



T _____
Dom. élu : Me Cyril AELLEN
Rue du Rhône 61
1204 Genève

Partie appelante

E _____ SA
Dom. élu : Me Didier BOTTGE
Rue François-Bellot 1
1206 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 30 novembre 2010

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Jean Claude GAUTHEY et René JEMMELY

MM. Yves DUPRE et Pierre André THORIMBERT

Mme Florence SCHULER

EN FAIT

A. Par acte déposé le 1^{er} mars 2010 au greffe des Prud'hommes, T_____ appelle d'un jugement rendu le 26 janvier 2010 par cette juridiction, notifié aux parties le 27 janvier 2010 et reçu le lendemain par le précité, jugement rendu dans le litige qui l'oppose à son ancien employeur la société E_____ SA, dont le dispositif est le suivant :

Préalablement :

1. *Déclare recevable la demande formée le 27 août 2008 par E_____ SA contre T_____ ;*
2. *Déclare recevable la demande formée le 29 août 2008 par T_____ contre E_____ SA ;*

Cela fait :

3. *Condamne T_____ à payer à E_____ SA la somme nette de Fr. 200'000.- (deux cent mille francs), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2008 ;*
4. *Prend acte de ce que E_____ SA modifiera le certificat de travail conformément à son engagement pris lors de l'audience du 17 septembre 2009 et l'y condamne en tant que de besoin ;*
5. *Déboute les parties de toute autre conclusion.*

La demande de la société E_____ SA avait pour objet le paiement par T_____ de la somme de Fr. 200'000.- avec intérêts à 5% l'an, soit le montant de la peine conventionnelle résultant d'une clause de non-concurrence signée par les parties. Elle soutenait en substance que ce dernier avait violé cette clause en entrant au service d'une société concurrente, A_____ SA, immédiatement après avoir quitté E_____ SA et en distribuant, à son détriment et pour le compte de ce nouvel employeur, des produits de la marque B_____ , notamment. Toujours selon E_____ SA, le congé qu'elle avait notifié à T_____ était exclusivement dû au comportement fautif de celui-ci, de sorte qu'il n'entraînait pas la caducité de la clause de non concurrence.

La demande de T_____ visait au paiement des sommes suivantes :

- Fr. 12'452.25 à titre de solde de bonus/commission 2007 avec intérêts moratoires à 5% l'an du 29 février 2008 ;
- Fr. 23'721.90 à titre de bonus/commissions 2008 avec intérêts moratoires à 5% l'an du 31 juillet 2008 ;
- Fr. 10'000.- à titre de gratification 2007, avec intérêts moratoires à 5% l'an du 1^{er} janvier 2008 ;
- Fr. 5'948.55 à titre d'indemnité pour les jours de vacances non prises en nature, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an du 30 juin 2008 ;
- Fr. 44'361.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an du 30 juin 2008.

T_____ réclamait aussi la délivrance d'un certificat de travail conforme à un texte qu'il avait lui-même rédigé (pièce 36 T_____). En substance il soutient que E_____ SA l'a licencié parce qu'il faisait légitimement valoir son droit au paiement d'une commissions/bonus ainsi qu'au paiement d'une gratification. Il conteste tous les griefs qui lui sont adressés quant au non-respect de ses obligations contractuelles.

B. Les faits suivants résultent de l'instruction de première et de seconde instance :

a. E_____ SA est inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le 21 mars 1962 ; elle a son siège à Meyrin/Genève ; son but est l'achat et la vente d'instruments pour laboratoires analytiques, l'installation et l'équipement de laboratoires analytiques ; ses administrateurs sont C_____ , également président, avec signature individuelle, D_____ , également directeur, avec signature individuelle, ainsi que F_____ , avec signature collective à deux.

b. Elle a engagé T_____, docteur en chimie, par contrat daté du 13 janvier 2004, prenant effet le 26 janvier 2004, comme délégué technico-commercial. Aucun cahier des charges n'a été établi toutefois il est admis que cette tâche consistait à visiter la

clientèle de la Suisse romande ; T_____ était aussi plus spécialement chargé du conseil technique et de la promotion des ventes des produits de la gamme chromatographie.

L'horaire était de 40 heures hebdomadaires, la durée des vacances fixée à 4 semaines et le délai de congé conforme aux dispositions du Code des obligations.

Le salaire, versé douze fois l'an, comprenait une part fixe et une part variable en fonction des objectifs atteints, objectifs qui, dès le 1^{er} janvier 2005, devaient être « *fixés d'un commun accord d'année en année* ». Le salaire a passé graduellement de Fr. 54'000.- brut à Fr. 108'000.- brut dès le 1^{er} janvier 2007.

c. Par avenant du 18 avril 2007, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2007, T_____ s'est vu confier la tâche de « Business Development Manager » pour la chromatographie ; outre son activité pour le développement de la gamme de produits du secteur de la chromatographie proposés et distribués par E_____ SA, qu'il conservait, T_____ se voyait confier les ventes de ce secteur pour la Suisse entière. Aucun cahier des charges n'a été établi.

Le salaire a été porté à Fr. 120'000.- brut l'an, versé en douze mensualités. Dès le 1^{er} janvier 2007 un budget des ventes pour la chromatographie devait être établi chaque année et « *avalisé par les acteurs* », mentionnant la marge brute qui devait être dégagée dans ce secteur pour l'année concernée. Au salaire précité s'ajoutait ainsi un « bonus/commission » à hauteur de 15% de la part dépassant la marge budgétée ; un décompte devait intervenir dans le mois suivant la clôture de l'exercice annuel et le bonus/commission était payable au plus tard le mois suivant. En cas de rupture du contrat le décompte devait être arrêté au jour de cette rupture, établi le mois suivant et payé au plus tard dans les 30 jours suivant le paiement du décompte de salaire.

Le contrat de travail initial du 13 janvier 2004 ainsi que tous ses avenants prévoyaient en outre le paiement *envisageable* d'une gratification en fin d'année. Il était toujours mentionné que cette prestation était à bien plaisir et n'avait aucun caractère obligatoire.

Les parties avaient par ailleurs signé, lors de l'engagement le 13 janvier 2004, une clause de confidentialité, par laquelle l'employé s'obligeait à garder strictement secrets et à ne montrer ni révéler à des tiers - durant toute la relation de travail et aussi après la fin de cette relation - tous documents ou informations liés à l'activité de l'employeur ainsi que de toute société sœur ou filiale dont il a eu connaissance par son travail.

En outre, une clause de non-concurrence avait aussi été signée le 13 janvier 2004, par laquelle T_____ s'interdisait tout acte de concurrence à l'encontre de E_____ SA, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser, durant deux ans dès la fin des rapports de travail. Cette clause s'étendait à toute la Suisse et concernait l'achat, la vente, la promotion et la commercialisation de matériel à usage unique (consommables) de laboratoire et de petit équipement de laboratoire. En cas d'infraction T_____ s'engageait à payer Fr. 200'000.- à E_____ SA à titre de peine conventionnelle, sans pour autant le libérer de ses obligations de non-concurrence, ainsi qu'une indemnité correspondant, le cas échéant, au dommage supplémentaire causé à E_____ SA par la violation de la clause. La clause n'était toutefois pas applicable si l'employé était licencié pour des raisons économiques.

Enfin, le 13 janvier 2004 toujours, les parties ont signé un document concernant les conditions d'utilisation du courrier électronique et d'internet, précisant que ces instruments étaient strictement destinés aux besoins de l'entreprise et ne devaient faire l'objet d'aucun usage privé. L'employeur pouvait en tout temps consulter tous les fichiers stockés sur le serveur, des contrôles ponctuels pouvaient avoir lieu et tout usage du matériel excédant ces limites constituerait un abus.

d. Selon ce qu'ont indiqué les parties en audience de comparution personnelle devant la Cour d'appel le 25 août 2010, une rencontre a eu lieu chez E_____ SA, que T_____ situe, sans être contesté, durant la première quinzaine de février 2008, entre ce dernier d'une part, C_____ et D_____ d'autre part, à la demande du précité, qui souhaitait faire le bilan de l'exercice écoulé et déterminer le montant de son

bonus/commission et pour réclamer une gratification. Une discussion s'est élevée à ce sujet, à l'issue de laquelle, selon E_____ SA, une solution avait été trouvée, convenant aux deux parties à propos du bonus/commission. T_____ le conteste. C_____ a précisé toutefois en audience que T_____ avait en outre demandé le paiement d'une gratification, à quoi il lui avait répondu « qu'il ne fallait pas pousser le bouchon trop loin » et lui avait fait part de son insatisfaction concernant certains volets de son activité, soit le fait qu'il n'avait pas développé le secteur des fournisseurs et des nouveaux produits.

e. C_____ a aussi expliqué, lors de l'audience du 25 août 2010, qu'à cette même époque, soit au début de 2008, après l'entretien dont il a été question plus haut, il avait mandaté une consultante en ressources humaines et graphologue, G_____ , en lui indiquant que la société rencontrait des difficultés avec T_____ , concernant son comportement envers ses collègues ainsi que son attitude vis-à-vis de son travail. Fin mars 2008, cette consultante lui a fait part de ses constatations, à savoir que l'employé disait souffrir d'un manque de considération. E_____ SA avait estimé cela incompatible avec la situation de T_____ dans l'entreprise, et ce fut l'un des éléments qui conduisirent à la décision de le licencier. Toujours selon C_____ , c'était finalement le 20 avril 2008, après discussion avec les cadres de l'entreprise et avec son fils D_____ , qu'il avait pris la décision, qualifiée par lui de difficile, de licencier le précité. T_____ a confirmé avoir rencontré une seule fois G_____ ; il pensait qu'il s'agissait de faire avec elle un bilan de compétences ; il lui avait dit ne rencontrer aucun problème avec ses collègues mais il ne pense pas lui avoir parlé des discussions liées au calcul de sa rémunération. Une seconde rencontre devait avoir lieu avec cette consultante, le 24 avril 2008, toutefois dans l'intervalle il avait été licencié.

f. Par courrier recommandé daté du 21 avril 2008, E_____ SA a licencié T_____ pour le 30 juin 2008, en le libérant avec effet immédiat de son obligation de venir travailler. E_____ SA invoquait :

« 1. Un net manque de collaboration avec l'équipe dirigeante de E_____ SA.

