



Monsieur T _____
Dom. élu : Me Bernard ZIEGLER
Cours des Bastions 14
Case postale 18
1211 Genève 12

E _____ SA
Dom. élu : Me Maurice TURRETTINI
Rue de Hesse 8-10
Case postale 5715
1211 Genève 11

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 22 septembre 2004

M. Axel TUCHSCHMID, président

Mme Sandra DECAILLET et M. Alain SIRY, juges employeurs

MM. Gianfranco MAGNIN et Richard JEANMONOD, juges salariés

M, Guillaume ETIER, greffier d'audience

EN FAIT

A – T_____, agent d'assurances, a travaillé pour A_____. En 1995, son salaire s'est élevé à fr. 421.239,- brut.

Au début de 1997, il a quitté cette société pour poursuivre, dès le 1^{er} mai 1997, ses activités auprès d'E_____ SA, selon laquelle l'intéressé a d'abord été rétribué, comme indépendant, sous forme de commissions.

Par contrat du 17 mars 1998, entré en vigueur le 1^{er} janvier de cette même année, E_____ SA a engagé T_____ en qualité de conseiller pour toutes les branches d'assurances traitées par cette société. Aux termes de l'article 3 de cet acte, l'activité de l'employé a consisté dans le développement d'assurances ainsi que la recherche et l'acquisition d'une clientèle répondant aux critères de l'entreprise.

T_____ était tenu d'observer envers les personnes non autorisées la plus entière discrétion (secret professionnel). Cet engagement ne se terminerait pas à la résiliation du contrat mais continuerait indéfiniment.

La rémunération de l'employé a été fixée de la manière suivante : a) garantie d'un revenu mensuel : fr. 11.750,- fois douze mois, b) frais : fr. 750,- fois douze mois, c) commissions : selon une convention particulière. Cette dernière a prévu, sur les commissions perçues par E_____ SA relevant de la gestion du portefeuille d'affaires apportées par le conseiller ou confiées par E_____ SA, que T_____ toucherait 50% des commissions encaissées dans le cadre des acquisitions « vie individuelle » et « vie collective », 15% dans le cadre de la gestion « vie collective » et « non vie ».

B – En 1998, T_____ a réalisé, comme commissions de gestion non-vie, un montant total de fr. 200.961,-.

Pour les commissions vie de cette même année, l'employé invoque une somme de fr. 176.026,- alors que, selon E_____ SA, il s'est agi de fr. 133.302,15.

Les deux parties ajoutent fr. 208,30, à titre de transport B_____, ce qui porte leurs montants totaux respectifs, pour 1998, après la déduction pour charges (fr. 180.000,-), à fr. 197.195,30 et 154.471,40. Ainsi, compte tenu d'un taux de participation de 15 %, T_____ formule une prétention de fr. 29.579,30, alors que, selon son employeur, il s'agit de fr. 23.170,70.

Pour 1999, l'employé a arrêté les commissions de gestion non vie à fr. 102.212,- et E_____ SA à fr. 101.041,80.

Quant aux commissions de gestion, les plaideurs font état respectivement de fr. 908.883,10 et de 254.579,65, soit après une déduction de fr. 180.000,-, fr. 831.095,10 et fr. 175.621,45. En référence à un taux de 15%, T_____ invoque une participation de fr. 124.664,- alors que sa partie adverse l'arrête à fr. 26.343,20.

Pour les commissions d'acquisitions dues à l'employé pour 1998 et 1999, T_____ les fixe à un montant total de fr. 74.919,55 alors que, d'après l'employeur, elles ont été de fr. 85,45 et fr. 22.311,50 (17.677,65 + 4.633,90).

Pour décembre 1999, les deux parties admettent qu'un salaire de fr. 12.500,- est dû à l'employé lequel fait aussi état d'une retenue de garantie de fr. 3.000,-.

Par ailleurs, si T_____ réclame fr. 122.500,- comme salaires de mai à décembre 1997, E_____ SA fait valoir que, pendant cette période, l'intéressé a travaillé comme indépendant et a perçu, comme commissions, fr. 841.129,95, ce qui est contesté.

Les parties ont prévu de négocier les conditions de leur contrat.

Ainsi, par lettre du 27 septembre 1999, E_____ SA a résilié le contrat de l'employé avec effet au 31 décembre suivant.

Dans cette missive, faisant référence à une décision commune de donner une nouvelle orientation à l'activité de T_____ au sein d'E_____ SA, cette dernière a annoncé une prochaine réunion au cours de laquelle ils fixeraient les modalités d'un nouveau contrat.

E_____ SA a remis, en décembre 1999, le projet d'un nouveau contrat à T_____. Il n'y a pas été donné suite.

Par lettre de la même date (27 septembre 1999), E_____ SA a résilié le contrat d'un autre employé, C_____, avec effet au 31 décembre 1999. L'employeur a également annoncé une réunion pour fixer les modalités d'un nouveau contrat.

E_____ SA fait état de plus de quarante-cinq clients qui ont résilié leurs contrats pendant le mois de décembre 1999 et de ce qu'elle a appris que C_____ avait créé sa propre société en assurances et que T_____ y était aussi intéressé.

La société D__ est active dans le domaine du courtage des assurances.

Des explications de C_____, il résulte qu'il est l'un des membres fondateurs de cette société, dont il s'est dit actionnaire depuis le premier trimestre 1998, alors qu'en juin 2000, il en était l'unique actionnaire. Toujours aux dires de C_____, cette société a été active depuis, environ, le 10 novembre 1999.

Si F_____, conseiller d'entreprises auprès de A_____, ignore depuis quand T_____ et C_____ ont travaillé pour D__, il a affirmé qu'alors que ces derniers tra-

vaillaient pour E_____ SA, ils avaient une activité parallèle. Vers la fin de l'automne 1999, il a entendu des conversations, avec son collègue de bureau, relatives à des transferts de clientèle de E_____ SA vers une autre société.

G_____, conseiller en assurances, connaît, depuis le début 1999, par T_____ et C_____, le nom de D__. Ses interlocuteurs lui ont dit, au printemps 1999, qu'ils allaient quitter E_____ SA et travailler pour D__. Il a été question que G_____ devienne éventuellement actionnaire de cette société. Il pense avoir renoncé, aux environs d'octobre 1999, à cette solution. G_____ n'a plus eu de contact avec T_____ et C_____ depuis octobre 1999.

C_____ a été en contact avec H_____ de A_____ et qui a été responsable des relations entre cette société et E_____ SA; C_____ lui a parlé, peu avant Noël 1999, de son licenciement et de ce qu'il créait une société de courtage. Par lettre du 6 janvier 2000, A_____ a été informée, par E_____ SA de ce que vingt-deux mandats de gestion, qui lui avaient été confiés, avaient été résiliés. Selon H_____, tous les clients qui ont quitté E_____ SA ont conclu avec D__. Toujours d'après ce collaborateur de A_____, c'était la première fois qu'une telle situation se présentait.

I_____, assureur auprès de J_____, a été en contact avec E_____ SA. Ayant reçu, au début décembre 1999, des dénonciations de mandats, I_____ a pris contact avec E_____ SA laquelle lui a appris le départ de ses deux collaborateurs. Par lettre du 6 janvier 2000, E_____ SA a informé la J_____ de la résiliation de dix-huit mandats de gestion qui lui avaient été confiés. I_____ s'est dit étonné par ce nombre de dénonciations, pour lesquelles « il y a d'autres raisons que celles habituellement ».

K_____, architecte, a été lié d'amitié avec C_____. Il connaissait aussi T_____. A titre amical, il a assisté C_____ dans des tâches administratives; alors que son ami travaillait encore pour E_____ SA, K_____ est intervenu, de manière très ponctuelle, pour développer le portefeuille de clientèle de C_____, auquel il a proposé de le présenter à quelques contacts qu'il avait dans le bâtiment.

Vers octobre ou novembre 1999, C_____ a parlé à K_____ de D__ et il lui a expliqué que, quittant E_____ SA, il allait mettre en activité cette société.

K_____ a occasionnellement, soit une heure et demi par semaine, travaillé dans les locaux de D__, qui se trouvaient à la rue _____, Genève, il y a écrit des lettres et pris des prospectus. A la fin de 1999, K_____ se rendait dans les locaux de D__, en fin de journée. La secrétaire, prénommée L_____, de D__ a établi une liste de sociétés que K_____ devait contacter. Celui-ci se rendait, en principe, seul chez ces clients auxquels il remettait une plaquette comportant les activités de D__ et qui avait été préparée en novembre ou décembre 1999. K_____ avait une carte de visite de D__, à son nom; il y était indiqué comme attaché commercial. Selon K_____, il n'a pas fait de démarchage, mais il a uniquement donné des conseils pour que les clients puissent suivre C_____; la conviction des clients était faite. K_____ a déclaré avoir le même sentiment en ce qui concerne les clients de T_____.

