient utilisées de manière relativement

¹³ ATF 133 III 323 consid. 5.1 et réf. cit.

¹⁴ Un tel but secondaire de protection est, par exemple, admis en ce qui concerne le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP, art. 41 CO) : ATF 129 IV 322 consid. 2, SJ 2004 I 115.

¹⁵ Art. 41 ss CO, applicables directement ou par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD.

souple par la jurisprudence en matière de responsabilité civile, davantage de rigueur semble avoir été introduite par la récente décision refusant de retenir l'illicéité d'un acte de blanchiment non intentionnel¹⁶. Il conviendra donc de vérifier soigneusement si le comportement du partenaire (corrupteur) ou du corrompu correspond à la qualification pénale, donc peut être envisagé comme un acte illicite à l'origine d'un dommage à indemniser selon les règles relatives au droit privé de la responsabilité civile.

Dans la mesure où le corrompu est lié par contrat¹⁷ avec la victime de l'acte de corruption, une violation de l'obligation de diligence – convenue ou déduite des règles de la bonne foi comme un devoir accessoire¹⁸ – pourra être retenue à l'encontre du corrompu dont le comportement est dicté par le pot-de-vin attendu ou obtenu, au lieu de l'être par la sauvegarde des intérêts de la victime, partie au contrat.

Les prétentions de la victime supposent toutefois que celle-ci ait effectivement subi un dommage. Or, tel n'est pas nécessairement le cas, par exemple, lorsque le prix du contrat subséquent correspond, dans l'ensemble, au prix du marché. La perte de la possibilité de négocier le contrat à de meilleures conditions pourrait être indemnisée par le biais de la théorie de la perte d'une chance. Toutefois, même si elle était admise par la jurisprudence¹⁹, encore faudrait-il que des chances suffisamment sérieuses de conclure une autre affaire aient été perdues.

II. Restitution des profits illégitimes

Etant admis que la victime d'un acte de corruption ne subit pas nécessairement un dommage du fait de l'acte de corruption ou ne parvient pas toujours à prouver celui-ci, il convient de vérifier si elle peut s'en prendre aux profits réalisés par le corrompu ou le corrupteur. La remise du gain connaît les faveurs du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence de-

16 ATF 133 III 323 consid. 5.

17 Il peut s'agir d'un contrat de travail, de mandat, d'entreprise, de société, etc.

18 Sur les règles de la bonne foi (art. 2 CC) comme source possible de devoirs accessoires incombant aux parties à un contrat, cf. CHAPPUIS Christine, in PICHONNAZ/FÖEX (édit.), Commentaire romand, Code civil I (art. 1-359 CC), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010, CC 2 N 19 et réf. cit. (cité CR CC I-CHAPPUIS).

19 Ce qui, en l'état, n'est pas le cas : ATF 133 III 462 ; voir aussi TF, 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 consid. 5.3.3.

puis les années 1980²⁰. Elle trouve un fondement légal général – quoique inattendu – à l’art. 423 CO²¹. Cette disposition oblige celui qui a réalisé un gain au moyen d’une intervention dans les affaires d’autrui²² à la restitution du gain ainsi réalisé, à condition d’être de mauvaise foi²³.

Une prise de conscience de la possibilité d’accorder à la victime la délivrance du gain, à côté de l’indemnisation des dommages, en cas de violation d’un contrat se manifeste également sur le plan international comme le montrent deux exemples récents.

- L’affaire *Attorney General v Blake* (2000)²⁴ : Blake, membre des services secrets britanniques depuis 1944, avait signé une déclaration de confidentialité au moment de son engagement. Il livra des informations secrètes durant neuf ans à l’Union soviétique, puis fut condamné à la prison en Angleterre. Réfugié à Moscou après une évasion rocambolesque, il publia un livre intitulé *No Other Choice* dans lequel il dévoilait des informations dont il avait eu connaissance en tant qu’espion au service de Sa Majesté, informations couvertes par l’obligation de confidentialité fondée sur le contrat. L’avocat général ouvrit action contre *Blake* et contre son éditeur en paiement d’une partie des honoraires dus à Blake. Il obtint gain de cause devant la House of Lords du Royaume-Uni en 2000, malgré le fait que la Couronne n’avait subi aucun dommage. Cette décision accordant à la victime d’une violation contractuelle pure (sans *tort*) une partie du profit réalisé (*disgorgement of profits*) admet une exception au principe général excluant la

20 CHAPPUIS Christine, “La remise du gain : les temps sont mûrs”, in WERRO, *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne (Stämpfli) 2002, p. 51 ss, 52 ss.

21 BOCK Anne-Florence, *Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung : Eine rechtsvergleichende Untersuchung der vertraglichen Vorteilsherausgabe unter Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und englischen Rechts* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, vol. 99), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010, N 92 ; SCHMID Jörg, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich (Schulthess) 1993 (cité : ZK-SCHMID).

22 HÉRITIER LACHAT ANNE, in THÉVENOZ/WERRO (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (art. 1-529 CO), Genève, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2003, CO 423 N. 5 (cité : CR CO I-HÉRITIER LACHAT). ATF 126 III 69 consid. 2b (acte d’usurpation).

23 Cette exigence est largement admise même si elle n’est pas incontestée : TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G./CONUS Damien, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Genève, etc. (Schulthess) 2009, N 6045 et 6046 (pour la controverse). La preuve de la mauvaise foi incombe à la victime (art. 3 CC).

24 *Attorney General v Blake* [2000] 4 All ER 385.

restitution du gain en cas de violation d'un contrat. Elle a été applaudie, mais également critiquée du fait que les cas dans lesquels une telle exception se justifie n'ont pas été clarifiés²⁵.

- Un colloque récent sur le thème de “*Contract Damages*” réserve une place importante à cette question, nouvelle pour les juristes de *common law*, ainsi qu'en témoignent notamment les contributions consacrées aux *restitutionary damages* et *gain-based damages*²⁶. Celles-ci examinent de manière critique comment mettre en œuvre le moyen exceptionnel, “inventé” par la House of Lords au bénéfice de la victime d'une violation contractuelle, tendant à la remise du gain réalisé par l'auteur de la violation.

L'on examinera ci-après les prétentions en remise du gain découlant d'un acte de corruption dont la victime peut se prévaloir contre le corrompu, voire contre le corrupteur.

A. Prétention en remise du gain contre le corrompu

Le corrompu réalise un gain correspondant au pot-de-vin qu'il a perçu. Ce gain est le résultat d'un comportement constitutif de corruption de sa part. Pour que la remise du gain puisse être envisagée sur le fondement général de l'art. 423 CO, ce comportement doit correspondre à un acte de gestion d'affaires au sens de cette disposition. La définition du comportement entraînant l'obligation de restituer le gain est vivement discutée à l'heure actuelle²⁷. Alors que l'on a pu croire que l'atteinte à un droit subjectif absolu suffisait (droits réels, droit de propriété immatérielle, droits

²⁵ Cf. CHAPPUIS Christine, “Violation contractuelle et remise du gain”, in GAUCH/WERRO/PICHONNAZ, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, etc. (Schulthess) 2008, p. 153 ss, 161 s. et réf. cit.

²⁶ Voir l'ouvrage édité par SAIDOV Djakhongir et CUNNINGTON Ralph sous le titre *Contract Damages, Domestic and international perspectives* (Oxford-Portland, Oregon [Hart Publishing] 2008), qui compte en particulier les contributions suivantes : WADDAMS Stephen, “Gains Derived from Breach of Contract : Historical and Conceptual Perspectives” (p. 187 ss) et CUNNINGTON Ralph, “The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract” (p. 207 ss).

²⁷ Voir les analyses de BÜRGI-WYSS Alexander Christoph, *Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag* (Zürcher Studien zum Privatrecht, vol. 191), Zurich, etc. (Schulthess) 2005, p. 182 ss ; Bock (n. 21), N 100 ss.

de la personnalité²⁸) et hésiter sur l'atteinte à un droit relatif fondé sur un contrat²⁹, la discussion semble davantage se concentrer sur le contenu du droit violé. Seul un droit attribuant à son titulaire une position d'exclusivité (*Zuweisungsgehalt*) entrerait en considération du point de vue de la remise du gain³⁰. Il faut bien entendu réserver les cas où la remise du gain est spécialement prévue, comme en matière de concurrence déloyale (art. 9 al. 3 LCD), dans une situation où la victime n'est pas nécessairement titulaire d'un droit subjectif. L'on parlera alors d'atteinte à une position juridiquement protégée dont peut résulter un gain à restituer selon l'art. 423 al. 1 CO.

