



T _____
Dom. élu : Assista tcs SA
Service juridique
Me Roland BUGNON
Chemin de Blandonnet 4
1214 Vernier

Partie appelante

E _____
Dom. élu : Me Marilyn NAHMANI
Rue Pedro-Meylan 1
Case postale 507
1211 Genève 17

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 27 janvier 2006

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

MM. Thierry ULMANN et Ladislav KLEMENT, juges employeurs

Mme. Astrid JACQUOT et M. Igor BERGER, juges salariés

Mme Myriam LAMBERT, greffière d'audience

EN FAIT

Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

A. E_____ (ci-après E_____) est une société anonyme dont le siège se trouve à Genève. Son but consiste en l'étude, la réalisation, l'acquisition et la diffusion de logiciels bancaires et financiers. La société est également active en matière de conseils en organisation informatique, bancaire et financière.

B. En date du 1^{er} novembre 1996, T_____ a été engagé une première fois auprès d'E_____, au sein de son service « hotline », destiné à répondre aux demandes de la clientèle, relatives au logiciel « Z_____ » (ci-après Z_____).

Ce programme informatique, spécifiquement conçu pour les établissements bancaires auxquels il est destiné, a été créé par E_____ elle-même, qui en a les droits exclusifs.

Le 31 octobre 2000, le contrat de travail de l'employé a pris fin.

C. En date du 1^{er} mars 2001, E_____ a engagé une nouvelle fois T_____ pour une entrée en fonction le 2 avril suivant, mais cette fois en qualité de consultant informatique auprès des banques clientes utilisant le logiciel Z_____.

A teneur de ce contrat de travail, son salaire mensuel brut a tout d'abord été fixé à fr. 10'600.-, treize fois l'an, puis, à fr. 11'050.- par mois.

Son droit au vacances s'est élevé à cinq semaines, à la place de quatre, dès le 1^{er} janvier 2003, et le délai de résiliation prévu était d'un mois pour la fin d'un mois durant la première année, de deux mois dès la deuxième année de service et de trois mois dès la dixième année.

D. Au début de l'année 2002, T_____ s'est adressé à la direction d'E_____ afin d'accéder au statut de consultant indépendant au sein de la société. Cette dernière le lui a refusé.

E. Par courrier électronique du 21 août 2002, envoyé à 16h05, T_____, s'est adressé à une société anglaise de placement de personnel, soit Y_____, afin d'obtenir des informations au sujet des activités ou éventuels mandats de celle-ci avec des clients utilisant le logiciel Z_____.

Par courrier électronique du 29 août 2002, envoyé à 12h21, il a communiqué à cette société son curriculum vitae, qui indiquait comme objectif principal l'apport de son savoir-faire et de son expérience du logiciel Z_____ à une clientèle internationale.

Y_____, par l'intermédiaire de A_____, lui a confirmé, par courrier électronique du même jour, que le logiciel Z_____ était l'un des supports utilisés par ses clients, qui faisaient appel à des personnes qualifiées et expérimentées, pour des contrats à long terme ou mandats à court terme. Elle lui a précisé qu'elle prendrait contact avec lui selon les demandes et projets de ses clients et lui a demandé ses prétentions salariales.

T_____ a répondu par courrier électronique du lendemain, envoyé à 15h01, tout en rappelant qu'il interviendrait auprès des clients de la société comme consultant concernant le logiciel Z_____.

- F. Par courrier électronique du 12 septembre 2002, la responsable des ressources humaines de la X_____, banque cliente de la société E_____, se référant à une conversation téléphonique antérieure, a fait parvenir à T_____, une description de poste de programmeur informatique, spécialisé dans le logiciel Z_____. Elle lui a précisé que la question de son statut était à l'étude, et lui a demandé d'envoyer son curriculum vitae, afin que la banque étudie sa proposition.