K_____ a lui-même rédigé une lettre destinée aux clients contactés et à adresser à E_____ SA pour l'informer de la résiliation de leurs mandats. Il a aussi remis à des clients un « mémo » par lequel il leur était demandé de poster la lettre à la date indiquée et de lui en faire tenir une copie. K_____ a fait des rapports oraux à C_____ ; c'est plutôt avec ce dernier qu'il dialoguait. K_____ a rencontré trois à quatre fois T_____, en automne 1999. Pour ses activités, K_____ a perçu fr. 4.000,- à 5000,-.

M_____ a été administrateur de N_____ SA, qui avait mandaté E_____ SA. Le 4 novembre 1999, T_____, accompagné de K_____ a rendu visite à M_____ lequel a été informé du départ de T_____ d'E_____ SA. Le but de cette rencontre était de présenter les activités de D__ à M_____. Ses interlocuteurs lui sont apparus comme des services possibles en matière d'assurances. N_____ n'a pas donné suite aux offres de D__.

Plusieurs clients d'E_____ SA ont été contactés par C_____ et/ou K_____, soit en particulier O_____, administratrice de plusieurs sociétés, P_____, président d'une société italienne ayant des bureaux à Genève, Q_____, directrice Q1_____ SA, R_____ administrateur de R1_____ SA, R2_____ SA et R3_____ Sàrl, S_____, directeur de la fondation S1_____, U_____, employée de U1_____ SA, V_____, qui travaillait pour V1_____ et V2_____, W_____, propriétaire de W1_ SA et W2_____, X_____, propriétaire de X1_____ SA.

Pour la plupart, ces personnes avaient été en contact, pour E_____ SA, avec C_____, qu'elles ont suivi pour la société D__. Leurs décisions ont été prises sans pression et sans dénigrement d'E_____ SA.

En novembre 1999, T_____, avec K_____ et, peut-être C_____, a rencontré S_____ de la fondation S1_____. T_____ était avec C_____ quand ce dernier a annoncé à V_____ son départ d'E_____ SA.

T_____ était en contact, depuis plus de vingt ans, avec Y_____. Ce dernier a pris la décision, pour ses deux sociétés, de suivre T_____ à D__, quand il a appris qu'il quittait E_____ SA. Y_____ n'a été l'objet d'aucune pression.

Z_____ a été administrateur délégué de la société Z1_____. Depuis la création de cette société en 1996, T_____ a été son conseiller en assurances. Cliente de E_____ SA, Z1_____ avait, comme interlocuteur, T_____. En novembre 1999, les responsables de Z1_____ ont été surpris d'apprendre que T_____ quittait E_____ SA et qu'il allait rejoindre un autre groupe, la société D__. Les responsables de la société ont tout de suite dit à T_____ qu'ils le suivraient. T_____ n'a exercé aucune pression. Lors d'un entretien, en novembre 1999, T_____ a parlé de K_____. Ce dernier est ensuite intervenu pour la résiliation des contrats de Z1_____ passés avec E_____ SA et la conclusion de mandats avec D__.

AA_____ a été administratrice de AA1__ SA, dont T_____ a été, depuis 1982, le conseiller en assurances. Cliente d'E_____ SA, AA1__ SA a eu, comme personne de contact, T_____. Ce dernier a annoncé, en novembre 1999, qu'il quittait E_____ SA et les responsables de AA1__ SA lui ont indiqué qu'ils le suivraient. T_____ n'a exercé aucune pression et il n'a pas dénigré E_____ SA. Comme AA_____ a demandé à T_____ comment faire pour le suivre, l'intéressé a répondu que K_____ s'en occuperait.

BB_____ a travaillé, comme secrétaire à E_____ SA, depuis le 1^{er} janvier 1995. Elle n'a pas entendu de rumeurs relatives aux départs de T_____ et de C_____.

A la fin décembre 1999, C_____ a transporté deux sacs Migros pleins ainsi qu'un porte-documents dans les locaux de D_____.

C – Pendant le mois de décembre 1999, plus de quarante-cinq clients ont résilié les mandats de gestion passés avec E_____ SA.

Cette dernière, par lettre du 16 décembre 1999, adressée à T_____, a rappelé fermement à celui-ci ses obligations prévues par l'article 321 CO. A cet effet, E_____ SA a relevé qu'il lui semblait que son employé avait un comportement visant à encourager des clients d'E_____ SA à résilier leurs mandats.

E_____ SA a envoyé une lettre de la même teneur à C_____.

Par pli du 17 décembre 1999, T_____ a réclamé le paiement de deux décomptes de commissions de fr. 42.757,25.

Le 14 février 2000, il a fait notifier à E_____ SA un commandement de payer les montants de fr. 12.500,- avec intérêts à 5% dès le 26 décembre 1999, de fr. 26.895,60 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 1999 et de fr. 15.861,60 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} décembre 1999. Ces sommes ont été réclamées respectivement comme salaire de décembre 1999, participation sur le chiffre d'affaires 1999 et commissions 1998 et 1999. Opposition a été faite à cet acte de poursuite.

D – Par demande déposée le 2 février 2000, E_____ SA a assigné T_____ et C_____ devant la Juridiction des prud'hommes, concluant à la condamnation du premier nommé à lui payer fr. 43.816,10 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000, et à ce qu'il fût invité à lui remettre la totalité des dossiers et autres documents encore en sa possession, notamment les supports informatiques pour l'étude de certains dossiers tels ceux des sociétés CC_____, DD_____ et FF_____.

Selon la demanderesse, les défendeurs avaient engagé leurs responsabilités, en captant des mandats d'E_____ SA, alors qu'ils étaient encore ses employés.

Dans sa réponse déposée le 5 avril 2000, T_____ a conclu, au fond, sur la demande principale, au déboutement de sa partie adverse et, sur demande reconventionnelle, il a requis le paiement de fr. 12.500,- avec intérêts à 5% dès le 26 décembre 1999, comme salaire de décembre 1999, de fr. 28.895.60 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 1999, au titre de participation aux commissions pour 1998, de fr. 15.861,65 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} décembre 1999, comme participation partielle aux commissions de 1999, de fr. 122.500,- avec intérêts à 5% dès le 31 août 1997 (salaires de mai à décembre 1997) et de fr. 40.000,- avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1999, au titre de solde de participation aux commissions de 1999, le demandeur reconventionnel a aussi sollicité la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, notifié le 14 février 2000.

C_____ a également déposé une écriture le 5 avril 2000.

Dans sa réponse à la demande reconventionnelle du 31 mai 2000, E_____ SA a persisté dans les conclusions de son acte introductif d'instance et a conclu au déboutement de sa partie adverse.

Lors de l'audience du 15 juin 2000, les parties ne se sont pas opposées à ce que les causes fussent disjointes mais instruites de manière parallèle.

Lors d'audiences tenues du 15 juin 2000 au 12 avril 2001, le Tribunal a procédé à l'audition des parties et à celle de dix-sept témoins.

Par ordonnance du 1^{er} février 2001, les premiers juges ont notamment ordonné à la manderesse de produire les pièces concernant le commissionnement de T_____.

Dans son écriture du 26 février 2001, T_____ a réclamé le paiement par E_____ SA des montants suivants :

fr.	12.550,-	au titre de salaire de décembre 1999
fr.	26.895,60	comme participation aux commissions pour 1998
fr.	17.677,65	au titre participation partielle aux commissions 1999
fr.	122.500,-	comme salaires de mai à décembre 1997
fr.	45.000,-	comme participation à la commission du dossier GG____
fr.	80.000,-	au titre de solde de participation aux commissions de 1999.

Ces sommes étaient requises avec intérêts.

T_____ a persisté dans ses conclusions en mainlevée.

Il a aussi réclamé la production de pièces par sa partie adverse, que cette dernière mît à sa disposition ses livres dans la mesure nécessaire au contrôle et à la détermination de ses commissions dues en 1998 et 1999; le demandeur reconventionnel a également conclu à une expertise.