2. *Un problème de communication et de relation avec l'ensemble des collaborateurs rattachés à la vente, ainsi que d'autres collègues de travail.*
3. *Un manque dans le développement des gammes de chromatographie.*
4. *Un manque de croissance des ventes chromatographies en Suisse allemande. ».*

En complément à ce courrier, E_____ SA a adressé à T_____ un pli recommandé daté du 23 avril 2008, formulant divers griefs supplémentaires, fondés sur des faits qu'elle indiquait avoir découverts après le départ de T_____, et sur lesquels elle serait revenue ultérieurement.

g. T_____ a formé opposition par l'intermédiaire de son conseil, par courrier du 15 mai 2008, estimant le licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Il a entièrement contesté les motifs invoqués par E_____ SA à son encontre, motifs uniquement destinés à masquer la réelle intention de l'employeur de se séparer de lui parce qu'il faisait, de bonne foi, valoir des prétentions financières résultant de son contrat, à savoir le versement d'une gratification et d'un bonus/commission. De fait, l'employeur avait toujours été satisfait de ses prestations et son chiffre d'affaires était largement supérieur aux objectifs fixés par la direction, y compris dans le secteur des ventes pour la Suisse allemande. Seul le secteur Bâle-Berne subissait certes une régression, due toutefois exclusivement à la perte du client H_____, dont T_____ ne répondait pas. Ce dernier a persisté dans ses précédentes réclamations, auxquelles il a ajouté une demande d'indemnité pour un total de seize jours de vacances non prises en nature et d'une indemnité correspondant à trois mois de salaire pour licenciement abusif. Enfin, il a terminé son courrier en relevant qu'il tenait pour caduque la clause d'interdiction de concurrence, en application des art. 340a et 340c al. 2 CO.

E_____ SA a aussi constitué avocat et elle a contesté l'argumentation et les prétentions de T_____, persistant dans les termes de sa lettre de licenciement. Dans un courrier daté du 1^{er} juillet 2008, E_____ SA a adressé à T_____, à la demande de ce dernier, un certificat de travail, dont ce dernier n'a pas accepté le libellé.

h. Par courrier du 18 juillet 2008 adressé au conseil de T____, E____ SA indique avoir appris l'avant-veille que, juste après l'expiration de son délai de congé, ce dernier avait été engagé par la société A____ SA, seule distributrice avec elle-même des produits de la marque B____ en Suisse ; elle le sommait par conséquent de lui adresser par écrit, d'ici au 24 juillet 2008, l'engagement de ne pas développer la distribution de cette marque chez son nouvel employeur. E____ SA a réitéré que, depuis sa désignation au poste de « Business Development Manager » T____ n'avait pas rempli ses obligations contractuelles qu'en outre, il consacrait son temps professionnel à des activités familiales ou privées. MILLAN SA précisait : « *ainsi, le jour de son licenciement, Monsieur POULARD était, durant les heures de travail, en communication fréquente avec son amie, sur des sujets qui, on s'en doute, n'avaient rien à voir avec son activité professionnelle* ». Partant, il avait bien fourni à son employeur des motifs de licenciement et ce dernier était en droit de faire valoir la clause de non-concurrence.

i. Les parties ont toutes deux soumis leurs prétentions réciproques au Tribunal des prud'hommes. Les premiers juges, après instruction de la cause et admis leur compétence à raison de la matière, ont considéré que T____ n'avait pas rapporté la preuve du caractère abusif du congé. Il n'avait ainsi droit à aucune indemnité de ce chef. Ses prétentions en paiement d'une commission/bonus devaient également être rejetées : pour l'exercice 2007 il avait accepté « par actes concluants » le montant versé par l'employeur; pour l'exercice 2008 il n'avait pas droit à une telle prestation car le budget n'avait pas été atteint. Aucune gratification ne lui était due non plus, car cette prestation avait en l'espèce un caractère discrétionnaire ; elle n'avait pas été versée à tous les employés et que lui-même ne l'avait pas reçue chaque année. Les premiers juges ont enfin refusé à T____ le paiement d'une indemnité pour vacances non prises en nature, au motif qu'il aurait pu prendre le solde restant, de 16,5 jours, pendant le délai de congé, puisqu'il avait été libéré de l'obligation de travailler. Le Tribunal a admis la validité de la clause de non-concurrence, convenablement limitée quant au lieu, au temps et au genre d'affaires et qui ne compromettait pas l'avenir du travailleur de manière contraire à l'équité. Elle était en outre applicable, dès lors que l'employeur avait des motifs

justifiant le licenciement. Enfin les premiers juges ont donné acte à E_____ SA de son accord de modifier le certificat de travail qu'elle avait libellé à l'attention de T_____, en supprimant les trois derniers paragraphes.

j. La procédure contient les éléments suivants concernant les prétentions de T_____ :

a) La remise d'un certificat de travail :

L'appelant demande la délivrance d'un certificat de travail conforme au texte qu'il a lui-même rédigé et qu'il a versé au dossier (pièce 36 dem.). En audience le 25 août 2010 E_____ SA a réitéré sa volonté de modifier le texte du certificat qu'elle avait établi (pièce 4 de son chargé du 27 août 2008), par la suppression des trois derniers paragraphes et d'adresser dès le lendemain de l'audience un nouveau certificat, portant la date du 26 août 2010. T_____ POUOLARD en a pris acte.

b) L'indemnité pour vacances non prises :

T_____ réclame devant la Cour la somme de Fr. 2'300.30 bruts à titre d'indemnité pour vacances non prises, réduisant ainsi ses conclusions de première instance. Il admet en effet, à l'instar des premiers juges, que le calcul doit s'effectuer sur la base d'un salaire mensuel net moyen de Fr.10'000.-.

Le 25 juillet 2008 E_____ SA a viré à T_____ la somme de Fr. 5'320.- avec la mention « décompte vacances ». Selon le relevé de l'employeur, 10,5 jours de vacances restaient dus à ce dernier pour l'exercice 2007. T_____ y ajoute 6 jours pour l'exercice 2008, au cours duquel - sur les 20 jours auxquels il avait droit - il dit n'en avoir pris que 4. Il réclame donc le paiement d'une indemnité pour 16,5 jours de vacances non prises, soit - sur la base d'un salaire mensuel net moyen de Fr. 10'000.- - la somme de Fr. 7'621.25, dont à déduire le montant versé le 25 juillet 2008, soit un solde correspondant aux **Fr. 2'300.30 bruts** réclamés.

c) La gratification 2007 :

T_____ conclut au paiement d'une somme de Fr. 10'000.- avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} janvier 2008 à titre de gratification pour l'année 2007, soit l'équivalent d'un salaire mensuel de base.

Précédemment il avait reçu à ce titre Fr. 3'000.- en 2004, Fr. 3'500.- en 2005 et rien en 2006, année où aucun employé n'a reçu de gratification. T_____ soutient que, pour 2007, tous les employés ayant des tâches comparables à la sienne ont reçu une gratification ; E_____ SA le conteste et il ressort de l'instruction que les employés Q_____ et Roland KAISER n'en ont point reçue.

C_____ , lors de l'audience de comparution personnelle du 25 août 2010, a déclaré ceci : *« Je précise par ailleurs que les commerciaux avaient tous à peu près le même salaire et pas de bonus. T_____ à partir d'avril 2007 a eu un revenu nettement supérieur et en outre un bonus, en raison du fait que sa tâche était devenue différente. Je ne voyais personnellement pas pourquoi nous lui aurions versé la gratification qu'il réclamait alors que, contrairement à ce qui avait été convenu, il n'avait pas exercé d'activité autre que commerciale. »* D_____ a confirmé les dires de son père, C_____ , rappelant que la gratification se décidait en fin d'année, qu'elle n'avait aucun caractère obligatoire et n'était pas systématiquement versée.

d) Le bonus/commission 2007 et 2008 :

T_____ réclame le versement d'un solde, respectivement d'un complément de Fr.12'452.25 avec intérêts à 5% l'an du 29 février 2008 au titre de bonus/commission pour l'exercice 2007 et un montant de Fr. 23'721.90 avec intérêts à 5% l'an du 31 juillet 2008 pour l'exercice 2008, somme calculée au prorata de la durée du contrat cette année-là, soit six mois.

Il sied de préciser ce qui suit concernant la prétention afférente à l'exercice 2007 : à une date indéterminée, mais qui devait nécessairement se situer dans le courant de l'année 2006, E_____ SA avait budgété un chiffre d'affaires de Fr. 4'300'000.- pour le secteur de la chromatographie pour l'exercice 2007. T_____, associé à ce processus d'estimation, indique avoir été d'accord avec ce chiffre. Ultérieurement, ce montant a été porté à Fr. 4'400'000.- par E_____ SA. T_____ soutient que cette modification est intervenue sans son accord. L'employeur l'a opérée une fois l'exercice concerné écoulé, au début de l'année 2008, au moment où il réclamait le versement de sa commission/bonus.

T_____ produit sous pièce 12 de son chargé un tableau établi par D_____ selon lequel le chiffre d'affaires effectivement réalisé pour la chromatographie en 2007 a été de Fr. 4'897'330.- et, sur la base du premier budget de Fr. 4'300'000.-, le différentiel permettant de calculer le bonus était de Fr. 316'292.- T_____ avait ainsi droit pour l'exercice 2007 au 15% de ce montant, soit Fr. 47'443.80 brut. Or, la pièce 12 comporte un second tableau, concrétisant la modification litigieuse, où E_____ SA prend en compte un chiffre d'affaires budgété à Fr. 4'400'000.-, le différentiel déterminant pour le calcul s'élevant à Fr. 235'478.-. Sur cette base, T_____ s'est vu allouer seulement Fr. 34'991.55 brut (soit Fr. 31'230.85 net). Il réclame en conséquence la différence de **Fr. 12'452. 25 brut.**

Il sied d'indiquer encore que T_____ critique aussi le fait que, pour calculer sa marge, E_____ SA a déduit un montant de Fr. 20'200.- pour des frais de port et d'emballage. E_____ SA explique qu'il s'agit-là d'une pratique constante, pour ce type de frais qui ne sont pas refacturés au client.