Dans un courrier électronique du 19 septembre 2002, envoyé à 8h06, T_____ a précisé à la banque que le but de sa démarche était de transmettre ses connaissances du logiciel Z_____, auprès d'une clientèle internationale, en tant que consultant indépendant. Il a ajouté que, selon lui, les relations professionnelles existant entre la banque X_____ et la société E_____ ne devraient pas être influencées négativement par leur éventuelle collaboration.

- G. Au début de l'automne 2002, dans le but de se mettre à son compte, T_____ a préparé, avec l'aide d'un collègue de travail, B_____, une plaquette publicitaire élaborée au domicile de ce dernier. Il a également, à cette fin, ouvert une adresse électronique privée « W_____@_____ ».

Le texte de la plaquette publicitaire mentionnait notamment : « W_____, votre nouveau partenaire, des consultants indépendants, riches d'années d'expérience tant chez E___ qu'auprès des banques, vous proposent leurs services (...) Nous sommes spécialistes expérimentés tant sur Z_____ que dans le domaine bancaire (...) Vous voulez en savoir plus : adressez nous un message à l'adresse suivante : W_____@_____ ».

- H. Le 30 octobre 2002, T_____ a fait publier dans la rubrique « emploi » du quotidien « J_____ », l'annonce suivante : « *consultants indépendants en informatique*

bancaire, expérimentés, spécialistes Z_____, proposent leurs services (gestion de projets, paramétrage et formation). Etudient toutes propositions, Réponse par e-mail à W_____@_____. Discrétion assurée ».

I. Par courriers électroniques des 28 novembre 2002 et 16 janvier 2003, T_____ a envoyé à B_____, un document intitulé « liste des banques à contacter », avec les coordonnées de personnes de contact au sein de ces établissements, clients de E_____. Il lui a demandé de l'informer s'il y avait d'autres banques à ajouter à celles retenues.

J. Par courrier électronique du 30 avril 2003, la société de recrutement V_____, a envoyé à T_____, le descriptif d'un poste en tant que spécialiste du logiciel Z_____, et une simulation de salaire relatifs à un mandat de six mois renouvelable.

Par courrier électronique du même jour, envoyé à 16h45, T_____ lui a répondu qu'il exigeait un salaire annuel brut supérieur à celui proposé pour entrer en matière.

K. Le 23 janvier 2004, B_____ a parlé à C_____, un autre employé de E_____, des projets de T_____ de proposer ses services en tant que consultant indépendant spécialisé dans le programme Z_____, à des banques clientes de la société. Il lui a également montré la plaquette publicitaire qu'il avait élaborée avec T_____.

Le même jour, C_____ a communiqué ces informations à D_____, responsable des ressources humaines, puis à un membre de la direction, F_____.

Interrogé par D_____ puis par la direction, B_____ a confirmé que T_____ avait entrepris des démarches, à titre personnel, afin d'offrir ses services sur le logiciel Z_____, notamment par le biais d'une plaquette publicitaire qu'il l'avait aidé à préparer.

En fin d'après-midi, le même jour, G_____ et F_____, membres de la direction, ont eu un entretien avec T_____ par lequel ce dernier a été licencié avec effet immédiat. Son licenciement a été confirmé par courrier remis en mains propres à la fin de l'entretien.

L. T_____ a perçu fr. 8'358.65 brut à titre de salaire du 1^{er} au 23 janvier 2004, fr. 711.55 à titre de treizième salaire, ainsi que fr. 3'556.35 à titre de paiement de sept jours de vacances, selon un décompte arrêté au 23 janvier 2004.

M. Par courrier du 5 février 2004, T_____ a contesté son licenciement immédiat, et a invité son ex-employeur à lui en préciser les motifs. Il a en outre réclamé le paiement de son salaire jusqu'au 31 mars 2004 ainsi que le solde de ses vacances et de son treizième salaire *pro rata temporis*.

Par pli LSI du 12 février 2004, E_____ a refusé de donner droit à sa demande, et lui a indiqué que son licenciement était lié à une violation grave de ses obligations contractuelles, notamment à la commission d'actes de concurrence déloyale. Elle a précisé que ces faits lui avaient été clairement exposés lors de l'entretien du jour de son licenciement.