Dans ses conclusions déposées le 30 mars 2001, E_____ SA a requis qu'il lui fût donné acte de ce qu'elle reconnaissait devoir à T_____ fr. 83.402,75 sous déduction de sa prétention en fr. 43.816,10 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000; sur demande reconventionnelle, l'employeur a conclu au déboutement de sa partie adverse. A titre subsidiaire, E_____ SA a demandé l'établissement d'une liste des dossiers pour lesquels le Tribunal aurait estimé qu'elle n'avait pas fourni les documents nécessaires et elle a conclu à une expertise.

Par jugement, notifié par plis du vendredi 2 août 2001, le Tribunal a, sur demande principale, condamné T_____ à payer à E_____ SA fr. 37.243,70 net avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000. Sur demande reconventionnelle, préalablement, les premiers juges ont rejeté la requête en expertise et se sont déclarés incompétents à raison de la matière pour connaître des conclusions de T_____ en paiement de fr. 122.500,- pour la période de mai à décembre 1997. Sur demande reconventionnelle, le Tribunal a principalement donné acte à E_____ SA de son engagement de payer à l'employé fr. 12.500,- brut avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000, fr. 26.895,60 brut avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 1999, fr. 17.677,65 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000 et fr. 26.330,10 brut avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000. En tant que de besoin, E_____ SA a été condamnée à exécuter ses susdits engagements.

Le Tribunal a dit que les montants alloués sur demandes principale et reconventionnelle seraient compensés à due concurrence.

La partie, qui en avait la charge, fut invitée à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Les premiers juges ont débouté les parties de toute autre conclusion.

Le Tribunal a d'abord rejeté les conclusions préalables du défendeur en production de pièces par sa partie adverse et en consultation de livres de comptes ainsi qu'en désignation d'un expert. Les premiers juges ont notamment estimé être en mesure de statuer, au moyen des nombreuses pièces produites; quant à une expertise, en plus du fait que les juges laïcs sont des professionnels, le Tribunal a fait valoir que T_____, compte tenu de sa qualité, se devait de suivre la marche des affaires qu'il traitait; de plus, le résultat d'une expertise aurait pu être détourné à des fins de concurrence.

Sur la demande principale, constatant qu'il avait été démontré que l'employé, avant la fin de son contrat, avait usé de procédés contraires à la bonne foi tout en négligeant son travail, les premiers juges ont retenu que T_____ avait violé son devoir de fidélité. Quant au dommage, chiffré fr. 43.816,10 par E_____ SA, le Tribunal a constaté que le décompte produit à cet effet n'avait pas été contesté. Statuant d'office et en équité, les premiers juges ont déduit l'équivalent de la rémunération de l'employé et ont fixé à fr. 37.243,70 le préjudice de l'employeur.

Sur la demande reconventionnelle, le Tribunal a retenu comme fondée la prétention de fr. 12.500,- correspondant au salaire de décembre 1999, tout en faisant partir les intérêts

dès le 1^{er} janvier 2000. Les premiers juges ont admis que la créance salariale serait compensée avec une partie de celle résultant de la demande principale.

Quant aux réclamations pour 1998 et 1999 (en partie), soit en respectivement fr. 26.895,60 et fr. 17.677,65, il a été constaté qu'elles n'étaient pas contestées.

Le Tribunal, vu l'absence de preuve, a rejeté la prétention de l'employé en fr. 45.000,- relative à la commission concernant le client GG__ .

Au sujet du solde sur provisions 1999 de fr. 80.000,-, les premiers juges ont donné suite à cette prétention à hauteur de fr. 26.330,10 reconnus par l'employeur.

Quant aux salaires réclamés pour la période de mai à décembre 1997, le Tribunal s'est dit non convaincu de l'existence d'un contrat de travail antérieur au 1^{er} janvier 1998; il a été considéré que T_____ avait alors travaillé comme indépendant et le Tribunal s'est déclaré incompétent.

E – Par acte posté le 3 septembre 2001, T_____ a appelé du susdit jugement, concluant à son annulation; sur demande principale, il a requis que la demande de sa partie adverse soit déclarée irrecevable en tant qu'elle se fondait sur la loi sur la concurrence déloyale; au fond, le déboutement d'E_____ SA a été demandé. Sur demande reconventionnelle, T_____ a repris ses conclusions en production par sa partie adverse de divers documents et à la mise à disposition des livres d'E_____ SA ainsi qu'en expertise; au fond, T_____ a conclu à la condamnation de sa partie adverse à lui payer fr. 45.000,-, fr. 122.500,- et fr. 80.000,- respectivement à titre de participation à la commission pour le dossier GG__, comme salaires de mai à décembre 1997 et à titre de solde de la participation aux commissions de 1999. T_____ a aussi conclu à être autorisé à amplifier ses conclusions compte tenu des pièces produites et, le cas échéant, des conclusions de l'expertise. Enfin, l'appelant a demandé la confirmation du jugement en tant qu'il avait pris acte de l'engagement d'E_____ SA de lui payer les montants repris dans la décision de première instance.

Dans sa réponse déposée le 20 décembre 2001, E_____ SA a conclu à la confirmation du jugement, à la condamnation de T_____ à lui payer fr. 43.816,10 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000 et au déboutement de l'appelant de toutes autres conclusions.

La Cour d'appel a tenu des audiences en dates des 5 mars, 21 mai, 4 juin 2002, 13 janvier, 30 mars et 8 juin 2004. Par ordonnances des 21 mai, 17 décembre 2002 et 30 septembre 2003, la Cour a ordonné à l'intimée de produire divers documents.

Dans son écriture déposée le 8 avril 2004, T_____ a repris, sur demande principale, les conclusions au fond de son acte d'appel. Sur demande reconventionnelle, il a requis la condamnation de sa partie adverse à lui verser :

fr. 122.500,- à titre de salaires des mois de mai à décembre 1997

fr.	29.579,30	à titre de commissions gestion vie et non-vie 1998
fr.	124.664,25	à titre de commissions gestion vie et non-vie 1999
fr.	29.919,55	à titre de commissions d'acquisition
fr.	45.000,-	à titre de participation à la commission d'acquisition pour le dossier GG____
fr.	3.000,-	à titre de commissions diverses
fr.	12.500,-	à titre de salaire pour décembre 1999.

Ces montants doivent porter des intérêts à 5% dès différentes dates.

Dans son mémoire déposé le 22 avril 2004, l'intimée a, sur demande principale, repris les conclusions de sa réponse. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu, préalablement à l'irrecevabilité des nouvelles conclusions prises par T_____ en tant qu'elles n'avaient pas été soumises aux juges de première instance; principalement, l'intimée a requis le déboutement de T_____.

EN DROIT

1 – Interjeté dans le délai et selon la forme prévus par la loi (article 59 LJP), l'appel de T_____ est recevable.

Tel est aussi le cas de l'appel incident formé par E_____ SA (article 62 LJP).

Cet appel incident résulte du fait que par le jugement entrepris, sur demande principale, l'employé a été condamné à payer fr. 27.243,70 avec intérêts et que dans sa réponse en appel, E_____ SA a repris ses conclusions de première instance en condamnation de fr. 43.816,10 avec intérêts.

2 – L'article 321a al. 1 CO stipule que le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur.

Conformément à cette disposition, la responsabilité contractuelle du travailleur est engagée par les règles générales en matière du dommage. Ainsi, le travailleur peut être tenu pour responsable lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées :

- l'employeur a subi un dommage
- le travailleur a violé l'une de ses obligations contractuelles ou a exécuté de manière imparfaite le contrat le liant à l'employeur
- il existe un lien de causalité adéquate entre l'inexécution par le travailleur de ses obligations contractuelles et le dommage causé à l'employeur
- le travailleur a causé le dommage intentionnellement ou par négligence.

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. Il a ainsi été jugé qu'un travailleur peut violer son devoir de fidélité en préparant une activité concurrente sans pour autant que l'employeur ait été réellement lésé par ce comportement – dans le cas particulier, il s'agissait d'une tentative de débaucher des collègues. Dans un arrêt non publié du 24 avril 1990, le Tribunal fédéral a admis que l'appropriation par le travailleur de listes d'adresses pouvait constituer une violation du devoir de fidélité si les documents soustraits devaient lui faciliter par la suite la réalisation de bénéfices et entraîner simultanément un dommage pour l'employeur. Il a aussi été considéré que ne violait pas son devoir de fidélité le travailleur qui, alors qu'il vouait tout son temps à son employeur, fondait sa propre entreprise en raison individuelle dont l'activité ne devait débiter qu'à l'expiration des rapports de travail; il a été notamment souligné dans cet arrêt que lorsque les rapports de travail n'ont pas encore été résiliés, une violation du devoir de fidélité présuppose que le comportement du travailleur soit propre à causer un préjudice aux intérêts économiques de l'employeur (ATF 117 II 72 = JdT 1992 I 72 avec les références; ATF du 5.12.1999, 4P 122/ 95; Wyler, droit du travail, p. 78 et 79).