Comme déjà indiqué plus haut. T_____ affirme avoir contesté la modification de ce calcul. Il a indiqué à la Cour, lors de son audition le 25 août 2010, qu'il avait attendu, pour formaliser sa réclamation, d'avoir reçu le montant que l'employeur admettait lui devoir et il a ajouté que, par ailleurs, il craignait pour son emploi s'il élevait des réclamations.

T_____ réclame pour l'exercice 2008 un bonus/commission de **Fr. 23'721.90 brut**, soit la moitié de la somme totale de Fr. 47'443.80 qu'il estime lui revenir pour 2007, puisque le contrat a pris fin au 30 juin 2008. Il ne donne point d'informations précises concernant les résultats financiers de son activité pour cette période. Il affirme toutefois que le volume de ses ventes avait continué d'augmenter et que par conséquent, en principe, les affaires auraient dû évoluer de la même manière qu'en 2007.

E_____ SA estime au contraire que rien n'est dû pour 2008. Selon le budget qu'elle a versé au dossier, en se fondant sur le résultat du secteur de la chromatographie en 2007, soit Fr. 4'897'330.-, elle avait estimé ce poste à Fr. 4'408'000.- pour l'exercice 2008 (annexe au courrier du conseil de E_____ SA au Tribunal des prud'hommes, du 21 septembre 2009). Elle n'indique pas à quelle date ce budget a été établi et, compte tenu de l'évolution des relations entre les parties, il n'est pas soutenu que T_____ aurait participé à son élaboration. E_____ SA affirme que ce budget 2008 n'a de toute manière pas été atteint, d'une part en raison du départ du client H_____ en début d'année 2008, client qui représentait à lui seul un chiffre d'affaires de Fr. 1'400'000.- soit approximativement le tiers de celui de tout le secteur de la chromatographie, et d'autre part en raison des actes de concurrence auxquels T_____ s'était livré à son encontre à cette même époque, et qui l'ont privée de la distribution des marques I_____ et B_____.

E_____ SA expose ne pas vouloir produire de pièces concernant les résultats de l'exercice 2008, précisément parce que T_____ est actuellement au service d'une société directement concurrente. Elle se déclare toutefois prête à remettre ses comptes à un expert, si nécessaire, ou à les faire auditer, pour démontrer la véracité des ses allégations.

e) L'indemnité pour licenciement abusif :

T_____ estime avoir droit à une indemnité de Fr. 44'361.- pour licenciement abusif. La motivation de cette prétention a déjà été exposée plus haut. E_____ SA la conteste, estimant pour sa part que les griefs élevés à l'encontre de son ancien employé sont avérés et qu'en outre celui-ci a violé la clause de non-concurrence.

k. Les griefs de E_____ SA sont les suivants :

a) T_____ **a fait preuve d'un net manque de collaboration avec l'équipe dirigeante.** Ce grief n'est pas véritablement développé en tant que tel par E_____ SA, il se superpose du reste en partie aux autres griefs formulés, qui sont énumérés ci-après.

b) T_____ a rencontré **un problème de communication et de relation avec l'ensemble des collaborateurs rattachés à la vente, ainsi que d'autres collègues de travail.** J_____, attachée commerciale chez E_____ SA, entendue le 18 juin 2009 en qualité de témoin par le Tribunal, a exposé que lors de soirées d'entreprise, T_____ ne s'était pas toujours montré respectueux envers les femmes et qu'il pouvait se montrer agressif verbalement. D'autres témoins, collaborateurs de E_____ SA, ont indiqué ou laissé entendre qu'ils ne partageaient pas nécessairement les points de vue de l'appelant, sur le plan professionnel et il sera revenu ci-après sur ces déclarations, à propos des griefs concernant l'exécution du travail confié. Cela étant, le témoin K_____, entendu le 18 juin 2009 par le Tribunal, ancien employé de E_____ SA comme directeur des ventes, a déclaré que l'appelant s'entendait bien avec ses collègues. Le témoin L_____, ancien employé commercial auprès de E_____ SA, entendu le 23 juin 2010 par la Cour d'appel en qualité de témoin, a déclaré qu'il n'avait pas constaté de problèmes de comportement chez l'appelant ni qu'il ait existé des différends entre lui et d'autres collaborateurs. De même le témoin M_____, ancienne employée de E_____ SA, entendue le 25 août 2010 par la Cour d'appel en qualité de témoin, a déclaré avoir eu de bons contacts avec T_____ et n'avoir jamais observé de problèmes entre lui et d'autres employés ou membres de la direction.

c) Il est reproché à T_____ **un manque dans le développement des gammes de chromatographie**, soit de n'avoir pas trouvé de nouveaux fournisseurs dans ce secteur depuis sa promotion au titre de « Business Development Manager » à dater du 1^{er} avril 2007. Entendu comme témoin le 16 avril 2009 par le Tribunal, son supérieur N_____ a déclaré que lors de l'importante exposition O_____, qui s'était tenue en Allemagne en 2008, T_____ n'avait point trouvé de nouveaux fournisseurs. La société P_____ s'était pourtant signalée, mais il était opposé à une collaboration avec celle-là. Le témoin Q_____, spécialiste en chromatographie et biotechnologie chez E_____ SA, entendue comme témoin lors de la même audience, a indiqué que la société P_____ avait été approchée par elle-même lors de cette manifestation et non par T_____. Ce dernier n'avait pas donné suite à cette opportunité, le témoin ignorant pour quelle raison. Le témoin R_____ a relevé aussi que T_____ n'avait pas voulu se rendre aux USA en mars 2008 pour participer à une exposition, ce que le précité conteste. Le témoin a aussi déclaré qu'il n'avait pas apporté de nouveaux fournisseurs à E_____ SA.

T_____ le conteste et il affirme avoir formulé des propositions de collaboration à diverses sociétés comme S_____, U_____, V_____ et W_____. L'instruction de la cause ne comporte aucun élément à ce sujet. M_____, ancienne employée de E_____ SA, entendue comme témoin successivement par le Tribunal et par la Cour, a soutenu que T_____ avait au contraire amené sept à dix nouveaux fournisseurs pour la chromatographie, dont les sociétés I_____, X_____ et Y_____. E_____ SA ne le conteste pas, mais elle fait toutefois observer que sa collaboration avec I_____ - fournisseur que du reste T_____ a finalement dirigé vers son nouvel employeur - datait d'avant le 1^{er} avril 2007, date de sa promotion professionnelle. Quant aux fournisseurs X_____ et Y_____, E_____ SA indique que le volume d'affaires traité avec ces sociétés dans le domaine de la chromatographie était tout à fait négligeable. Z_____, directeur commercial chez I_____, entendu le 18 juin 2009 comme témoin par le Tribunal, a indiqué que lors de l'exposition O_____, il avait évoqué avec T_____ les nouvelles gammes de produits de sa société. Il ne précise pas si ces discussions ont conduit à élargir chez E_____ SA la palette des produits fournis par I_____.

d) Il est fait grief à T_____ d'un **manque de croissance des ventes en chromatographie en Suisse allemande**. E_____ SA n'a jamais contesté les compétences de T_____ comme délégué commercial. Les témoins Q_____, N_____ et R_____ l'ont du reste confirmé. E_____ SA admet également qu'en 2007 le volume des ventes pour la Suisse allemande a augmenté. Il n'en demeure pas moins qu'elle reproche à l'appelant de n'avoir pas cherché à diversifier la clientèle et à accroître le nombre de clients à un moment où cela était vital pour la société. En effet, comme déjà indiqué, en janvier 2008, pour des motifs qui ne sont pas imputés à T_____, E_____ SA a perdu un client important, la société H_____, et il fallait compenser cette perte. Le témoin R_____ a déclaré que T_____ n'avait pas apporté de nouveaux clients. T_____ pour sa part fournit un tableau récapitulant les clients qu'il dit avoir démarchés en Suisse romande, dont E_____ SA observe qu'ils étaient presque tous déjà clients le 1^{er} avril 2007 et que les rares nouveaux ont produit un chiffre d'affaires négligeable.

e) En lien avec les griefs énumérés ci-dessus, E_____ SA reproche aussi à T_____ **de n'avoir fourni aucun rapport ni information à ses collègues pour son activité dans la vente**. En particulier, il lui est reproché de n'avoir pratiquement pas établi de rapports de visite et de n'avoir par conséquent pas été en mesure de justifier son activité ni de son emploi du temps. Le témoin AA_____, « Business Development Manager » chez E_____ SA, entendu le 18 juin 2009 par le Tribunal comme témoin, a précisé que pour sa part il dressait le planning de ses visites mais que le rapport subséquent n'était pas forcément écrit. Le témoin N_____ a déclaré qu'à son arrivée dans la société en juillet 2007 il avait senti qu'il n'était pas le bienvenu auprès du précité et qu'il avait eu des difficultés à obtenir des renseignements quant aux marges et aux processus de vente. T_____, selon ce témoin, n'était pas très actif lors des séances mensuelles de direction et contestait volontiers les résultats. T_____ soutient au contraire que, dans la mesure où il y était tenu, il renseignait régulièrement sa hiérarchie et verse au dossier une présentation « power point » concernant les résultats obtenus dans le secteur dont il avait la charge, pour une période antérieure toutefois à l'année 2007. Il ressort d'autre part des pièces produites que le 30 avril 2008 un collaborateur de E_____ SA a

récupérées auprès de T_____ une liste de matériel, dont deux classeurs contenant des rapports de visites.

f) Après le licenciement de T_____, E_____ SA a fait part à ce dernier qu'elle venait de constater **la disparition des serveurs de certaines informations et/ou répertoires**. T_____ conteste ce grief. BB_____, informaticien, entendu comme témoin par la Cour d'appel le 23 juin 2010, a indiqué être intervenu chez E_____ SA à la demande de cette société le vendredi 25 avril 2008 pour récupérer des répertoires supposés disparus. En procédant par comparaison avec la sauvegarde qu'il avait en sa possession le témoin a effectivement constaté la disparition de fichiers qui auraient dû se trouver dans le répertoire de vente. Il ne paraissait pas s'agir d'une inadvertance, car un répertoire était entièrement vide alors qu'il aurait dû contenir plusieurs fichiers appartenant à T_____. Ce dernier conteste derechef le grief, ajoutant qu'il n'a *rien emporté que de personnel*.

g) Enfin, toujours selon les constats faits après le départ de T_____, notamment par l'examen des documents retrouvés dans la messagerie professionnelle de ce dernier, E_____ SA fait grief à ce dernier **de s'être livré à des activités autres que professionnelles durant son temps de travail**.