Par courrier du 6 mai 2004, adressé au conseil de T_____, E_____ a précisé, par l'intermédiaire de son conseil, que son licenciement avait été motivé par le fait que, pendant ses heures de travail, son ex-employé avait proposé, à titre personnel et à l'insu de son employeur, ses services aux clients de la société à l'aide d'un fichier et d'une adresse électronique privée. E_____ a également exposé que, lors de son licenciement, ces faits avaient été expliqués à T_____, documents à l'appui, et que ce dernier ne les avait pas contestés, mais avait été surpris que la société les ait eus en mains.

N. Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 8 juin 2004, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 28'857.90, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mars 2004, à titre de salaire et de vacances durant le délai de congé ordinaire. Ladite somme se décomposait comme suit :

- fr. 24'611.35 à titre de salaire pour les mois de janvier, février et mars 2004
- fr. 2'020.95 à titre de treizième salaire *prorata temporis*
- fr. 2'225.60 à titre de solde de vacances

Les montants réclamés étaient déduits des montants que T_____ avait déjà perçus selon le décompte arrêté au 23 janvier 2004 (cf. lit. L *supra*).

A l'appui de sa demande, l'employé a allégué que son licenciement immédiat était injustifié puisqu'il avait été prononcé sans juste motif. Il a reconnu avoir préparé une plaquette publicitaire pour se mettre à son compte, mais soutenu qu'il ne l'avait jamais diffusée ou envoyée à des clients potentiels, partant, que cela ne pouvait ainsi constituer une faute grave justifiant un licenciement immédiat.

O. L'audience de conciliation a eu lieu le 31 août 2004, sans succès, de sorte que la cause a été renvoyée au Tribunal.

- P. Par mémoire réponse déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 30 septembre 2004, E_____ a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions.

La défenderesse a allégué que le demandeur était astreint à une clause de non concurrence pendant les rapports de travail, ainsi que pendant une période d'un an après la cessation des rapports de travail. En violation de cette clause, le demandeur avait démarché les banques clientes de la société afin de leur proposer ses services et expériences professionnelles concernant son propre logiciel Z_____, alors qu'il était encore sous contrat de travail avec elle. Elle a précisé qu'il avait pour ce faire, notamment utilisé la liste des banques utilisant le logiciel, clientes privilégiées de la défenderesse. Elle a également soulevé que le demandeur avait violé son devoir de fidélité et commis des actes de concurrence déloyale graves à son égard, que le lien de confiance avec son ex-employé avait été en conséquence rompu, et que son licenciement immédiat était dès lors justifié.

- Q. A l'audience du 1er novembre 2004, les parties ont confirmé leurs conclusions.

Le demandeur a contesté avoir eu un contact direct avec un client d'E_____. Il a également déclaré que les courriers électroniques qu'il avait échangés avec A_____, de la société Y_____, visaient uniquement à s'informer sur les possibilités de placement qui existaient, dans l'éventualité d'un nouvel emploi.

Le témoin B_____ a admis avoir aidé T_____ à réaliser sa plaquette publicitaire. Il a confirmé s'être confié à un collègue de travail, C_____, concernant les projets du demandeur de se mettre à son propre compte, car cette situation lui devenait insupportable.

Il a ajouté que C_____ s'était montré choqué du fait que T_____ avait entrepris des démarches visant à trouver des clients, et a précisé que, suite au licenciement du demandeur, il avait lui-même reçu un avertissement de la part de son employeur, lui interdisant d'exercer une activité pour des tiers. Il a en outre précisé, qu'à sa connaissance, T_____ n'avait pas eu de contact direct avec des banques clientes d'E_____.

- R. A l'audience du 17 janvier 2005, le demandeur a précisé qu'il n'avait plus aucune prétention à l'encontre de la défenderesse s'agissant du paiement de son salaire mensuel, treizième salaire et solde de vacances du 1er au 23 janvier 2004.

