



E____

Dom élu : Me Matteo PEDRAZZINI
Rue du Rhône 100
Case postale 3403
1211 Genève 3

T1____

Dom. élu : Me Mauro POGGIA
Rue de Beaumont 11
1206 Genève

**Partie appelante sur appel principal
et partie intimée sur appel incident**

**Partie intimée sur appel principal et
partie appelante sur appel incident**

T2____

Dom. élu : Me Mauro POGGIA
Rue de Beaumont 11
1206 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 14 juin 2007

M. Louis PEILA, président

Mme Monique FORNI et M. Charles DORMOND, juges employeurs

MM. Michel DEDERDING et Jean-Daniel URFER, juges salariés

Mme Nathalie ARTUR, greffière d'audience

EN FAIT

- A. a)** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 4 mars 2005, E___ (ci-après: E___) a conjointement et solidairement assigné T1___ et T2___ (ci-après: T2___) en paiement de 1'389'016.- fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 14 décembre 2000. Elle a également sollicité du Tribunal qu'il ordonne la mainlevée de l'opposition formée par T2___ au dernier commandement de payer, poursuite n° 04 245 247, à concurrence dudit montant.

Dans ses écritures, E___ a allégué que le montant réclamé correspondait à la marge bénéficiaire dégagée par T2___ et T1___ sur la somme totale qui lui avait été facturée entre août 1999 et décembre 2000, à savoir 3'472'541.- fr., soit les 40% de celle-ci.

A l'appui de ses conclusions, E___ a allégué que T1___ avait violé son contrat de travail et le Code d'éthique de la société, en taisant son implication dans T2___ et en lui faisant octroyer des mandats à hauteur de plusieurs millions. Par ses agissements, il avait violé son devoir de fidélité envers son employeur, ainsi que les dispositions légales en matière de gestion d'affaires et de remise de gain. E___ l'avait ainsi rémunéré pour une prestation contraire à ses devoirs légaux et contractuels, l'enrichissant sans cause du montant de la surfacturation, soit 1'389'016.- fr., et s'appauvrissant d'autant.

b) Dans leur mémoire de réponse parvenu au greffe le 3 mai 2005, T1___ et T2___ ont conclu à l'irrecevabilité de la demande de E___, subsidiairement à son rejet intégral. Ils ont fait valoir que la Juridiction des prud'hommes n'était pas compétente pour statuer sur les prétentions dirigées par E___ contre T2___, les deux sociétés n'étant pas liées par un contrat de travail, ni pour examiner le grief de E___ fondé sur la gestion d'affaires. Quant au fond, il a allégué qu'en proposant les services de T2___ à E___, il n'avait fait que servir les intérêts de son employeur qui, sans cet appui professionnel, n'aurait pas été à même de mener à terme les projets décidés par la direction. E___ n'avait donc subi aucun préjudice, ce d'autant plus que les honoraires journaliers facturés par T2___ étaient conformes au prix du marché.

Par ailleurs, T1___ a pris des conclusions reconventionnelles, demandant la condamnation de E___ à la délivrance d'un certificat de travail, ainsi qu'au paiement de 527'580.15 fr., ladite somme se décomposant comme suit:

- - fr. 57'536.15 brut, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 juin 2001, à titre de solde de salaire, treizième salaire et vacances;
- fr. 70'044.- net, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 3 avril 2001, à titre d'indemnité pour résiliation abusive du contrat;
- fr. 350'000.- net, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 2 mai 2005, à titre de dommages et intérêts ;

- fr. 50'000.- net, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 2 mai 2005, à titre d'indemnité pour tort moral.

Il a estimé que son licenciement immédiat du 3 avril 2001 était injustifié, d'autant plus qu'il avait voulu démissionner quelques mois auparavant et que son employeur l'avait convaincu d'y renoncer. Pour cette raison, il a réclamé une indemnité pour licenciement abusif, ainsi que son salaire jusqu'à la fin du délai de congé, et une indemnité pour vacances non prises. Quant aux dommages et intérêts réclamés, ils correspondaient à la perte de gain imputable selon lui à l'absence de certificat de travail, à l'acharnement procédurier de E___ et aux informations négatives données à son sujet par cette dernière pour dissuader de potentiels employeurs, de sorte qu'elle était seule responsable de l'échec de ses recherches d'emploi depuis 4 ans.

c) Par mémoire réponse du 6 juin 2005, E___ a persisté dans ses conclusions principales dirigées contre T1___ et T2___, relevant que la Juridiction des prud'hommes était compétente pour examiner des prétentions connexes à celles découlant d'un contrat de travail. Elle a également souligné que T1___ ne pouvait légitimement contester avoir bénéficié d'une marge d'au moins 40%, laquelle ressortait de ses propres déclarations par-devant le juge d'instruction ainsi que des relevés du compte bancaire de T2___ versés à la procédure.