Il sied de préciser que juste avant le licenciement de T_____, D_____ avait interpellé celui-ci par courriel du 17 avril 2008, en début d'après-midi, pour lui demander des explications dès lors qu'il ne se trouvait pas au bureau et que son calendrier Outlook ne comportait aucun rendez-vous pour le jour-même ni pour le lendemain. T_____ répondit quelques minutes après qu'il était occupé à la rédaction de ses rapports, ayant pris du retard, et il indiquait quels rendez-vous il avait pris pour le lendemain.

E_____ SA verse aussi au dossier des extraits de l'agenda Outlook de T_____ ainsi que des rapports de visite pour la période du 7 au 18 avril 2008, dont il résulte que son emploi du temps n'était pas très chargé et comportait peu de rendez-vous

professionnels. T_____ a précisé en cours de procédure qu'il n'utilisait pas l'agenda Outlook.

Cela étant, E_____ SA verse au dossier plusieurs courriels échangés le 28 mars 2008 entre T_____ et son épouse, et le 17 avril 2008 entre ce dernier et sa maîtresse, qui, entre autres motifs, venaient expliquer le peu d'activité professionnelle déployée par l'intéressé à l'époque. Elle souligne qu'elle s'est vue contrainte de produire ces pièces en raison des dénégations réitérées de T_____. Au vu des pièces produites, ce dernier ne conteste pas les faits, mais souligne que ces correspondances n'avaient pas pris une telle ampleur qu'elles l'empêchaient de faire son travail.

1. E_____ SA, outre les griefs énumérés ci-avant, reproche à T_____ d'avoir violé la clause de non-concurrence. Aussitôt la relation de travail terminée il s'est mis au service d'une société active dans le même domaine qu'elle, la privant par la même occasion de deux importants fournisseurs. T_____ ne conteste pas cet engagement et verse au dossier un extrait du contrat de travail signé le 2 juillet 2008, qui le lie à la société A_____ SA, sise à CC_____ et inscrite au Registre du commerce de Bâle-Campagne depuis janvier 2007. DD_____, laborant au service de A_____ SA, entendu en qualité de témoin par le Tribunal le 18 juin 2009, a dit connaître T_____ de longue date. Il a indiqué que la décision de la société précitée de l'engager pour la Suisse romande datait de fin juin 2008.

Pour E_____ SA, divers indices laissent supposer que T_____ avait déjà le projet de s'engager pour sa concurrente avant la fin de ses rapports de travail avec elle et qu'il prenait ses dispositions, notamment le jour où il a été licencié. Ainsi, le 17 avril 2008 il a reçu le message d'une collaboratrice de B_____, donnant diverses indications sur les modalités de sa relation commerciale avec E_____ SA, message que T_____ a fait suivre le jour-même sur sa messagerie privée. E_____ SA verse d'autre part au dossier un échange de courriels, le 17 avril 2008 toujours, entre T_____ et son épouse, avec pour objet le mot « test » ; à 14h48 EE_____ écrivait « coucou bisou » et à 14h51, depuis la messagerie d'une tierce personne, T_____ répondait « C'est finalement

arrivé ». E_____ SA semble supposer que cet échange avait trait aux agissements déloyaux qu'elle impute à T_____. L'instruction n'a pas permis de déterminer quel était véritablement l'objet de cet échange.

m. E_____ SA soutient que le comportement déloyal de T_____ a engendré à son détriment un préjudice d'un montant quasi identique à celui de la pénalité de Fr. 200'000.- figurant dans la clause de non-concurrence.

Ainsi, elle soutient que, grâce aux rapports de travail qui le liaient à elle, il avait eu connaissance de sa clientèle et de ses secrets d'affaires ; il connaissait tous les aspects commerciaux de la vente des produits relevant de sa spécialité et en particulier en ce qui concerne les marques I_____ et B_____ , ainsi que les prix d'achat, les marges et les éventuels rabais. C'est du reste aux frais de E_____ SA que T_____ a été formé à son activité commerciale.

Avec le départ de T_____, E_____ SA a perdu la distribution des marques I_____ et B_____ , qui en 2007, représentaient le 20% du chiffre d'affaires ainsi que près du 80% du volume des ventes dans le secteur de la chromatographie. Elle a en même temps perdu la clientèle pour ces produits. L'intimée impute à T_____ le préjudice y relatif, dès lors qu'il a « livré le marché romand » à son nouvel employeur, A_____ SA, société directement concurrente de E_____ SA.

m.1. Plus particulièrement en ce qui concerne les produits I_____, E_____ SA précise que la société I_____ est une société française, active dans la fabrication d'appareils destinés à la flash chromatographie, dont elle distribue les produits depuis 2005, étant rappelé que ce n'est pas T_____ qui lui a amené ce fournisseur. E_____ SA ne soutient pas avoir eu l'exclusivité de la distribution des produits I_____, mais elle affirme avoir été, sinon le seul, du moins le principal distributeur de la marque en Suisse. T_____ avait été instruit et formé pour les produits en question, en particulier par Z_____, directeur des ventes chez I_____.

Inquiet de l'évolution de la situation après le départ de T____, N____, directeur des ventes chez E____ SA, avait pris contact avec Z____ en juillet 2008, pour apprendre de ce dernier, par des messages envoyés entre juillet et septembre 2008 que « *l'intérêt pour I____ de travailler en parallèle avec FF____ était la présence même de T____* », et aussi que « *le but pour I____ était de travailler avec deux partenaires opérationnels sur le territoire Suisse, soit E____ SA et FF____* ».

E____ SA indique avoir immédiatement constaté les effets de cette situation. En effet, en septembre 2008 une cliente, la société GG____ PHARMA SA, lui avait fait une offre d'achat pour huit pompes de la marque I____, or, cette cliente a finalement conclu le contrat avec A____ SA, ce dont Z____ a informé N____ par courriel du 22 septembre 2008. Pour E____ SA, il est évident que T____ a ainsi détourné la commande qui lui avait été faite par GG____ PHARMA SA au bénéfice de A____ SA. Cela lui était d'autant plus aisé qu'il connaissait les conditions de vente de E____ SA. Cette dernière réclame la réparation du préjudice qu'elle dit avoir ainsi subi, à hauteur de la marge bénéficiaire perdue, soit **Fr. 17'625.60** représentant le 25,92% du prix des huit pompes (Fr.68'000.-).

Toujours dans ce contexte, pour faire suite à une suggestion formulée par Z____ de former son équipe de vente dans le domaine de la flash chromatographie, E____ SA avait fait appel les 26 et 29 août 2008 au professeur Jean-Marc ROUSSEL, ce qui lui avait coûté EUR 2'723.-. I____ INSTRUMENT n'avait cependant pas tenu compte de cet effort, destiné à optimiser leur collaboration, et, dans un courriel du 12 février 2009, sous la plume de Z____, se défendait d'avoir orienté la clientèle sur tel ou tel distributeur et expliquait que A____ SA, à travers T____, connaissait tous les clients et « *ne s'était pas privée de les visiter* » et, pour ce qui concerne la commande des huit pompes, elle expliquait « *que dès son départ pour FF____ T____ avait traité cette affaire avec GG____* ».

Aujourd'hui, E____ SA n'intervient plus comme distributrice de la marque I____, et d'ailleurs celle-ci, sur son site internet, ne présente que A____ SA, avec pour adresse

de contact celle de T____. Considérant le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé en 2007 pour la vente des produits I____, soit Fr. 402'275.- et celui qu'elle aurait réalisé en 2008, y compris les huit pompes finalement vendues par A____ SA, soit Fr. 420'600.- E____ SA estime qu'elle aurait pu réaliser en 2009 un chiffre d'affaires de Fr. 460'000.-, sur lequel une marge de 27,37% aurait pu être dégagée, soit **Fr. 125'885.-**.

m.2. En ce qui concerne B____, E____ SA précise qu'il s'agit d'une importante société américaine, issue du démantèlement de HH____, active dans le domaine de la chromatographie, pour les appareils et pour les consommables. L'intimée a distribué en Suisse, depuis 1997, *de manière exclusive*, les produits de cette société, soit bien avant l'entrée de T____ à son service. En 2007, estimant que E____ SA n'était pas assez présente sur le marché suisse-alsacien, B____ a appointé A____ SA comme second distributeur.

Par courrier du 18 septembre 2007, un représentant d'B____, II____, expliquait que A____ SA devait déployer son activité uniquement sur territoire suisse-alsacien sans nuire à E____ SA. Or, lorsque T____ a été engagé par A____ SA, II____ a répondu à E____ SA, qui l'interpellait, qu'B____ allait suivre la situation et tenter de freiner le projet de A____ SA de s'implanter dans la partie francophone de la Suisse pour les produits B____. Et en réalité, les clients de E____ SA, soit les HUG et le CHUV, ont néanmoins fait le choix de s'approvisionner pour les produits B____ auprès de A____ SA, ce qu'elle avait appris en date du 4 février 2009. Un collaborateur des HUG lui a en effet précisé que A____ SA avait obtenu le marché romand parce que T____ - fort de sa connaissance des rabais de 4% consentis aux HUG et au CHUV, chaque année, par E____ SA, avait proposé à ces clients un rabais exceptionnel de 12% et emporté ainsi la conviction des deux établissements précités.

