



Président : Jean Moritz  
Juges : Philippe Guélat et Jean-François Kohler  
Greffière : Nathalie Brahier

**ARRET DU 24 JUILLET 2012**

en la cause civile liée entre

**Casino X,**

- représentée par **Me Cédric Baume**, avocat à 2800 Delémont,

**appelante,**

et

**Y,**

- représenté par **Me Alain Steullet**, avocat à 2800 Delémont,

**intimé,**

***relative à la décision de la présidente du Conseil de prud'hommes du 28 juin 2012 –  
mesures provisionnelles –***

---

Vu le contrat de travail du 30 juillet 2010 par lequel l'intimé a été engagé par l'appelante en qualité de directeur général ;

Vu la clause 10.4 dudit contrat, intitulée "Prohibition de faire concurrence", par laquelle l'intimé s'engage à ne pas exploiter, pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, une affaire qui ferait concurrence à l'entreprise ou dont le but serait le même que celui de l'entreprise, à ne pas travailler dans une telle entreprise et à ne pas y participer directement ou indirectement et ce pour une durée de 6 mois dans un rayon de 200 km autour de son lieu de travail principal ; cette clause est assortie d'une peine conventionnelle de 50'000 francs et prévoit notamment que l'appelante est habilitée à exiger, en sus du paiement de ladite peine, le remplacement du dommage et la cessation immédiate de l'infraction (exécution réelle) ;

Vu la résiliation par l'intimé de son contrat de travail pour le 31 juillet 2012 et son engagement par le Casino A pour le 1<sup>er</sup> août 2012 en qualité de directeur ;

Vu la requête de mesures provisionnelles de l'appelante du 14 juin 2012 tendant à faire interdiction à l'intimé d'exercer son activité dans un rayon de 200 km et le rejet de cette requête par décision de la présidente du Conseil de prud'hommes du 28 juin 2012 ;

Vu l'appel du 9 juillet 2012 aux termes duquel l'appelante conclut notamment à l'annulation de la décision précitée, partant à ce qu'il soit fait interdiction à l'intimé de travailler dans une entreprise concurrente exerçant son activité dans un rayon de 200 km autour de X pendant une durée de 6 mois dès le 1<sup>er</sup> août 2012 ;

Vu le mémoire de réponse du 19 juillet 2012 de l'intimé dans lequel il conclut au débouté de toutes les conclusions de l'appelante, sous suite des frais et dépens ;

Vu les pièces produites par l'appelante en annexe à son courrier du 20 juillet 2012 ;

Attendu que la Cour civile est compétente pour traiter de la présente procédure (art. 308ss CPC ; 4 al. 1 LiCPC) ; pour le surplus, l'appel a été interjeté dans le délai légal (art. 311 et 314 CPC) et le mémoire d'appel respecte les formes légales ; il convient dès lors d'entrer en matière ;

Attendu qu'aux termes de l'article 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b) ; ces conditions sont cumulatives (Beat MATHYS, in Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 5 ad art. 317) ; s'agissant des vrais novas, soit les faits qui se sont produits après le jugement de première instance, il va de soi que la lettre b est réalisée ; il n'en demeure pas moins que la partie qui s'en prévaut doit les invoquer sans retard (MATHYS, op. cit., n. 6 ad art. 317) ;

Attendu qu'en l'espèce, l'appelante a produit plusieurs lettres de démission postérieures au jugement attaqué, de sorte qu'il y a lieu de les prendre en compte ; en revanche, la lettre de démission de D et les annonces publiées dans "Le Matin" du 23 juin 2012, ainsi que le communiqué de la Commission fédérale des maisons de jeu du 22 juin 2011 et les extraits des registres du commerce relatifs à Casino A et à Casino B, sont antérieurs au jugement attaqué, de sorte que ces moyens de preuve sont irrecevables, l'appelante n'établissant pas, ni même n'alléguant, pour quels motifs elle aurait été dans l'impossibilité de les produire devant l'autorité de première instance ;

Attendu que, selon l'article 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b) ; le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision

définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé, même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause ; en d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (Michael TREIS, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2010, n° 7 ad art. 261 CPC) ; est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement ; entre notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle (Thomas SPRECHER, in *Basler Kommentar*, op. cit., n° 34 ad art. 261 CPC ; TREIS, op. cit., n° 8 ad art. 261 CPC) ;