Une activité concurrente exercée par le salarié pendant les rapports de travail constitue une grave violation du contrat (...). Quelle que soit la gravité de la violation, l'employeur a droit à la réparation du préjudice causé (...). Le travailleur viole gravement son obligation de fidélité si, en préparant une activité concurrente, il soustrait à son employeur des documents ou tente de débaucher des collègues (Thévenoz/Werro, Commentaire romand, code des obligations, I, p. 1685).

C'est à l'employeur qu'il incombe de prouver le manquement à la diligence due, car c'est ce manquement qui constitue la violation du contrat. Il appartient au salarié de prouver des circonstances qui excluent sa faute (article 97 CO) (Thévenoz/Werro, *op. cit.*, p. 1692).

En l'espèce, il est établi que

- T_____, comme C_____, alors qu'ils étaient encore employés d'E_____ SA, ont fait de nombreuses copies de documents;
- En plus des démarches et des contacts personnels, avec des clients d'E_____ SA, de T_____ et de C_____, ce dernier a mis en œuvre K_____ lequel a démarché des clients qui lui ont été indiqués ainsi que des personnes qu'il connaissait. Pour permettre ces démarches de K_____, une structure a été mise en place. K_____, muni d'une carte de visite de D__ à son nom, a donné à des personnes contactées une plaquette de cette société ainsi que lettres, rédigées par ses soins et destinées à assurer, à la fin décembre 1999, le transfert des contrats d'E_____ SA à D__. L'intéressé a même remis des « mémos » par lesquels il était demandé aux personnes concernées de poster la lettre de résiliation à la date indiquée à E_____ SA et de lui en faire tenir une copie;
- Pour son activité, K_____ a perçu fr. 4.000,- à 5.000,-;

- T_____ a participé de manière active aux démarches de K_____. Ainsi, par exemple, il s'est rendu, le 4 novembre 1999, auprès de M_____, administrateur de N_____. A cette occasion, les intéressés ont présenté à leur interlocuteur les activités de D__. A cette époque, soit en novembre 1999, T_____ est également intervenu, avec C_____ et K_____, auprès de S_____, directeur de S1_____. Après avoir appris, en novembre 1999, par T_____, que ce dernier quittait E_____ SA pour rejoindre la société D__, Z_____ de Z1_____ a traité avec K_____ pour effectuer les transferts. Les événements se sont déroulés de la même façon en ce qui concerne AA1__ SA, dont l'administratrice, AA_____, a été informée, en novembre 1999, par l'appelant de son départ d'E_____ SA et T_____ lui a indiqué que K_____ interviendrait pour la suite. Depuis le début 1999, avec C_____, T_____ a parlé à G_____ de la société D__ et, lors de leurs rencontres des 2 et 21 décembre 1999, ils lui ont fait part de leur volonté de créer une société;
- K_____ a expliqué, quant à lui, que ses interventions, les données et les documents fournis aux personnes contactées avaient été destinés à permettre à ces personnes de suivre T_____ et C_____. Selon K_____, il était préférable qu'il agît ainsi alors que T_____ et C_____ étaient toujours employés d'E_____ SA.

Par la structure mise en place, utilisée également par T_____ et les procédés repris ci-dessus, l'appelant a eu un comportement déloyal envers son employeur et a gravement violé ses obligations prévues par l'article 321a CO.

Il est constant qu'employés d'E_____ SA, C_____ et T_____ n'auraient pas été en mesure, ne serait-ce qu'en raison du temps qu'ils devaient consacrer à leur employeur, de faire toutes ces démarches entreprises par K_____. De plus, conformément aux instructions fournies par les deux intéressés, les contrats d'E_____ SA ont été résiliés avec effet au 31 décembre 1999, ce qui permettait aux nouveaux courtiers de s'approprier les commissions de gestion qui auraient été dues à E_____ SA. De grands efforts ont été déployés à cet effet, pour assurer des résiliations à la fin décembre 1999 (modèles de lettres, « mémos » remis aux personnes contactées). Dans le domaine des assurances, les commissions de gestion sont dues au courtier titulaire du contrat au 1^{er} janvier.

Au sujet des clients démarchés d'E_____, il n'est pas inutile de rappeler l'étonnement manifesté par certains professionnels (H_____ de A_____ et I_____ de la J_____) quant au nombre de mandats transférés.

Ainsi, en plus de la violation d'obligations contractuelles commise par ses employés, E_____ SA a subi un préjudice, soit un manque à gagner. Quant au rapport de causalité, il est constant que ce dommage a directement été causé par les procédés et les démarches rappelés précédemment. L'appelant n'a pu agir qu'avec intention, son objectif résulte clairement des éléments de la cause.

A ce stade des considérants, la Cour d'appel relève que les actes commis par C_____ sont opposables à T_____. D'un commun accord entre eux, la stratégie décrite ci-dessus a été mise en place et utilisée dans un but qui leur était commun.

En conséquence, les conditions de l'article 321a CO sont remplies. La responsabilité de l'appelant à l'égard de sa partie adverse se trouve donc engagée.

Pour établir son dommage, l'intimée a produit une liste de mandats résiliés au 31 décembre 1999; par rapport à des primes de fr. 7.160.395,20, le montant des commissions non encaissées ont représenté fr. 261.394,40.

Les contrats ayant été résiliés pour la fin décembre 1999, aucune provision ne pouvait être due à E_____ SA pour la période postérieure, soit à compter du 1^{er} janvier 2000. Dès cette dernière date, D__ avait qualité de créancier pour encaisser les commissions des mandats transférés.

Selon I_____ de la J_____, les factures de primes à échéance au 1^{er} janvier 2000 ont été adressées aux clients courant novembre 1999, comme les contrats de courtage n'avaient pas encore changé de mains, à ce moment-là, c'est E_____ SA qui a perçu les provisions pour 2000. Ces explications semblent plutôt fondées sur des considérations pratiques.

A ce sujet, le témoignage de H_____ de A_____ est plus conforme au principe juridique repris précédemment. En effet, selon ce témoin, la rémunération du courtier est valable dès qu'il a le mandat de gestion. « en d'autres termes, a poursuivi H_____, si nous recevons un changement de mandat courant décembre, la prime aux échéances au 1^{er} janvier va au nouveau courtier, il s'agit-là d'une pratique générale de A_____... Selon la convention qui nous lie à E_____, si cette dernière ne peut prouver qu'elle est en possession d'un mandat de gestion, elle ne touche pas la commission (...). Selon la convention, E_____ perdant la gestion en décembre, elle n'avait plus droit à la commission. Le commissionnement des courtiers étant un commissionnement pour le travail à faire, c'est finalement D__ qui a touché la commission, bien que le contrat ait été signé après janvier 2000. Le commissionnement ne s'effectue que pour des périodes complètes, il n'est pas fractionné pour autant que la prime ne le soit pas non plus ».

Dès le 31 décembre 1999, l'intimée n'était plus partie aux mandats de gestion résiliés.

Il est déterminant de constater qu'après l'échéance du délai de résiliation des mandats, l'intimée n'avait plus qualité pour percevoir les commissions. Cet élément constitue le préjudice subi.

Pour déterminer le dommage, les premiers juges se sont référés au décompte produit comme pièce 67 de la demanderesse. Ce décompte, selon le Tribunal, n'avait pas fait

l'objet de contestation de la part du défendeur, ce qui est conforme en référence à la disposition *ad* 26 de la réponse du défendeur du 5 avril 2000.

Par ailleurs, la Cour d'appel constate que les pièces produites en première instance par E_____ SA établissent les résiliations, avec effet au 31 décembre 1999, d'HH___, de II_____, de AA1__ SA, de JJ_____, de KK_____ et de B_____, alors que LL_, par lettre du 10 janvier 2000 a résilié avec effet immédiat.

Les montants mentionnés sur la pièce 67 demanderesse n'ayant pas été valablement mis en cause, c'est une somme de fr. 43.816,10 de commissions que E_____ SA peut invoquer comme ayant été perdue. A juste titre, les premiers juges ont déduit de ce montant la rémunération de T_____ pour la gestion du portefeuille (15%), ce qui a amené le Tribunal à retenir un préjudice de fr. 37.243,70.