Il a reconnu que la société X_____ était une banque cliente de son ex-employeur et qu'il avait contacté H_____, responsable du personnel en son sein.

Le témoin C_____, a déclaré que B_____ lui avait montré la plaquette publicitaire qu'il avait préparée pour T_____, et parlé des intentions de celui-

ci de démarcher des clients d'E_____, afin de leur offrir ses services en qualité de consultant informatique spécialisé dans le programme Z_____. Il a précisé avoir demandé à B_____ de lui fournir la plaquette et des documents étayant ses déclarations, ce que celui-ci avait refusé. A l'évidence, selon lui, la direction ignorait l'ensemble des faits lorsqu'il l'a informée des agissement de T_____.

D_____, assermentée, a déclaré que B_____ lui avait confirmé que le demandeur avait entrepris des démarches à titre personnel auprès des clients de la société. Elle a précisé que, suite à sa demande, B_____ lui avait remis la plaquette publicitaire ainsi que divers courriers électroniques, dont un relatif à une annonce à faire paraître dans un journal, documents qu'elle avait aussitôt transmis à la direction. Elle a également déclaré que B_____ avait répété ses déclarations concernant T_____, devant la direction, le matin du 23 janvier 2004, et que le demandeur avait été licencié suite à un entretien ayant eu lieu le jour même. Elle a ajouté que F_____, membre de la direction lui avait indiqué, à la fin de l'entretien, que T_____ n'avait pas contesté les agissements qui lui avaient été reprochés à la base de son licenciement immédiat.

- S. Par jugement du 3 mai 2005, le Tribunal des prud'hommes a considéré que le demandeur avait violé son devoir de fidélité envers la défenderesse, en entreprenant pendant plus d'un an, et aux heures de travail, de nombreuses démarches afin d'offrir ses services en tant que consultant indépendant spécialisé dans le logiciel de son employeur, et ce, auprès des clients privilégiés de son employeur, commettant de la sorte, une faute grave, propre à rompre les liens de confiance avec son employeur. Le licenciement immédiat justifié a donc été admis, et le demandeur débouté de toutes ses conclusions.

Le jugement a été envoyé aux parties en date du 4 mai 2005, et a été notifié à T_____ le 6 mai suivant.

- T. Par mémoire déposé le 6 juin 2005, T_____ a formé appel contre ledit jugement.

Il conclut préalablement à la réouverture des enquêtes, notamment à la réaudition de B_____, et principalement, à l'annulation du jugement. En effet, il demande la condamnation de l'intimée à lui verser le montant de fr. 28'857.90, tel que réclamé en première instance (cf *supra*, lit. N).

A l'appui de son appel, l'appelant reproche aux premiers juges d'avoir erré en considérant ses agissements comme constitutifs d'un manquement particulièrement grave à l'encontre de son employeur et justifiant la résiliation immédiate de son contrat de travail, en tant que cette mesure ne doit être admise que de manière restrictive. Au surplus, l'employé fait valoir que ses actes n'ont été constatés que plus d'une année après leur intervention et que la résiliation immédiate ne saurait intervenir aussi tardivement.

Il expose qu'il n'a pas été établi qu'il ait entrepris des démarches auprès des clients de la société E_____, au vu des déclarations contradictoires de B_____ lors de l'audience du 1^{er} novembre 2004 et de D_____ du 17 janvier 2005. Il ajoute qu'il a établi la plaquette publicitaire en dehors de ses heures de travail.

Au sujet de ses envois par courriers électroniques, il soutient qu'ils relèvent de ceux qu'un collaborateur peut entreprendre en vue d'un nouvel emploi, et qu'en tant que tels, ils ne sont pas de nature à violer ses obligations contractuelles.

Il précise que relativement à l'annonce parue dans le journal « J_____ », aucune réponse ne lui a été adressée.