E____ SA avait donc aussi perdu le marché des produits B____, qui avait représenté en 2006 un chiffre d'affaires de Fr. 139'996.-, en 2007 de Fr. 120'706.- et en 2008 de Fr. 150'654.-. En tenant compte de cette évolution, elle aurait pu réaliser en 2009 un chiffre

d'affaires de Fr. 163'000.- et une marge de **Fr. 51'382.-**, selon un taux 31,54%. Son préjudice pour ce secteur du marché ascendait ainsi à ce montant.

Ainsi, au total, E_____ SA soutient avoir subi, du fait des agissements de T_____, un préjudice de **Fr. 194'892. 60**, sensiblement égal au montant de la peine conventionnelle figurant dans la clause de non-concurrence, de sorte que T_____ doit être condamné au versement de cette pénalité.

m.3. Afin d'apporter une crédibilité aux chiffres qu'elle énonce pour l'évaluation de son préjudice, E_____ SA a fait entendre une représentante de son organe de révision, JJ_____, expert-comptable auprès de la fiduciaire KK_____. Cette dernière, qui a déposé en date du 23 juin 2010 devant la Cour d'appel sous la foi du serment, a tout d'abord exposé que depuis 2007 elle se rendait mensuellement chez E_____ SA pour procéder à la revue des boucllements trimestriels et à la comparaison entre les comptes établis et les budgets. Elle ne procède pas au contrôle des comptes. Elle examine notamment à cette occasion un tableau comportant d'une part l'ensemble des recettes et d'autre part l'ensemble des dépenses, avec la précision qu'il est possible, à partir de ce document, d'extraire le chiffre d'affaires et la marge bénéficiaire, par secteur, par produit ou par client. La marge, soit la différence entre le prix de vente et le prix d'achat, pouvait varier selon les éléments pris en considération. Le témoin a examiné la pièce 22 de E_____ SA, soit le tableau récapitulatif du préjudice qu'elle allègue, et elle a déclaré être persuadée que l'exactitude des chiffres qui y figurent pouvait être vérifiée par la consultation de la comptabilité de la société. JJ_____ a également relevé qu'une marge de l'ordre de 30% lui apparaissait cohérente et correspondait aux constats qu'elle avait pu faire, globalement, lors de ses interventions. La marge devait être distinguée du bénéfice, en ce qu'elle comprenait encore les frais généraux.

C_____ a précisé que E_____ SA était disposée à faire auditer les pièces comptables ayant permis d'établir le préjudice tel que présenté sur sa pièce 22, sous réserve de problèmes de confidentialité. En particulier C_____ s'est opposé à fournir des précisions sur le ratio existant entre le bénéfice et le chiffre d'affaires.

n. Comme déjà indiqué plus haut, pour T_____ la clause de non-concurrence n'est pas valable. Cela étant, E_____ SA n'a nullement démontré l'existence du préjudice qu'elle allègue ni dans son principe ni dans sa quotité. Les extrapolations comptables auxquelles elle se livre sont sans pertinence et aucune preuve n'est apportée quant au pourcentage de la marge qui fonde ses calculs.

T_____ persiste à relever que c'est bien lui qui a amené la société I_____INSTRUMENT comme fournisseur à E_____ SA, en mai 2006, et que la formation qu'il a lui-même reçue dans le domaine des produits de cette marque a été fournie et assumée financièrement par I_____INSTRUMENT et non par E_____ SA. T_____ observe encore que l'intimée n'avait aucun accord d'exclusivité avec I_____INSTRUMENT pour la distribution de ses produits, que E_____ SA n'était pas performante dans le domaine de la chromatographie et qu'en tout état de cause il n'était pas responsable du choix fait par I_____INSTRUMENT de changer de distributeur.

L'appelant relève que E_____ SA n'a pas non plus d'accord d'exclusivité pour la distribution des produits de la marque B_____, qui distribuait par ailleurs aussi elle-même ses propres produits. De surcroît, A_____ SA a obtenu la distribution des produits B_____ en automne 2007, à une période où il était encore employé de l'intimée. En outre, les HUG et le CHUV étaient clients de A_____ SA bien avant que T_____ entre à son service. Ce dernier conteste avoir connaissance d'un accord entre son employeur actuel et l'intimée concernant les limites territoriales de la vente de consommables.

T_____ explique aussi que la société B_____, en tant que distributrice de ses propres produits, offre à sa clientèle un rabais de 10%, ce que E_____ SA savait pertinemment. Pour le compte de A_____ SA, il avait donc proposé un rabais de 12%, afin de rester compétitif et il conteste avoir violé, ce faisant, son devoir de confidentialité envers E_____ SA.

EN DROIT

1. Déposés dans le délai et selon la forme prescrits par les art. 59 et 62 LJP les appels principal et incident sont recevables.

2. Les prétentions de T_____ :

a) Le certificat de travail :

Il sera donné acte aux parties de leur accord sur cette question.

b) L'indemnité pour licenciement abusif :

L'art. 336 al.1 lit. c CO dispose que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail. La partie qui prétend que la résiliation est abusive doit le prouver (ATF 123 III 246 ; JdT 1998 I 300 ; ATF 121 III 60 ; JdT 1996 I 47) ; le juge peut présumer l'existence d'un abus lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur ; il s'agit-là d'une forme de preuve « par indices », sans renversement du fardeau de la preuve. De son côté l'employeur doit fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations (ATF 130 III 699).

En l'espèce, le congé notifié à l'appelant est dûment motivé ; le bien-fondé de cette motivation sera examiné en détail ultérieurement, mais il doit d'ores et déjà être retenu que les griefs élevés à l'encontre du précité par l'employeur sont pour l'essentiel suffisamment étayés par l'instruction de la cause, de sorte que, dans cette mesure, la motivation de l'employeur est bien réelle. Parmi ces griefs ne figure pas celui d'avoir formulé une réclamation à propos du bonus/commission et/ou de la gratification. Certes, C_____ n'a-t-il pas caché son incompréhension, lors de la discussion entre les parties

dans la première quinzaine de février 2008, lorsque T_____, outre la contestation du calcul destiné à déterminer son bonus/commission pour 2007, a également réclamé le paiement d'une gratification pour cet exercice, puisqu'il lui a répondu « *qu'il ne fallait pas pousser le bouchon trop loin* ». Mais ce seul élément ne constitue pas un indice suffisant pour considérer que le congé était en réalité fondé sur ce qui précède. D'une part, à l'issue de cette discussion il semble que l'employeur ait considéré qu'un accord était intervenu avec T_____, idée dans laquelle son absence de réaction après le versement d'un montant inférieur à celui réclamé a dû le conforter, bien qu'à tort, de sorte que l'on voit mal comment il aurait pu conserver un grief à ce propos. D'autre part, au cours de cette même discussion, l'employeur dit avoir exprimé son insatisfaction concernant certains volets de l'activité de T_____ et il a du reste, peu après, fait appel à une consultante en ressources humaines, pour lui soumettre cette préoccupation. Cette intervention n'a pas abouti et ce n'est que le 20 avril 2010, soit deux mois après la discussion susmentionnée, au terme d'une réflexion avec les cadres de l'entreprise, que la direction a finalement décidé de licencier l'employé, décision qui a été qualifiée de difficile.

Au vu de ce qui précède, on ne peut pas considérer que les réclamations de T_____, même si elles ont pu contribuer aux difficultés rencontrées par E_____ SA à propos de cet employé, n'ont pas été le motif du congé. Les prétentions de T_____ en paiement d'une indemnité de Fr. 44'361.- pour licenciement abusif seront par conséquent rejetées.

c) L'indemnité pour vacances non prises :

A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Cette interdiction ne s'éteint pas à la fin des rapports de travail et un tel remplacement n'est autorisé que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter son obligation en nature (ATF 101 II 283 ; ATF 106 II 152 ; JdT 1980 I 602 ; ATF 107 II 430), en tenant compte, en cas de libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé, du temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi (ATF 128 III 271 ; JdT 2003 I 606).

T_____ a été licencié le 21 avril 2008, avec effet au 30 juin 2008 avec dispense de venir travailler, ce qui détermine un temps libre de dix semaines. Il prétend avoir eu droit à ce moment à un solde de vacances de 16.5 jours, soit trois semaines, qu'il aurait donc pu prendre en nature durant le délai de congé, sans que cela le prive de la possibilité, en outre de rechercher un nouvel emploi. En effet, il ressort du dossier qu'il avait des relations personnelles avec DD_____, employé chez A_____ SA, société pour laquelle il a commencé à travailler le lendemain-même de l'échéance de son contrat avec l'intimée. Cet engagement a ainsi dû être envisagé et négocié assez rapidement après le licenciement, de sorte que T_____ n'a pas été contraint d'utiliser l'intégralité de son délai de congé à des recherches d'emploi, au point de ne pas pouvoir prendre ses vacances restantes. Il sera donc débouté de sa demande en paiement d'une indemnité de Fr. 2'300.30 pour vacances non prises en nature.

d) La gratification pour 2007 :

A teneur de la doctrine et de la jurisprudence afférentes à l'art. 322d CO, qui traite de la gratification, ce sont les circonstances qui permettent de déterminer si cette prestation est facultative ou non, et il a en particulier été statué que la réserve faite par l'employeur du caractère facultatif de cette prestation était vide de sens si par ailleurs l'employeur montrait, par son comportement, qu'il se considérait comme tenu de l'exécuter (ATF 128 III 165 = JdT 2003 I 113 ; ATF 127 III 444 = JdT 2002 I 213). Sont également déterminants la durée pendant laquelle l'employeur a versé cette prestation précédemment ainsi que les motifs qui pourraient le conduire à ne plus la verser, tels la mauvaise marche des affaires ou une mauvaise prestation de travail (ATF 129 III 276 = JdT 2003 I 346 et les références citées). Enfin, dans l'optique du principe de l'égalité de traitement, mais par ailleurs aussi de celui de la liberté contractuelle, qui suppose une négociation individuelle de chaque contrat, il sied d'examiner si un refus de verser la gratification serait discriminatoire (ATF 129 III 276 = JdT 2003 I 346 précités).