Pour le surplus, E___ a conclu au déboutement de T1___ de l'intégralité de ses prétentions sur demande reconventionnelle. Elle a fait valoir en ce sens que le licenciement immédiat de son employé suite à son inculpation était fondé sur de justes motifs. Elle a en outre contesté être à l'origine des difficultés rencontrées par T1___ dans sa recherche d'un nouvel emploi, précisant n'avoir jamais déposé plainte à son encontre, de sorte qu'aucun dommage ni tort moral ne lui étaient imputables. Elle a toutefois admis rester lui devoir la somme de 17'482.- fr., mais excipé compensation avec les montants réclamés dans sa demande.

d) Par mémoire après enquêtes du 13 avril 2006, E___ a amplifié sa demande, concluant à ce que T1___ et T2___ soient solidairement et conjointement condamnés à lui payer la somme de 2'497'964.65 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 14 décembre 2000. Ce montant correspondait au bénéfice réalisé par T1___, calculé sur la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par T2___ (3'413'846.25 fr.) et les charges (salaires, loyer, frais administratifs et de fonctionnement, mandataires externes, etc) estimées de la société (1'201'563.50 fr.) d'après l'examen des relevés du compte bancaire. Elle a également renouvelé sa demande de mainlevée de l'opposition au commandement de payer formée par T2___ le 15 novembre 2004. Elle a enfin conclu au déboutement de T1___ pour l'ensemble de ses prétentions reconventionnelles. S'agissant plus particulièrement du certificat de travail, elle a confirmé lui en avoir adressé un, limité à la nature et à la durée des rapports de travail, et avoir proposé à T1___ de rédiger lui-même un projet de certificat complet.

e) Dans ses écritures du 18 mai 2006, T1___ a persisté dans ses conclusions en déboutement de E___ de toutes ses conclusions principales et a confirmé la teneur de sa demande reconventionnelle. Il a notamment sollicité la remise d'un certificat de travail en bonne et due forme.

- B.** Par jugement du 3 novembre 2006, notifié le 7 du même mois, le Tribunal des prud'hommes a jugé la demande de E___ irrecevable en tant qu'elle visait T2___, du fait qu'elle n'était pas liée à E___ par un contrat de travail. Quant au fond, il a condamné E___ à payer à T1___ la somme brute de 17'482.- fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 juin 2001, et à lui faire parvenir dans les 15 jours un certificat détaillé portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.

Le Tribunal a considéré, en substance, que T1___ avait certes gravement violé ses obligations contractuelles, en taisant à son employeur ses intérêts au sein de T2___, à laquelle E___ avait adjugé des mandats de fourniture de services informatiques, mais que ce manquement n'avait causé aucun dommage à E___ . Il a relevé en ce sens que le bénéfice dégagé par les mandats confiés à T2___ ne constituait pas une diminution involontaire du patrimoine de E___, dès lors que cette dernière avait sciemment recouru à des prestataires externes et que les services facturés par T2___ l'avaient été en conformité avec les prix du marché. Pour ces motifs, il a estimé que les conditions d'une responsabilité contractuelle du travailleur au sens de l'art. 321e CO n'étaient pas réunies.

S'agissant des prétentions reconventionnelles élevées par T1___, le Tribunal a estimé que les conditions d'une résiliation immédiate pour justes motifs étaient réunies, lorsque E___ avait pris connaissance des rapports étroits entre T1___ et T2___ . Il l'a ainsi débouté de ses conclusions tendant au paiement de son salaire pendant le délai ordinaire de congé et d'une indemnité pour licenciement immédiat non justifié. Il a également rejeté sa demande d'une indemnité de 350'000.- fr. à titre de dommages-intérêts, et de 50'000.- fr. à titre de tort moral. En revanche, il a constaté que les 17'482.- fr. réclamés par T1___, se basant sur un décompte final de salaire, lui restaient dus et ne pouvaient être compensés, puisque E___ avait été déboutée de ses conclusions principales. Enfin, il a estimé que T1___ avait un droit, fondé sur l'art. 330a CO, à obtenir un certificat de travail complet, et que celui que E___ lui avait délivré le 23 juin 2005 ne répondait manifestement pas à cette exigence, de sorte qu'il se justifiait de condamner cette dernière à fournir un nouveau certificat détaillé.