Par ailleurs, s'il est concevable d'admettre que T_____ était en droit de préparer sa nouvelle activité, d'entreprendre certaines démarches voire d'aviser des clients (Thevenoz/Werro, *op. cit.*, p.1685; Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, p. 47 n° 65), sa responsabilité se trouve engagée en raison des excès commis, soit en particulier des structures mises en place, de la mise en œuvre de K_____; à ce sujet, la Cour de céans se réfère à ce qu'elle a développé précédemment.

Il sied aussi d'admettre qu'E_____ SA devait s'attendre à ce que des clients suivent son employé licencié. Cette circonstance est particulièrement valable dans un domaine où les rapports personnels sont souvent déterminants. De nombreux témoins entendus l'ont confirmé et ont manifesté, en substance, leur détermination à suivre l'intéressé.

Il n'en demeure pas moins que sans l'organisation mise en place et l'intervention de K_____, C_____ et T_____ n'auraient pas été en mesure de faire toutes les démarches entreprises, dans les conditions déjà décrites.

C'est dire que si les conditions requises pour admettre qu'E_____ SA est fondée à réclamer réparation du préjudice subi, la Cour de céans, en application de l'article 42 al. 2 CO, considère que ce dommage ne saurait être calculé sur la seule base des commissions de courtage qui n'ont pas été encaissées.

La jurisprudence constate expressément que le lésé doit alléguer et établir toutes les circonstances qui parlent pour la survenance d'un dommage et permettent de l'évaluer, dans la mesure où cela est possible et où l'on peut l'attendre de lui (...). Les circonstances alléguées par le lésé seront propres à établir suffisamment l'existence du dommage et à rendre sensible son ordre de grandeur. La conclusion qu'un dommage est survenu doit s'imposer avec une certaine persuasion. L'allocation de dommages intérêts suppose que la survenance du dommage ne constitue pas une simple possibilité, mais elle devra apparaître comme une quasi-certitude (ATF 122 III 219 = JdT 1997 I 247; SJ 1959, p. 441; 1984, p. 209; Deschenaux/Tercier, la responsabilité civile, p. 209 et ss).

Les articles 42 à 44 CO sont applicables par renvoi de l'article 99 al. 3 CO (Aubert, op. cit., p. 558; Thevenoz/Werro, op. cit., p. 1691).

Selon l'article 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (ATF du 12.6.2001, 4C/100/).

Pour apprécier le dommage, la Cour de céans rappelle les excès commis par l'appelant et qui lui ont permis de contacter ou de faire contacter, avant la fin de 1999, un nombre très important de clients d'E_____ SA, avec des procédés bien élaborés. Par ailleurs, si l'employé peut aviser des clients de son départ, de nombreux témoins ont fait état de leurs déterminations de suivre, de toute manière, T_____, avec lequel certains étaient en contact depuis de nombreuses années.

Dans ces circonstances, tout bien considéré, la Cour fixe à fr. 15.000,- le préjudice de l'intimée. Ce montant tient compte de la déduction de la rémunération de l'employé des commissions de courtage.

Cette somme porte intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000.

3 – Sur demande reconventionnelle, le Tribunal a donné acte à E_____ SA de son engagement de payer fr. 12.500,- avec intérêts, comme salaire de l'employé de décembre 1999.

L'appelant ayant été le salarié de sa partie adverse jusqu'au 31 décembre 1999, cette disposition du jugement est confirmée.

4 – Comme salaires, dans ses conclusions sur demande reconventionnelle de sa dernière écriture (chiffre 1), T_____ réclame, comme en première instance, fr. 122.500,- pour les mois de mai à décembre 1997.

Le contrat de travail, signé par les parties le 17 mars 1998, prévoit expressément le 1^{er} janvier 1998, comme date d'entrée en vigueur.

Si l'appelant avait déjà été l'employé de sa partie adverse avant cette date du 1^{er} janvier 1998, la Cour d'appel peut se poser la question de savoir pourquoi cela n'aurait pas été mentionné dans le susdit contrat, dans la mesure où ce dernier a prévu un effet rétroactif par rapport à la date de sa signature.

Il est également possible de se demander pour quel motif l'appelant n'a pas formulé de prétention pour cette période, avant l'envoi de sa note d'honoraires du 2 février 2000.

Si les témoins MM_____, NN_____, OO_____, BB_____, PP_____ et QQ_____ ont notamment confirmé la présence et des activités de T_____ dans les

locaux d'E_____ SA, cela ne justifie pas, pour autant, compte tenu des circonstances reprises précédemment, de considérer que l'intéressé travaillait comme employé de l'intimée.

Il n'est pas inutile de constater que des explications de PP_____, il résulte qu'une société, RR__ SA, a exercé ses activités dans les locaux d'E_____ SA. C'est dire qu'il a pu en être de même de T_____ pendant la période en question.

Si QQ_____ et BB_____, secrétaires d'E_____ SA, ont travaillé pour l'appelant, il est concevable que l'intimée a mis son personnel à disposition de T_____ sans que cela implique que ce dernier était l'employé de la société.

Des pièces produites en première instance établissent que l'appelant a géré des dossiers d'E_____ SA, en particulier ceux de FF_____ et de SS_____.

Cette circonstance est compatible avec le statut d'un indépendant. A ce sujet, il n'est pas inutile de constater que NN_____, qui a disposé d'un bureau dans les locaux d'E_____ SA et a travaillé avec et pour celle-ci, dans le cadre d'une convention de collaboration exclusive, avait un tel statut d'indépendant.

D'ailleurs, c'est en qualité d'assuré de condition indépendante, en tant que courtier en assurances, que T_____ a été affilié à la Caisse AAAA_____, depuis le 1^{er} mai 1997, selon l'attestation du 5 décembre 1997.

Sur la base des éléments examinés et développés ci-dessus, la Cour d'appel confirme la solution adoptée par le Tribunal et selon laquelle, de mai à décembre 1997, T_____ a travaillé comme indépendant et non en qualité de salarié d'E_____ SA, ce qui emporte l'incompétence de la Juridiction des prud'hommes.

5 – Sous chiffre 2 des conclusions de sa dernière écriture déposée devant la Cour, T_____ a demandé la condamnation de sa partie adverse à lui payer fr. 29.579,30 avec intérêts, à titre de commissions gestion vie et non-vie 1998.

Devant le Tribunal, cette prétention a été formulée à hauteur de fr. 26.895,60.

En première instance, E_____ SA a reconnu devoir cette somme. Ainsi, lors de l'audience du 1^{er} février 2001, l'intimée a déclaré qu'en ce qui concerne T_____ les commissions 1998 à hauteur de fr. 26.895,60 n'étaient pas contestées.

Ce montant figure d'ailleurs dans le décompte qualifié de final du 8 février 2001 et produit par l'employeur comme pièce 105.

Si E_____ SA a déclaré, devant les premiers juges, devoir fr. 26.895,60, comme commission de gestion 1998, il ne s'agit pas d'un aveu judiciaire (commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, ad article 187 note 1).

Les parties admettent que le chiffre d'affaires non-vie s'est élevé à fr. 200.961,- en 1998.

Pour les assurances vie, l'appelant fait état de commissions de fr. 176.026,- alors que, selon sa partie adverse, il s'agit de fr. 133.302,15.

L'appelant a admis les déductions de fr. 5.000,- (UU___) et de fr. 15.850,- (DD___, VV___, WW___ et XX_).

Pour la somme de fr. 36.000,- (YY___ et FF___), l'intimée se prévaut d'un co-courrage avec un autre agent et entend déduire ce montant. Ce moyen doit être écarté en tant que YY___ et FF___ étaient des clients de T___ et que le co-courrage pourrait lui être opposé en cas d'accord de sa part. Un tel accord n'a pas été prouvé. De plus, il aurait appartenu à l'intimée d'établir l'activité de l'autre agent dans le cadre de ces affaires; cette preuve n'a pas été apportée; la production du contrat du 22 juin 1995, conclu avec l'autre agent, ainsi que des décomptes et des quittances relatives aux sommes versées à cet agent ne suffisent pas pour écarter les prétentions de l'appelant.

En conséquence, la somme de fr. 36.000,- n'est pas déduite des commissions à prendre en considération.

Sur la base des montants reconnus par E___ SA (fr. 133.302,15) et avec la somme de fr. 36.000,-, les provisions s'élèveraient à fr. 169.302,15.

L'appelant fait état de fr. 176.026,- au total, en référence, en particulier, à son décompte produit comme pièce 22.

La Cour constate que l'intimée ne fournit aucune explication concrète, relative à la différence de fr. 6.723,85, alors que dans le susdit décompte de T___, des montants déterminés sont indiqués pour tous les clients mentionnés.

La Cour d'appel constate que, dans son relevé 1998, produit comme pièce 311, l'intimée admet une provision de fr. 2.061,90 pour la cliente II___. Dans son mémoire du 15 mars 2004 (page 6), E___ SA explique qu'elle n'a pas auparavant tenu compte de ce montant lequel diminue, à due concurrence, la différence existante entre les provisions invoquées par les parties.

Dans ces circonstances, les provisions vie 1998 sont retenues à concurrence de fr. 176.026,-.

Le décompte 1998 se présente dès lors comme suit :

Chiffre d'affaires non-vie	fr.	200.961,-
Chiffre d'affaires vie	fr.	176.026,-
Transport B___ (mentionné par les deux parties)	fr.	208,30

	fr. 377.195,30
Déduction pour charges	fr. 180.000,-

	fr. 197.195,30

La participation (15%) de T_____ s'élève donc à fr. 29.579,30.

6 – T_____ formule, sous chiffre 3 de ses dernières conclusions, une prétention en fr. 124.664,25, plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2002, à titre de commissions vie et non-vie 1999.

En première instance, ses conclusions ont porté sur fr. 17.677,65, à titre de participation partielle et sur fr. 80.000,- comme solde de la participation aux commissions de l'année 1999.

En ce qui concerne les commissions de gestion non-vie, en référence, en particulier, à un décompte qu'elle produit comme pièce 312, E_____ SA arrête le montant de ces commissions à fr. 101.041,80 alors que, selon sa partie adverse, il s'agit de fr. 102.212,-, soit une différence de fr. 1.170,20.

Tout d'abord, l'appelant a fait valoir que ZZ_____ était l'un de ses clients ce qu'a contesté E_____ SA, selon laquelle il s'agissait d'un client de C_____.

Ce dernier, lors de l'audience du 30 mars 2004, a confirmé que ZZ_____ n'était pas l'un de ses clients.

Quant à AAA_____, lors de cette même audience, l'intimée a admis qu'il figurait parmi les clients de T_____; toutefois, selon E_____ SA, la même commission avait été payée deux fois.

Dans sa dernière écriture, l'intimée admet que ZZ_____ était effectivement un client de T_____. Ainsi, une somme de fr. 156,25 est ajoutée aux commissions.

Ce montant de fr. 156,25 est reconnu par E_____ SA dans son écriture du 22 avril 2004 (page 9), étant précisé que le décompte de sa partie adverse (pièce 23) donnerait, pour ce client, des provisions totales d'un montant légèrement inférieur (fr. 142,65).

Quant au client AAA_____, il n'y a aucune raison de prendre en considération les commissions versées pour 1997-1998 (fr. 738,80), ainsi que cela résulte du relevé produit par l'appelant comme pièce 23 (page 4) et de la pièce 145 de l'intimée.

Pour la différence encore litigieuse de fr. 275,15 (1.170,20 – 156,25 – 738,80), la Cour constate que l'employé n'apporte pas d'élément concret et probant qui justifierait le bien-fondé de ses prétentions.

Les commissions de gestion non-vie 1999 se sont donc élevées à fr. 101.198,05 (101.041,80 + 156,25).

Pour ce qui est des commissions de gestion vie 1999, selon les conditions convenues par les parties le 17 mars 1998, T_____ avait droit à une participation sur les commissions nettes perçues par E_____ SA relevant de la gestion du portefeuille des affaires apportées par le conseiller ou confiées par E_____ SA.

L'interprétation de ce contrat ne permet pas de retenir que l'employé avait droit à une commission sur le volume global des affaires d'E_____ SA. En effet, dans l'acte, il est question d'affaires apportées par le conseiller ou confiées par la société. Cette formule ne saurait concerner l'ensemble des affaires d'E_____ SA.

Lorsqu'un texte est clair, il n'y a pas lieu de s'en écarter, cela d'autant plus quand son sens n'est pas mis en cause par des éléments concrets du dossier (article 18 CO).

En l'absence de toute clause contractuelle fixant d'autres règles – non prévue en l'espèce – on ne peut pas imaginer que l'employeur se soit engagé à verser une provision sur toute affaire conclue, même si celle-ci n'a pas été procurée par l'activité du travailleur. Une interprétation contraire reviendrait à ignorer le but économique de la provision qui est de motiver le travailleur et de l'intéresser au résultat de son travail (ATF 128 III 174).

T_____ a établi, comme pièce 23 de son chargé, un décompte actualisé des commissions 1999 duquel il résulte que le chiffre d'affaires de gestion vie s'est élevé à fr. 981.912,-.

Selon l'appelant, dans ce relevé, il n'a pris en compte que les affaires dont il s'est occupé et dont la liste figure sur ledit relevé.

Afin de se déterminer au sujet des prétentions de l'employé, la Cour prend, comme base de travail, le susdit décompte (pièce 23 appelant); elle se réfère également au relevé de l'intimée produit comme 312.

Tout d'abord, il s'agit de déterminer, compte tenu des contestations d'E_____ SA, quels sont les clients, figurant sur ce décompte et au sujet desquels les prétentions de T_____ sont fondées.

Par rapport à la lettre de A_____ du 10 février 1999, comportant un relevé de clients et de primes versées (pièce 121 intimée), des indications, fournies par E_____ SA et qui n'ont pas été valablement mises en cause, les clients suivants sont écartés de ceux, au sujet desquels l'employé serait fondé à émettre des prétentions : BBB_____,

CCC_____ SA, DDD_____ SA, EEE_____ SA, FFF_____ SA, GGG_____ SA, R_____ SA, HHH_____ SA, III_____, JJJ_____, W2_____ SA, KKK_____ SA, LLL_____, MMM_____, NNN_____ SA, OOO_____ SA, DD_____ SA, PPP_____ SA, QQQ_____ SA, RRR_____, DD2_____, SSS_____ SA et UUU_____ SA.

Dans ses écritures du 15 mars (page 9) et du 25 avril 2004 (pages 12 et suivantes), l'intimée déclare notamment que la plupart des clients relatifs à sa pièce 21 n'appartient en rien à sa partie adverse, ce qui justifie de retenir que les personnes physiques et morales non citées ont été des clients de T_____ même si E_____ SA utilise l'adverbe notamment.

En référence au moyen soulevé par l'employeur, la Cour d'appel constate que, parmi les noms des clients repris ci-dessus, T_____ n'a pas établi qu'une ou certaines des personnes et des entreprises citées auraient été des clients dont il se serait occupé.

Par rapport au décompte de l'appelant fourni comme pièce 23, des écritures de sa partie adverse, il résulte encore qu'elle conteste que les personnes physiques et morales suivantes ont été des clients de T_____ : VVV_____, WWW_____, XXX_____, YYY_____, ZZZ_____, VV__ et AAAA__.

Il aurait appartenu à l'employé d'établir, ce qu'il n'a pas fait, que ses prétentions concernant un ou certaines des susdites personnes étaient fondées. Les noms repris au paragraphe précédent sont donc également écartés du relevé établi par l'appelant. Pour le même motif, une solution identique est adoptée en ce qui concerne UU_____.

Au sujet des clients repris à la page 4 du décompte de l'appelant (sa pièce 23), BBBB__ et WW_____, qui figurent aussi sur les relevés d'E_____ SA, ont été des clients au sujet desquels T_____ est fondé à émettre des prétentions.

En référence aux pièces 162 et 164 de sa partie adverse, l'employé n'a pas établi que YY_____ comptait parmi ses clients.

Pour ce qui est des clients figurant à la page huit de la pièce 23 de l'appelant, l'intimée admet que CCCC__, DDDD_, XX_ FFFF_, GGGG_, WW_____ et HHHH__ ont été des clients de T_____ ; ce dernier n'établit pas que tel aurait été le cas de VVV_____, alors qu'il est admis que BBBB__ a été son client.

Concernant les derniers clients énumérés à la fin de la huitième page de relevé de T_____, celui-ci n'a pas prouvé que l'un ou plusieurs desdits clients auraient été les siens.

En référence à la page neuf du relevé de l'appelant (pièce 23), à l'exception de BBBB__, et de IIII__ (admis comme client de l'employé par sa partie adverse), il n'a pas été prouvé que parmi les autres personnes et entreprises mentionnées, une ou plusieurs auraient conféré des droits à l'appelant.

Quant à la dixième page du relevé de l'employé (sa pièce 23), en plus de FF_____, en référence à ce qui a déjà été retenu et à la pièce 312 de l'intimée, ont été des clients de l'employé : UU___, JJJJ_____, AA1__ SA, JJ_____, KKKK___, HH___, S1_____ et BBBB___.