Dans la conception plus large (que l'on pourrait qualifier de romande), l'acte d'immixtion ou d'usurpation caractéristique de la gestion "imparfaite" visée à l'art. 423 CO est réalisé aussi bien en cas d'atteinte aux droits subjectifs (absolus ou relatifs) de la victime que d'atteinte à une position juridiquement protégée, lorsque l'auteur retire un profit d'une telle atteinte³¹. Le critère de l'attribution exclusive conférée par le droit ne suffit pas à expliquer pourquoi la remise du gain est admise dans certains cas, refusée dans d'autres, et n'est dès lors pas convainquant. L'auteure des présentes lignes a ainsi suggéré ailleurs que la condition de la causalité entre l'acte d'immixtion et le gain pouvait permettre de tracer la limite entre les cas dans lesquels la restitution du gain est justifiée et ceux dans lesquels elle ne l'est pas³². Quant à la jurisprudence, elle n'a pas pris un parti définitif : certaines décisions suivent la définition large³³, une autre laisse la

²⁸ L'art. 28a al. 3 CC renvoie à la remise du gain selon les règles sur la gestion d'affaires.

²⁹ Par exemple, ZK-SCHMID (n. 21), CO 423 N 13 ss.

³⁰ Récemment, BOCK (n. 21), N 101 ss, dans une analyse essentiellement fondée sur la doctrine allemande ; dans le même sens, notamment WEBER Rolf H., in HONSELL/VOGT/WIEGAND (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-520 CO, 4^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007 (cité : BSK OR I-WEBER), CO 423 N 6 et réf. cit. Voir aussi l'arrêt non publié du Tribunal fédéral, 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, qui sera examiné ci-après (III.).

³¹ CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 5 ; TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6030 ss, 6039 ss ; CHAPPUIS (n. 25), p. 155.

³² CHAPPUIS (n. 25), p. 167 ss.

³³ ATF 126 III 69 consid. 2a et b : la sous-location conclue en violation d'un contrat de bail est considérée comme une gestion d'affaires imparfaite obligeant le locataire (sous-bailleur) à restituer au bailleur le montant du sous-loyer parce que "ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte (Eingriff) aux droits réels d'autrui (utilisation sans droit de la chose d'autrui) ; il l'est aussi en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (TERCIER, op. cit., n. 4513 et 4516 ; SCHMID, op. cit., n. 41 et 69 ss ad art. 423 CO)" (ATF cité, p. 72) ; cf. aussi ATF 129 III 422 consid. 4 p. 424.

question ouverte³⁴, alors qu'une décision récente non publiée paraît plus restrictive³⁵.

C'est dans ce contexte non encore définitivement établi qu'il faut se demander si le comportement du corrompu, consistant à solliciter ou à accepter un pot-de-vin afin de favoriser le corrupteur contrairement aux intérêts auxquels le corrompu doit veiller, est constitutif d'un acte de gestion d'affaires imparfaite. La doctrine l'admet généralement, sans véritablement chercher à vérifier la réalisation de la définition retenue dans l'hypothèse d'un acte de corruption³⁶. Pour la conception large (romande), l'on peut admettre sans difficulté que le fait de réaliser un gain (le pot-de-vin) par une atteinte à la sphère protégée de l'autre partie, soit en poursuivant son intérêt propre à recevoir un avantage indu au lieu de veiller à ceux de son partenaire, est constitutif d'une immixtion dans les affaires d'autrui, propre à entraîner l'obligation de restituer les profits. Cette conclusion s'impose dans tous les cas lorsque le comportement du corrompu consiste à solliciter, se faire promettre ou accepter, "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" (art. 4a al. 1 let. b LCD)³⁷. L'art. 9 al. 3 LCD accorde expressément à la victime d'un tel acte une action en "remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires", et ce quelle que soit la définition donnée à la gestion imparfaite³⁸.

Le comportement du corrompu, illicite vu sa contrariété à la LCD, viole aussi le contrat qui, le plus souvent, lie le corrompu à la victime. La mauvaise foi du corrompu est inhérente à l'état de fait de la corruption. Les conditions de l'art. 423 CO seront donc généralement vérifiées en ce qui concerne le pot-de-vin perçu par le corrompu pour favoriser le corrup-

34 L'ATF 133 III 153 consid. 2.4 p. 157 s. (arrêt *Schnyder*), reconnaît l'existence de la controverse sur la définition de l'acte de gestion, mais ne tranche pas du fait que le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC aux règles sur la gestion d'affaires (art. 423 CO) l'en dispense.

35 Tribunal fédéral, 4A_310/2007 du 4 décembre 2007 (voir ci-après III.).

36 Par exemple, *BOCK* (n. 21), N 209 ss; *TERCIER/FAVRE/CONUS* (n. 23), N 6037; *ZK-SCHMID* (n. 21), CO 423 N 84.

37 La corruption passive privée est érigée en infraction pénale par l'art. 23 al. 1 LCD; la pénalisation de la corruption privée a été introduite dans la loi contre la concurrence déloyale afin de mettre en œuvre la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption: RO 2006 2371; FF 2004 6549 (cf. ci-dessus, n. 2).

38 Un raisonnement semblable a été suivi par l'arrêt *Schnyder* (supra, n. 34).

teur en violation des devoirs de celui-là. L'on ajoutera pour terminer que, selon les relations contractuelles existant entre les parties, des dispositions particulières peuvent conduire au même résultat. Ainsi, si les parties sont liées par un contrat de travail, le pot-de-vin doit être restitué sur la base de l'art. 321b CO régissant l'obligation de rendre compte et de restituer du travailleur; si elles le sont par un contrat de mandat, l'art. 400 al. 1 CO fait obligation au mandataire (le corrompu) de restituer tout ce qu'il a reçu du chef du mandat "à quelque titre que ce soit", une formulation large qui englobe assurément le pot-de-vin reçu par le mandataire³⁹.

Il s'ensuit que le corrompu sera tenu à la remise du pot-de-vin perçu en vertu du droit suisse, que ce soit en vertu des règles particulières mentionnées plus haut ou de la norme générale de l'art. 423 CO. Une thèse récente, déjà citée⁴⁰, montre que la remise du gain résultant d'un acte de corruption est également admise par les droits de *common law* sur la base de la théorie du *constructive trust*, ainsi qu'en droit allemand.

B. Prétention en remise du gain contre le corrupteur

Après avoir examiné les prétentions de la victime contre le corrompu, il reste à vérifier quelles sont les prétentions de celle-ci contre le corrupteur. Le corrupteur est celui qui cherche à obtenir un contrat au moyen de l'avantage indu qu'il a offert, promis ou octroyé (corruption active). Si son comportement remplit les conditions de l'art. 4a al. 1 let. a LCD, il est prohibé et donne lieu à la remise du gain sur la base de l'art. 9 al. 3 LCD sans difficultés particulières. Dans les cas non couverts par la LCD, les manœuvres déloyales par lesquelles le corrupteur entre en relation contractuelle avec le partenaire (victime de l'acte de corruption) entachent le processus de conclusion du contrat⁴¹. Par ces manœuvres, le corrupteur viole les devoirs que lui imposent les règles de la bonne foi durant la phase

³⁹ HÉRITIER (n. 3), p. 165; WERRO FRANZ, in THÉVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO), Genève, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2003, CO 400 N 13 (pour la restitution d'un pot-de-vin fondée sur les règles du mandat, art. 400 al. 1 CO); PORTMANN Wolfgang, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-520 CO, 4^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007, CO 321 b N 1 (pour la restitution d'un pot-de-vin fondée sur les règles du contrat de travail, art. 321b al. 1 CO).

⁴⁰ BOCK (n. 21), N 210 ss, 220 et réf. cit.