En l'espèce, T_____ était au service de E_____ SA depuis quatre ans ; il avait reçu une gratification de Fr. 3'000.- en 2004, de Fr. 3'500.- en 2005 et rien en 2006, année où aucun employé n'a reçu de gratification. Il ressort de l'instruction que son versement n'a pas été fait à tous les autres employés dont le statut était, sinon identique, du moins comparable à celui de l'appelant, deux d'entre eux en tous cas n'en ayant point reçue. Enfin, selon les précisions apportées par C_____ le statut salarial de T_____ dans l'entreprise était globalement très favorable, par rapport à celui des autres commerciaux, dont à partir de 2007 le salaire était inférieur et qui en outre ne bénéficiaient pas d'un bonus/commission. Par voie de conséquence, l'appelant ne saurait prétendre au versement automatique d'une gratification et ses conclusions seront rejetées.

e) Le bonus/commission pour 2007 et 2008 :

Lorsque les parties conviennent, comme en l'espèce, que le travailleur a droit à une participation au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus (art. 322a al. 1 CO). L'employeur est tenu de fournir au travailleur, ou à sa place à un expert désigné en commun ou par le juge, les renseignements nécessaires et doit autoriser ces derniers à consulter la comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (art. 322a al. 2 CO).

A l'engagement, les objectifs déterminant la part variable du salaire, dès le 1^{er} janvier 2005, devaient être « *fixé d'un commun accord d'année en année* ». Lors de la dernière modification du contrat, portant le salaire à Fr. 120'000.- l'an, il a été convenu que le budget des ventes pour la chromatographie devait être établi chaque année et « *avalisé par les acteurs* », mentionnant la marge brute qui devait être dégagée dans ce secteur pour l'année concernée. Au salaire précité s'ajoutait ainsi un bonus/commission à hauteur de 15% de la part dépassant la marge budgétée ; un décompte devait intervenir dans le mois suivant la clôture de l'exercice annuel et le bonus/commission était payable au plus tard le mois suivant. En cas de rupture du contrat le décompte devait

être arrêté au jour de cette rupture, établi le mois suivant et payé au plus tard dans les 30 jours suivant le paiement du décompte de salaire.

T_____ a participé à l'établissement du budget pour l'exercice 2007, repris dans le second tableau sur sa pièce 12, et qui détermine, à l'issue de cet exercice et au vu des résultats accomplis, un bonus/commission de Fr. 47'443.- bruts. Lorsqu'il a réclamé le versement de sa commission, dans la première quinzaine de février 2008, soit une fois les résultats de l'exercice 2007 connus, l'employeur a néanmoins modifié le budget convenu précédemment et majoré de Fr. 100'000.- l'estimation du chiffre d'affaires pour 2007. Il n'est pas démontré que T_____ ait approuvé cet étrange procédé, qui conduisait à une notable réduction de sa rétribution, alors-même que ses résultats atteignaient les objectifs convenus. Le fait qu'il n'ait pas formalisé son désaccord ni protesté immédiatement au reçu du montant réduit que l'employeur lui a versé le 22 février 2008 ne peuvent pas être tenus pour une acceptation tacite de sa part. En effet, les divergences qui étaient apparues entre les parties et le fait qu'C_____ lui avait manifesté son insatisfaction à propos de certains aspects de son activité pouvaient, comme il l'a expliqué, lui faire craindre pour son poste et le faire hésiter à réitérer sa réclamation à ce moment-là. Par conséquent, **ses conclusions en paiement d'un complément de Fr. 12'452.25 au titre de bonus/commission pour l'exercice 2007 seront admises**, sur la base du tableau présenté au bas de la pièce 12 de l'appelant, établi par l'employeur. Il n'y a pour le surplus pas lieu de prendre en considération la critique de T_____ quant aux déductions opérées sur la marge, par l'employeur, pour divers frais (de port et d'emballage) non refacturés au client car cette déduction figure sur les deux tableaux présentés sur cette pièce 12 d'une part, et parce qu'il semble en outre que cette déduction ait été usuelle dans l'entreprise.

L'instruction n'a pas révélé quand ni comment avait été établi le budget pour l'année 2008. Il n'est en outre pas prétendu que T_____ ait participé à son élaboration, ce qui aurait dû être le cas conformément aux clauses de l'avenant au contrat de travail signé le 18 avril 2007. L'intimée a produit ce budget en annexe à un courrier de son conseil au Tribunal des prud'hommes du 21 septembre 2009. E_____ SA, pour l'exercice 2008,

s'est fondée sur le résultat du secteur de la chromatographie en 2007, soit Fr. 4'897'330.- et elle a estimé ce poste à Fr. 4'408'000.- pour l'exercice 2008. Elle n'indique toutefois pas quels ont été les résultats de T_____, pour le premier trimestre de l'année, où il a encore travaillé à son service, alors que, toujours selon l'avenant au contrat de travail signé le 18 avril 2007, en cas de rupture du contrat, le décompte destiné au calcul du bonus/commission - qui implique de connaître et de prendre en compte les résultats de l'employé pour les comparer au budget - doit être établi au jour de ladite rupture, soit en l'espèce au 30 juin 2008, voire au 21 avril 2008, dernier jour travaillé. E_____ SA se retranche derrière le secret des affaires pour ne pas produire tout ou partie de ses résultats pour 2008, compte tenu du fait que T_____ travaille pour une société concurrente, mais, eu égard aux exigences de l'art. 322a al. 2 CO, elle se dit prête à les dévoiler dans le cadre d'un audit qui serait exécuté en respectant la confidentialité. Un tel audit ne sera pas ordonné, pour les raisons qui vont suivre :

Au début de l'exercice 2008 E_____ SA a perdu, dans des circonstances qui seront examinées plus loin et auxquelles T_____ n'apparaît pas avoir été étranger, la représentation des produits B_____ et elle allait encore perdre sous peu également celle des produits I_____; en outre, au début 2008 elle a aussi perdu le client H_____, qui selon elle représentait à lui seul près du tiers du chiffre d'affaires de la chromatographie. Ces éléments rendent vraisemblable le fait que les résultats du premier semestre 2008 n'ont pas atteint les objectifs fixés. Par ailleurs, T_____ a quitté son poste, à la demande de l'employeur, le 21 avril 2008 et l'instruction - qui a démontré qu'il ne prospectait pratiquement pas le marché des fournisseurs - contient en outre quelques indices, tels la consultation de son agenda Outlook notamment, laissant penser que les derniers temps il ne déployait plus une activité très intense pour E_____ SA, même dans le domaine de la vente, où il excellait pourtant auparavant. Il est du reste étonnant que T_____, qui détenait de la documentation professionnelle à son domicile, n'ait lui-même fourni aucun élément concret permettant à la Cour d'évaluer ses résultats pour la période concernée et qu'il se soit limité à une sommaire extrapolation fondée sur l'exercice précédent. Au vu de ces éléments, il est rendu suffisamment vraisemblable que les résultats du premier trimestre 2008 n'auraient pas justifié l'octroi d'un

bonus/commission, il est ainsi inutile d'ordonner une expertise et T_____ sera débouté de ses conclusions sur ce poste.

3. E_____ SA demande l'application de la clause de non-concurrence signée par les parties le 13 janvier 2004. Elle réclame à T_____ le paiement de la pénalité de Fr. 200'000.-, correspondant selon elle approximativement au dommage qu'elle dit avoir subi en raison des agissements du précité. T_____ tient cette clause pour inapplicable, le licenciement n'étant pas fondé sur des motifs justifiés.

Une clause de non-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 (art. 340 al. 2 CO).

Une prohibition de concurrence doit être convenablement limitée quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité ; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières. WYLER souligne que, dans la pratique, le salaire annuel constitue un maximum qui n'est que rarement alloué (WYLER, Droit du travail, Berne 2008 p. 612). Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances (art. 340a al. 2 CO).

En ce qui concerne le montant de la peine conventionnelle, il résulte de la doctrine et de la jurisprudence qu'elle doit être proportionnelle au salaire antérieur du travailleur et ne pas placer celui-ci dans une situation économique insupportable ; elle est également à mettre en relation avec le montant du dommage subi par l'employeur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, 3^{ème} édition, n° 3 ad art. 340b et la jurisprudence citée). Sans qu'il soit indispensable de procéder à un examen détaillé de la casuistique en la matière il suffit de relever, comme le fait l'appelant, qu'en pratique le salaire annuel du travailleur

constitue un maximum, qui n'est que rarement alloué (WYLER, Droit du travail, Berne 2008 p. 612).

Une clause de prohibition de concurrence cesse de déployer ses effets notamment si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié (art. 340c al. 2 CO). Est considéré comme un motif justifié tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une violation contractuelle (ATF 130 III 353 ; JdT 2005 I 12). Un motif peut raisonnablement justifier la résiliation sans nécessairement suffire pour fonder un renvoi sans délai (ATF 92 II 31).

3.1. Etant rappelé que la Cour a déjà admis précédemment que le congé n'était pas abusif, il sied d'examiner maintenant lesquels, parmi les motifs invoqués par l'employeur, l'ont été valablement, et si ces motifs peuvent être qualifiés de justifiés au sens de la jurisprudence citée plus haut.