Enfin, il fait valoir que lorsque le Tribunal a relevé que pendant plus d'un an, et aux heures de travail, le demandeur avait entrepris de nombreuses démarches afin d'offrir ses services en tant que consultant indépendant spécialisé dans le logiciel de son employeur, il a interprété le résultat des enquêtes et des pièces produites de manière arbitraire.

- U. Dans son mémoire réponse, déposé en date du 5 juillet 2005 auprès de la Juridiction des prud'hommes, E_____ conclut au déboutement de l'appelant, y compris sur sa requête en réouverture des enquêtes, et demande la confirmation du jugement déféré.

Au surplus, elle demande la condamnation de T_____ aux dépens de la procédure d'appel, comprenant une équitable participation à ses honoraires d'avocat, en tant qu'elle considère l'appel téméraire.

La société estime que la réaudition de B_____ est inutile, puisque les documents produits et les enquêtes dans leur globalité permettent de conclure à la violation par l'appelant de son devoir de fidélité envers son employeur, ainsi que des clauses contractuelles d'interdiction de concurrence.

Elle rappelle que l'employé occupait une position sensible, était en contact régulier avec la clientèle et astreint contractuellement à une clause de non-concurrence. Elle affirme que non seulement il a ébranlé la confiance qu'elle avait envers lui, en proposant à ses propres clients les mêmes services que ceux qu'elle offrait, mais que, de surcroît, T_____ avait par là violé son obligation de fidélité à l'égard de son employeur. A ce titre, le juste motif à la base du licenciement immédiat intervenu doit être admis.

Peu importe selon elle que les faits reprochés à l'appelant remontent à 2002 et 2003, dans la mesure où la résiliation du contrat de travail au eu lieu le 23 janvier 2004, soit dès que l'employeur a eu connaissance du comportement déloyal de son employé.

Elle souligne que l'appelant a proposé ses services en tant que consultant indépendant spécialisé dans le logiciel Z_____, par deux fois, durant ses heures de travail, soit une première fois à la banque X_____, cliente d'E_____, et une seconde fois à l'agence de recrutement V_____.

- V. Lors de l'audience du 14 novembre 2005, T_____ a déclaré qu'en raison de l'absence de résultat consécutive à la parution de son annonce dans le journal

« J_____ », il n'avait pas envoyé la plaquette publicitaire. Il a ajouté qu'à présent il ne travaillait pas à titre indépendant, mais pour un client qui le plaçait.

Le témoin B_____ a tout d'abord confirmé ses déclarations du 1^{er} novembre 2004, en répétant qu'à sa connaissance, T_____ n'avait pas contacté directement de banque cliente d'E_____, mais est en revanche revenu sur ce qu'il avait expliqué concernant la conversation qu'il avait eue avec C_____, avant le licenciement de l'appelant. En effet, il a indiqué qu'en réalité, il n'était pas tourmenté par sa conscience lorsqu'il avait parlé des projets de T_____ à C_____, et que ce dernier n'avait pas dit la vérité lors de l'audience du 17 janvier 2005. B_____ a précisé qu'il était inexact de dire qu'il était en conflit avec sa conscience en relation avec l'affaire de l'appelant, et qu'il ne se rappelait pas avoir dit à C_____ que T_____ démarchait les clients d'E_____.

Le témoin a ajouté que D_____ lui avait dit de faire le témoignage du 1^{er} novembre 2004 dans ce sens, probablement afin de sauver sa « tête », et qu'il craignait pour sa place auprès d'E_____, lors de la procédure en première instance.

E_____, par l'intermédiaire de Me Marilyn NAHMANI, a signalé que B_____ a démissionné au printemps 2005.

W. Une deuxième audience a suivi en date du 9 janvier 2006.

E_____, par l'intermédiaire de I_____, a informé le Tribunal de ce que B_____ avait essayé d'entrer en contact avec D_____ et C_____, le lendemain de l'audience du 14 novembre 2005.