⁴¹ *Supra*, I.

précontractuelle (art. 2 CC)⁴². Ce faisant, il intervient sans droit dans la sphère juridique protégée du partenaire et commet un acte d'immixtion qui peut donner lieu à la remise du gain en résultant sur le fondement de l'art. 423 CO, du moins selon la définition large soutenue ici⁴³.

La question de savoir quel est le gain réalisé par le corrupteur au moyen des manœuvres déloyales à l'origine du contrat subséquent est délicate. En effet, le corrupteur exécute les prestations promises contre la rémunération prévue par le contrat (subséquent). Celle-ci résulte – en apparence – de sa propre activité, ou de celle de son entreprise. Toutefois, l'activité en question est la conséquence d'un acte de corruption. Si l'on considère que le contrat n'aurait pas été obtenu sans le versement d'un pot-de-vin ou ne l'aurait pas été aux mêmes conditions, l'on peut en conclure que la rémunération du corrupteur trouve, pour partie au moins, son origine dans l'acte d'immixtion (corruption). La condition de la causalité⁴⁴ entre l'acte d'immixtion et le gain permet de distinguer la part de la rémunération correspondant au coût lié à l'exécution du contrat subséquent. La proposition de la présente contribution est de prendre en considération le gain net⁴⁵, soit la marge bénéficiaire du contrat subséquent, comme objet de la prétention en remise du gain en vertu de l'art. 423 CO. Cela signifie que si le corrupteur travaille à perte, il n'aura aucun gain à délivrer à la victime. Sans être impossible, le calcul des profits peut se révéler délicat, en particulier du fait que le débiteur (corrompu ou corrupteur) détient la preuve des coûts de l'exécution à déduire du gain brut. L'application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO est unanimement admise⁴⁶.

Il suit des développements qui précèdent que le gain réalisé par le corrompu (pot-de-vin), tout comme la marge bénéficiaire du corrupteur, sont susceptibles de restitution au partenaire en vertu de l'art. 423 CO interprété de manière large.

42 CR CC I-CHAPPUIS (n. 18), CC 2 N 20 ss et réf. cit.

43 *Supra*, n. 31.

44 *Supra*, n. 32.

45 Selon la doctrine dominante, la restitution est limitée au gain net (par ex., BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14; TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6056 ss), malgré le fait que ce raisonnement est contraire au traitement séparé de la prétention du maître en remise du gain prévue par l'art. 423 al. 1 CO et de la prétention du gérant en remboursement de ses impenses fondée sur l'art. 423 al. 2 CO (CR CO I-HÉRITIER LACHAT [n. 22], CO 423 N 19).

46 ATF 133 III 153 consid. 3.5 (arrêt *Schnyder*). TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6059; CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 22; BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 15.

C. Quelques observations

Quelques remarques s'imposent à ce stade. En premier lieu, il convient de se demander quels sont les rapports entre la prétention en remise du gain et les autres prétentions que peut faire valoir la victime de la corruption. Alors que, par le passé, la jurisprudence considérait que la réparation du dommage et la remise du gain s'excluaient mutuellement⁴⁷, il est aujourd'hui largement admis que le créancier peut demander cumulativement l'indemnisation du dommage et la remise du gain pourvu que les deux prétentions visent des valeurs économiques différentes, donc reposent sur des faits différents, et que les conditions de chaque prétention soient par ailleurs réalisées⁴⁸. Dans un contexte de corruption, cela signifie, par exemple, que le partenaire pourra réclamer au corrupteur tant la marge bénéficiaire réalisée par celui-ci (art. 423 CO) que l'indemnisation du dommage causé par une mauvaise exécution du contrat (art. 97 CO).

En second lieu, il convient de s'interroger sur la justification de la remise du gain dans un contexte de corruption. L'objectif de la remise du gain n'est pas de compenser un dommage subi par la partie lésée, mais de retirer au corrupteur ou au corrompu les bénéfices de l'acte de corruption. La maxime voulant que "bien mal acquis ne profite pas" (*das Unrecht soll sich nicht lohnen*) est invoquée comme justification de la remise du gain⁴⁹. La possibilité de retirer au corrupteur comme au corrompu les avantages résultant pour eux de l'acte de corruption est susceptible d'exercer un effet préventif particulièrement intéressant dans ce domaine. L'idée n'est pas de punir celui qui réalise un gain illégitime – le droit pénal s'en charge pour autant qu'une infraction soit réalisée – mais d'éviter que le gain réalisé au moyen d'une immixtion dans la sphère protégée d'une partie ne reste acquis à l'auteur de cette immixtion.

Un but proche – et ce sera le troisième point – est assigné aux règles pénales sur la confiscation qui permettent d'assurer que "le crime ne paye

⁴⁷ ATF 97 II 178.

⁴⁸ TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6064 ss; BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14. Voir aussi l'ATF 133 III 153 consid. 2.5 (arrêt *Schnyder*), dont le raisonnement est difficile à suivre : TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6067; CHAPPUIS (n. 25), p. 156.

⁴⁹ HOFSTETTER Joseph, "Der Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag", in *Schweizerisches Privatrecht VII/6*, Bâle, etc. (Helbing) 2000, p. 247; ZK-SCHMID (n. 21), CO 423 N 93; CHAPPUIS (n. 25), p. 169.

pas” (art. 70 CP)⁵⁰. Toutefois, ces règles s’effacent devant le droit privé puisque l’art. 70 al. 1 *in fine* CP fait exception à la confiscation si les valeurs confisquées doivent “être restituées au lésé en rétablissement de ses droits”. Celui qui demande la remise des gains n’est pas un “lésé” à proprement parler, puisque la prétention en remise du gain ne s’intéresse pas à la diminution patrimoniale de l’un, mais à l’augmentation injustifiée de l’autre. Toutefois, en vertu de la subsidiarité du droit pénal, la solution privée (remise du gain selon l’art. 423 CO) mériterait de l’emporter sur la confiscation pénale (art. 70 CP)⁵¹.

En dernier lieu, il peut arriver que le partenaire du corrupteur ait connaissance du pot-de-vin versé en vue de la conclusion du contrat au corrompu (son employé, partenaire, agent, etc.). L’on peut alors hésiter sur la question de savoir s’il convient, malgré tout, d’accorder au partenaire la remise du gain réalisé par le corrupteur ou par le corrompu. Une application par analogie de l’art. 44 al. 1 CO qui permet de réduire l’indemnité due au lésé pour faute concomitante pourrait fournir la base d’une solution tenant compte des circonstances et de la situation particulière des parties.

III. Une illustration tirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Du point de vue du droit des contrats, la corruption n’est qu’une partie d’un ensemble plus vaste, celui de la violation de l’obligation de diligence et de fidélité incombant à la partie (corrompue) qui est en position de prendre une décision – ou d’influencer la prise de décision – en faveur du corrupteur. La situation générale est celle d’une trahison des intérêts que l’on est censé promouvoir⁵². L’on examinera, à la faveur d’un arrêt non publié du Tribunal fédéral rendu en 2007⁵³, si la remise du gain est une sanction adé-

50 HURTADO POZO José, *Droit pénal, Partie générale*, Genève, etc. (Schulthess) 2008, p. 528 ; STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2006, N 86.

51 SCHMID Niklaus, in SCHMID (édit.), *Kommentar : Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2007, CP 70-72 N 15, 19, semble aller dans ce sens.

52 Voir, HÉRITIER (n. 3), p. 2.

53 Arrêt du TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007 (annexé à la fin de la présente contribution).

quate d'un comportement violant la confiance d'un agent qui profite de sa position au sein d'une entreprise pour conclure des affaires à son propre profit.

A. L'état de fait

Y, employé en qualité de chef de projet par la société X depuis 1997, était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés. Il pouvait proposer le prestataire de service avec lequel il souhaitait travailler. La décision d'attribuer le mandat incombait à la direction du département concerné. Une clause du contrat stipulait que Y s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit. En 1999, Y s'engagea à respecter le code éthique de la société X, en particulier à éviter les conflits d'intérêts (interdiction de prendre une participation chez un fournisseur, client ou concurrent; interdiction d'accepter une nomination en qualité d'administrateur, directeur ou autre au sein d'un organisme extérieur sans autorisation préalable; obligation d'annonce d'intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent).