Les motifs invoqués par E_____ SA dans la lettre de licenciement :

a) L'employeur n'a pas véritablement explicité le motif tiré d'un **net manque de collaboration avec l'équipe dirigeante** ; dans la mesure où il se recoupe et se confond avec certains autres motifs, il sera examiné ci-après, en même temps que ceux-ci.

b) A propos des **problèmes de communication et de relation avec l'ensemble des collaborateurs rattachés à la vente, ainsi que d'autres collègues de travail** les témoignages recueillis ont révélé que l'appelant pouvait avoir des points de vue divergents de certains collaborateurs rattachés à la vente, sans toutefois formuler que ces divergences avaient rendu la collaboration impossible. Quand à la communication avec les autres collègues de travail, hormis le témoin J_____, qui a fait état d'un manque de respect de l'appelant envers les femmes et de l'agressivité verbale qu'il pouvait manifester, les autres personnes entendues n'ont pas constaté de problèmes

comportementaux envers les collègues ou les supérieurs. Les éléments ainsi recueillis ne sont pas suffisamment déterminants pour établir le grief.

c) Le **manque dans le développement des gammes de chromatographie** apparaît au contraire établi à l'issue de l'instruction. T_____ a vu ses fonctions - et partant son salaire - notablement modifiés par avenant au contrat de travail du 18 avril 2007, entré en vigueur le 1^{er} avril 2007. En sa nouvelle qualité de « Business Development Manager » pour le secteur de la chromatographie, il ne devait plus seulement s'occuper de la vente pour la Suisse romande, mais pour tout le pays, et aussi développer la gamme de produits de ce secteur. Certes, l'employeur n'a pas établi le cahier des charges détaillé, mais il n'est guère contestable que les termes « développement de la gamme de produits » supposent, entre autres, la recherche de nouveaux fournisseurs et leur portée n'a pas pu échapper à l'appelant, déjà actif depuis plus de trois ans dans l'entreprise. Il contredit du reste sa propre objection lorsqu'il tente lui-même de démontrer - vainement - qu'il aurait effectivement apporté de nouveaux fournisseurs. En effet, les témoins entendus à ce propos ont indiqué qu'il n'en était rien ; il n'avait même pas profité pour ce faire de sa présence à la foire O_____, qui s'est tenue en Allemagne en 2008, et il ne s'est pas rendu à une autre foire ayant eu lieu la même année aux Etats-Unis, où sa participation était souhaitée. Finalement il est ressorti de l'enquête qu'hormis les sociétés X_____ et Y_____, qui avaient engendré pour l'intimée un chiffre d'affaires tout à fait négligeable, T_____ n'a pas rempli les nouvelles tâches confiées le 18 avril 2007. Le grief est donc fondé.

d) L'avenant du 18 avril 2007 conférait aussi à T_____ le secteur des **ventes en chromatographie pour la Suisse allemande, que E_____ SA lui reproche de n'avoir pas développé**. Cette dernière admet néanmoins que le volume des ventes pour cette partie du pays a bien augmenté en 2007, mais elle précise son grief en expliquant qu'en réalité ce qui avait fait défaut étaient la diversification de la clientèle et l'accroissement du nombre de clients. Pour 2008 elle ne donne point d'indications précises sur le volume des ventes mais souligne, ce qui est admis, avoir perdu à ce moment-là la société H_____ , et que l'importante baisse de résultats engendrée par le départ de cette

cliente aurait dû pouvoir être compensée par l'apport d'une nouvelle clientèle, ce qui n'avait malheureusement pas été le cas. Le tableau et les informations fournis par l'appelant ne constituent pas une réponse suffisante à cette critique, car ils ne concernent pas la Suisse allemande et pas non plus la période critique, postérieure à avril 2007. Le grief est ainsi également avéré.

Les motifs invoqués par E_____ SA en complément de sa lettre de licenciement :

Le Tribunal fédéral a examiné, dans le cadre d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, la question de savoir si et dans quelle mesure la motivation pouvait être complétée. Il a statué que l'invocation de circonstances *apparues après* la déclaration de licenciement était exclue mais qu'à certaines conditions restrictives on pouvait se prévaloir de circonstances *antérieures* à la résiliation et que la partie qui a donné le congé ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître (ATF 121 III 467). Le Tribunal fédéral a encore observé que l'invocation a posteriori de nouveaux motifs de licenciement demeurait indéterminée (ATF 119 II 162 ; JdT 1994 I 105). Il n'est pas certain que de telles restrictions se justifient aussi s'agissant, comme en l'espèce, d'un congé ordinaire. Celui-ci en effet, - sauf demande de l'autre partie - n'a pas besoin d'être motivé (art. 335 CO).

Les deux parties ayant opté pour un examen des motifs ultérieurement invoqués sous l'angle des jurisprudences précitées, la Cour s'y référera donc également, non sans relever que les seuls motifs résultant de la lettre de congé constituent déjà, à eux seuls, des motifs justifiés de congé puisqu'il en ressort que l'appelant n'avait pas rempli intégralement ses obligations contractuelles.

E_____ SA invoque au surplus les griefs suivants :

a) L'absence de **rapport ou d'information à ses collègues pour son activité dans la vente** est un grief censé venir uniquement renforcer les deux premiers - insuffisamment établis, ainsi qu'il a été constaté plus haut - formulés dans la lettre de

congé. Il sera, dans cette mesure, examiné. Seul le témoin N_____ a décrit les réticences de T_____ à communiquer des renseignements quant aux marges et au processus de vente et sa passivité lors des séances mensuelles de direction. L'exigence de rapports écrits n'a pas été démontrée ; le témoin AA_____ a ainsi indiqué que lui-même n'établissait pas forcément de rapports écrits après ses visites à la clientèle et il n'a pas fait état de reproches qui lui auraient été adressés pour cela. Enfin, après le départ de T_____, E_____ SA a récupéré auprès de ce dernier deux classeurs contenant des rapports de visites, dont elle n'a certes pas commenté la teneur dans la procédure, mais dont la seule existence affaiblit notablement le grief formulé, que la Cour estime en définitive non démontré.

b) **La disparition des serveurs de certaines informations et/ou répertoires** est certes un grief recevable, en vertu des principes ci-dessus rappelés, dès lors que l'employeur ne pouvait découvrir les faits que lors de l'examen de la messagerie de l'appelant, après que celui-ci eût quitté son poste de travail. Ce grief est en outre avéré, au vu en particulier des déclarations du témoin BB_____. Ce dernier a en effet pu comparer les données figurant encore sur le compte informatique de l'appelant avec les sauvegardes en sa possession et a constaté qu'un répertoire qui aurait dû contenir plusieurs fichiers appartenant à T_____ était entièrement vide, ce qui ne pouvait pas être une inadvertance. Au demeurant ce dernier n'est guère crédible dans sa contestation d'une part en raison du fait qu'il lui arrivait d'envoyer des documents professionnels sur sa messagerie personnelle, comme il sera examiné plus loin, ce qui pouvait expliquer qu'il ne lui était plus nécessaire de les conserver au bureau, et d'autre part parce qu'il admet tout de même n'avoir « *rien emporté que de personnel, ...* ».

c) Il est douteux que le grief **de se livrer à des activités autres que professionnelles durant le temps de travail** soit recevable. E_____ SA a choisi de le soulever en cours de procédure seulement, alors qu'elle avait connaissance dès le départ de T_____ des courriels échangés entre ce dernier et son épouse d'une part, sa maîtresse d'autre part. Quoi qu'il en soit, ce grief est mal fondé, car les quelques messages

incriminés apparaissent avoir été tout à fait occasionnels, et, dans cette mesure-là, n'ont pas pu, en tant que tels, l'empêcher de remplir ses obligations professionnelles.

Au cas où ce même grief viserait également l'absence constatée de T_____ sur son lieu de travail le 17 avril 2008 et l'absence également de rendez-vous sur son agenda Outlook pour le 17 et le 18 avril 2008, les faits seront examinés plus loin, sous l'angle de la violation de la clause de non-concurrence.

Il résulte de l'ensemble des considérants qui précèdent qu'aussi bien dans sa lettre de congé que dans sa motivation ultérieure l'employeur a invoqué des motifs justifiés de licenciement, soit le manque de développement des gammes de chromatographie, le manque de croissance des ventes pour la Suisse allemande et la disparition des serveurs de certaines informations ou répertoires.

3.2. Applicabilité de la clause de non-concurrence :

Il résulte des considérants qui précèdent que la clause signée par les parties peut déployer ses effets, puisque l'employeur avait des motifs justifiés de licenciement.

Bien que l'interdiction de concurrence soit aujourd'hui échue, puisque les deux ans dès la fin des rapports de service sont écoulés, il sied tout de même de relever que les modalités de la clause, cumulées entre elles, étaient drastiques. Elles revenaient concrètement en effet à priver l'appelant de poursuivre les activités professionnelles dans lesquelles il avait pu démontrer ses capacités depuis quatre ans, le contraignant soit à repartir ab initio dans un domaine différent de l'industrie chimique soit à quitter la Suisse. Le terme de deux ans étant atteint, il n'est toutefois pas utile d'examiner plus avant dans quelle mesure les modalités de la clause quant au domaine concerné, aux limites de temps et de lieu auraient dû être allégées en application de l'art. 340a al. 2 CO.

Cet examen se justifie d'autant moins qu'en offrant ses services à la société A_____ SA après avoir reçu sa lettre de licenciement et en commençant, dès le lendemain de

l'échéance du contrat, une activité identique à celle qu'il exerçait jusque-là pour l'intimée au service de l'appelant pour le compte d'une société directement concurrente a manifestement violé la clause litigieuse, étant observé que, dans de telles circonstances, cette violation aurait très certainement aussi contrevenu à une clause rédigée selon des modalités moins strictes que celles convenues.

La question du montant de la pénalité demeure réservée et sera examinée ultérieurement, en lien avec le dommage allégué.

3.3. Violation de la clause de non-concurrence :

E_____ SA soutient avec raison que T_____ avait déjà le projet de s'engager au service de sa concurrente, une société récemment constituée, avec siège en Suisse alémanique, et qu'il préparait la suite de ses activités déjà avant la fin des rapports de travail avec l'intimée, ainsi que le laisse fortement supposer en particulier la teneur des contacts qu'il avait avec une collaboratrice de B_____ TECHNOLOGIES le 17 avril 2007, en parfaite violation du devoir de confidentialité le liant par ailleurs également à l'intimée.