- C.** a) Par acte déposé le 8 décembre 2006, E___ a fait appel de ce jugement. Elle a notamment fait grief au Tribunal d'avoir déclaré irrecevable ses conclusions dirigées contre T2___, ce qui allait selon elle clairement à l'encontre du principe de l'attraction de compétence en faveur de la juridiction compétente et qui revenait

à donner raison au stratagème élaboré par T1___ de recourir à une société écran afin de dissimuler ses agissements déloyaux.

Quant au fond, elle a considéré particulièrement choquante la décision du Tribunal, car elle revenait à valider le comportement clairement illicite d'un employé qui lui avait permis de tirer un profit de plusieurs millions de francs au détriment de son employeur. Reprenant pour l'essentiel son argumentation développée en première instance, elle a conclu à la réforme du jugement, afin que T1___ et T2___ soient conjointement et solidairement condamnés à lui payer la somme de 2'497'964.65 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 14 septembre 2000, et que le montant de 17'482 fr. dû par E___ soit éteint par compensation. Elle a également demandé à la Cour de donner acte à E___ de ce qu'elle avait établi le certificat de travail détaillé tel qu'ordonné par le Tribunal. Concernant les autres prétentions reconventionnelles de T1___, elle a conclu à leur rejet, avec suite de frais et dépens.

Elle a en outre sollicité la réouverture des enquêtes, afin que soient entendus C___ et A___, respectivement administrateur et comptable de T2___ au moment des faits, ainsi que B___ et D___, chefs de projet au sein de E___.

b) Par acte déposé le 6 février 2007, T1___ a conclu à l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre T2___ et au déboutement de la E___ de l'ensemble de ses prétentions à son encontre. Sur appel incident et reprenant pour l'essentiel son argumentation de première instance, il a réclamé la condamnation de E___ à lui fournir un certificat détaillé ainsi qu'à lui verser la somme de 552'062.15 fr.

Invité à verser un émolument de 8'800 fr. à titre de frais d'introduction, T1___ ne s'est pas exécuté dans le délai imparti.

D. Les faits suivants résultent de la procédure:

a) E___ est une société anonyme dont le siège est à Genève et dont le but social est la fourniture de services, notamment d'activités de surveillance de la quantité, la qualité et la conformité de tous produits bruts et de tous objets semi-manufacturés et manufacturés ainsi que de toutes machines et ensembles industriels.

b) Par contrat écrit du 21 mars 1997, T1___ a été engagé par E___ en qualité de chef de projet à la division Informatique et Télécommunication (IT) à compter du 1^{er} juin 1997, pour un salaire annuel de fr. 120'000.-, versé en treize mensualités. Son dernier salaire annuel brut s'est élevé à fr. 140'088.-.

Ledit contrat stipulait que, pendant sa durée, le collaborateur s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son

activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit de son chef hiérarchique ou du chef de la division des ressources humaines.

Par ailleurs, le 25 octobre 1999, T1___ a confirmé par écrit avoir reçu, lu et compris le Code d'éthique élaboré en août 1999 par E___ et s'est engagé à le respecter. Ce code mentionnait notamment sous la rubrique « Conflits d'intérêts » que "tout salarié s'interdira d'acquiescer, directement ou par l'intermédiaire de parents, d'amis ou d'intermédiaires, une participation chez un fournisseur, un client ou un concurrent d'une société du Groupe [...] ; aucun salarié n'acceptera une nomination en qualité d'administrateur, de directeur ou de cadre ou un poste similaire au sein d'un organisme extérieur au Groupe sans y avoir été autorisé au préalable ; tout salarié s'interdira d'effectuer une quelconque opération concernant la Société avec un membre de sa famille ou avec un particulier ou un organisme auquel lui-même ou sa famille est lié de quelque manière que ce soit". Il prévoyait également que "l'employé qui posséderait des intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent à la date d'entrée en vigueur de ce Code ou qui acquerrait involontairement de tels intérêts (...) sera tenu d'en faire la déclaration au Directeur chargé de la Conformité".

c) T1___ était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés, avec les moyens humains nécessaires dans le cadre de l'enveloppe budgétaire qui était fixée par la direction. Au moment de son engagement, une dizaine de collaborateurs ont été mis à sa disposition. Il avait pour chef direct F___.