Par la suite, Y devint actionnaire unique de la société Z qu'il avait reprise dans le but de faire accorder à cette dernière des mandats par la société X, son employeur. Un homme de paille de Y assumait la charge d'administrateur. La société X était l'unique cliente de la société Z. Y n'informa pas son employeur de ses intérêts dans la société Z. Les projets informatiques confiés à la société Z furent réalisés pour un montant supérieur à 3,4 millions de francs. L'employeur de Y exprima sa satisfaction au sujet des projets réalisés et accorda à Y un bonus évalué à 85% des projets dont il s'était occupé. Peu après, Y fut inculpé de gestion déloyale et son contrat de travail résilié avec effet immédiat.

B. Le litige et sa solution

L'employeur (société X) réclama à la société Z et à Y un montant correspondant à la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par la société Z et les charges estimées de cette dernière. Le Tribunal fédéral confirma l'irrecevabilité de la demande formée devant le Tribunal des prud'hommes

en tant qu'elle concernait la société Z. Concernant la prétention en dommages-intérêts fondée sur l'art. 321e CO, le Tribunal fédéral, tout en admettant que Y avait violé son devoir de fidélité contractuel en taisant ses relations avec la société Z, nia tout dommage du fait de l'absence de toute surfacturation des prestations de Z⁵⁴. Il retint en particulier que le gain réalisé par la société Z ne représentait pas une perte pour la société X. L'arrêt n'est pas critiquable sur ce point.

En revanche, l'arrêt est critiquable dans son considérant sur la remise du gain en vertu de l'art. 423 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral commence par en rappeler les conditions⁵⁵:

Contrairement à la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste), qui est effectuée dans l'intérêt du maître (art. 422 CO), la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) est entreprise dans l'intérêt du gérant; le maître a le droit de s'approprier les profits qui en résultent (art. 423 al. 1 CO). L'élément qui caractérise la gestion imparfaite est la volonté du gérant de s'immiscer dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire, par un acte d'usurpation. Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (ATF 126 III 69 consid. 2a p. 72); ainsi, une sous-location non autorisée par le contrat de bail constitue une gestion imparfaite par le locataire des affaires du bailleur (ATF 126 III 69 consid. 2b p. 73). *En cas de violation pure d'un contrat (reine Vertragsverletzung), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est attribué exclusivement à son cocontractant par l'ordre contractuel* (Schmid, Zürcher Kommentar, n. 77 ad art. 423 CO). Il convient de préciser enfin que l'art. 423 CO ne s'applique que si le gérant est de mauvaise foi (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425; 126 III 69 consid. 2a p. 72, 382 consid. 4b/aa p. 384).

Lorsqu'il applique ces principes à l'état de fait, le Tribunal fédéral retient ce qui suit⁵⁶:

En l'espèce, *on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante*. En proposant de recourir aux services d'une société informatique tierce, l'intimé a agi dans le cadre de son contrat de travail, puisqu'il était chargé de mener à bien des projets avec l'aide d'autres informaticiens et qu'il pouvait

⁵⁴ Arrêt cité, consid. 6.

⁵⁵ Arrêt cité, consid. 7.1 (caractères italiques ajoutés).

⁵⁶ Arrêt cité, consid. 7.2 (caractères italiques ajoutés).

présélectionner l'entreprise avec laquelle il souhaitait travailler. Quant à l'engagement d'informaticiens par Z., il s'agit d'un acte qui est hors de la sphère juridique de la recourante. On ne voit pas comment, en choisissant lesdits informaticiens qui n'étaient liés qu'à sa société, l'intimé aurait empiété sur le patrimoine de la recourante; le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître. Faute d'immixtion ou d'acte d'usurpation de la part de l'intimé, une gestion d'affaires imparfaite n'entre pas en ligne de compte en l'occurrence, comme la cour cantonale l'a bien vu. En conséquence, le grief tiré de la violation de l'art. 423 al. 1 CO est mal fondé.

C. Une appréciation critique

Sachant que la remise du gain selon l'art. 423 al. 1 CO est soumise à quatre conditions⁵⁷ – à savoir un “acte d'immixtion”, un gain, en lien avec l'acte d'immixtion, la mauvaise foi du gérant – la question est de savoir si un acte d'immixtion peut être reproché au travailleur Y à l'encontre de son employeur, la société X. Cette question centrale est rapidement balayée par les mots mis en évidence ci-dessus: “on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante”. En vain? La société X est pourtant titulaire de “droits protégés”, ceux découlant du contrat de travail – dont le code d'éthique accepté par le travailleur fait partie intégrante. Ce contrat interdit les conflits d'intérêts et fait obligation au travailleur d'annoncer les intérêts qu'il détiendrait notamment dans des sociétés de fournisseurs. Y n'avait pas la compétence de décider de l'attribution des contrats, mais celle de faire des propositions acceptées par la direction du département. Confiance lui était faite de rechercher les solutions les meilleures pour la société, en terme de prix et d'adéquation aux besoins de la société. La position de Y comme actionnaire unique et administrateur de la société fournissant les services informatiques jette un soupçon sur les propositions faites par Y, même agréées par la direction. C'est précisément pour éviter de tels doutes que le code de déontologie prévoit l'interdiction de conclure des opérations avec un organisme auquel l'employé est lié de quelque manière que ce soit sans autorisation préalable de l'employeur. Il s'ensuit que les droits de l'employeur X, “protégés” par le contrat de travail, ont été clairement violés par le travailleur Y du fait

⁵⁷ Voir *supra*, n. 22 et 23, et les développements du point II.A.

que celui-ci est devenu actionnaire unique et administrateur d'une société fournissant des services informatiques à l'employeur X, fournisseur dont X était l'unique client.

L'on peut se poser la question de savoir si le comportement contraire au contrat du travailleur Y était également constitutif d'un acte illicite. Dans le présent litige opposant une société privée à son employé, il n'est pas question de corruption d'un agent public; les dispositions du Code pénal sur la corruption sont donc inapplicables. Y, l'employé de X, n'a pas non plus accepté un avantage indu proposé par la société Z pour attribuer à cette dernière les contrats en matière informatique, raison pour laquelle les règles de la LCD sur la corruption active et passive privée (art. 4a LCD) sont, elles aussi, inapplicables. En revanche, Y a bel et bien accompli un acte en relation avec son activité au service de X, en violant les devoirs qui lui incombaient en vertu du contrat de travail. Tenu en vertu de celui-ci de veiller sur la gestion des intérêts pécuniaires de la société X, l'employé Y a adopté un comportement violant ces devoirs et porté atteinte à l'intérêt de X à ce que les mandats informatiques soient confiés à un partenaire extérieur fiable, et non à une société dominée par son employé qui poursuivait son propre intérêt au lieu de celui de son employeur. Une poursuite pénale pour gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP a d'ailleurs été ouverte, dont l'issue n'est pas connue. Par ailleurs, l'existence de justes motifs de résiliation n'a pas été contestée en instance d'appel, ni remise en cause par le Tribunal fédéral. Le comportement de Y peut donc être considéré comme étant à la fois contraire au contrat et illicite – alors même que l'illégalité au sens de l'art. 41 CO n'est pas une condition nécessaire de la remise du gain.

La décision du Tribunal fédéral rejetant les prétentions de l'employeur X a, dès lors, de quoi surprendre. Une lecture attentive révèle qu'elle se fonde sur une restriction (difficilement décelable à l'œil nu) de la définition donnée à la gestion imparfaite, tirée par l'ATF 126⁵⁸. Alors

⁵⁸ ATF 126 III 69, 72 consid. 2a: "Il est généralement admis que l'art. 423 al. 1 CO s'applique à la gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi. La gestion d'affaires est qualifiée d'imparfaite lorsqu'elle est entreprise non dans l'intérêt du maître, mais dans celui du gérant ou d'un tiers. Elle est dite "de mauvaise foi" lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire. Le gérant agit de manière illicite; il commet un acte d'usurpation (*Geschäftsannassung*; cf., parmi d'autres: TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., n. 4510 et 4511; JÖRG SCHMID, *Commentaire zurichois*, n. 13 ss et 36 ad art. 423 CO).

que cette dernière décision fondamentale avait admis qu'une atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui par la violation d'une obligation ou d'une interdiction constituait un acte d'usurpation visé par l'art. 423 CO, le Tribunal fédéral introduit ici une limitation : "En cas de violation pure d'un contrat (*reine Vertragsverletzung*), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est *attribué exclusivement* à son cocontractant par l'ordre contractuel"⁵⁹. L'on reconnaît la définition restrictive soutenue par une partie de la doctrine⁶⁰. En rupture par rapport à la jurisprudence antérieure, la restriction est de taille. Elle conduit, au considérant 7.2, à considérer que "le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître". Sans le dire, les juges prennent position dans la controverse relative à la définition de l'acte de gestion (*im-mixtion*) abordée plus haut⁶¹ et rejettent la prétention en remise du gain invoquée par l'employeur X sur cette base.