Attendu que le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée (ATF 131 III 473 consid. 2.3 ; Fabienne HOHL, *Procédure civile*, Tome II, n° 2820 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, N. 3.4 ad art. 340b CO) ; les exigences sont particulièrement strictes dans le cadre de mesures d'exécution anticipée du jugement ; ainsi, pour une requête tendant à interdire de manière anticipée à un travailleur de faire concurrence au sens de l'article 340b CO, le Tribunal fédéral considère que plus une mesure provisionnelle atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences pour faire reconnaître le bien-fondé de la demande quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention ; ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (CPC – BOHNET, art. 261, N. 18 ; ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2 ; TF 4A\_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1) ;

Attendu que la prohibition de faire concurrence constitue une restriction importante à la liberté personnelle et une entrave certaine au développement professionnel du travailleur ; cette mesure peut s'avérer nécessaire pour maintenir un marché efficace, concurrentiel et loyal ; toutefois, il importe de veiller également à ce que le travailleur puisse continuer l'exercice d'une activité professionnelle sans être entravé dans sa liberté économique (Nathalie SUBILIA-BIGLER, *Plainte pénale pour concurrence déloyale ou clause de prohibition de concurrence*, in Rémy Wyler (éd.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, p. 214) ; c'est pourquoi le degré de vraisemblance des faits et d'apparence du droit devra être élevé pour justifier une interdiction provisoire (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 3.3 ad art. 340b CO) ; la protection juridique provisoire ne doit donc être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire, au vu de l'état de fait rendu vraisemblable (ATF 131 III 473 ; HOHL, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, Fribourg, 1994, N. 683) ;

Attendu qu'un travailleur peut s'engager envers l'employeur à ne pas lui faire concurrence après la fin du contrat et qu'une telle convention requiert la forme écrite (art. 340 al. 1 CO) ; elle n'est valable que si le travailleur a connaissance de la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces informations est de nature à causer à celui-ci un préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO) ; 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 (art. 340a al. 1 CO) ;

Attendu qu'en cas de contravention à la clause de prohibition de concurrence, l'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention (art. 340b al. 3 CO), lorsque les intérêts lésés ou menacés de l'employeur sont si importants que la peine conventionnelle convenue et les dommages-intérêts ne seraient pas suffisants au regard du préjudice irréparable que l'employeur subirait en cas de persistance de l'atteinte et que le travailleur a agi de manière répréhensible (Philippe CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n° 3 ad art. 340b CO ; Roger RUDOLPH, *Coup de projecteur sur le droit du travail : La problématique de la prohibition de faire concurrence in Trex 2010*, p. 96 ; SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, 2010, no 11 ad art. 340b CO ; Lukas COTTI, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, thèse Fribourg 2001, p. 281 ; ATF 131 III 473 consid. 3.2) ;

Attendu qu'en l'espèce, la clause de prohibition de concurrence litigieuse revêt la forme écrite et prévoit expressément la cessation immédiate de l'infraction, de sorte que ladite clause est valable quant à la forme ; le contrat de travail du 30 juillet 2010 permet donc en principe à l'appelante de demander, par le biais d'une mesure provisionnelle, l'exécution anticipée et provisoire de l'interdiction de l'intimé de faire concurrence ; au vu des motifs qui suivent, il n'y a pas lieu d'examiner si la clause de prohibition de concurrence doit être invalidée au motif soulevé par l'intimé que le rayon d'interdiction de travailler de 200 km qu'elle prévoit est excessif ;

Attendu que la connaissance de la clientèle du Casino X par l'intimé n'est pas contestée ; est en revanche litigieux le lien de causalité entre la connaissance de la clientèle et le risque de préjudice sensible que pourrait subir l'appelante ;

Attendu que l'appelante fait valoir ce qui suit: au moins 25 % de ses clients "platine" et "premium", soit les clients qui réalisent les plus grandes mises et les plus fréquentes visites, proviennent d'une zone susceptible d'être couverte par le Casino A ; en l'état des connaissances marketing dans le domaine concerné, il convient d'admettre qu'une partie importante de l'aire économique actuelle du Casino X sera également couverte par le Casino A ; il paraît vraisemblable qu'une partie importante du territoire couvert par l'appelante (régions A, E, F et G) sera ainsi soumise à la concurrence du Casino A et, selon toute vraisemblance, la provenance géographique des clients fidélisés recouvre le même territoire que la provenance générale des clients ;

Attendu que l'appelante déduit de ce qui précède, sans autre démonstration, que le départ de l'intimé pour un concurrent direct risque de lui faire subir un préjudice financier important, correspondant au moins aux 25 % de ses clients "platine" et "premium" susceptibles d'être attirés par l'intimé au Casino A ;

Attendu que, selon les informations données par la Commission fédérale des maisons de jeu, les clients des maisons de jeu situées dans des agglomérations proviennent dans leur majorité de la région d'implantation de l'établissement ; près de 80 % des clients de casinos proviennent vraisemblablement d'un rayon d'accès de 30 minutes (cf. rapport de la Commission fédérale des maisons de jeu au Conseil fédéral, *Paysage des casinos en Suisse Situation fin 2009*,

accessible sur Internet : <http://www.esbk.admin.ch/content/esbk/fr/home/dokumentation/berichte.html>) ; ce rayon d'accès de 30 minutes n'est certes pas le seul facteur déterminant, mais il revêt sans aucun doute un aspect prépondérant dans la concurrence qui sévit entre des maisons de jeux ;

Attendu que le Conseil fédéral a par ailleurs tenu compte de cet état de fait lors de sa décision d'attribuer une nouvelle concession pour l'ouverture d'un casino dans la région de A, retenant expressément que l'octroi de cette concession se traduira par des pertes pour les établissements des régions voisines (cf. PJ 9 appelante) ;

Attendu que, contrairement à ce que soutient l'intimé, il est vraisemblable, au vu de ce qui est exposé ci-dessus, que le territoire couvert par le nouvel établissement ne se limite pas à la seule région de A ;

Attendu qu'il incombe à l'appelante d'établir, à un degré élevé de vraisemblance, que la perte de clientèle qu'elle allègue est due à la seule connaissance que l'intimé a de ladite clientèle, connaissance qu'il est susceptible d'exploiter dans sa nouvelle activité professionnelle au mépris de la clause de prohibition de concurrence à laquelle il est soumis ;

Attendu qu'il est indéniable que l'ouverture d'un nouvel établissement de jeu dans un rayon géographique proche de celui couvert par le Casino X constitue à elle seule un facteur important de concurrence ;

Attendu, dès lors, que l'appelante doit rendre vraisemblable qu'une partie de sa clientèle ira jouer à A exclusivement ou principalement en raison des démarchages que l'intimé est susceptible d'entreprendre auprès des clients habituels de X dont il a connaissance, ce nonobstant la concurrence que crée l'implantation d'un nouveau casino à A ; il doit en outre rendre vraisemblable, sous la même réserve, que l'activité concurrente de l'intimé est de nature, à elle seule, à lui causer un dommage sensible ;

Attendu que l'appelante n'établit rien de tel ; son argumentation permet uniquement d'admettre que c'est l'ouverture d'un nouvel établissement qui risque très vraisemblablement de lui faire subir la perte d'une partie actuelle de sa clientèle provenant d'un rayon d'accès proche du futur casino de A ; pour le surplus, contrairement à ce qu'elle semble entendre, il est manifeste que le risque que serait susceptible de lui causer l'intimé en raison de sa connaissance de la clientèle ne saurait être assimilé à celui que l'ouverture du Casino A lui fasse perdre 25 % de ses clients "platine" et "premium" ; l'appelante ne cherche pas à démontrer ni même à rendre vraisemblable que l'activité de l'intimé au Casino A risque de lui causer un dommage sensible, supplémentaire ou indépendant de celui qui pourrait déjà résulter de l'ouverture d'un nouvel établissement ;