S'agissant des ressources humaines, il ne pouvait que proposer et sélectionner le prestataire avec lequel il souhaitait travailler, mais non décider l'adjudication de mandats en faveur d'une entreprise externe. Cette décision revenait à la direction du département concerné, alors que ses supérieurs du département informatique étaient chargés de l'engagement.

La facturation des prestations externes était soumise à plusieurs niveaux de vérification, étant observé que T1___ n'avait pas le pouvoir d'engager financièrement E___. Il lui revenait essentiellement, en tant que chef de projet, de s'assurer que la facture correspondait aux prestations fournies. Il la transmettait ensuite à son supérieur, F___ ou quelqu'un d'autre, qui la signait dans les limites de sa compétence, après avoir vérifié que les délais et le budget avaient été respectés. Finalement, la facture était envoyée au service financier, pour contrôle ultime et règlement.

d) E___ a toujours recouru à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques. Une telle solution s'imposait chaque fois qu'il y avait des besoins ponctuels pour lesquels les ressources internes étaient insuffisantes, mais qui n'exigeaient pas non plus d'engager des employés durablement. Cela était fréquent chez E___, dont le département IT avait subi de nombreuses restructurations. Le recours à des sous-traitants était particulièrement à la mode au tournant de l'an 2000, et a perduré jusqu'en 2004.

e) De septembre 1999 à fin décembre 2000, E___ a notamment mandaté T2___ pour la réalisation de projets informatiques.

e.a) T2___ est une société anonyme dont le siège est à Carouge (GE) et dont le but social est notamment la fourniture de services et de conseils dans le domaine informatique.

T1___ a repris cette société en 1999, alors qu'elle ne déployait pas d'activité économique. Il en était, et en est toujours, le seul actionnaire. Actuellement, c'est son épouse, A___, qui en est l'administratrice unique. Au moment des faits, C___ occupait cette fonction, en tant qu' administrateur de "paille" pour T1___, alors que son épouse s'occupait de la comptabilité.

T1___ a admis avoir acheté et réactivé cette société dans le cadre des projets que E___ lui avait confiés. Il allègue qu'entre 1997 et 1999, E___ l'avait manipulé en lui retirant progressivement tous ses collaborateurs, de sorte que la seule manière de faire avancer ses projets était de faire intervenir T2___.

e.b) E___ a été l'unique cliente de T2___.

Tout en admettant avoir repris cette société dans le but qu'elle se fasse octroyer des mandats par E___, T1___ soutient néanmoins qu'il s'agissait également de disposer, à terme, d'une structure dans laquelle s'intégrer s'il devait quitter E___, de sorte que la durée de vie de T2___ n'était pas liée à celle de sa collaboration avec E___.

e.c) T1___ n'a jamais informé E___ de ses intérêts dans T2___, contrairement aux obligations découlant de son contrat de travail et du Code d'éthique.

Celui-ci explique son silence par le fait qu'il n'avait pas confiance en sa hiérarchie, convaincu qu'elle le manipulait, et qu'il jugeait ce procédé indispensable pour remplir son cahier des charges.

e.d) T2___ disposait de locaux propres. Elle avait six collaborateurs en 1999, et une petite dizaine en 2000. T1___ a recherché ces informaticiens sur le marché, les a interviewés et appréciés lui-même. Ils avaient généralement une formation universitaire; plusieurs étaient polytechniciens. Leur formation comptait toutefois moins que leur compétence.

Ils étaient liés à T2___ par un contrat de travail, dans laquelle figurait une "clause de non concurrence" de trois ans qui leur interdisait d'entrer au service d'un client de la société sans son autorisation expresse. Une telle clause était courante à l'époque, compte tenu de la pénurie d'informaticiens de pointe.

Il ressort des pièces et des enquêtes que leur salaire mensuel variait entre 5'700.- et 6'200.- fr., auquel s'ajoutait une indemnité de 800.- fr. pour la clause de non-concurrence.

Ils ont généralement quitté T2___ après avoir trouvé des conditions, notamment salariales, meilleures ailleurs.

e.e) Pour l'ensemble des mandats, T2___ a facturé à E___ un montant total de 3'472'541.- fr. , soit 551'529.- fr. en 1999 et 2'876'014.- fr. en 2000.

T2___ a facturé ses prestations chaque début de mois, entre le 2 septembre 1999 et le 1^{er} décembre 2000, étant précisé qu'il y eut 16 factures en 1999 et 98 en 2000.

