



E _____ SA

Dom. élu :

Me Jean-Franklin WOODTLI
Rue Prévost-Martin 5
Case postale 60
1211 Genève 4

Partie appelante

Monsieur T _____

Dom. élu : Me Elie ELKAIM

Avenue Juste-Olivier 11
Case postale 1299
1001 Lausanne

Partie intimé

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 30 mai 2006

M. Christian MURBACH, président

MM. Denis MATHIEU et Jean-François HUGUET, juges employeurs

Mmes Christine PFUND et Paola ANDREETTA, juges salariées

Mme Rebecca MONNARD, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 7 octobre 2005, E_____ SA appelle du jugement rendu le 6 septembre 2005, notifié le lendemain, par le Tribunal des prud'hommes, la condamnant à payer à T_____ - _____ la somme de fr. 130'470.40 brut, sous déduction de la somme de fr 20'000.- net, avec intérêts, et la déboutant de sa demande reconventionnelle formée à l'encontre de T_____.

E_____ SA conclut à l'annulation du jugement entrepris, au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions et à la condamnation de ce dernier à lui payer, à titre reconventionnel, la somme de fr. 159'822, avec intérêts.

b) Dans ses écritures responsives, T_____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement querellé.

c) Lors de l'audience du 5 avril 2006, à l'issue de laquelle la cause a été gardée à juger, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions respectives

B. Il résulte de la procédure les éléments pertinents suivants :

a) En 1982, A_____ a fondé B_____ SA, société anonyme, sise à Genève, active dans les opérations de nettoyage industriel, en particulier les gaines de hotte de cuisine et d'extracteurs.

B_____ SA exerçait principalement son activité dans la région genevoise.

b) En 1988 a été constituée E_____ SA, société anonyme ayant son siège social à Genève, ayant pour but le nettoyage industriel, en particulier les installations de ventilation.

A teneur de l'acte notarié du 15 mars 1988, les fondateurs de la société, dont le capital social est composé de cent actions, sont C_____ pour quarante-neuf actions, A_____ et T_____ à raison d'une action chacun, et D_____ pour quarante-huit actions, la dernière action ayant été souscrite par B_____ SA.

c) Le 6 octobre 1993, A_____ a été inscrit au Registre du commerce de Genève en qualité d'administrateur de E_____ SA, avec signature individuelle, T_____ et D_____, bénéficiant pour leur part, chacun, d'une procuration individuelle.

A_____ a laissé les commandes de E_____ SA à T_____.

- d) B_____ SA et E_____ SA ont partagé les mêmes locaux, sis route F_____, à Genève, E_____ SA louant par la suite, en 1990, un bureau à G_____ destiné à son agent commercial, H_____, travaillant dans le canton de Vaud.

Durant plusieurs années, E_____ SA a développé son activité dans les cantons de Vaud, Fribourg et Valais.

- e) Par lettres des 9 mai, 13 juillet et 22 novembre 1995, l'Etude de notaires genevois I_____ s'est adressée à B_____ SA, soit pour elle A_____, dans le cadre de la transformation d'une société J_____ SA en une société K_____ SA.

L'Etude de notaire précitée se référait, dans son courrier du 22 novembre 1995, à divers entretiens téléphoniques avec A_____ et T_____.

- f) Selon le certificat de salaire, établi et signé le 7 janvier 1996 par E_____ SA sur le formulaire « Impôt fédéral direct - Période de taxation 1997-1998 », T_____ a perçu, pour l'année 1995, un salaire brut de fr. 36'240.-, dont fr. 2'343.70 à titre de déduction pour charges sociales, salaire ayant été versé comme suit, selon un tableau récapitulatif non daté et non signé :

- fr.	6'240.-	en janvier 1995;
- fr.	6'000.-	en février 1995;
- fr.	0.-	en mars 1995;
- fr.	6'000.-	en avril 1995;
- fr.	0.-	en mai, juin, juillet et août 1995;
- fr.	6'000.-	en septembre 1995;
- fr.	6'000.-	en octobre 1995;
- fr.	6'000.-	en novembre 1995;
- fr.	0.-	en décembre 1995.

- g) A teneur d'un bon de commande relatif à une offre du 9 février 1996, il a été payé par l'Office _____ à Genève à E_____ SA, soit pour elle T_____, un montant de fr. 21'000.- pour des travaux de nettoyage. A cet effet, il a été remis à T_____, pour E_____ SA, une carte d'accès audit office, valable au 31 juillet 1996.

- h) Par lettre recommandée datée du 16 juin 1996, T_____ a requis de E_____ SA, soit pour elle A_____, le paiement de ses salaires des mois de mars, mai à août et décembre 1995, ainsi que de janvier à juin 1996.

- i) Par lettre recommandée datée du 4 octobre 1996 émanant de Me L_____, son conseil, E_____ SA a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de T_____, invoquant « des violations graves et répétées » de son

devoir de fidélité « au sens de l'article 321 a CO », et se référant, au surplus, à un deuxième courrier circonstancié (infra 2^{ème} paragraphe) relatif au « grave préjudice » subi du fait de ses agissements en qualité, notamment, de directeur.