S'il est indéniable que le choix du fournisseur de prestations informatiques était de la compétence de l'employeur X, la décision était préparée par l'employé Y. Celui-ci, abusant de la position de confiance dont il jouissait auprès de son employeur, proposait les services de la société dont il était actionnaire unique en violation des règles déontologiques auxquelles il avait souscrit. Y tirait un gain (indirect) de l'opération puisque, en tant qu'actionnaire unique de la société à laquelle les mandats informatiques de X étaient confiés, il avait droit aux dividendes de la société. Le gain est défini de manière large comme tout avantage économique tiré de la gestion⁶². Le fait que le gain de Y soit indirect⁶³ ne devrait pas faire obstacle

Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte (*Eingriff*) aux droits réels d'autrui (utilisation sans droit de la chose d'autrui) ; il l'est aussi en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (TERCIER, *op. cit.*, n. 4513 et 4516 ; SCHMID, *op. cit.*, n. 41 et 69 *ss ad art.* 423 CO)."

⁵⁹ Arrêt cité, consid. 7.1 *in fine* (caractères italiques ajoutés).

⁶⁰ Voir *supra*, n. 30. Il est piquant de noter que la décision citée omet les références que faisait l'ATF 126 III 69, 72, à la seconde édition de l'ouvrage de P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, N 4513 et 4516, aux passages reflétant une définition large de la gestion imparfaite.

⁶¹ Voir *supra*, II.B.

⁶² Cf. arrêt *Schnyder*, cité *supra* n. 34. BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14 ; BÜRGI-WYSS (n. 27), p. 226 s.

⁶³ Dans ce sens, TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6054 ; CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 18.

à la remise du gain à la société X dont les droits “protégés” par le contrat de travail et le code d’éthique ont été violés de manière claire. La conception étroite suivie par le Tribunal fédéral dans cette décision est critiquable tant par sa définition de l’acte d’usurpation, en rupture avec la jurisprudence antérieure, que par son résultat. Et risquerait de faire obstacle à la remise du gain dans un contexte de corruption, dans les cas où les dispositions de la LCD ne trouveraient pas application.

IV. Conclusion

Ce rapide survol de quelques moyens offerts par le droit privé pour lutter contre la corruption montre un arsenal classique adaptable sans difficulté aux caractéristiques du phénomène: la nullité de la promesse de pot-de-vin, l’annulabilité du contrat subséquent et l’indemnisation du dommage peuvent être fondées sur le droit existant. Les premières dispositions de la Convention n° 174 du Conseil de l’Europe (art. 1 à 8) ne nécessiteraient donc aucune transposition particulière en droit suisse.

Le droit privé suisse, également acquis à l’idée que “bien mal acquis ne profite jamais – *das Unrecht soll sich nicht lohnen*”, permet d’aller plus loin que l’indemnisation des dommages. La remise du gain réalisé grâce à un acte de corruption (active ou passive) est prévue expressément pour les hypothèses de corruption privée tombant sous le coup de la loi contre la concurrence déloyale (art. 4a et 9 al. 3 LCD). La victime d’un acte de corruption réprimé par la LCD n’est donc pas limitée à l’indemnisation des dommages, une solution particulièrement bienvenue lorsqu’elle n’a pas subi de dommage réparable ou ne parvient pas à prouver celui-ci. Pour les situations non visées par cette loi, une définition large de l’acte d’immixtion justifiant la remise du gain permettrait d’exercer le même effet dissuasif dans le cas où une partie réalise un gain en poursuivant ses intérêts personnels au lieu de veiller sur ceux du cocontractant.

ANNEXE

Tribunal fédéral

4A_310/2007

Arrêt du 4 décembre 2007
I^{re} Cour de droit civil

Composition
MM. et M^{me} les Juges Corboz, Président, Klett et Kolly.
Greffière : M^{me} Godat Zimmermann.

Parties
X. _____ SA,
recourante, représentée par M^e Matteo Pedrazzini,

contre

Y. _____,
Z. _____ SA,
intimés, représentés par M^e Mauro Poggia.

Objet
contrat de travail ; obligation de restitution et responsabilité du travailleur ; gestion d'affaires imparfaite,

recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 14 juin 2007.

Faits :

A.
X. SA (ci-après : X.) a pour but la fourniture de services, notamment en matière

Par contrat du 21 mars 1997, cette société a engagé Y. en qualité de chef de projet à la division Informatique et Télécommunication (IT) à partir du 1^{er} juin 1997. Le dernier salaire annuel brut de l'informaticien s'élevait à 140 088 fr. Une clause du contrat stipulait que le collaborateur s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit de son chef hiérarchique ou du chef de la division des ressources humaines.

Le 25 octobre 1999, Y. a confirmé par écrit avoir reçu, lu et compris le code d'éthique élaboré en août 1999 par X. et s'est engagé à le respecter. Sous la rubrique "Conflits d'intérêts", ce document prévoyait notamment que "tout salarié s'interdira d'acquiescer, directement ou par l'intermédiaire de parents, d'amis ou d'intermédiaires, une participation chez un fournisseur, un client ou un concurrent d'une société du Groupe (...); qu' "aucun salarié n'acceptera une nomination en qualité d'administrateur, de directeur ou de cadre ou un poste similaire au sein d'un organisme extérieur au Groupe sans y avoir été autorisé au préalable"; que "tout salarié s'interdira d'effectuer une quelconque opération concernant la Société avec un membre de sa famille ou avec un particulier ou un organisme auquel lui-même ou sa famille est lié de quelque manière que ce soit"; enfin, que "l'employé qui posséderait des intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent à la date d'entrée en vigueur de ce Code ou qui acquerrait involontairement de tels intérêts (...) sera tenu d'en faire la déclaration au Directeur chargé de la Conformité."

Y. était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés. Il pouvait proposer le prestataire avec lequel il souhaitait travailler. L'attribution de mandats à une entreprise externe relevait toutefois de la compétence de la direction du département concerné. Y. n'avait pas non plus le pouvoir d'engager financièrement X. En tant que chef de projet, il lui appartenait de s'assurer que la facture correspondait aux prestations fournies. Il transmettait ensuite le document à son supérieur, qui le signait dans les limites de sa compétence, après avoir vérifié que les délais et le budget avaient été respectés. La facture était finalement envoyée au service financier, pour contrôle ultime et règlement.

X., dont le département IT avait subi de nombreuses restructurations, recourait régulièrement à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques. Une telle solution s'imposait en cas de besoins ponctuels pour lesquels les ressources internes étaient insuffisantes. Le recours à des sous-traitants était particulièrement intense au tournant de l'an 2000.

C'est ainsi que, de septembre 1999 à décembre 2000, X. a mandaté Z. SA (ci-après : Z.), dont le but est notamment la fourniture de services et de conseils dans le domaine informatique. Y. a repris cette société en 1999 dans le but qu'elle se fasse octroyer des mandats par X.; il en est l'actionnaire unique. A l'époque des faits litigieux, A. était administrateur de la société; il fonctionnait en réalité comme "homme de paille" pour Y. L'épouse de celui-ci s'occupait de la comptabilité de l'entreprise. La société disposait de locaux propres. Elle avait six salariés en 1999 et une petite dizaine en 2000. Y. en personne a recherché, reçu et engagé les informaticiens. Ceux-ci étaient liés à Z. par un contrat de travail comprenant une clause de non-concurrence de trois ans, qui leur interdisait d'entrer au service d'un client de la société sans l'autorisation expresse de l'employeur. Y. n'a jamais informé X. de ses intérêts dans Z.