E___ s'en acquittait sur le compte UBS de T2___, à partir duquel les salaires étaient versés aux employés.

T2___ a facturé 1'350.- fr. par jour, à l'exclusion de quelques rares cas où le tarif s'est élevé à 1'250.- fr.

Dans un premier temps, soit dans le cadre de la procédure pénale (cf. ad **f.** intra), T1___ avait indiqué que la marge nette sur le montant facturé à E___ devait s'élever approximativement à 40%, ce qui représente un montant de 1'389'016 fr.. Toutefois, devant la Juridiction des prud'hommes, il a affirmé que cette appréciation était purement subjective, et que le bénéfice dégagé par T2___ n'était pas déterminable, la comptabilité n'ayant jamais pu être bouclée, du fait de sa saisie. Il a également souligné n'avoir reçu à ce jour aucun dividende de T2___, et que, si tel était le cas, l'impôt anticipé de 35% devrait encore être déduit.

e.f) Au moment des faits, aucune contestation n'a été émise quant aux prestations de T2___ ou ses factures. Au contraire même, il ressort des pièces, et notamment des e-mails reçus par T1___, que ce dernier a été très fréquemment félicité pour la réalisation de ses projets informatiques.

f) Le 14 décembre 2000, E___ a diligenté une plainte pénale à l'encontre de F___, supérieur de T1___, lequel a été inculpé de gestion déloyale et placé sous mandat d'arrêt le 29 mars 2001.

E___ a également agi contre T1___. Dans le cadre de cette procédure, qui est toujours pendante, le juge d'instruction l'a inculpé de gestion déloyale aggravée en mars 2001, puis d'escroquerie, le 9 mars 2006.

g) Le 17 mars 2001, E___ a informé T1___ que son bonus, basé sur la performance, avait été évalué à 85%, en fonction des projets dont il s'était occupé

dans le courant de l'année 2000, à savoir "X___", "Y___", ainsi que les projets avec les gouvernements du Pérou et des Philippines.

h) Le 3 avril 2001, E___ a résilié le contrat de travail de T1___ avec effet immédiat, en raison de son inculpation susvisée.

Le même jour, E___ a établi un décompte final de salaire, duquel il ressort un solde impayé de 17'482.- fr., à titre de solde de salaire, treizième salaire et solde de vacances.

Par lettre du 25 avril 2001, T1___ a contesté le bien-fondé de son licenciement avec effet immédiat, expliquant que son activité au sein de E___ avait été génératrice de profits, à l'exclusion de tout préjudice.

i) Par déclaration du 26 novembre 2001, T1___ a renoncé à se prévaloir de la prescription pour toutes les prétentions que E___ pourrait invoquer à son encontre.

j) Par réquisitions de poursuite des 6 février 2002, 14 février 2003, 15 janvier et 29 septembre 2004, E___ a fait valoir une créance en dommages et intérêts envers T2___ pour un montant de 3'472'541.- fr. plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 14 décembre 2000.

T2___ a fait opposition à tous les commandements de payer qui lui ont été notifiés, la dernière fois en date du 15 novembre 2004.

k) Il ressort encore ceci des enquêtes:

G___, responsable du centre informatique à la E___, a indiqué qu'à l'approche de l'an 2000, il régnait une pénurie d'informaticiens, mais qu'il n'avait pas jugé nécessaire d'engager du personnel permanent, du fait que les besoins accrus n'allaient pas perdurer.

H___, directeur financier, administrateur de E___ depuis 1997, s'est montré choqué que T1___ n'ait pas informé sa hiérarchie de ses liens avec T2___. Selon lui, le cas Z___, détenu par l'administrateur I___, était différent car cela était fait en toute transparence.

J___, responsable de la division informatique du groupe E___ au niveau international jusqu'en 1998, a indiqué qu'à son époque, les budgets informatiques, totalisant, au niveau international 50 millions, dont 20 ou 30 pour les projets, avaient toujours été respectés. Elle n'avait personnellement pas eu l'occasion de se rendre directement compte des capacités professionnelles de T1___, mais n'avait rien entendu de négatif à son sujet.

K___, employé de E___ de 1998 à 2000, avait la responsabilité du projet "W___",

sur lequel 60% des intervenants étaient des externes. Il a affirmé que le travail de T1___ ne l'avait pas satisfait, et qu'il l'avait de ce fait évincé du projet.