Par lettre recommandée également datée du 4 octobre 1996 et toujours de la plume de son avocat, E_____ SA a reproché à T_____ d'avoir commis des actes de concurrence déloyale à son préjudice et au bénéfice d'une société « J_____ SA – K_____ » dont il était propriétaire. Il lui a ainsi été reproché d'avoir, notamment, débauché des employés de E_____ SA, utilisé ceux-ci pour démarcher des clients au profit de K_____, et créé une confusion auprès de la clientèle entre les activités de K_____ et de E_____ - _____ SA "aux fins d'accaparement". Se fondant sur l'évolution de son chiffre d'affaires de 1991 à 1994 (soit fr. 504'039.- en 1991, fr. 635'049.- en 1992, fr. 748'621.- en 1993, fr. 779'461.- en 1994), et la différence entre le chiffre d'affaires prévisionnel pour 1995 et 1996 (fr. 885'857.- pour 1995 et fr. 992'253.- pour 1996) et celui effectif pour ces deux années-là (fr. 370'651.- pour 1995 et fr. 168'913.- pour 1996), E_____ SA a fait état d'une perte de chiffre d'affaires de fr. 823'010.- et a invoqué la responsabilité de T_____ en sa qualité d'organe et de directeur de la société ainsi qu'à titre d'auteur d'acte de concurrence déloyale.

L'éventualité d'une « solution transactionnelle globale » était également envisagée.

- j) Par lettre du 25 octobre 1996, la société fiduciaire M_____ SA a informé E_____ SA de son surendettement et des mesures à prendre pour son assainissement, notamment une augmentation de son capital et une postposition des créances des actionnaires A_____ et T_____ au profit des autres créanciers.
- k) Par lettre de son conseil du 5 novembre 1996, T_____ a contesté les reproches formulés à son endroit et exposé sa version des faits, arguant à son tour avoir été la victime d'actes déloyaux de la part, notamment, d'A_____.
- l) Par lettre du 27 novembre 1996, parvenue au Parquet du Procureur général de la république et canton de Genève, A_____ a déposé plainte pénale - inscrite sous le numéro de cause P/11377/96 - à l'encontre de T_____ et H_____ pour violation des dispositions légales relatives à la concurrence déloyale.
- m) Une plainte pénale a également été déposée, le 21 janvier 1997, par T_____ à l'encontre d'A_____ et de son épouse C_____ pour gestion déloyale.
- n) Par lettre datée du 13 février 1997, E_____ SA a informé le restaurant « N_____ » que T_____ et H_____ ne faisaient plus

partie de son personnel, et que la gestion commerciale était désormais reprise par A_____.

- o) Les deux attestations des salaires payés par E_____ SA pour les années 1995 et 1996, datées respectivement des 27 février 1996 et 17 février 1997, et destinées à la Caisse Interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux, mentionnent l'ensemble du personnel de la société, dont T_____. Le salaire annuel brut de ce dernier pour 1995 ascende à fr. 36'240.-, alors qu'aucun montant n'y apparaît pour l'année 1996. Le total des salaires soumis à cotisations sociales pour ces deux années 1995 et 1996, soit respectivement fr. 215'013.20 et fr. 67'117.-, apparaît également sur les deux documents destinés à l'assurance responsabilité civile d'entreprise de E_____ SA.
- p) Par lettre du 17 mars 1997 adressée à E_____ SA, la société O_____ SA a fait état de ce qu'elle avait été induite à signer un contrat d'entretien le 27 septembre 1996 avec la société K_____ sur la base d'informations inexactes de T_____ : celui-ci avait indiqué que la raison sociale de E_____ SA avait été modifiée en K_____, mais que sa structure restait identique, la signature d'un nouveau contrat d'entretien avec cette dernière ne constituant qu'une simple formalité.
- q) Par lettre du même jour, soit du 17 mars 1997, adressée à K_____ J_____ SA à l'attention de T_____ en sa qualité de « directeur technique », O_____ SA a indiqué avoir appris de E_____ SA qu'il n'y avait jamais eu de changement de raison sociale et qu'elle n'avait, au surplus, aucun lien avec "K_____ J_____ SA", concluant dès lors à la nullité du contrat conclu le 27 septembre 1996.
- r) Le 17 juin 1997, T_____ et D_____ ont été radiés du Registre du commerce.
- s) Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 novembre 1997, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 130'470.40 plus intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 1996, ladite somme se décomposant comme suit :
- fr. 114'000.- à titre d'arriérés de salaire pour les mois de mars, mai à août et décembre 1995, ainsi que de janvier 1996 à janvier 1997;
 - fr. 16'470.40.- à titre de commissions pour 1995 et 1996, ladite somme correspondant aux montants suivants, à teneur de deux tableaux récapitulatifs non datés et non signés énumérant les établissements concernés et le montant des ventes:
 - fr. 11'180.40 pour la période de mars à décembre 1995;
 - fr. 5'290.- pour la période de janvier à août 1996.

En ce qui concerne les commissions réclamées, figurent sur les deux tableaux produits à cet effet divers montants, notamment, plusieurs fois (en avril et novembre 1995 ainsi qu'en mai 1996), la somme de fr. 240.- pour des contrats passés avec des restaurants, en particulier à quatre reprises pour l'établissement indiqué sous « P _____ » sur le tableau de 1995 et sous « _____ P » sur celui de 1996.

T _____ a, en outre, conclu à ce que E _____ SA soit condamnée au paiement des dépens, incluant une équitable indemnité à titre d'honoraires de son conseil.

La demande a été attribuée au groupe 9 (devenu le groupe 4) et enregistrée au greffe de la Juridiction des prud'homme sous numéro de cause C/30874/1997- 9.