Il n'est pas contestable que dans le cadre du contrat de travail qui liait les parties T_____ a eu connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires de son employeur, de tous les aspects commerciaux de la vente des produits relevant de sa spécialité - en particulier en ce qui concerne les marques I_____ et B_____ - ainsi que les prix d'achat, les marges et les éventuels rabais, tous éléments sur lesquels portait autant la clause de non-concurrence que la clause de confidentialité, signées par les parties le 13 janvier 2004.

Il résulte par ailleurs de l'instruction que, nanti de ces connaissances, T_____ a, sinon « livré » à lui seul les fournisseurs I_____ et B_____ à son nouvel employeur, du moins favorisé, par ses agissements, le choix de ces derniers de quitter E_____ SA pour travailler désormais avec A_____ SA. Le départ de ces fournisseurs allait nécessairement engendrer celui de la clientèle intéressée aux produits de ces marques.

En effet, selon ce qu'a indiqué un représentant d'I_____ INSTRUMENT. Z_____, à E_____ SA dès juillet 2008, qu'I_____ avait intérêt à travailler « en parallèle » avec A_____ SA en raison de la présence de T_____ chez cette dernière, intérêt qui se comprend d'autant mieux que ce dernier avait été tout particulièrement formé pour la vente des produits de cette marque, aux frais d'I_____ INSTRUMENT, selon ce qu'affirme Z_____. Aujourd'hui, E_____ SA n'intervient plus comme distributrice de la marque I_____, qui, sur son site internet, ne présente que A_____ SA, avec pour adresse de contact celle de T_____.

La perte pour E_____ SA de sa clientèle intéressée aux produits de la marque I_____ est illustrée par l'exemple de la commande de huit pompes de cette marque par la société GG_____ SA auprès de E_____ SA en septembre 2008. Ce marché n'a finalement pas été conclu et la marchandise a finalement été commandée auprès de A_____ SA. En février 2009 Z_____ devait expliquer à E_____ SA qu'I_____ n'avait nullement dirigé la clientèle vers tel ou tel fournisseur, mais que T_____ connaissait bien cette clientèle et ne s'était pas privé de la visiter.

De même, il résulte des explications fournies en septembre 2007 à E_____ SA par un représentant d'B_____, II_____, que, si A_____ SA devait initialement déployer son activité uniquement en Suisse allemande, sans nuire à E_____ SA, lorsqu'elle avait engagé T_____, elle visait ainsi à s'étendre en Suisse romande pour les produits B_____. Et de fait, E_____ SA a perdu sa clientèle pour lesdits produits, soit les HUG et le CHUV, les informations qu'elle a recueillies au début de l'année 2009 à ce sujet auprès des HUG lui ayant permis de savoir que T_____ avait obtenu « le marché romand » pour son nouvel employeur, en raison des rabais consentis, supérieurs à ceux pratiqués par E_____ SA.

De tout ces éléments résulte une très forte vraisemblance que T_____ a pour le moins favorisé le déplacement des fournisseurs I_____ et B_____ chez son nouvel employeur ainsi que la clientèle intéressée aux produits de ces marques.

Cependant, il faut également considérer que l'appelant ne répond de loin pas seul du préjudice découlant des départs enregistrés. Si en effet il a opté pour continuer ses activités au profit d'une société concurrente, pour apporter à celle-ci non seulement son savoir-faire mais aussi des informations couvertes par la clause de confidentialité, des fournisseurs et de la clientèle, le libre choix des fournisseurs de traiter avec d'autres partenaires doit aussi être rappelé. E_____ SA n'était en effet au bénéfice d'aucun contrat d'exclusivité pour la représentation en Suisse des produits I_____ et B_____. Quant au libre choix des clients, il existait également, il était total et il mérite également d'être pris en considération ; l'instruction n'a au surplus pas apporté la démonstration que les rabais préférentiels proposés par l'appelant ont été le seul motif des changements intervenus. Enfin, si E_____ SA n'a pas opté pour plaider à l'encontre de A_____ SA, il faut tout de même souligner qu'en prenant T_____ à son service cette dernière le savait lié par une clause de non-concurrence, situation qu'elle a assumée, à raison même de l'intérêt qu'elle recherchait dans cet engagement.

3.4. Préjudice subi par E_____ SA et montant de la clause pénale :

Le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur. Il peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu ; toutefois, il est tenu de réparer le dommage qui excéderait le montant (art. 340b al. 1 et 2 CO).

E_____ SA soutient que le comportement déloyal de T_____ a engendré à son détriment **un préjudice d'un montant total de Fr. 194'892.60**, quasi identique à celui de la pénalité de Fr. 200'000.- figurant dans la clause de non-concurrence.

Pour la perte de la représentation des produits I_____, elle prend comme point de départ un élément non contesté, soit le chiffre d'affaires réalisé en 2007 pour la vente des produits de cette marque, soit Fr. 402'275.-. Pour des motifs de confidentialité elle ne

produit pas ses résultats pour les années suivantes. Pour 2008 elle invoque la perte du marché pour le retrait par GG_____ SA de la commande des huit pompes I_____, finalement achetées chez A_____ SA, soit une marge bénéficiaire de **Fr. 17'625.60**, ce qui doit être admis, vu les circonstances dans lesquelles elle a perdu ce marché. Pour 2009 elle se livre à une extrapolation, estimant que son chiffre d'affaires aurait pu atteindre Fr. 460'000.- pour les seuls produits I_____. Cette extrapolation est contestée par l'appelant et un audit des comptes de l'intimée ne permettrait pas de déterminer quelle aurait effectivement pu être l'évolution du chiffre d'affaires pour les produits I_____ en 2009. Seules des hypothèses peuvent être formulées à ces fins, nécessairement discutables, compte tenu des aléas du marché. Dans ces conditions, la Cour s'en tiendra au chiffre d'affaires de 2007, dont le 27,37% représente **Fr. 110'102.65**.

Pour la perte de la représentation des produits B_____, E_____ SA prend comme point de départ le chiffre d'affaires de 2006 pour la vente des produits de cette marque, soit Fr. 139'996.-, celui de 2007, soit Fr. 120'706.- et celui de 2008, soit Fr. 150'654.-. Là également, E_____ SA se livre à une extrapolation pour 2009, supposant ainsi que son chiffre d'affaires pour les produits B_____ aurait pu être cette année-là de Fr. 163'000.-. Pour les motifs déjà exposés ci-dessus à propos des produits I_____, la Cour n'ordonnera pas d'audit des comptes de l'intimée ; elle se fondera sur le résultat de l'exercice 2007, connu de l'appelant, soit Fr. 120'706.-. Dès lors que E_____ SA a opté pour ne se fonder que sur l'exercice 2007 pour calculer son dommage résultant du départ d'I_____, la Cour ne voit pas de motifs de procéder différemment pour B_____. Pour l'exercice 2008 - durant lequel il appert d'ailleurs qu'B_____ ne l'avait pas encore quittée pour sa concurrente - l'intimée aurait pu rapporter la preuve du résultat qu'elle indique et qui est contesté, en le faisant certifier par son organe de contrôle, sans qu'un audit soit nécessaire. La Cour ne prendra donc pas non plus ce résultat en considération. Le 31,54% du chiffre d'affaires 2007 représente **Fr. 38'070.70**.

E_____ SA rend ainsi vraisemblable l'existence d'un préjudice total de **Fr. 165'798.95**. T_____ ne répond toutefois pas de l'entier de ce préjudice, la Cour estimant, au vu des

considérants développés plus haut, qu'un quart au plus du montant précité peut lui être imputé, soit un montant de l'ordre de Fr.40'000.-.

La pénalité de Fr. 200'000.- figurant dans la clause de non-concurrence, excessive en elle-même déjà, au vu de la jurisprudence en la matière, puisqu'elle représentait environ deux ans du salaire de T_____, est en outre totalement disproportionnée eu égard au montant du préjudice qui peut être imputé à ce dernier, en raison de ses agissements. Elle sera par conséquent réduite au montant de Fr.40'000.-, correspondant au montant du préjudice imputable au précité.

4. Pour l'ensemble de ces considérants, E_____ SA sera condamnée à verser à T_____ la somme de Fr. 12'452.25 à titre de solde de bonus/commission pour l'exercice 2007, avec intérêts à 5% l'an du 29 février 2008. T_____ sera condamné à verser à E_____ SA la somme de Fr. 40'000.- avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} juillet 2008. Les parties seront autorisées à opérer compensation des montants précités, à concurrence du montant le plus faible.

Compte tenu du fait qu'elles n'obtiennent ni l'une ni l'autre pleinement gain de cause, les émoluments qu'elles ont avancés dans le cadre de la présente procédure, ainsi que les taxes afférentes à l'audition des témoins qu'elles ont fait citer resteront à leur charge respective.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

A la forme :

Reçoit l'appel formé par T_____ par acte du 1^{er} mars 2010 contre le jugement rendu le 26 janvier 2010 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/19385/2008 - 1.

Au fond :

Annule ce jugement.

Donne acte aux parties de leur accord concernant le libellé d'un certificat de travail selon les modalités convenues lors de l'audience du 25 août 2010. Condamne, en tant que de besoin, E_____ SA à délivrer à T_____ ledit certificat.

Condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme de Fr. 12'452.25 à titre de solde de bonus/commission pour l'exercice 2007, avec intérêts à 5% l'an du 29 février 2008.

Condamne T_____ à verser à E_____ SA la somme de Fr. 40'000.- avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} juillet 2008 à titre de violation de la clause de non-concurrence.

Dit que les parties sont autorisées à opérer compensation des montants précités, à concurrence du montant le plus faible.

Laisse à la charge des parties les montants qu'elles ont avancés dans le cadre de la présente procédure au titre d'émoluments ou de frais pour l'audition de leurs témoins.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente