

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11103/2013-4

CAPH/218/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 21 DECEMBRE 2015

Entre

A_____, sise _____, (GE), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 janvier 2015 (JTPH/4/2015), comparant par M^c Lucien FENIELLO, avocat, Perréard de Bocard, rue de la Coulouvrenière 29, case postale 5710, 1211 Genève 11, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, Genève, intimé, comparant par M^c Philippe GIROD, avocat, boulevard Georges-Favon 24, 1204 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 décembre 2015.

EN FAIT

A. **a.** A_____ est une société anonyme avec siège à Genève, dont le but social est notamment le courtage et les conseils dans le domaine bancaire, le domaine des assurances ainsi que toute activité liée au courtage immobilier.

b. B_____ a été engagé par A_____ dès le _____ 2010, en qualité de conseiller et vendeur en crédits personnels et assurances. Il était auparavant employé chez C_____, où travaillait également D_____, un ami. C'est grâce à l'intervention de ce dernier, qui l'a précédé chez A_____, que B_____ a été engagé. D_____ était son supérieur hiérarchique direct en ce qui concernait les ventes.

c. A teneur du contrat de travail, le salaire mensuel brut de B_____ se composait d'un salaire fixe de 1'000 fr., comprenant une rémunération de 300 fr. versée en compensation de la clause de prohibition de concurrence ainsi que d'une commission variable pour chaque nouvelle affaire conclue. La commission était de 50% de la commission d'acquisition encaissée par la société, hors TVA, pour un nouveau client amené par l'employé et de 20% de la commission encaissée par la société, hors TVA, pour une affaire conclue avec un client existant (articles 6 et 7 du contrat).

Etait considéré comme "nouveau client amené par l'employé" toute personne physique ou morale qui conclut une nouvelle affaire avec A_____ et qui est entrée en relation d'affaires avec cette dernière uniquement grâce aux efforts de l'employé et qui n'est pas un client existant de A_____ (art. 7).

En cas d'annulation des contrats conclus, lorsque cela engendrait une ristourne pour l'employeur, l'employé devait prendre en charge le paiement de ladite ristourne, qui était déduit des commissions d'acquisition dues à ce dernier et ce, dans le mois au cours duquel la ristourne avait eu lieu (article 7).

En outre, A_____ alimentait un compte de garantie par une retenue mensuelle de 8% sur la totalité des commissions dues à B_____ jusqu'à concurrence de 15'000 fr. Le compte restait ouvert pendant 12 mois suivant la fin des rapports de travail. A la fin de cette période, un solde positif serait payé à l'employé. En cas de solde négatif, ce dernier serait tenu de rembourser la société. Ce compte servait à couvrir des ristournes sur les résiliations des contrats conclus par l'intermédiaire de B_____ (article 8).

Les objectifs de l'employé pour l'année 2010 étaient, notamment, la conclusion de 150 nouveaux contrats d'assurance maladie et de 45 nouveaux contrats d'autres assurances.

Le contrat de travail prévoyait également une clause de non-concurrence à teneur de laquelle B_____ avait l'interdiction d'exercer pour son compte personnel ou pour le compte d'autrui, à titre lucratif ou gratuit, directement ou indirectement, une quelconque activité professionnelle dans le domaine du conseil ou courtage en matière de crédits personnels, crédits hypothécaires ou en matière d'assurances. En outre, l'employé s'engageait à ne pas faire concurrence « de toute autre manière », notamment en n'exploitant « ni pour lui-même ni pour le compte d'un tiers aucune affaire qui se trouverait en concurrence avec l'employeur ou dont les buts correspondraient avec ceux de l'employeur, d'y exercer une activité quelconque ou de prendre part directement ou indirectement à une telle activité ».

La clause d'interdiction de concurrence s'étendait aux cantons de Genève et Vaud et était valable pendant toute la durée du contrat de travail ainsi que pendant l'année qui suivait la fin de celui-ci. En cas de violation, l'employé devait verser, en vertu d'une clause pénale, un montant de cinq fois le salaire mensuel brut incluant le revenu fixe et la moyenne mensuelle des commissions moyennes réalisées pendant les trois derniers mois (article 20).