Enfin, la Cour constate que le dossier ne justifie pas de considérer qu'un ou des clients repris à la onzième page du relevé de T_____(sa pièce 23) auraient permis à celui-ci de formuler des prétentions.

La Cour de céans s'est donc déterminée au sujet des clients que T_____ a portés sur son relevé figurant comme pièce 23 de son chargé.

En résumé, les clients, pour lesquels l'appelant est fondé à émettre des prétentions, sont les suivants : LLLL, BBBB__ (page 1 de la pièce 23 appelant), BBBB__ (page 3), BBBB___, WW_____ et DDDD__ (page 4), B_____, CC_____, YY_____, HH___, MMMM___, AA1___, NNNN___, II_____ et OOOO__ (page 5), BBBB__ (page 6), JJJJ___, UU_____, FF_____, et CC_____ (page 7), WW_____, PPPP___, CCCC___, XX___, FFFF___, QQQQ___, HHHH___ et DDDD__ (page 8), BBBB__ (page 9), FF_____, JJJJ___, AA1___, NNNN___, JJ_____, KKKK___, HH___, U1_____, CC_____, YY_____, PPPP___, RRRR___, Fondation S1_____ et BBBB__ (page 10).

La Cour d'appel n'a repris ci-dessus que les clients pour lesquels le relevé fait état de provisions vie.

Il appartient maintenant à la Cour de céans de se déterminer par rapport aux commissions concernant les susdits clients retenus et portés sur le relevé (pièce 23 appelant). La Cour se réfère également aux décomptes de versements produits par E_____ SA sous pièces 1 à 221 de son chargé du 31 octobre 2002 et 225 à 310 de son chargé du 28 novembre 2003.

Concernant la somme de fr. 134.782,60 figurant à la page deux du relevé (UU___), ce montant n'est pas pris en considération. En effet, le décompte de A_____ s'y rapportant indique qu'il s'agit d'une commission 1998 (pièce 121 intimée).

Les fr. 16.395,50 (BBBB___) de la page trois du relevé sont retenus en tant qu'ils figurent également dans le décompte d'E_____ SA (pièces 312 p.3 et 129 intimée).

Les commissions de fr. 1.448,50, 1.094,60 et 4.378,- reprises à la quatrième page du relevé de l'employé sont admises sur la base du décompte de la pièce 140 de l'intimée.

Quant aux montants de fr. 6.396,65, 6.551,75, 13.240,60, 21.693,10, 378,-, 1.684,85, 4.271,10, 8.627,90, 12.719,35, et 17.113,05 (B_____, CC_____, YY_____, SSSS___, MMMM___, AA1___, NNNN___, II_____ et OOOO___), ils sont aussi pris en compte en référence aux relevés produits par l'intimée (ses pièces 157, 160, 163, 166, 168, 170, 171 et 172).

Sur les mêmes bases, la même solution est adoptée pour les montants figurant aux pages six et sept du relevé – pièce 23 appelant – soit fr. 2.661,40, 5.675,45, 52.216,- et 13.240,60 (BBBB__, JJJJ__, FF____ et CC____) (pièces 185, 192, 200 et 207 intimée).

Par rapport à la page huit du relevé, la Cour rappelle que les clients retenus sont : WW__, CCCC__, BBBB__, DDDD__, XX__, FFFF__, QQQQ__ et HHHH__; les commissions correspondant à ces clients sont justifiées par les pièces du dossier (fr. 9.024,60, 307,-, 7,-, 4.800,-, 1.243,-, 164,-, 332,- et 685,-) (pièces 245 et 247 intimée). La Cour d'appel constate que pour PPPP, cliente de l'appelant, le montant de fr. 1.184,- ne concerne pas T_____, s'agissant d'une provision sur le volume global des affaires (pièce 246 intimée).

Se référant à la page neuf du relevé (pièce 23 appelant), pour les clients, qui confèrent des droits à T_____ (BBBB__), les montants de fr. 3.923,50, 1.630,40, 3.919,50 (et non 3.219,50), 237,70 et 3.674,- sont justifiés (pièces 255, 256 et 257 intimée).

Concernant les clients déjà retenus et figurant à la page dix du relevé – pièce 23 appelant – la Cour rappelle qu'il s'agit de FF_____, JJJJ__, AA1__, NNNN__, JJ_____, KKKK__, HH__, GGG____, CC____, YY____, PPPP__, RRRR__, S1____ et BBBB__. Concernant ces personnes physiques et morales, il est tout d'abord relevé, au sujet de FF_____, que les parties s'accordent à indiquer que le montant effectivement versé a été de fr. 1.614,- et non de fr. 53.830,-; quant à la somme de fr. 920,65, elle a été payée comme commission supplémentaire laquelle ne confère aucun droit à l'employé; seule la somme de fr. 1.614,- est prise en compte.

Les autres montants mentionnés et justifiés sont les suivants : fr. 266,85, 3.852,-, 954,05, 1.456,20, 3.606,90, 13.201,- et 12.570,85 (pièces 263, 269, 277, 278, 283, 291, 292 et 302 intimée). Concernant les provisions de fr. 19.395,05 et de fr. 13.240,90 (BBBB__ et CC____), l'appelant admet qu'elles ont déjà été comptabilisées. De plus, l'intimée reconnaît que le versement de fr. 13.201,-, dont il est question à sa pièce 289, concerne un client de sa partie adverse et doit être pris en considération.

En fonction de ce qui a été examiné et développé ci-dessus, les commissions de gestion vie ont été de fr. 270.456,95 au total.

Les chiffres d'affaires de gestion vie et non-vie 1999 ont représenté respectivement fr. 101.198,05 et fr. 270.456,95, soit fr. 371.655,-. Après la déduction pour les charges (fr. 180.000,-), la somme prise en considération est de fr. 191.655,-, ce qui implique, compte tenu d'un taux de 15%, une participation de l'employé de fr. 28.748,25.

7 – Dans sa dernière écriture, comme commissions d'acquisition 1998-1999, T_____, réclame fr. 29.919,55, alors que les premiers juges lui ont alloué fr. 17.677,65; ce dernier montant était admis par E_____ SA.

Cette dernière, en appel, reconnaît devoir fr. 22.311,55.

Les parties ont signé, le 10 décembre 1999, un décompte de commissions vie acquisition en faveur de l'employé de fr. 15.861,65. Ce décompte est donc mis en cause par les deux parties. D'ailleurs, il comporte, comme titre, « solde 1998- provisions 1999 ».

Sur la base de la pièce produite par l'intimée sous numéro 219 de son chargé, en fonction de la mention manuscrite figurant à côté des noms de trois clients, les commissions 1999 à prendre en compte sont de fr. 9.267,80 (126,10 + 7.194,10 + 1.947,60), soit une commission de fr. 4.639,90 (50 %) en faveur de l'employé, comme l'admet, en appel, sa partie adverse. Il s'agit d'acquisitions intervenues.

Compte tenu des contestations de l'intimée, la Cour de céans ne peut conférer une force probante au message électronique du 12 mars 2003, produit comme pièce 21 et qui n'a pas été l'objet d'un débat contradictoire lors des mesures probatoires. En conséquence, les prétentions de T_____ relatives aux clients Y_____ et TTTT__ sont écartées.

Concernant les pièces nouvelles de sa partie adverse, invoquées par l'appelant, la Cour relève avoir déjà tenu compte des acquisitions dont il est question à la pièce 219 de l'intimée.

La pièce 119 de l'intimée, dont se prévaut l'appelant, fait effectivement double emploi avec la pièce 235 produite par E_____ SA.

A l'exception du client UUUU__, les autres personnes physiques et morales, concernées par ces pièces 119 et 235 et reprises dans le décompte établi par l'appelant et produit comme pièce 20, ont déjà été prises en considération. A ce sujet, il est fait référence à la pièce 107 d'E_____ SA. Pour le client UUUU__, une provision de fr. 1.963,90 a été versée. De la mention manuscrite figurant sur le décompte, il résulte que ce client a été acquis en 1998.

Faute de contestation concrète de l'intimée, le montant de fr. 1.526,- figurant sur la pièce 126 de sa partie adverse est prise en considération comme provision d'acquisition; la susdite somme est mentionnée sur la pièce 126 de l'intimée. Cette acquisition est intervenue en 1998, selon la mention manuscrite portée sur cette pièce 126.

Pour les mêmes motifs, les provisions 1998 de fr. 193,40 (VVVV__) et de fr. 170,90 (WWWW__) sont aussi prises en considération. La Cour d'appel se réfère aux pièces 90 et 105 de l'intimée ainsi que 19 de l'appelant.