Après lecture des déclarations de B_____ du 14 novembre 2005, au sujet de son revirement, au témoin D_____, celle-ci a déclaré ne pas comprendre qu'il puisse affirmer qu'elle l'avait incité à dire qu'il était en conflit avec sa conscience, ne voyant au surplus pas pourquoi elle aurait agi dans ce sens.

Le témoin C_____ n'a pas compris non plus le revirement de B_____ sur ses déclarations précédentes, puisqu'il avait eu la conviction que son collègue était mal à l'aise lors de leur discussion du 23 janvier 2004, mais a relevé que ce dernier ne voulait jamais faire de tort à quiconque.

Il a ajouté qu'il a eu connaissance de l'existence de la plaquette publicitaire, ainsi que de son contenu le même jour que celui où il est allé dénoncer les faits auprès de D_____, et qu'il a entendu dire qu'un client au Tessin avait été démarché par T_____, sans pouvoir dire de qui il l'avait appris.

Pour sa part, B_____ a admis, après réflexion, que cette question de plaquette publicitaire le gênait quand même, et qu'il se rendait compte que cela risquait de nuire à T_____, lorsqu'il en a parlé à C_____.

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Les jugements rendus par le Tribunal des prud'hommes, dans les causes dont la demande principale ou reconventionnelle est supérieure à fr. 1'000.-, comme dans le présent litige, peuvent être déferés à la Cour d'appel (art. 56 al. 1 de la Loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP). L'appel de T _____ a été interjeté dans le délai prévu par la loi (art. 59 al. 1^{er} LJP), dès lors que le jugement lui a été notifié le 6 mai 2005, et que son acte d'appel a été déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 6 juin 2005.
2. L'appelant conclut préalablement à la réouverture des enquêtes, en particulier à la réaudition de B _____, requête à laquelle la Chambre d'appel a fait droit.
3. T _____ conclut à la condamnation de l'intimée à lui verser le montant de fr. 28'857.90, en tant que son licenciement immédiat est intervenu de manière injustifiée, et qu'il doit être rémunéré comme si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire, soit le 31 mars 2004.

a) « *L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs* » (art. 337 al. 1^{er} CO). « *Sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail* » (art. 337 al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 ; ATF 121 III 467, consid. 4 et les références citées).

Le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351 ; ATF 116 II 145, consid. 6 ; Wyler, Droit du travail, 2002, pp. 363 s. ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 337 CO, p. 1781).

Selon l'art. 321a al. 1^{er} CO « *Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur* ». A teneur de l'al. 3 du même article : « *Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du*

travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur ».

L'employeur a un intérêt tout particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque celui-ci exerce une fonction à responsabilités qui le place en situation d'agir seul, sans le contrôle de son employeur. A cet égard, le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue, compte tenu du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 127 III 86, consid. 2c ; ATF 124 III 25, consid. 3a ; ATF du 11 octobre 1994, publié in SJ 1995, p. 809 ; ATF 104 II 28 ; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 8 ad art. 321a CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, n. 4 ad art. 321a CO).

Pour admettre une violation du devoir de fidélité au sens de l'article 321a CO, une atteinte concrète aux intérêts de l'employeur n'est pas forcément nécessaire (cf. ATF 124 III 25, consid. 3b ; ATF du 26 mai 1992 en la cause 4C.17/1992, publié in SJ 1993, p. 369).

Une fois le congé donné, le travailleur peut entreprendre des démarches en vue de trouver un nouvel emploi, de fonder une société concurrente ou de se préparer à exercer une activité indépendante pour autant qu'il n'entre pas en concurrence avec son employeur avant que son activité chez lui prenne fin, qu'il ne néglige pas son travail et n'use pas de procédés contraires à la bonne foi (ATF 117 II 72 ; ATF cité par Aubert in SJ 1989, p. 690, et les références citées).

Les parties peuvent étendre ou limiter par convention les obligations découlant du devoir de fidélité, l'article 321a al. 1er CO constituant du droit dispositif (ATF du 12 décembre 1995 en la cause 4C.216/1995 ; ATF 117 II 72 consid. 4a).

La partie qui entend se prévaloir de justes motifs doit le faire en principe sans délai, par quoi il faut entendre une manifestation de volonté intervenant après un bref temps de réflexion; une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen. La durée dépend des circonstances, mais un délai de un à trois jours ouvrables est présumé approprié (ATF 130 III 28, consid. 4.4 ; ATF du 16 mai 2002 en la cause 4C.345/2001 ; ATF du 2 août 1993, publié in SJ 1995, p. 806 ; CAPH du 10 août 1993 en la cause VI/39/92 ; ATF 93 II 18 ; Wyler, Droit du travail, 2002, pp. 372 s. ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 11 ad art. 337 CO, p. 1783). Le fardeau de la preuve que la résiliation est intervenue à temps incombe à la partie qui résilie (art. 8 CC ; ATF du 12 décembre 1996 en la cause 4C.419/1995).

Selon la jurisprudence, l'arbitraire, prohibé par l'article 9 Cst., ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution que celle retenue par l'autorité cantonale pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 128 I 81 consid. 2 p. 86, 273 consid. 2.1; 127

I 60 consid. 5a p. 70; 126 III 438 consid. 3 p. 440). S'agissant de l'appréciation des preuves et des constatations de fait, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1). Il appartient au recourant d'établir la réalisation de ces conditions en tentant de démontrer, par une argumentation précise, que la décision incriminée est insoutenable (art. 90 al. 1 let. b OJ; ATF 129 I 185 consid. 1.6; 122 I 70 consid. 1c p. 73). Enfin, pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 129 I 8 consid. 2.1; 128 I 177 consid. 2.1).

b) En l'occurrence, l'ex-employé a notamment, alors qu'il était lié par un contrat de travail, contacté la responsable des ressources humaines d'une banque cliente de son ex-employeur afin de proposer ses compétences sur le logiciel Z_____, à titre d'indépendant, ouvert une adresse électronique privée afin de proposer les mêmes services que ceux qu'il offrait auprès d'E_____, mais à son compte, et publié une annonce, dans le même sens, dans le quotidien « J_____ ».

Ces trois agissements démontrent, à eux seuls, la volonté de T_____ d'accomplir du travail rémunéré pour un tiers exactement dans le même domaine de compétence que celui exercé au même moment auprès de son employeur, attitude propre à léser son devoir de fidélité envers lui en lui faisant concurrence. L'exercice d'une fonction à responsabilités telle celle qu'il occupait, de surcroît en contact permanent avec la clientèle, ne peut reposer que sur des liens de confiance particulièrement accrus. En violant ainsi son devoir de fidélité, l'ex-employé a enfreint une obligation découlant de son contrat de travail, de nature à rompre irrémédiablement le rapport de confiance entre les parties. Partant, les motifs invoqués par E_____ lors du congé de T_____ doivent être considérés comme fondés et justifiant un licenciement immédiat.

C'est en vain que l'appelant fait valoir que ses actes n'ont été constatés que plus d'une année après leur intervention et que la résiliation serait par conséquent tardive. La direction a agi dans un laps de temps inférieur à 24 heures entre le moment où elle a eu connaissance des agissements concurrentiels de T_____ et son licenciement. Il invoque également qu'il n'a pas été établi qu'il ait entrepris des démarches auprès des clients d'E_____, ce qui est manifestement erroné puisqu'il admet lui-même avoir contacté la responsable des ressources humaines d'une banque cliente de son employeur. En outre, en faisant paraître l'annonce dans le journal « J_____ », durant ses rapports de travail, il a lésé son devoir de fidélité, indépendamment de savoir à qui il s'adressait, puisque, conformément à l'art. 321a al. 3 CO, le travailleur ne doit pas accomplir de travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il fait concurrence à son employeur. L'absence de réponse à son annonce n'est pas non plus de nature à écarter la violation de son devoir de fidélité, puisqu'au vu de ses propres déclarations, il n'a fermé

son adresse électronique d'indépendant que pour cette raison, ce qui laisse entrevoir qu'il aurait poursuivi sa démarche en cas de succès.

Le grief d'arbitraire au sujet de l'appréciation des preuves du Tribunal ne sera pas examiné plus avant, puisque l'appelant n'allègue pas en quoi la motivation formulée par le Tribunal serait insoutenable et que la décision qu'il a prise serait arbitraire dans son résultat.

Au vu de ces considérations, il est manifeste que T_____ ne s'est pas limité à entreprendre des démarches en vue d'un nouvel emploi, mais a offert ses services pendant qu'il était encore au bénéfice d'un contrat de travail avec E_____.

En conséquence, le congé immédiat pour justes motifs est justifié. Il s'ensuit que T_____ sera débouté de ses conclusions.

4. E_____ conclut à la condamnation de l'intimé au paiement des dépens de la procédure d'appel, comprenant une équitable participation aux honoraires d'avocate de l'intimée.

a) Selon l'article 343 al. 2 et 3 CO, et 60 al. 1^{er} LJP, les litiges résultant du contrat de travail, dont la valeur litigieuse ne dépasse pas fr. 30'000.-, doivent faire l'objet d'une procédure gratuite, les parties n'ayant à supporter ni frais judiciaires ni émoluments.

La valeur litigieuse au sens de l'article 343 al. 2 CO correspond aux prétentions du demandeur à l'ouverture de l'action (ATF 115 II 41 = JdT 1989 I, p. 67 ; ATF 100 II 359 = JdT 1975 I, p. 621).

Toutefois, le juge peut mettre les dépens et les frais de justice à la charge de la partie qui plaide de manière téméraire (art. 76 al. 1^{er} *in medio* LJP). La témérité sous-entend que la démarche du plaideur est dénuée de toute chance de succès ou qu'une partie se comporte de manière inadmissible pendant la procédure, en recourant à des mesures dilatoires, ou en n'invoquant certains moyens qu'en fin de procédure (cf. également l'art. 40 LPC). Si une demande n'a pratiquement aucune chance d'aboutir, elle n'est pas encore téméraire (Mémorial 1990, p. 2943).

A l'exception du cas du plaideur téméraire, la procédure prud'homale ne prévoit pas le versement de dépens comprenant une participation aux frais d'avocat d'une des parties. Ce postulat découle du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, la représentation par avocat demeurant exceptionnelle (art. 12 et 13 LJP ; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Les droits des parties sont en effet réputés suffisamment sauvegardés par la maxime d'office (art. 29 LJP et 343 al. 4 CO). Une partie souhaitant l'assistance d'un avocat est donc censée, à teneur du droit actuel, prendre les frais en découlant à sa charge (note d'Aubert in SJ 1987, p. 574).

b) Dans la présente cause, T_____ est la partie qui succombe pour l'essentiel. Toutefois, le montant litigieux étant inférieur au montant prévu par l'art. 60 al. 1^{er} LJP, aucun émoulement ne peut lui être mis à charge.

La seule exception envisageable à la gratuité dans le cas d'espèce, est le cas du plaideur téméraire, tel qu'évoqué par l'intimée. Or, E_____ ne démontre pas en quoi la démarche de l'appelant aurait été dénuée de toute chance de succès ou qu'il se serait comporté de manière inadmissible pendant la procédure. Partant, l'exception de témérité ne peut être retenue, et les conclusions d'E_____ en la condamnation de T_____ aux frais et dépens sont rejetées.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme

- Déclare recevable l'appel formé par T_____ le 6 juin 2005 contre le jugement du 3 mai 2005 dans le cadre de la procédure C/11994/2004 – 5 ;

Au fond

- Rejette ledit appel et confirme le jugement ;
- Déboute les parties de toute autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président