- t) Après avoir été suspendue, d'entente entre les parties, jusqu'au 30 septembre 1998, puis, en raison du défaut des deux parties citées à comparaître à l'audience du 24 février 1999, jusqu'à requête de la partie la plus diligente de reprise d'instance dans le délai d'une année, sous peine de péremption, la procédure a été reprise finalement le 30 septembre 1999 par requête de T _____, faute d'avoir trouvé un arrangement avec sa partie adverse.
- u) L'instruction de la cause a été suspendue comme dépendant du pénal du 12 janvier 2000 jusqu'au 11 janvier 2005, date à laquelle une audience est tenue devant le Tribunal qui a ordonné un échange d'écritures.
- v) Par mémoire-réponse déposé le 13 mai 2005 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, E _____ SA a conclu, sur demande principale, à ce que T _____ soit débouté de toutes ses conclusions et, sur demande reconventionnelle, à ce qu'il soit condamné à lui payer la somme de fr. 159'822.- à titre de dommages et intérêts pour violation des obligations découlant de l'article 321 CO. A l'appui de sa demande reconventionnelle elle a produit cinq rapports de la société fiduciaire M _____ SA, son organe de révision, relatifs aux exercices 1992 à 1996, étant précisé qu'en 1996, E _____ SA ne déployait pratiquement plus aucune activité.

A teneur desdits rapports de la société fiduciaire M _____ SA, il ressort les indications suivantes pour E _____ SA découlant, en particulier de ses comptes pertes et profits :

<u>Année</u>	<u>Travaux</u>	<u>Bénéfice Net</u>	<u>Perte nette</u>
1992	fr. 635'049.55	fr. 7'907.25	
1993	fr. 769'086.55	fr. 7'314.65	
1994	fr. 761'846.97	fr. 22'909.13	
1995	fr. 344'813.01		fr. 97'279.50
1996	fr. 184'841.--		fr. 17'134.12

Pour ce qui est des salaires versés à T _____, E _____ SA a fait état d'une décision prise de concert entre ce dernier et A _____ de ne plus

se verser de salaire « déclaré » en raison des difficultés financières de la société, mais de prélever mensuellement un montant net directement du compte courant de celle-ci, ajoutant que le paiement des salaires « normaux » a été repris de septembre à novembre 1995. E_____ SA a expliqué que les salaires dus au demandeur lui avaient été intégralement payés jusqu'au 30 novembre 1995, et qu'à cette date, T_____ et A_____ avaient décidé, d'un commun accord, de ne plus prélever le moindre salaire de E_____ SA en vue de l'assainir. E_____ SA a produit sur ce point différentes pièces attestant les paiements suivants en faveur de T_____ :

- fr. 6'000.- brut à titre de salaire brut pour avril 1995 (soit fr. 3'500.- à titre de salaire de base et fr. 2'500.- à titre de commission) les différentes retenues et charges sociales apparaissant également ainsi que le salaire net, soit fr. 5'307.- (pièce 5 déf. intitulée « fiche de paie – avril 1995 »);
- fr. 5'000.- net virés par E_____ SA le 2 juin 1995 en faveur de T_____ à titre de « remboursement cpte courant » (pièce 6 déf.);
- fr. 5'000.- net virés par E_____ SA le 29 juin 1995 en faveur de T_____ sans mention quant au motif du paiement (pièce 7 déf.);
- fr. 5'000.- net virés par E_____ SA le 2 août 1995 en faveur de T_____ à titre de « RBT CPT CRT » (pièce 8 déf.);
- fr. 5'000.- net virés par E_____ SA le 31 août 1995 en faveur de T_____ sans mention quant au motif du paiement (pièce 9 déf.);
- fr. 6'000.- brut à titre de salaire brut pour septembre 1995 (soit fr. 3'500.- à titre de salaire de base et fr. 2'500.- à titre de commission) les différentes retenues et charges sociales apparaissant également ainsi que le salaire net, soit fr. 5'307.- (pièce 10 déf. intitulée « fiche de paie – septembre 1995 »);
- fr. 6'000.- brut à titre de salaire brut pour octobre 1995 (soit fr. 3'500.- à titre de salaire de base et fr. 2'500.- à titre de commission) les différentes retenues et charges sociales apparaissant également ainsi que le salaire net, soit fr. 5'307.- (pièce 11 déf. intitulée « fiche de paie – octobre 1995 »);
- fr. 6'000.- brut à titre de salaire brut pour novembre 1995 (soit fr. 3'500.- à titre de salaire de base et fr. 2'500.- à titre de commission) les différentes retenues et charges sociales apparaissant également ainsi que le salaire net, soit fr. 5'307.- (pièce 12 déf. intitulée « fiche de paie – novembre 1995 »).

E_____ SA n'a fourni aucune explication ni pris position quant aux commissions réclamées par A_____ et aux tableaux récapitulatifs produits sous pièces 8 et 9 du chargé de ce dernier du 3 novembre 1997. Aucune contestation formelle de l'accord passé avec T_____ sur le paiement d'une commission de 10% sur le chiffre d'affaires ou des établissements concernés et des montants de contrats y relatifs pour les années 1995 et 1996 ne figure dans cette écriture.