De ce qui a été examiné ci-dessus, il résulte que des provisions d'un montant total de fr. 13.122,- (9.267,80, 1.963,90, 1.526,-, 193,40 et 170,90) sont ajoutées aux provisions admises par l'intimée.

Compte tenu d'un taux de 50% de participation, ces provisions justifient d'allouer à l'appelant une somme supplémentaire de fr. 6.561,-. Ce montant, ajouté aux

fr. 17.677,65, fixés par le Tribunal, fait que fr. 24.238,65 reviennent à T_____ à titre de participation d'acquisitions.

8 – T_____ réclame fr. 45.000,- pour l'acquisition non-vie de XXXX__

A l'instar des premiers juges, la Cour de céans doit constater que le bien-fondé de ces prétentions n'a pas été établi. En appel, de la production d'un décompte d'un collaborateur (pièce 313), il ressort que XXXX__ aurait été le client d'un autre employé de E_____ SA.

En l'absence d'autre élément probant et déterminant, cette prétention en fr. 45.000,. de T_____ est écartée.

9 – Sur la base de ce qui a été développé dans le présent arrêt, les montants sont dus à T_____ :

fr.	12.500,-	comme salaire de décembre 1999
fr.	29.579,30	comme participation aux commissions de gestion vie et non-vie 1998
fr.	28.748,25	comme participation aux commissions de gestion vie et non-vie 1999
fr.	24.238,65	comme participation d'acquisitions 1998 et 1999.

10 – Comme il l'avait fait en première instance, T_____ a conclu, en appel, sur la demande principale, préalablement à ce qu'elle soit déclarée irrecevable en tant qu'elle se fonde sur la loi de concurrence déloyale.

Selon l'article 1 de la loi genevoise de la loi sur la concurrence déloyale (I 1 10), la Cour de justice est compétente pour connaître des litiges résultant de cette loi fédérale.

En conséquence, il est donné suite à ces conclusions préalables de l'appelant (article 31 b OJ).

En tant que de besoin, la Cour de céans rappelle que, dans le présent arrêt, elle n'a fait application que des dispositions du CO relatives en particulier au contrat de travail.

Selon l'article 312 LPC, la Cour ne peut statuer sur aucun chef de la demande qui n'a pas été soumis au premier juge sous réserve d'exceptions, qui ne sont pas réalisées *in casu*.

Ce principe a été repris dans des décisions citées par AUBERT, 400 arrêts sur le contrat de travail, page 236.

Le principe de l'application à titre supplétif des dispositions générales de la loi de procédure civile a été repris dans la LJP du 25 février 1999. Il s'agit d'une codification d'un principe déjà retenu par la pratique et la jurisprudence antérieures. (Mémorial du Grand Conseil, 1998, 9/11, 1267).

Ce principe de l'immutabilité du litige, interdisant notamment des conclusions nouvelles en appel, est resté applicable avec la nouvelle LJP (CAPH du 23.10.2001, C/2397/2000; CAPH du 22.3.2000, C/22513/1991).

La formulation des conclusions prises en première instance et en appel a amené la Cour de céans à procéder à un examen au fond. Sur la base des résultats obtenus, elle est en mesure de se déterminer au sujet de la recevabilité des conclusions de l'appelant.

Ainsi, les conclusions prises sous chiffres 8 et 9 de l'acte d'appel correspondent aux chiffres 12 et 13 de conclusions formulées par T_____ en première instance. Le chiffre 10 de l'acte d'appel reprend les conclusions prises devant le Tribunal sous chiffres 14.

Quant au chiffre 12 de l'appel, la somme de fr. 12.500,- reprend les conclusions du chiffre 8 de première instance. Les montants de fr. 26.895,05 et de fr. 17.677,54 correspondent respectivement aux chiffres 9 et 10 des conclusions soumises aux premiers juges (participation aux commissions de 1998) ainsi que 14 (pour les commissions de 1999). Enfin, les fr. 26.330,10 correspondent également au susdit chiffre 14 (commissions 1999).

En conséquence, sont alloués à T_____ :

fr.	12.500,-	comme salaire de décembre 1999
fr.	29.578,30	comme participation aux commissions 1998
fr.	28.748,25	comme participation aux commissions 1999
fr.	24'238,65	comme commissions d'acquisition 1998 et 1999 (chiffres 10 et 12 de l'appel et 14 de première instance).

De ce qui précède, il résulte que, par rapport à certains postes des conclusions de l'acte d'appel, la cour alloue des montants supérieurs aux sommes figurant dans ces postes.

En statuant de la sorte, la Cour de céans ne statue pas *ultra petita*. En effet, en augmentant les montants de certains postes des conclusions prises par les parties, le juge ne statue pas *ultra petita* pour autant qu'il ne dépasse pas la somme totale réclamée (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, commentaire de la loi procédure civile genevoise *ad art.* 154 ch. 10, S. J. 1997 p. 149 et ss, p. 156 et 157); cette condition est respectée en l'espèce.

De plus, *in casu*, les montants des postes des conclusions augmentées, soit les sommes de fr. 26.895,90 et 17.677,65 (fr. 29.578,30 et 24.238,65) sont réclamés comme provisions; c'est dire, vu la nature quasi analogue des causes des créances, la Cour estime pouvoir faire application de la jurisprudence citée précédemment. Par ailleurs, le chiffre

10 des conclusions en fr. 80.000,- de l'acte d'appel concerne des commissions 1999, soit une créance de même nature que les fr. 17.677,65 du chiffre 12 de ces mêmes conclusions.

Par contre, l'appel doit être formé dans un délai déterminé (art. 59 LJP). En conséquence, les autres conclusions formulées ultérieurement par l'appelante sont irrecevables. En référence à la dernière écriture déposée par T_____ le 8 avril 2004, la cour d'appel prononce formellement l'irrecevabilité des conclusions en tant qu'elles ne reprennent des montants identiques à ceux figurant dans l'acte d'appel; la Cour rappelle s'être déjà déterminée sur les conclusions dudit acte d'appel.

En conséquence, la Cour déclare irrecevables les conclusions figurant dans l'écriture déposée le 8 avril 2004, sous chiffres 2, 3, 4 et 6. Il s'agit de sanctionner la modification des conclusions en cours d'appel.

C'est dire que si en partie les conclusions nouvelles ne sont pas totalement irrecevables, la solution adoptée ci-dessus ne cause aucun préjudice à la partie concernée, la Cour se réfère à ses développements et solutions adoptées dans le cas de l'examen au fond.

L'appel devant être formé dans un délai déterminé, l'appelant n'était pas fondé à requérir dans son acte d'appel, une réserve d'amplifier ses conclusions.

Il est rappelé que, sur demande principale, T_____ est condamné à payer fr. 15.000,-.

Les conditions d'une compensation sont remplies (art. 120 et ss CO).

11 – Vu la solution de la cause, l'émolument d'appel est mis à charge de T_____ à hauteur de fr. 2.000,- et sa partie adverse doit en supporter le même montant.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par T_____ contre le jugement notifié par plis du 3 août 2001.

Déclare recevable l'appel incident interjeté par E_____ SA contre le jugement notifié par plis du 3 août 2001.

Déclare irrecevables les conclusions formulées, sous chiffres 2, 3, 4 et 6 par T_____ dans son écriture déposée le 8 avril 2004.

Déclare recevables les conclusions prises par T_____ dans son acte d'appel à l'exception de celle figurant sous chiffre 11.

Au fond :

Annule ce jugement.

Cela fait, statuant à nouveau,

Sur demande principale,

Préalablement,

Déclare irrecevable la demande d'E_____ SA en tant qu'elle se fonde sur la loi sur la concurrence déloyale.

Dit que la Juridiction des prud'hommes est incompétente pour connaître de la demande d'E_____ SA en tant qu'elle se fonde sur la loi sur la concurrence déloyale.

Au fond,

Condamne T_____ à payer à E_____ SA fr. 15.000,- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000.

Sur la demande reconventionnelle,

Condamne E_____ SA à payer à T_____ les montants suivants :

fr. 12.500,- brut avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000
fr. 29.578,30 brut avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 1999
fr. 24.238,65 brut avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1999
fr. 28.748,25 brut avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1999.

Dit que les montants alloués sur demandes principale et reconventionnelle seront compensés à due concurrence.

Dit que l'émolument d'appel versé par T_____ reste à sa charge à concurrence de fr. 2.000,-.

Condamne E_____ SA à payer à T_____ fr. 2.000,- à titre d'émolument.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Débouté les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président