B_____ a indiqué au Tribunal qu'il avait compris la clause de non concurrence comme une interdiction de contacter des clients de A_____ mais non comme celle d'avoir de nouveaux clients. Il n'avait pas saisi que la clause lui interdisait toute activité professionnelle pendant vingt-quatre mois. A_____ a expliqué que cette clause empêchait un ancien employé de travailler pendant une année dans le domaine du courtage, mais que cette contrainte était rémunérée 300 fr. par mois. Des explications dans ce sens avaient été données à B_____ au moment de la signature du contrat.

d. Par avenant au contrat du 6 juillet 2012, les parties sont notamment convenues de revoir le système de commissionnement selon différents paliers. La retenue sur les commissions en vue d'alimenter le compte de garantie a été portée à 10% de la totalité des commissions. Le compte restait ouvert vingt-quatre mois après la fin des rapports de travail.

e. Le 4 avril 2011, E_____ a signé un mandat de recherche de biens immobiliers avec B_____, "courtier en immobilier, conseiller en courtage sur le territoire suisse".

E_____, entendu comme témoin, a contesté avoir signé ce document. Il avait acquis un appartement en 2010 par le biais de A_____. Son conseiller était D_____. Il n'avait jamais eu de contact avec B_____. Il avait versé 8'000 € en espèces au moment de l'acquisition de l'appartement, à titre de commission, soit à D_____ soit à B_____.

Ce dernier conteste également avoir signé ce document.

f. Le 1^{er} septembre 2012, F_____, acheteur, G_____, vendeur, et B_____, en qualité d'intermédiaire, ont signé, sur papier à en-tête de A_____ une promesse de vente.

G_____, témoin, a confirmé avoir signé le document précité avec A_____, dans les bureaux de celle-ci, sous la signature de B_____. L'appartement concerné, situé à Annemasse, était toujours en vente.

B_____ allègue que ce document est resté sans suite et qu'il a agi pour le compte de A_____.

g. Il résulte des pièces produites par A_____, parmi lesquelles des relevés et fiches de paie signés par B_____, qu'au 31 décembre 2010, le compte caution était créditeur de 3'312 fr. 72 et qu'au 31 décembre 2011 y avaient été versés 6'681 fr. 38 supplémentaires. A_____ a produit la liste des clients et le montant des ristournes pour 2011, soit au total 8'444 fr. 65 pour trente-neuf clients (pièce 15). Selon un autre tableau récapitulatif (pièce 14), les ristournes portées au débit du compte caution totalisaient en 2011 9'602 fr. 97. Ces différentes ristournes figuraient sur les fiches de salaire 2011 de B_____, signées par lui. Ainsi, selon le tableau récapitulatif, le compte caution présentait au 31 décembre 2011 un solde 391 fr. 13 ($3'312,72 + 6'681,38 - 9602,97$).

A_____ a expliqué que jusqu'à fin 2011, les ristournes étaient communiquées oralement à B_____ et figuraient sur sa fiche de paie, qu'il signalait. Les noms des clients concernés par les ristournes étaient communiqués à l'employé.

B_____ a contesté avoir reçu le nom des clients concernés par les ristournes en 2011, mais a confirmé avoir signé les récapitulatifs des commissions d'acquisition et les fiches de paie, lesquelles mentionnaient le montant affecté au compte caution et les ristournes pour le mois.

De janvier à octobre 2012, seuls 783 fr. 85 ont été portés au débit du compte caution, qui a été crédité de 3'609 fr. 20. Les ristournes étaient généralement déduites directement du salaire et figuraient sur les fiches de paie, signées par B_____. Au 31 octobre 2012, le compte caution était ainsi créditeur de 3'216 fr. 48 ($391,13 + 3'609,20 - 783,85$). Dans sa demande, A_____ indique pourtant que le solde du compte caution à cette date était de 3'481 fr. 15.

A_____ a produit un tableau récapitulatif des ristournes, établi par ses soins, avec le nom des clients concernés, de novembre 2012 à août 2013, celles-ci totalisant 12'629 fr. 22 (pièce 12).

Elle a également produit différents justificatifs des ristournes, établis par les assurances concernées, avec le nom des clients de B_____ et le montant des ristournes pour cette même période, selon lesquels celles-ci totalisent 14'420 fr. 60.

Selon un autre tableau récapitulatif, établi par A_____ (pièce 14), les montants déduits du compte caution de novembre 2012 à août 2013, au titre des ristournes dues par B_____ s'élèvent à 13'565 fr. 95.

Pour la période de septembre 2013 à avril 2014, les ristournes se montent, selon les justificatifs, à 2'978 fr. 25.

Les montants déduits du compte de caution, selon le tableau établi par A_____ (pièce 14), pour la même période s'élèvent 2'711 fr. 45.

Ainsi, de novembre 2012 à avril 2014, les ristournes dues par B_____ se sont élevées à 17'398 fr. 85 selon les justificatifs produits et celles déduites du compte caution à 16'277 fr. 40 selon le tableau récapitulatif (pièce 14).

h. Par pli du 19 octobre 2012, B_____ a résilié son contrat de travail avec effet au 31 octobre 2012.

Par courrier du 29 octobre 2012, A_____ a accepté la lettre de démission et indiqué que le compte de caution présentait un solde de fr. 3'481.15 qui serait restitué à la fin de la période prévue par le contrat, soit vingt-quatre mois. Elle a pour le surplus rappelé à B_____ qu'il restait responsable de toute ristourne durant cette même période et qu'il demeurerait soumis à la clause de non-concurrence.

Sur les raisons qui ont conduit B_____ à résilier son contrat, celui-ci affirme que la situation était devenue difficile avec son supérieur hiérarchique D_____, lequel lui devait de l'argent suite à ces prêts qu'il lui avait consenti. Il reproche à A_____ de n'avoir rien entrepris pour régler ce différend. Il affirme avoir informé A_____ de son intention de se mettre à son compte. A_____ conteste avoir été informée de ce qui précède, et soutient qu'elle n'était de toute façon pas concernée par les affaires privées de ses employés.

i. Le 30 octobre 2012, B_____ a fait inscrire au Registre du commerce l'entreprise individuelle "H_____" (publication FOOSC en date du 2 novembre 2012) dont le but est le courtage pour les assurances, crédit et conseil immobilier.

j. Par courrier du 22 novembre 2012, A_____, informée de la création de l'entreprise individuelle, a réclamé à B_____ le paiement d'une indemnité de 38'383 fr. 30, correspondant à cinq fois le salaire mensuel brut incluant le revenu fixe et la moyenne mensuelle des commissions des trois derniers mois hors ristournes, à titre de violation de la clause de prohibition de concurrence.

A_____ soutient que B_____ a contacté ses clients pour les inciter à résilier les contrats conclus par lui lorsqu'il était son employé, et à en conclure de nouveau avec lui, en sa qualité d'indépendant. Les clients ont refusé de résilier leurs contrats et de venir témoigner.

B_____ conteste avoir pris directement contact avec des clients de A_____ après la résiliation de son contrat. Il affirme que ce sont les clients qui ont pris contact avec lui, et qu'il a pris soin qu'ils ne résilient pas les contrats conclus avec A_____. Il admet avoir conclu de nouveaux contrats avec des clients de A_____. Ainsi, par exemple, I_____ l'a contacté et il lui a indiqué qu'il était désormais à son compte.

I_____, entendu comme témoin, a exposé qu'il avait signé un crédit hypothécaire par l'entremise de B_____, lorsque celui-ci était employé de A_____, puis un contrat de crédit à la consommation, quand il n'était plus employé de A_____. B_____ l'avait appelé pour lui dire qu'il ne travaillait plus chez A_____. Le témoin avait également conclu un contrat d'assurance complémentaire avec B_____, indépendant, sans résilier celui conclu par l'entremise de A_____. I_____ a encore indiqué qu'il avait eu à faire avec B_____ et D_____ chez leur précédent employeur et qu'il les avait suivis chez A_____, car il avait confiance en eux. Il voulait traiter avec eux quel que soit leur employeur.

E_____, témoin, a indiqué que B_____ ne l'avait pas contacté après avoir quitté A_____. Le témoin avait résilié seul son assurance-maladie contractée par l'intermédiaire de A_____.

G_____, témoin, n'avait jamais eu de contact avec B_____ en dehors de A_____. Elle avait signé un contrat de 3^{ème} pilier par son intermédiaire, avec A_____, alors qu'elle en avait déjà un, sans résilier le premier. B_____ sortait avec sa fille à cette époque. Le témoin a dit ne pas connaître H_____.

k. Par courrier de son conseil du 18 janvier 2013, B_____ a sollicité la remise d'un dernier décompte, notamment relatif à ses vacances et commissions.

l. Par courrier de son conseil du 12 mars 2013, A_____ a mis en demeure B_____ de s'acquitter de l'indemnité pour violation de la clause de prohibition de concurrence ainsi que de la différence négative entre le compte garantie et les ristournes intervenues depuis son départ, soit au total 2'443 fr. 40 plus intérêts à 5%. Elle a également indiqué que les résiliations de contrat intervenues laissent penser qu'il avait encouragé leurs clients à conclure d'autres assurance, de sorte qu'il lui était demandé de mettre fin à ces agissements.

B. a. Par requête en conciliation du 24 mai 2013, A_____ a conclu à la condamnation de B_____ au paiement de 36'547 fr. 95 avec intérêts moratoires à 5% l'an. N'ayant pas pu concilier les parties, l'Autorité de conciliation a délivré une autorisation de procéder le 17 juin 2013.

b. Par demande ordinaire déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 16 septembre 2013, A_____ a assigné B_____ en paiement de la somme de 40'967 fr. 47 avec intérêts moratoires à 5% l'an, avec suite de frais, sous réserve d'amplification. Ladite somme se décompose comme suit :

- 31'819 fr. 40 à titre d'indemnité pour violation de la clause de prohibition de concurrence, plus intérêts moratoires à 5% dès le 15 décembre 2012 ;

- 9'148 fr. 07 à titre de remboursement des ristournes jusqu'au dépôt de la demande, plus intérêts moratoires à 5% dès le 12 mars 2013.

c. Par mémoire de réponse et demande reconventionnelle déposés à l'office postal le 13 décembre 2013, B_____ a conclu au déboutement de A_____ avec suite de frais et dépens. Sur demande reconventionnelle, il a conclu au versement d'une somme de 19'000 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er août 2013, à titre d'indemnité pour violation de sa personnalité.

d. Par réponse à la demande reconventionnelle déposée au greffe du Tribunal le 14 février 2014, A_____ a conclu, avec suite des frais, au déboutement de B_____ de ses conclusions.

e. Par pli LSI reçu au greffe le 2 juillet 2014, A_____ a amplifié sa conclusion concernant les ristournes à 13'105 fr. 92 plus intérêts moratoires à 5% dès le 12 mars 2013.

f. Le 28 juillet 2014, A_____ a déposé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à l'encontre de B_____, concluant à ce qu'il soit faite interdiction à ce dernier d'utiliser un site internet identique au sien.

Par arrêts des 30 juillet 2014 et 7 novembre 2014, la Cour a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

g. A_____ a persisté dans ses conclusions dans sa plaidoirie écrite du 30 octobre 2014.

h. Dans sa plaidoirie finale déposée à l'Office postal le 30 octobre 2014, B_____ a informé le Tribunal qu'il avait déposé une plainte pénale à l'encontre de D_____ pour faux témoignage le 6 octobre 2014 et a demandé la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur ladite plainte. Il a persisté dans ses conclusions pour le surplus.

i. Par pli LSI déposé à l'Office postal le 5 novembre 2014, A_____ a contesté la demande de suspension, au motif que B_____ avait tardivement informé le Tribunal et la partie adverse du dépôt de la plainte pénale.

j. La cause a ensuite été gardée à juger.

C. a. Par jugement JTPH/4/2015 du 12 janvier 2015, le Tribunal des Prud'hommes (ci-après : le Tribunal) a déclaré recevables la demande formée le 16 septembre 2013 par A_____ contre B_____ et la demande reconventionnelle formée le 31 octobre 2013 par ce dernier à l'encontre de A_____ (ch. 1 et 2 du dispositif), rejeté la requête de suspension formée par B_____ le 30 octobre 2014 (ch. 3),

déclaré recevable la modification de la demande formée par B_____ contre A_____ le 2 juillet 2014 (recte : par A_____ contre B_____) (ch. 4), condamné B_____ à verser à A_____ la somme nette de 13'060 fr. 90 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 juillet 2013 (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

En substance, les premiers juges ont retenu que la suspension de la procédure ne se justifiait pas car ils disposaient de suffisamment d'éléments pour se prononcer sur le sort des prétentions reconventionnelles. Se fondant notamment sur le témoignage de I_____ et sur le fait qu'en matière d'assurance relevant de la sphère privée les personnalité et les capacités personnelles du courtier étaient prépondérantes, le Tribunal a considéré que la clause de non concurrence n'était pas valable, le lien de causalité entre la connaissance des clients par B_____ et la possibilité de causer un préjudice à A_____ n'étant pas donné. Les pièces produites par A_____ prouvaient l'existence des contrats résiliés et des ristournes concernant les contrats conclus par B_____. Le montant total de la différence entre le compte garantie et les ristournes s'élevait à 13'060 fr. 90, de sorte qu'il devait être fait droit aux conclusions de A_____ dans cette mesure. Sur demande reconventionnelle, B_____ se fondait sur des contrats privés qui n'avaient rien à voir avec le contrat de travail, de sorte qu'il devait être débouté de ses conclusions en indemnisation pour violation de sa personnalité.

b. Par acte du 12 février 2015, A_____ forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation du chiffre 6 du dispositif. Cela fait, elle conclut à la condamnation de B_____ à lui payer la somme de 31'819 fr. 40 avec intérêts à 5% dès le 15 décembre 2012, à la confirmation du jugement pour le surplus, et au déboutement de B_____ de toutes autres conclusions. A titre préalable, elle sollicite l'audition de I_____.

c. Par réponse et appel joint du 23 mars 2015, B_____ conclut au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens. Sur appel joint, il conclut à l'annulation du chiffre 5 du dispositif du jugement, et au déboutement de A_____ de toutes autres conclusions.

Il produit deux pièces nouvelles.

d. Par réponse à l'appel joint du 8 mai 2015, A_____ conclut au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

e. Par réplique du 4 juin 2015, B_____ persiste dans ses conclusions.

f. A_____ n'ayant pas fait usage de son droit à dupliquer, les parties ont été informées par courrier du greffe de la Cour du 30 juin 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

g. Par souci de clarté, A _____ sera désignée ci-après comme l'appelante, et B _____ comme l'intimé.

EN DROIT

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Il doit être motivé et formé dans les trente jours (art. 311 al. 1 CPC).

Respectant les dispositions précitées, le présent appel est recevable.

Il en va de même de l'appel joint (art. 313 CPC).

2. **2.1** La Cour examine d'office la recevabilité des pièces produites en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2ème éd., 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

2.2 En l'espèce, les pièces produites par l'intimé, postérieures à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger, sont recevables, bien que non pertinentes pour l'issue du litige.

3. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir violé l'art. 340 CO en retenant, sur la base de faits appréciés de manière erronée, que la clause de non concurrence n'était pas valable.

3.1.1 Le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (art. 340 al. 1 CO).

Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que

dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'art. 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une clause de prohibition de concurrence, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier.

La situation se présente différemment lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans ce cas en effet, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour qui il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients.

Pour admettre une telle situation – qui exclut la clause de prohibition de concurrence –, il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle (ATF 138 III 67, consid. 2.2.1; AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, DUNAND/MAHON éd., 2013, n. 25 et 29 ss ad art. 340).

Si l'une des conditions posées par l'art. 340 al. 2 CO fait défaut, la clause est entièrement nulle.

3.1.2 Les articles 340 et 340a CO ne concernent que la prohibition de concurrence après la fin des rapports de travail. Pendant la durée de ceux-ci, la prohibition résulte, en cas de contrat de travail, du devoir de fidélité consacré par l'art. 321 al. 1 et 3 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.210/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2).

3.1.3 L'instance d'appel peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC).

L'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves : elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Néanmoins, cette disposition ne confère pas au recourant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve, comme le droit à la contre-preuve, découlent de l'art. 8 CC ou, dans certains cas, de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas l'appréciation anticipée des

preuves. L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire de l'appelant si celui-ci n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue en première instance, ou si, par une appréciation anticipée des preuves, elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

3.2.1 En l'espèce, l'appelante n'a pas allégué précisément quelles étaient les tâches de l'intimé, en particulier la nature et l'importance des contacts qu'il devait avoir avec les clients ou des renseignements qu'il devait recueillir ou dont il avait connaissance. Elle n'a pas non plus exposé les démarches qu'elle avait entreprises, en matière de prospection de clientèle. Les objectifs fixés à l'intimé, notamment la conclusion de nombreux contrats d'assurance-maladie ou d'autres assurances, permettent de retenir qu'il incombait à ce dernier d'entreprendre des démarches personnelles en vue de trouver des clients et non pas seulement d'utiliser des listes ou outils fournis par l'appelante. La définition du "nouveau client" figurant à l'art. 7 du contrat, soit "celui qui est entré en relation d'affaires avec A_____ uniquement grâce aux efforts de l'employé", corrobore ce qui précède.

Deux témoins, anciens clients de l'appelante, ont d'ailleurs fait état des relations personnelles qu'ils entretenaient avec l'intimé. Il ressort sans conteste des déclarations du témoin I_____ que celui-ci avait connu l'intimé alors qu'il était employé dans une autre société et avait continué à recourir à ses services lorsqu'il travaillait chez l'appelante, puis lorsqu'il s'était installé comme indépendant, ce qui démontre l'importance des liens personnels entretenus avec l'intimé voire de celle des capacités professionnelles de celui-ci. L'autre témoin, G_____, a exposé que l'intimé était un ami de sa fille. Elle ignorait qu'elle était son statut professionnel (employé ou indépendant), preuve que cela lui était indifférent, les liens personnels et les capacités professionnelles apparaissant dès lors prépondérants.

Certes l'appelante a fait valoir que plusieurs clients lui avait rapporté avoir été démarchés par l'intimé mais ne souhaitaient pas témoigner. Elle n'a cependant pas fourni le nom de ces personnes ni même interrogé l'intimé sur la relation que celui-ci entretenait avec celles-là. Elle a ainsi échoué à démontrer que l'intimé avait détourné à son profit les efforts de prospection qu'elle avait déployés, lui causant de la sorte un préjudice sensible.

La résiliation de plusieurs contrats après le départ de l'intimé est à cet égard insuffisante, sans compter que des contrats ont également été résiliés alors que l'intimé était encore employé de l'appelante et que les témoins entendus ont tous déclaré qu'ils avaient certes conclu de nouveaux contrats avec l'intimé, mais sans résilier ceux les liant à l'appelante.

Au vu des considérations qui précèdent, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que la personnalité et les capacités personnelles de l'intimé étaient

prépondérantes, et qu'en conséquence il n'existait pas de lien de causalité entre sa connaissance des clients et la possibilité de causer un préjudice à l'appelante, de sorte que la clause de concurrence n'était pas valable.

3.2.2 Une nouvelle audition du témoin I_____ ne se justifie aucunement. Tout d'abord, quoiqu'en dise l'appelante, les propos du témoin sont clairs, s'agissant du moins de sa relation avec l'intimé. De plus, compte tenu des autres éléments figurant au dossier tels que retenus ci-dessus, cette audition ne permettrait pas d'aboutir à une autre solution.

3.2.3 La conclusion, durant la relation contractuelle, de contrats par l'intimé en son propre nom, au détriment de l'appelante n'a pas non plus été établie, de sorte qu'il ne saurait être fait droit aux conclusions de l'appelante pour ce motif non plus.

3.2.4 Le jugement sera confirmé.

- 4.** L'intimé, appelant joint, sans contester le principe du remboursement des commissions perçues pour les contrats résiliés ultérieurement – qui est acquis – reproche au Tribunal d'avoir retenu que le montant allégué par l'appelante et dû par lui à ce titre était établi.

4.1 Chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

La preuve a pour objet les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC).

Pour la partie qui conteste les allégations de l'autre partie, il suffit que sa contestation soit assez précise pour que l'autre partie comprenne quels sont les faits non admis et dont elle devra en conséquence apporter la preuve. Suivant les circonstances, une contestation globale pourra suffire et des exigences plus sévères, analogues à celles qui s'appliquent à la partie qui a la charge de l'allégation, ne pourraient tout au plus s'imposer que dans des circonstances de nécessité en matière de preuve (Beweisnot) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_629/2009 du 10 août 2010 c. 4.1, SJ 2011 I 12; ATF 117 II 113 c. 2, JdT 1992 I 307; ATF 115 II 1 c. 4, JdT 1989 I 547; arrêts du Tribunal fédéral 5A_710/2009 du 22 février 2010 c. 2.3.1, 5P.391/2006 du 18 décembre 2006, c. 3.2 et 4P.255/2004 du 18 mars 2005 c. 4.2).

Le devoir de contestation ne saurait conduire à un renversement du fardeau de la preuve (art. 8 CC; ATF 115 II 1 et réf., JdT 1989 I 547). Sous cet angle, l'exigence qu'une contestation soit suffisamment concrète pour que l'on puisse déterminer quelles allégations précises du demandeur sont contestées n'est pas contraire au droit fédéral. En ce qui concerne en particulier les décomptes de construction, on peut attendre du maître d'œuvre qu'il expose en détail quelles positions il ne reconnaît pas, afin de donner à l'entrepreneur la possibilité d'apporter des preuves

à ce sujet. Ceci résulte déjà du principe de la bonne foi (ATF 117 II 113 c. 2, JdT 1992 I 307).

Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC).

4.2 En l'espèce, l'intimé conteste de manière globale les montants réclamés par l'appelante. Il ne précise pas lesquels de ceux figurant sur les différents décomptes ou justificatifs produits sont admis ou contestés, se limitant à soutenir que l'appelante n'a pas établi les faits sur lesquels elle fonde ses prétentions. Cette manière de faire est critiquable.

Cela étant, l'appelante a réclamé, dans sa demande initiale, 12'629 fr. 22 à titre des ristournes dues après le fin du contrat, soit de novembre 2012 à août 2013, dont à déduire 3'481 fr. 15 portés au crédit du compte de caution, soit 9'148 fr. 07. Ce montant a été porté 13'105 fr. 92 le 2 juillet 2014.

A l'appui de ses conclusions, l'appelante a produit des tableaux récapitulatifs des ristournes dues par l'intimé et de celles débitées du compte caution (pièces 12 et 14), établis par ses soins, et des relevés émis par les assurances concernées, comprenant le montant des ristournes et le nom des clients visés par lesdites ristournes (soit ceux ayant résiliés les contrats) (annexes à la pièce 14).

Les montants figurant sur les tableaux récapitulatifs établis par l'appelante ne correspondent que partiellement à ceux résultant des relevés de ristournes, émis par les assurances concernées. Seuls ces derniers sont propres à établir ce à quoi l'appelante a droit, l'intimé n'ayant pas contesté que l'un ou l'autre des clients figurant sur ces relevés n'était pas le sien. Ainsi, selon les relevés produits sous pièce 14, les ristournes dues de novembre 2012 à avril 2014, pour des contrats imputables à l'intimé mais résiliés ultérieurement, totalisent 17'398 fr. 85. Il convient de déduire de ce montant le solde du compte caution au 31 octobre 2012 tel qu'allégué par l'appelante, soit 3'418 fr. 15. Sur ce dernier point, l'intimé n'a fait que contester en bloc les ristournes et montants portés au crédit du compte caution prises en compte jusqu'au 30 octobre 2012 mais résultant de relevés et fiches de paie signés par lui, de sorte qu'il se justifie de tenir pour établi la somme de 3'418 fr. 15.

En conclusion, il est établi que l'intimé doit à l'appelante, au titre des ristournes de novembre 2012 à avril 2014 la somme totale de 13'980 fr. 70, soit 17'398 fr. 85 moins 3'418 fr. 15. Le Tribunal ne pouvant statuer *ultra petita*, c'est à bon droit qu'il a alloué à l'appelante le plein de ses conclusions.

Le jugement sera confirmé sur ce point également.

- 5.** La procédure est gratuite (art. 114 let. c CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Reçoit l'appel et l'appel joint formés le 12 février 2015 par A_____ et le 23 mars 2015 par B_____ contre le jugement JTPH/4/2015 rendu le 12 janvier 2015 dans la cause C/11103/2013-4.

Au fond :

Confirme le jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Dit que la procédure est gratuite.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur, Madame Christiane VERGARA-PIZZETTA, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Véronique BULUNDWE-LÉVY

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.