Attendu que l'appelante a produit plusieurs lettres de démission de ses employés et fait valoir que ses craintes initiales de subir un préjudice sont bien réelles ; elle n'établit toutefois pas, ni même n'allègue, que l'intimé serait à l'origine de ces départs et aurait débauché les employés de l'appelante ; rien de tel ne ressort en tous les cas des courriers précités ; au demeurant, une interdiction de débauchage doit être stipulée spécifiquement et doit satisfaire aux mêmes

conditions de validité que la clause de prohibition de concurrence, en particulier celle de la forme écrite (SUBILIA-BIGLER, op. cit., p. 214 ; cf. aussi ATF 130 III 353 = JT 2005 I 13) ; en l'espèce, le contrat de travail de l'intimé ne contient aucune interdiction de débauchage de ses collègues ;

Attendu, au vu de ce qui précède, que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable la réalisation des conditions d'application de la clause d'interdiction de faire concurrence au sens de l'article 340 CO, soit la menace d'un préjudice sensible imputable à l'intimé ;

Attendu qu'il s'ensuit que la réalisation des conditions plus restrictives de l'action en exécution anticipée en matière d'interdiction de concurrence ne sont, a fortiori, pas rendues vraisemblables ; à cet égard, il est rappelé que le dommage causé par les actes de concurrence répétés du travailleur doit être nettement plus important que la peine conventionnelle convenue (cf. RUDOLPH, L'action en exécution en matière d'interdiction de concurrence dans le cadre du droit du travail, *in* Trex, 2003, p. 335) ; or, ainsi qu'on la dit, l'appelante n'a pas rendu vraisemblable le dommage qui pourrait résulter d'actes de concurrence de l'intimé, indépendamment de l'ouverture d'un nouvel établissement de jeu à proximité ;

Attendu, en outre, que l'octroi de la mesure d'exécution réelle aurait pour effet de priver l'intimé d'une source de revenu substantielle ; ce dernier, âgé de 45 ans, ne disposant d'aucune formation professionnelle, trouverait difficilement un emploi lui procurant un revenu comparable durant la période de prohibition de concurrence ; à l'inverse, l'intérêt de l'appelante à obtenir l'exécution de cette mesure est d'éviter une éventuelle perte financière, dont il n'a toutefois pas été établi à suffisance de droit qu'elle serait due à l'intimé ; il s'ensuit que l'intérêt de ce dernier à la non-exécution de la mesure doit primer sur celui de l'appelante à l'octroi de ladite mesure ;

Attendu que l'appel doit être rejeté ;

Attendu que, au vu du résultat de la procédure, il se justifie de mettre les frais judiciaires à la charge de l'appelante qui succombe et de la condamner aux dépens de l'intimé (art. 106 CPC) ;

## **PAR CES MOTIFS**

### **LA COUR CIVILE**

**rejette**

l'appel ; partant,

**confirme**

le jugement de première instance ;

**met**

les frais judiciaires de seconde instance, par Fr 1'000.-, à la charge de l'appelante, à prélever sur son avance ;

**condamne**

l'appelante à verser à l'intimé une contribution à ses dépens fixée à Fr 2'500.- pour la seconde instance (y compris débours et TVA) ;

**informe**

les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ;

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- à l'appelante, par son mandataire, Me Cédric Baume, avocat à Delémont, avec un exemplaire de la réponse du 19 juillet 2012 au mémoire d'appel ;
- à l'intimé, par son mandataire, Me Alain Steullet, avocat à Delémont, avec le courrier de Me Baume du 20 juillet 2012 et ses annexes ;
- à la présidente du Conseil de prud'hommes, à Porrentruy.

Porrentruy, le 24 juillet 2012

**AU NOM DE LA COUR CIVILE**

**Le président :**

**La greffière :**

Jean Moritz

Nathalie Brahier

**Communication concernant les moyens de recours :**

*Un **recours en matière civile** peut être déposé contre le présent jugement auprès du Tribunal fédéral, conformément aux dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), en particulier aux art. 42, 72 ss. et 90 ss. LTF, dans un délai de **30 jours** à partir de la date où ce jugement vous a été notifié (art. 100 LTF). Ce délai ne peut pas être prolongé (art. 47 al. 1 LTF).*

*Le mémoire de recours sera adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Le recourant doit exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42 al. 2 LTF). Le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).*

*Le présent jugement et les pièces invoquées comme moyens de preuve en possession du recourant doivent être joints au mémoire (art. 42 al. 3 LTF).*