Pour l'ensemble des mandats, Z. a facturé à X., qui était son unique cliente, un montant total de 3 472 541 fr., soit 551 529 fr. en 1999 (16 factures) et 2 876 014 fr. en 2000 (98 factures). A l'époque, X. n'a émis aucune contestation à propos des prestations ou de la facturation de Z. Y. a reçu fréquemment des félicitations pour la réalisation de ses projets informatiques.

Le 17 mars 2001, l'employeur a informé Y. que son bonus, basé sur la performance, avait été évalué à 85% pour les projets dont il s'était occupé en 2000.

Le 14 décembre 2000, X. avait déposé une plainte pénale contre B., supérieur de Y., lequel a été inculpé de gestion déloyale. Dans le cadre de cette procédure, le juge d'instruction a également inculpé Y. du même chef d'accusation en mars 2001, puis d'escroquerie en mars 2006. La procédure pénale est toujours pendante.

Le 3 avril 2001, l'employeur a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de l'informaticien. Selon le décompte final établi le même jour, X. devait à Y. un montant de 17 482 fr. à titre de salaire, treizième salaire et solde de vacances. L'employé a contesté son licenciement immédiat, faisant valoir que son activité avait été exclusivement génératrice de profits pour X.

Par déclaration du 26 novembre 2001, Y. a renoncé à se prévaloir de la prescription pour toutes les prétentions que X. pourrait invoquer à son encontre.

Entre février 2002 et septembre 2004, X. a introduit plusieurs poursuites contre Z. pour un montant total de 3 472 541 fr. plus intérêts. La poursuivie a formé opposition à chaque fois.

B.

Par demande du 4 mars 2005 déposée devant la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, X. a assigné Y. et Z., conjointement et solidairement, en paiement de dommages-intérêts pour un montant de 1 389 016 fr. plus intérêts à 5% dès le 14 décembre 2000. Elle a également conclu à la levée de l'opposition formée par Z. au dernier commandement de payer notifié à cette société. La somme réclamée correspond, selon l'employeur, à la marge bénéficiaire dégagée par Z. et Y. sur les affaires réalisées avec X., soit le 40% de 3 472 541 fr.

Y. et Z. ont conclu à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement à son rejet. Ils faisaient valoir notamment que la juridiction des prud'hommes n'était pas compétente pour connaître des prétentions dirigées contre Z., ni pour examiner le grief de X. fondé sur la gestion d'affaires. Y. a également déposé une demande reconventionnelle, tendant à la délivrance d'un certificat de travail ainsi qu'au paiement d'un montant de 527 580 fr. 15 plus intérêts, englobant son salaire jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat de travail, une indemnité pour résiliation abusive, des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral.

X. a conclu au rejet de la demande reconventionnelle. Elle reconnaissait toutefois devoir la somme de 17 482 fr. à Y., mais invoquait compensation avec ses propres prétentions. Par ailleurs, elle a amplifié ses conclusions, réclamant finalement le paiement de 2 497 964 fr. 65, soit la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par Z. grâce à X. (3 413 846 fr. 25) et les charges estimées de la société (1 201 563 fr. 50) [sic].

Par jugement du 3 novembre 2006, le Tribunal des prud'hommes a déclaré la demande irrecevable en tant qu'elle visait Z. Sur le fond, il a condamné X. à payer à Y. la somme brute de 17 482 fr. plus intérêts à 5% dès le 30 juin 2001 et à lui faire parvenir dans les quinze jours un certificat de travail détaillé. En substance, le tribunal a jugé que le manquement du travailleur à ses obligations contractuelles n'avait causé aucun dommage à l'employeur de sorte que la responsabilité du défendeur au sens de l'art. 321e CO n'était pas engagée. Par ailleurs, il a considéré le licenciement immédiat comme justifié, de sorte que l'employeur ne restait devoir au travailleur que le montant de 17 482 fr. résultant du décompte d'avril 2001.

Statuant le 14 juin 2007 sur appel de X. et appel incident de Y., la Cour d'appel des prud'hommes a déclaré irrecevable l'appel incident, faute de paiement à temps de l'émolument d'introduction et, pour le surplus, a confirmé le jugement de première instance.

C.

X. interjette un recours en matière civile. A titre principal, elle demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt cantonal, puis de déclarer la demande recevable en tant qu'elle vise Z., de condamner Y. et Z. solidairement à lui payer 2 497 964 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 14 décembre 2000 et de lever définitivement l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° ... ; la recourante conclut également à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle reconnaît devoir à Y. la somme de 17 482 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 juin et à ce qu'il soit dit que cette dette est éteinte par compensation. A titre subsidiaire, elle demande l'annulation de l'arrêt attaqué et le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La recourante a également déposé une requête d'effet suspensif. Par ordonnance présidentielle du 27 septembre 2007, l'effet suspensif a été accordé au recours. Dans leur mémoire de réponse commun, Y. et Z. concluent au rejet du recours.

Invitée à prendre position sur le recours, la Cour d'appel des prud'hommes s'est référée aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit :

1.

1.1 Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un jugement final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire de droit du travail dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15 000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

1.2 Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués ; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

1.3 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). L'auteur du recours ne peut critiquer les faits que si ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97 al. 1 LTF ; cf. également art. 105 al. 2 LTF) ; de plus, la correction du vice doit être propre à influencer le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). La notion de "manifestement inexacte" correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, in FF 2001, p. 4000 ss, spécialement p. 4135).

La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception à l'art. 105 al. 1 LTF seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (cf. ATF 130 III 138 consid. 1.4 p. 140 ; cf. également ATF 133 III 350 consid. 1.3). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

1.4 Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 2 LTF).

2.

A titre liminaire, il convient de cerner le litige opposant les parties. La recourante a ouvert action contre les deux intimés en faisant valoir l'identité économique parfaite entre l'un et l'autre ; à l'appui de ses conclusions à l'égard des deux défendeurs devant la Cour d'appel, elle invoquait des dispositions sur le contrat de travail (art. 321b et 321e CO) ou sur la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO). Ainsi, la recourante n'a, en particulier, pas recherché Z. séparément en enrichissement illégitime, en se prévalant du dol qui aurait entaché la conclusion des mandats confiés à cette société et d'une éventuelle invalidation desdits contrats (cf. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., p. 343). Ceci posé, il y a lieu d'examiner les critiques formulées dans le recours.

3.

3.1 Selon l'arrêt attaqué, la juridiction des prud'hommes n'est pas compétente pour statuer sur la demande en tant qu'elle est dirigée contre Z., dès lors que cette société n'était pas liée à la recourante par un contrat de travail, mais par des mandats.

Pour la recourante, la cour cantonale a violé le principe de la transparence et fait preuve d'arbitraire dans l'application de l'art. 1 al. 1 de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes (LJP/GE). En effet, Z., dont l'intimé est l'actionnaire unique, n'aurait été qu'une "coquille vide", destinée uniquement à permettre à l'employé de dissimuler à son employeur la véritable identité du consultant informatique mandaté en 1999 et 2000. La recourante est ainsi d'avis que l'attitude de l'intimé constitue un abus de droit et qu'en vertu du principe de la transparence, l'employeur est en droit de diriger ses prétentions à la fois contre l'employé et Z. Au surplus, l'application purement "mécanique" de l'art. 1 al. 1 LJP/GE empêcherait l'employeur victime d'un employé déloyal d'obtenir réparation, ce qui heurterait de manière choquante le sentiment de la justice et serait dès lors arbitraire.

3.2 La Cour d'appel devait examiner si le litige opposant la recourante à Z. relevait de la compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes. Pour trancher cette question, elle a fait application du droit cantonal, soit de l'art. 1 al. 1 let. a LJP/GE. Cette disposition attribue à la juridiction des prud'hommes la compétence de juger les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail. Comme la question litigieuse relève de l'organisation judiciaire cantonale (ATF 122 III 57 consid. 2b in fine), l'auteur du recours peut faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 133 III 462 consid. 2.3 p. 466).

En matière d'interprétation et d'application du droit cantonal, il ne faut pas confondre arbitraire et violation de la loi. Une violation doit être manifeste et reconnue d'emblée pour être considérée comme arbitraire. Le Tribunal fédéral n'a pas

à examiner quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables ; il doit uniquement se prononcer sur le caractère défendable de l'application ou de l'interprétation du droit cantonal qui a été faite. Il n'y a pas arbitraire du fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 133 III 465 consid. 4.4.1 p. 470 ; 132 I 13 consid. 5.1 p. 18 ; 131 I 217 consid. 2.1 p. 219).

3.3 En l'espèce, la recourante ne conteste pas avoir confié à Z. des mandats dans le domaine informatique. Les parties n'étaient donc pas liées par un contrat de travail ; elles ne pouvaient du reste pas l'être, Z. étant une personne morale (Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., n. 3008, p. 433). Or, en l'absence d'un contrat de travail, la cour cantonale pouvait sans arbitraire nier que la compétence de la juridiction des prud'hommes fût donnée au sens de l'art. 1 al. 1 let. a LJP/GE.

Au nom du principe de la transparence, la recourante voudrait toutefois que le "voile soit levé" sur Z., avec laquelle l'intimé ne ferait qu'un. En droit suisse, la société anonyme à actionnaire unique est tolérée ; malgré leur identité économique, la société et l'actionnaire sont traités en principe comme des sujets de droit distincts, avec des patrimoines séparés. Lorsque la bonne foi en affaires l'exige et qu'il s'agit d'éviter de consacrer un abus de droit, la jurisprudence admet toutefois qu'il soit fait abstraction de l'indépendance formelle de la société dans les rapports de celle-ci avec des tiers (principe de la transparence [Durchgriff], déduit de l'art. 2 CC) (ATF 128 II 329 consid. 2.4 p. 333 et les arrêts cités). La règle de la transparence n'est pas un principe de niveau constitutionnel. Par conséquent, il ne saurait être reproché à la Cour d'appel des prud'hommes, appliquant le droit cantonal de procédure, d'avoir violé la Constitution fédérale en refusant d'emblée d'entrer en matière sur la demande dirigée contre la société intimée, quand bien même celle-ci était entièrement dominée par le travailleur recherché parallèlement. En tant qu'il se fonde sur l'art. 2 CC, le moyen est irrecevable. La solution adoptée par les juges genevois n'apparaît pas non plus arbitraire, dès lors que la recourante aurait pu agir contre l'intimée devant les instances ordinaires.

En conclusion, le grief ne peut être que rejeté dans la mesure où il est recevable.

4.

Invoquant l'art. 97 al. 1 LTF, la recourante se plaint de constatations manifestement inexactes sur deux points. Premièrement, elle reproche à la cour cantonale d'avoir retenu que l'employeur ne voulait pas engager de personnel supplémentaire dans son service informatique. Ce fait serait en contradiction avec les déclarations des témoins C., D. et E. Deuxièmement, la recourante fait grief à la Cour d'appel d'avoir omis de mentionner une déclaration de l'intimé, selon laquelle il admettait avoir lui-même proposé à son employeur la mise à disposition des informaticiens de Z.

4.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; 131 I 57 consid. 2, 217 consid. 2.1 ; 129 I 8 consid. 2.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, l'autorité fait montre d'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un moyen de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un tel élément, ou encore lorsqu'elle tire des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 ; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

4.2 Selon l'état de fait de l'arrêt attaqué, la recourante a souvent recouru à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques, en particulier pour répondre à des besoins ponctuels ; la mise en œuvre de sous-traitants était spécialement à la mode au tournant de l'an 2000. Plus loin, l'autorité cantonale relève qu'aucun élément du dossier ne permet de "supposer que l'intimé ait fait en sorte que [la recourante] renonce à engager des employés permanents, afin de favoriser sa propre société." Et la Cour d'appel de citer ensuite le témoignage de C., responsable du centre informatique de l'intimée, qui a déclaré qu'il ne voulait pas engager du personnel supplémentaire dans les années 1998 à 2000 parce que les besoins accrus en ressources humaines n'allaient pas perdurer.

On ne voit pas en quoi les déclarations de trois témoins, dont C., selon lesquelles la recourante engageait parfois des consultants comme employés, seraient de nature à faire apparaître comme arbitraires les constatations de l'arrêt attaqué sur le recours fréquent à des sous-traitants dans le service informatique de la recourante ou sur l'absence d'ingérence de l'intimé dans la question du nombre d'informaticiens "maison". Le moyen tiré de l'art. 97 al. 1 LTF est manifestement mal fondé.

4.3 Il n'est pas aisé de comprendre où la recourante veut en venir avec sa seconde critique dirigée contre l'état de fait. En effet, il ressort des constatations cantonales que l'intimé pouvait présélectionner la société avec laquelle il préférerait travailler et qu'il a, de fait, proposé les services de Z., qu'il avait achetée et réactivée dans le cadre des projets qu'il devait mener pour la recourante. Le grief tombe dès lors à faux.

5.

La recourante critique la cour cantonale pour avoir refusé de lui attribuer, sur la base de l'art. 321b CO, le bénéfice réalisé par Z. Elle invoque à cet égard les avis de doctrine et la jurisprudence obligeant le travailleur à remettre à l'employeur les pots-de-vin et les libéralités dépassant les limites usuelles.

5.1 L'art. 321b CO régit l'obligation de rendre compte et de restitution. Le travailleur doit établir un décompte des sommes d'argent qu'il encaisse pour l'employeur et remettre immédiatement à ce dernier tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle (marchandises, documents, etc.) (art. 321b al. 1 CO). En particulier, le travailleur doit restituer à l'employeur les libéralités excédant ce que l'usage autorise, les pots-de-vin ainsi que les ristournes pratiquées par les fournisseurs. Comme la version allemande de l'art. 321b al. 1 CO le précise textuellement, l'obligation à charge du travailleur porte, logiquement, sur l'argent ou les choses reçus de tiers (Streiff/von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., n. 2 et 3 ad art. 321c CO, p. 143/144 et n. 4 ad art. 321a CO, p. 127; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., p. 61). En outre, le travailleur doit remettre à l'employeur tout ce qu'il produit dans le cadre de son travail (art. 321b al. 2 CO), y compris les plans, les calculs et les esquisses; en effet, le droit au résultat de l'activité professionnelle exercée par le travailleur appartient à l'employeur (Streiff/von Kaenel, *op. cit.*, n. 5 ad art. 321b CO, p. 145; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *op. cit.*, p. 61).

5.2 La situation envisagée en l'espèce n'entre pas dans les prévisions de l'art. 321b CO. Même en admettant qu'il y ait lieu d'assimiler Z. et l'intimé au nom du principe de la transparence rappelé ci-dessus (consid. 3.3), force est de constater que les montants encaissés par la société mandatée ne proviennent pas d'un tiers, mais bien de l'employeur lui-même, qui a payé les services fournis. Le travailleur n'a donc aucune obligation de restitution fondée sur l'art. 321b al. 1 CO. De même, le bénéfice réalisé par Z. grâce aux contrats passés avec la recourante ne saurait être qualifié de production de l'activité professionnelle de l'intimé au sens précis et concret où l'entend l'art. 321b al. 2 CO. Dans ces conditions, la cour cantonale n'a pas méconnu l'art. 321b CO en refusant de faire application de cette disposition dans le cas particulier.

6.

6.1 A lire le recours, la Cour d'appel a violé l'art. 321e CO en niant l'existence du dommage subi par l'employeur à la suite de la déloyauté du travailleur. La recourante s'en prend aux arguments avancés dans l'arrêt attaqué. Ainsi, l'absence de surfacturation des prestations de Z., le fait que les travaux confiés à cette société aient été nécessaires et effectivement réalisés, la qualité des prestations fournies, la mauvaise gestion des ressources humaines par la recourante et le respect des prix du marché seraient des éléments dénués de pertinence pour déterminer si la recourante a subi ou non un préjudice.

En revanche, l'autorité cantonale aurait dû tenir compte du fait que Z. n'apportait aucune valeur ajoutée, se bornant à jouer le rôle d'un placeur de personnel fraîchement qualifié et sans expérience professionnelle significative ; en ce sens, la marge bénéficiaire réalisée par la "société-écran" de l'intimé ne correspondrait à rien. Par ailleurs, si l'intimé avait respecté son obligation de fidélité, la recourante n'aurait pas attribué des mandats à Z. et aurait choisi une solution conforme à ses propres intérêts économiques, n'impliquant pas le versement d'une importante marge bénéficiaire "intercalée" par la société de l'employé ; elle aurait ainsi pu confier des mandats directement aux informaticiens de Z., conclure des contrats de travail à durée déterminée avec les informaticiens en question, voire engager ceux-ci durablement. La recourante ajoute qu'il appartenait à l'intimé de faire observer à la direction le surcoût manifeste lié au recours aux consultants externes.

Dans la foulée, la recourante invoque l'art. 9 Cst. La cour cantonale aurait apprécié les preuves de manière arbitraire en considérant que le bénéfice putatif réalisé par Z. ne correspondait pas au dommage subi par l'employeur.

6.2 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions : un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité adéquate entre ladite violation et le dommage ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence. En l'occurrence, la cour cantonale a reconnu que l'intimé avait violé son devoir de fidélité contractuel en cachant à la recourante ses liens avec Z. Elle a estimé toutefois que l'employeur n'avait pas apporté la preuve d'un dommage, de sorte que la responsabilité du travailleur n'était pas engagée.

Selon la jurisprudence, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (cf., en matière de responsabilité du travailleur, ATF 123 III 257 consid. 5d p. 260/261). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les arrêts cités). Dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait, que le Tribunal fédéral peut revoir sous l'angle de l'arbitraire. C'est en revanche une question de droit que d'examiner si la notion juridique du dommage a été méconnue par l'autorité précédente (cf. ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366 ; 130 III 145 consid. 6.2 p. 167 ; 129 III 18 consid. 2.4 p. 23).

6.3 L'autorité cantonale a cherché à déterminer si le patrimoine de la recourante aurait été plus élevé sans l'événement préjudiciable, soit la violation de l'obligation de fidélité par le travailleur. Ce faisant, elle est partie d'une notion juste du dommage, de sorte qu'aucune violation du droit fédéral ne peut lui être imputée.

Il reste à examiner si la Cour d'appel a versé dans l'arbitraire en niant l'existence d'un préjudice.

Le dommage allégué par la recourante consiste dans le montant qu'elle considère avoir payé en trop à Z., mandatée parce qu'elle ignorait les liens de cette entreprise avec l'intimé ; ce surplus correspond, selon elle, à la marge bénéficiaire réalisée par la société informatique et, donc, par le travailleur.

Au préalable, on peut s'interroger sur le caractère involontaire du préjudice allégué par l'employeur. Il n'est en effet guère contestable que la recourante a payé volontairement les factures présentées par Z., après différents contrôles autres que celui de l'intimé.

Cela étant, le recours au sous-traitant Z. n'était pas en soi de nature à entraîner une diminution du patrimoine de la recourante. Selon les constatations cantonales, ce mode de procéder était fréquent dans le département dont l'intimé dépendait, en particulier à l'époque en cause. Or, il n'est pas contesté que l'intimé ne disposait pas à l'interne du personnel nécessaire pour mener à bien les projets informatiques confiés et qu'il ne pouvait lui-même procéder à des engagements, ni attribuer des mandats à des consultants individuels. L'employé pouvait en revanche proposer le recours à une entreprise donnée, mais n'avait pas la compétence de conclure le contrat avec ladite société. Au surplus, il n'avait aucune obligation d'attirer l'attention de l'employeur sur le coût de cette pratique. D'après l'état de fait cantonal, la recourante a admis elle-même une mauvaise gestion des ressources humaines. Or, le chef de projet informatique n'était pas chargé de la gestion du personnel et n'a du reste pas cherché à empêcher une solution à l'interne.

Par ailleurs, le prix payé par la recourante à Z. représentait la contre-partie des prestations effectuées par les informaticiens employés par cette société dans le cadre des projets confiés à l'intimé. Selon les constatations cantonales, les montants facturés étaient corrects par rapport au marché et l'enveloppe budgétaire attribuée à chaque projet était respectée. A cet égard, les considérations de la recourante à propos de la marge bénéficiaire de Z. ne sont pas déterminantes car, en acceptant de recourir à une entreprise externe, la recourante payait nécessairement un prix comportant une part de bénéfice. Que celui-ci ait été trop important à ses yeux est indifférent dans la mesure où les prix facturés correspondent à ceux pratiqués en moyenne par les autres sociétés de conseil en informatique. En outre, les mandats ont été exécutés à satisfaction de la recourante, qui a du reste félicité à plusieurs reprises le chef de projet et octroyé à ce dernier un bonus de 85% pour l'année 2000.

Contrairement à ce que la recourante soutient, les éléments mis en avant par la cour cantonale sont pertinents pour juger de l'existence ou non d'un dommage. Il en ressort que les liens privilégiés du travailleur avec Z. ne changent rien au fait que

l'intimé avait besoin d'informaticiens pour mener à bien les projets confiés par son employeur et que la recourante n'aurait pas nécessairement payé moins cher si, fidèle à sa pratique, elle avait recouru aux services d'une autre société externe. Le gain réalisé par Z. ne représente pas une perte pour la recourante. A vrai dire, seule une entreprise concurrente de Z. peut avoir manqué un gain en raison de l'attribution des mandats à la société de l'intimé.

En conclusion, les juges genevois pouvaient sans arbitraire retenir qu'un dommage n'était pas prouvé, la recourante n'ayant pas démontré que son patrimoine aurait été supérieur si elle n'avait pas été entraînée à recourir aux services de Z. dans l'ignorance des liens de l'intimé avec cette société.

7.

En dernier lieu, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 423 CO, régissant la gestion d'affaires entreprise dans l'intérêt du gérant. A son sens, l'intimé a géré les affaires de son employeur à deux titres : d'une part, en faisant intervenir Z. dans l'exécution des projets informatiques de la recourante ; d'autre part, en engageant des personnes physiques chargées de travailler sur des lesdits projets alors que cette compétence ne lui appartenait pas en tant qu'employé. Comme la mauvaise foi du gérant serait incontestable, la recourante est d'avis que la cour cantonale aurait dû ordonner la restitution à l'employeur des profits illégitimes réalisés par le travailleur au travers de sa société.

7.1 Contrairement à la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste), qui est effectuée dans l'intérêt du maître (art. 422 CO), la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) est entreprise dans l'intérêt du gérant ; le maître a le droit de s'approprier les profits qui en résultent (art. 423 al. 1 CO). L'élément qui caractérise la gestion imparfaite est la volonté du gérant de s'immiscer dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire, par un acte d'usurpation. Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (ATF 126 III 69 consid. 2a p. 72) ; ainsi, une sous-location non autorisée par le contrat de bail constitue une gestion imparfaite par le locataire des affaires du bailleur (ATF 126 III 69 consid. 2b p. 73). En cas de violation pure d'un contrat (*reine Vertragsverletzung*), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est attribué exclusivement à son cocontractant par l'ordre contractuel (Schmid, *Zürcher Kommentar*, n. 77 ad art. 423 CO). Il convient de préciser enfin que l'art. 423 CO ne s'applique que si le gérant est de mauvaise foi (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425 ; 126 III 69 consid. 2a p. 72, 382 consid. 4b/aa p. 384).

7.2 En l'espèce, on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante. En proposant de recourir aux services d'une société informatique tierce, l'intimé a agi dans le cadre de son contrat de tra-

vail, puisqu'il était chargé de mener à bien des projets avec l'aide d'autres informaticiens et qu'il pouvait présélectionner l'entreprise avec laquelle il souhaitait travailler. Quant à l'engagement d'informaticiens par Z., il s'agit d'un acte qui est hors de la sphère juridique de la recourante. On ne voit pas comment, en choisissant lesdits informaticiens qui n'étaient liés qu'à sa société, l'intimé aurait empiété sur le patrimoine de la recourante; le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître. Faute d'immixtion ou d'acte d'usurpation de la part de l'intimé, une gestion d'affaires imparfaite n'entre pas en ligne de compte en l'occurrence, comme la cour cantonale l'a bien vu. En conséquence, le grief tiré de la violation de l'art. 423 al. 1 CO est mal fondé.

8.

Sur le vu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.