Pour ce qui est de la lettre de résiliation du contrat de travail de T_____ adressée, le 4 octobre 1996, par son conseil et dont l'existence est contestée, E_____ SA a fait état, dans sa réponse à l'attendu 13 de la demande, d'un « prétendu courrier de Me L_____ daté du 4 octobre 1997, lequel est sans aucun doute sorti de l'imagination du demandeur puisqu'il ne figure pas au bordereau annexé à sa demande » (mémoire-réponse, p. 4 ad. 13).

Concernant la société K_____ SA, E_____ SA a indiqué qu'en septembre 1994, et dans le but de s'accaparer sa clientèle à son profit,

T_____ avait fait l'acquisition de la société « J_____ SA », la rebaptisant à cette occasion « J_____ SA, K_____ ». Ce n'était qu'en mars 1995 qu'A_____ avait eu connaissance de l'activité parallèle de T_____, raison pour laquelle le salaire du mois de mars ne lui avait pas été versé. T_____ avait alors offert à A_____ de s'associer avec lui au sein de K_____, démarches concrétisées par la correspondance en provenance de l'Etude de Notaires I_____. Le but poursuivi par les susnommés était que les sociétés B_____ SA, E_____ SA et K_____ mènent leurs activités en parallèle, respectivement dans les cantons de Genève, Vaud et Fribourg.

- w) Par mémoire complémentaire du 17 mai 2005, T_____ a confirmé sa demande initiale et conclu au rejet de la demande reconventionnelle. T_____ ne s'est toutefois pas prononcé sur les attestations de paiement des montants de fr. 5'000.- nets en sa faveur produits par E_____ SA sous pièces 6 à 9 de son chargé.
- x) A l'audience du Tribunal du 24 mai 2005, E_____ SA a confirmé le montant de sa demande reconventionnelle, amplifiant celui-ci d'intérêts moratoires à 5% l'an réclamés à compter du 1^{er} juin 1995. Au terme de cette audience, un délai au 14 juin 2005 à été fixé au demandeur pour répondre par écrit à la demande reconventionnelle.
- y) Par mémoire sur demande reconventionnelle parvenu le 14 juin 2005 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, T_____ a, une nouvelle fois, confirmé sa demande initiale et conclu au rejet de la demande reconventionnelle. Nonobstant sa détermination circonstanciée sur l'ensemble des faits allégués par E_____ SA dans son écriture responsive du 13 mai 2005, T_____ n'a fourni aucune explication quant aux pièces attestant les quatre virements bancaires de fr. 5'000.- et aux commentaires y relatifs.
- z) A l'audience du 21 juin 2005, le Tribunal a procédé à l'audition de témoins.

Q_____, employé, de 1987 à 1999, de la société de « R_____ SA » en qualité de responsable du service d'entretien, a indiqué que ladite société avait notamment attribué des mandats à E_____ SA, dont l'interlocuteur était H_____, et à K_____ SA, dont l'unique interlocuteur était le même H_____, mais après son départ de E_____ SA. Le témoin a ajouté avoir entendu que le patron d'K_____ SA était T_____, et confirmé n'avoir jamais rompu de contrat conclu avec E_____ SA en faveur de K_____ SA (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 2).

E_____ SA a produit un document qui a été soumis au témoin - soit une lettre datée du 7 février 1995 à l'en-tête « K_____ Nettoyage, dégraissage et dépoussiérage industriel », non signée et adressée à « R_____ VENTILATION SA », à l'attention du dénommé Q_____, - l'invitant à se déterminer sur un

devis, annexé à ladite lettre et énumérant des travaux à effectuer, leur durée et le prix.

A l'examen de cette lettre, Q_____ a déclaré ne pas se souvenir l'avoir reçue, tout en admettant avoir demandé des offres à K_____ SA. Le témoin a indiqué que, s'il avait reçu des offres de E_____ SA, il n'aurait "jamais convoqué H_____ pour faire une contre offre sous K_____ SA" (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, pp. 2 et 3).

S_____, directeur, depuis 1982, du restaurant U_____ à Bâle, a indiqué s'être vu soumettre par E_____ SA un contrat d'abonnement d'entretien daté du 22 juillet 1996 liant l'établissement et « K_____ – J_____ SA », T_____ ayant signé pour cette dernière, et a confirmé qu'il s'agissait bien de sa signature apposée au bas dudit document (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 3).

V_____ a déclaré avoir été responsable de l'entretien du bâtiment de la W_____ et de la X_____. A cet égard, il a indiqué qu'un contrat d'entretien du système de ventilation avait été conclu avec E_____ SA jusqu'en mai 1996, lesdites tâches ayant par la suite, soit une année ou deux plus tard, été assurées par la société K_____ et T_____. Ce dernier l'avait informé qu'il souhaitait quitter E_____ SA et se mettre à son compte (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 4).

Y_____ a expliqué être employée de la société Z_____ SA, anciennement O_____ SA, et donner des conseils ou intervenir pour des sociétés du groupe. Elle a confirmé avoir participé à la rédaction du courrier d'O_____ SA du 17 mars 1997 (produit sous pièce 20 chargé E_____ SA), et ce, uniquement sur la base des faits relatés par O_____, soit sans avoir de connaissance directe de ceux-ci (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 4 et 5).

Administrateur de la société fiduciaire M_____ SA, AA_____ a déclaré avoir été amené à réviser les comptes de E_____ SA depuis sa constitution. Il a confirmé la teneur de son courrier du 25 octobre 1996 adressé à la société ainsi que les rapports de révision produits sous pièces 4 et 13 à 17 chargé E_____ SA. Il a ajouté que, depuis 1995 ou 1996, les assemblées générales de ladite société s'étaient déroulées dans les locaux de sa fiduciaire, et qu'il n'y avait jamais vu T_____ (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 6).

T_____ a confirmé l'absence de contrat de travail écrit régissant ses relations avec E_____ SA, ainsi que la véritable raison sociale de K_____, à savoir « J_____ SA » (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 7).

Au terme de l'audience, les parties ont déclaré renoncer à l'audition de tous les autres témoins qu'elles avaient sollicités ou qui étaient absents ce jour (p.-v. d'audience du 21 juin 2005, p. 7).

- C. a)** A l'appui de son jugement querellé du 6 septembre 2005, le Tribunal des prud'hommes, après avoir retenu qu'il était établi que les parties avaient été liées par un contrat de travail, a considéré, s'agissant du licenciement avec effet immédiat dont avait fait l'objet T_____, que E_____ SA n'avait pas établi que sa réaction avait été immédiatement consécutive à sa prise de connaissance des éléments qui l'avaient autorisée à conclure à une rupture du lien de confiance ni n'avait prouvé l'existence d'un juste motif autorisant à mettre fin, sur-le-champ, au contrat de travail la liant à son employé. A cet égard, le Tribunal a précisé n'avoir tenu aucun compte des deux plaintes pénales déposées successivement par les parties, l'une envers l'autre, d'une part, principalement, parce que la procédure pénale référencée sous n° P/11377/1996 n'apportait aucun élément permettant de conclure l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat et, d'autre part, et accessoirement, en raison de la décision de classement de ladite procédure prononcée par le Ministère public.

Dès lors, les premiers juges ont condamné E_____ SA à payer à leur ex-employé, d'une part, son salaire tant jusqu'à son licenciement immédiat du 4 octobre 1996 que durant le délai légal de congé, soit jusqu'à fin janvier 1997 et, d'autre part, les commissions dues à T_____ (10 % sur le chiffre d'affaires), ce sous déduction des montants nets payés à l'intéressé pour un montant total de fr. 20'000.-.

Le Tribunal a motivé son rejet de la demande reconventionnelle de E_____ - _____ SA, aux motifs que cette dernière n'avait pas prouvé l'existence du montant du dommage allégué ni une quelconque violation par T_____, « à quelque degré que ce soit », de son obligation de fidélité et encore moins d'un lien de causalité entre cette prétendue violation et le préjudice allégué.

- b)** A l'appui de son appel, E_____ SA reprend, pour l'essentiel, son argumentation de première instance. L'appelante fait grief aux premiers juges de n'avoir « tenu aucun compte des éléments de preuve accablants, compte tenu de la procédure prud'hommale, mais plus particulièrement de la procédure pénale, versée à la présente cause, lesquels démontrent que T_____ avait pris le parti de violer son devoir de fidélité à l'égard de l'appelante de manière crasse », procédure pénale dans laquelle l'intéressé avait été inculpé.

S'agissant des bénéfiques, qualifiés d'importants, qu'T_____ avait réalisés par le biais de la société K_____ SA - et qui, selon elle, lui permettait de se servir un salaire mensuel de près de fr. 10'000.-, grâce à la clientèle qu'il avait détournée -, E_____ SA indique qu'il convient de se référer à cet égard aux faits qu'elle a développés "en page 7 et suivantes de sa plainte pénale du 27 novembre 1996 ainsi qu'aux nombreuses pièces à l'appui de ses allégués, lesquels figurent

au dossier pénal aujourd'hui versé à la présente cause, ce que les premiers juges semblent avoir omis de faire » (cf. appel, p. 7-8, ch. 24-25).

Avec ses écritures d'appel, E_____ SA a produit un chargé complémentaire de 7 pièces, dont 6 nouvelles, en particulier divers courriers et contrats desquels il résulte que K_____ SA lui a succédé, avant le licenciement de T_____ - _____, dans l'exécution de travaux de nettoyage et de dégraissage de ventilation de la société BB_____ SA à Genève (concernant le restaurant CC_____, à Genève, pièces 25-26), de l'hôtel DD_____, à Sierre (pièces 27-28) et du Département FF_____ du canton de Vaud (pièce 29). Etait également produit avec le chargé précité, le contrat d'abonnement d'entretien signé le 22 juillet 1996 entre K_____ SA et U_____ à Bâle (pièce 30).

L'appelante fait également grief au Tribunal de n'avoir pas tenu compte des témoignages de S_____ et de Y_____, qui avaient confirmé que les sociétés pour le compte desquelles ils étaient actifs avaient bel et bien été liées à E_____ SA, qui avait été remplacée, dans le courant de l'été 1996, par K_____ SA.

Par ailleurs, l'appelante indique ne pas s'expliquer les raisons ayant amené le Ministère public à classer la plainte pénale qu'elle avait déposée contre T_____, l'instruction de ce dossier n'ayant été que très partielle, puisqu'aucun témoin n'avait été entendu et que le mis en cause n'avait pas été invité à produire les comptes de la société K_____ SA pour la période litigieuse, alors qu'il avait fait l'objet d'une inculpation par le Juge d'instruction le 22 mars 2000 du chef de violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale.

L'appelante affirme, en outre, avoir démontré que T_____ ne déployait plus la moindre activité pour son compte depuis qu'il avait repris la société K_____ SA, en 1994, puisqu'il concentrait exclusivement son travail sur le développement de cette dernière au détriment de E_____ SA, ce qui justifiait tant la résiliation immédiate des rapports de travail que les pertes qu'elle avait subies durant la période.

Enfin, E_____ SA soutient que l'intimé ne saurait prétendre au paiement de la moindre commission en contrepartie d'un éventuel apport de clientèle, dans la mesure où celui-ci n'avait plus œuvré pour le compte de E_____ SA depuis la création de la société K_____ SA.

c) T_____ fait valoir que toutes les prétentions antérieures à 1995 dont il fait l'objet sont prescrites et que, de toute façon, E_____ SA n'a jamais prouvé avoir subi un quelconque préjudice de sa part. Il a, notamment, contesté les explications de sa partie adverse concernant les pièces nouvelles qu'elle a produites en appel.

EN DROIT

1. Interjeté dans les formes et délais prévus à l'art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes (LJP), l'appel est recevable.
2. L'appelante soutient que c'est à tort que les premiers juges ont retenu le caractère injustifié du licenciement pour justes motifs dont a fait l'objet l'intimé le 4 octobre 1996.

2.1. La partie qui entend se prévaloir de justes motifs doit le faire en principe sans délai, par quoi il faut entendre une manifestation de volonté intervenant après un bref temps de réflexion; une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen. La durée dépend des circonstances, mais un délai de un à trois jours ouvrables est présumé approprié (ATF 130 III 28, consid. 4.4; ATF du 16 mai 2002 en la cause 4C.345/2001; ATF du 2 août 1993, publié *in* SJ 1995, p. 806; CAPH du 10 août 1993 en la cause VI/39/92; ATF 93 II 18; WYLER, Droit du travail, 2002, pp. 372 s.; AUBERT, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 11 *ad* art. 337 CO, p. 1783). Un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à cette règle (ATF 130 III 28, consid. 4.4; ATF du 16 mai 2002 en la cause 4C.345/2001; ATF du 2 mars 1999 en la cause 4C.382/1998). Le fardeau de la preuve que la résiliation est intervenue à temps incombe à la partie qui résilie (art. 8 CC; ATF du 12 décembre 1996 en la cause 4C.419/1995).

2.2. Les premiers juges ont tout d'abord retenu que E_____ SA n'avait apporté aucun élément permettant d'établir que sa réaction aux prétendus actes de concurrence déloyale à son préjudice commis par l'intimé avait été immédiatement consécutive à sa connaissance desdits actes par celle-ci.

Dans son mémoire d'appel, E_____ SA n'aborde pas cette question.

Dès lors qu'il ne résulte pas de la procédure que l'appelante n'a eu connaissance des agissements de l'inculpé motivant son licenciement immédiat pour justes motifs que quelques jours avant l'envoi de la lettre de congé de son conseil du 4 octobre 1996, force est de constater que l'appelante a agi tardivement à cet égard.

Au demeurant, E_____ SA semble avoir été consciente de ce retard dans sa réaction puisque, dans ses écritures de première instance du 13 mai 2005 (p. 10, ch. 29), elle indique que c'est à la réception du courrier que lui a adressé T_____ le 16 juin 1996, que, « sous le choc, et ne pouvant croire à un geste aussi malhonnête de [s]on associé et ami (...), ce n'est que le 4 octobre 1996 qu'A_____ avait réagi », pour son compte, sous la plume de son avocat.

Il en découle que, faute d'avoir été notifié à temps, le licenciement avec effet immédiat de l'intimé est injustifié.

2.3. Il en découle que c'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a, conformément à l'art. 337c al. 1 CO, octroyé à T_____ la rémunération qu'il aurait gagnée si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé, soit, en l'occurrence, fin janvier 1997.

L'appelante n'ayant pas contesté les calculs effectués à cet égard par les premiers juges, calculs qui, par ailleurs, ont été correctement effectués, il y a également lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Certes, E_____ SA affirme que son ex-employé n'a pas droit au paiement de la moindre commission pour un éventuel apport de clientèle, dans la mesure où celui-ci ne lui avait plus apporté d'affaires depuis la création de K_____ SA.

Toutefois, les premiers juges ont déjà relevé à cet égard que E_____ SA n'avait fourni aucune explication ni pris position quant aux allégations de sa partie adverse relatives aux commissions réclamées et aux tableaux récapitulatifs que l'intéressé avait produits à ce sujet; en particulier, l'appelante n'avait pas formellement contesté l'identité des établissements en cause énumérés dans lesdits tableaux et pas davantage des montants des contrats y relatifs pour les années 1995 et 1996: Le Tribunal relevait, au surplus, que la rémunération perçue par T_____ en janvier 1995, soit fr. 6'240.-, correspondait au montant de fr. 6'000.- que l'on retrouvait sur l'ensemble des fiches de salaire produites au dossier, majoré de fr. 240.-, montant qui se retrouvait également à plusieurs reprises sous forme de commission réclamée par l'intimé, à savoir en avril et novembre 1995, et en mai 1996, tout particulièrement la somme de fr. 240.- pour des contrats passés à quatre reprises pour l'établissement indiqué sous « P_____ » sur le tableau de 1995 et sous « _____P » sur celui de 1996, ce qui démontrait la cohérence des prétentions d'T_____ avec les pièces produites.

Le mémoire d'appel de E_____ SA ne contenant pas la moindre critique de l'argumentation retenue par le Tribunal sur ce point, la décision entreprise ne peut qu'être confirmée à ce sujet.

- 3. 3.1.** L'appelante reproche également au Tribunal de l'avoir déboutée de sa demande en paiement d'un montant de fr. 159'822.- réclamé reconventionnellement à l'intimé au titre de dommages et intérêts pour le préjudice qu'il lui avait fait subir du fait de ses agissements déloyaux à son encontre, montant correspondant à la différence entre les bénéfices qu'elle aurait dû réaliser pour les exercices 1994 à 1996 et les résultats qui avaient été les siens pour ces années-là.

A cet égard, l'appelante affirme que les pertes qu'elle a subies correspondaient aux importants bénéfices réalisés par K_____ SA durant la même période, bénéfices permettant à T_____ «de se servir un salaire de près de fr. 10'000.-» au mois de juillet 1995 déjà. Sur ce point, l'appelante se borne à se référer aux pages 7 et suivantes de sa plainte pénale du 27 novembre 1996 déposée contre l'intimé ainsi qu'aux nombreuses pièces à l'appui de ses allégués figurant au dossier pénal.

L'appelante se plaint également du classement de cette procédure pénale, dont l'instruction n'avait été que partielle alors que les éléments à charge de T_____ - _____ étaient «accablants», puisque ce dernier avait fait l'objet d'une inculpation, le 22 mars 2000, du chef de violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale.

3.2. Conformément à l'article 321e CO, la responsabilité contractuelle du travailleur est régie par les règles générales en matière de réparation du dommage. Ainsi, le travailleur peut être tenu pour responsable lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées (WYLER, Droit du travail, 2002, pp. 101 ss; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, n. 4 ad art. 321e CO; BERENSTEIN, La responsabilité civile du travailleur en droit suisse, p. 12, in REHBINDER, Die Haftung des Arbeitnehmers) :

- l'employeur a subi un dommage;
- le travailleur a violé l'une de ses obligations contractuelles, c'est-à-dire n'a pas exécuté 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 son employeur;
- le travailleur a causé le dommage intentionnellement ou par négligence, la faute étant présumée.

Aux termes de l'article 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. En principe, il doit réparer intégralement ce dommage. Toutefois, en vertu de l'article 321e al. 2 CO, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO; ATF du 21 février 1994, consid. 3a, publié in SJ 1995, p. 777). Le législateur a entendu par là atténuer la responsabilité du travailleur (ATF 110 II 349, consid. 6b; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 19 ad art. 321e CO; BERENSTEIN, op. cit., in Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers, pp. 12 s.; cf. WYLER, op.cit., 2002, pp. 101 ss; AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 3 ad art. 321e CO, p. 1692).

Le fardeau de la preuve de la violation du contrat (du manquement à la diligence due) incombe à l'employeur. Si une telle preuve est apportée, il appartient alors au travailleur d'établir la preuve qu'il n'a commis aucune faute. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si, dérogeant au régime de l'article 97 al. 1^{er} CO, l'article 321e CO met à la charge de l'employeur la preuve de la faute du salarié. Cependant, comme la diligence due se mesure concrètement, l'employeur devant démontrer, en particulier, que les bornes du risque professionnel ont été dépassées, la position du travailleur s'en trouve facilitée (AUBERT, op.cit., § 4 *ad* art. 321e CO, p. 1692; cf. STREIFF/VON KAENEL, op.cit.n. 13 *ad* art. 321e CO; Berenstein, op.cit., p. 15, *in* Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers).

3.3. En l'occurrence, il convient de relever, en premier lieu, que l'inculpation dont a fait l'objet l'intimé l'a uniquement été pour « n'avoir pas clairement et par écrit informé les dirigeants d'O_____ de la création de K_____ en tant que société potentiellement concurrente de E_____ et avoir ainsi pu créer chez certains dirigeants de cette société, auxquels il n'avait pas pu expliquer de vive voix la situation, une confusion dans la mesure où ceux-ci avaient pensé qu'K_____ prenait la succession de E_____ SA" (cf. PP 11377/96, p.546-547, p-v du 22 mars 2000).

Or, l'appelante n'établit pas avoir subi le moindre dommage du fait de cette possible confusion des dirigeants d'O_____.

Au demeurant, il sera relevé que E_____ SA se garde également bien d'indiquer qu'A_____ a été inculpé, lors de cette même audience d'instruction du 22 mars 2000, de faux dans les titres pour avoir "accepté de laisser établir des documents attestant chaque année qu'une assemblée générale de E_____ - _____ était tenue à une date et à une heure précises ainsi qu'en ayant laissé établir un certain nombre de résolutions faisant croire qu'une assemblée générale avait effectivement été tenue, alors que tel n'avait pas été le cas" (cf. PP 11377/96, p.548, p-v du 22 mars 2000).

Par ailleurs, l'appelante n'indique pas, alors que cette charge lui incombait, quelles sont précisément les « nombreuses pièces » figurant au dossier pénal qui fonderaient ses allégués, ni a fortiori, en quoi le contenu desdites pièces étayerait ses dires.

Il n'appartient pas à la Cour de céans de combler ces lacunes.

De surcroît, contrairement à ce que soutient l'appelante, la procédure n'établit pas que l'intimé a développé les activités de J_____ SA, devenue K_____ SA, à son insu et qu'elle n'était pas intéressée au développement de cette société.

En effet, il résulte des lettres des 9 mai, 13 juillet, 22 novembre 1995 adressées à A_____ par l'Etude de notaire Genevois I_____ que l'appelante était au courant des activités de T_____ et qu'il était envisagé

qu'elle y soit associée. Comme les premiers juges l'ont relevé, la confusion n'a, en dépit des enquêtes effectuées, pas pu être levée s'agissant des rôles respectifs exercés par A_____ et T_____ et le dénommé H_____ dans le cadre de la répartition, non moins floue, des diverses activités entre l'appelante, J_____ SA, et B_____ SA.

Ainsi, selon le témoin Q_____, employé de la société R_____ SA en qualité de responsable du service d'entretien de 1987 à 1999, il apparaît que son interlocuteur au sein de K_____ SA était le dénommé H_____, ancien employé de E_____ SA, et non T_____, mais surtout qu'aucun contrat d'entretien conclu avec l'appelante n'avait été rompu au profit de K_____ SA.

Pour sa part, le témoin V_____ responsable de l'entretien des bâtiments de la W_____ et de la X_____, a confirmé que K_____ SA n'avait succédé dans l'exécution d'un contrat d'entretien originellement conclu avec E_____ SA que postérieurement au licenciement de T_____, bien que l'intéressé n'ait pas pu préciser la date exacte de reprise dudit contrat.

4. 4.1. Avec ses écritures d'appel, E_____ SA a produit un chargé complémentaire de six pièces nouvelles desquelles il résulte, notamment, que K_____ SA lui a succédé, avant le licenciement de T_____, dans l'exécution de travaux de nettoyage et de dégraissage de ventilation du restaurant CC_____, à Genève (travaux effectués pour le compte de la société BB_____ SA à Genève), de l'hôtel DD_____, à Sierre ainsi que du Département FF_____ du canton de Vaud.

4.2. Il a toujours été considéré qu'une partie pouvait, dans le cadre d'un appel ordinaire, produire des pièces qu'elle n'avait pas soumises, au premier juge, sans égard au fait qu'à l'époque où la contestation était pendante devant ce dernier, elle détenait ou non ses pièces, la question des dépens demeurant réservée. (Cf. art. 308 al. 2 LPC, applicable par envoi de l'art. 11 LJP; SJ 1931 p. 530, 1946 p. 445). Toutefois, la production en appel de pièces nouvelles impliquant quasi nécessairement l'allégation de faits nouveaux (circonstance de rédaction et de communication de la pièce, véracité des faits qu'elle relate), à défaut d'allégués recevables conduisant à la réouverture des enquêtes devant l'autorité d'appel, cette pièce nouvelle n'a pas une plus grande force probante que si elle avait été produite en première instance après la clôture des enquêtes, de sorte que sa production reste sans portée si le fait qu'elle tend à démontrer aurait dû faire l'objet d'une confirmation ou d'une infirmation par témoignage (BERTOSSA/GAILLARD/GUILLET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, II, ad art. 312 no. 9 et les références citées).

4.3. Or, en l'espèce, force est de constater que seule la pièce 30 (abonnement d'entretien signé le 22 juillet 1996 entre K_____ SA et U_____ à Bâle) du chargé accompagnant le mémoire d'appel de E_____ SA a été soumise aux premiers juges lors de l'audience d'enquêtes du 21 juin 1995 en relation avec l'audition de S_____, directeur de l'établissement précité depuis 1982, document à propos duquel ledit témoin n'a pu fournir aucune explication quant aux circonstances dans lesquelles il avait été établi.

Par ailleurs, les autres pièces, nouvelles, produites par l'appelante - dont les explications fournies à leur propos dans ses écritures ont été contestées par l'intimé - n'ont fait l'objet d'aucune confirmation par témoignage relativement aux circonstances de leur établissement, de sorte, qu'elles sont dénuées de toute force probante.

En effet, comme cela a été le cas pour la société O_____ SA, qui a déclaré avoir été abusée par T_____, ce qui a du reste valu à ce dernier d'être inculqué sur ce seul point dans le cadre de la procédure pénale initiée à son encontre par E_____ SA, il incombait à l'appelante d'établir que les contrats repris par K_____ SA l'avaient été par des actes de concurrence déloyale commis personnellement par l'intimé à son endroit. Or, cette preuve n'a pas été apportée et on ne saurait déduire de la seule reprise de contrats de E_____ SA par K_____ SA la commission à cette fin par l'intimé de tels actes de concurrence déloyale.

4.4. Il découle ainsi de ce qui précède que l'appelante n'a, en appel, pas davantage qu'en première instance, établi à satisfaction de droit l'existence d'un dommage de fr. 159'822.- résultant de violations intentionnelles ou par négligence des obligations contractuelles de l'intimé à son égard.

5. Le jugement entrepris sera, dès lors, intégralement confirmé.
6. En tant qu'elle succombe dans son appel, E_____ SA supportera les indemnités payées aux témoins (fr. 250.- en tout) ainsi que l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée (art. 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du 6 septembre 2005, notifié le lendemain, rendu par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/30874/1997 - 4.

Au fond :

- Le rejette et confirme le jugement entrepris.
- Condamne E_____ SA à payer aux Services financiers du Palais de justice la somme de fr. 250.- au titre de remboursement des indemnités versées aux témoins.
- Laisse à la charge de E_____ SA l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président