L___ était, au moment des faits, directeur du secteur des produits agricoles. Pour son département, T1___ avait été chef des projets "V___" et "U___". Il a indiqué que T1___ ne lui avait globalement pas donné satisfaction. En particulier, il avait le sentiment qu'il ne gérait pas la dépense et lui présentait des factures mensuelles pour un nombre d'heures, dont il n'était pas possible de vérifier si elles correspondaient à l'avancée réelle du projet. T1___ l'avait chaque fois rassuré que l'avancement concret était conforme aux prévisions, ce qui finalement n'avait pas été le cas.

M___, responsable du département IT de 1999 à 2002, a indiqué qu'à son arrivée, ce département était organisé de manière complexe et manquait de transparence. C'est pour cette raison qu'elle avait commandé un audit. S'agissant des projets dans lesquels T2___ était impliquée (V___, U___, S___, etc), ils étaient délivrés tardivement et faisaient l'objet de plainte des clients (usagers internes de E___). Après le licenciement de T1___, et dans la mesure où E___ ne voulait plus travailler avec T2___, de nouveaux directeurs de projet et quelques externes avaient été engagés pour corriger les projets en cours.

Selon N___, employé de la E___ de 1996 à 2000 en tant que responsable de la sécurité des systèmes d'information du groupe au niveau mondial, les compétences techniques de T1___ étaient tout à fait adaptées à son poste et reconnues. Les projets dont il était chargé fonctionnaient. De manière générale, il était toutefois rare que les projets informatiques soient livrés à temps et dans les budgets initialement prévus.

O___, responsable informatique pour la division des affaires gouvernementales jusqu'en 1999, a affirmé qu'en 1999 particulièrement, les ressources étaient difficiles à trouver, de sorte qu'il fallait se contenter des informaticiens disponibles sur le marché pour l'aboutissement des projets, sans égard au coût. Selon ses souvenirs, T1___ donnait pleinement satisfaction.

EN DROIT

1. **1.1.** L'appel principal a été interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP).
- 1.2.** Conformément à l'art. 50 al. 2 LJP, le Tribunal examine d'office s'il est compétent à raison de la matière.

L'art. 1^{er} al. 1^{er} a LJP prévoit que sont jugées par ladite juridiction les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports

découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations (ci-après CO).

Il en découle a contrario que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur le litige opposant l'appelante à T2___, étant donné que les deux parties n'ont jamais été liées par un contrat de travail, mais uniquement par des mandats.

L'appel principal est par conséquent irrecevable en tant qu'il vise T2___.

1.3. A défaut de paiement de l'émolument d'introduction dans le délai imparti, l'appel incident doit être déclaré irrecevable.

- 2.** La Cour n'a pas donné suite à la requête de l'appelante visant la réouverture des enquêtes afin que soient entendus C___ au sujet des liens entre l'intimé et sa société, A___ au sujet de la comptabilité de T2___, ainsi que deux chefs de service de l'appelante, B___ et D___.

2.1. En règle générale, l'appréciation des preuves n'intervient qu'à l'épuisement des moyens disponibles pour découvrir la vérité. Il est toutefois admis que le juge procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires (CAPH du 20 janvier 1999 en la cause C/16401/1998-3 ; CAPH du 21 juin 1999 en la cause C/13075/1998-12). Bien que reconnue (ATF 114 II 289 = JdT 1989 I, p. 86 ; ATF 109 II 31 = JdT 1983 I, p. 264 et les références citées), cette faculté doit être utilisée avec prudence et réserve (Bertossa/Gaillard/Guyet/ Schmidt, Commentaire de la Loi de procédure civile, n. 3 *ad art.* 196).

Une offre de preuve, c'est-à-dire la requête en vue de faire administrer une preuve ou un des moyens admis par la loi ne peut donc être écartée que si les faits allégués ne sont pas pertinents ou pas suffisamment circonstanciés (ATF 105 II 144 ; ATF 98 II 117), si la preuve requise est interdite par la loi cantonale ou fédérale, lorsque le moyen de preuve invoqué n'est pas propre à former la conviction du juge (ATF 82 II 495 = JdT 1957 I, p. 301), ou encore si le moyen de preuve requis n'est pas de nature à modifier la conviction du juge fondée sur d'autres éléments déjà acquis à la procédure (ATF 109 II 31).

2.2. En l'espèce, la Cour a relevé que C___ avait déjà été longuement entendu dans le cadre de la procédure pénale, et que A___, épouse de l'intimé, ne pouvait être entendue qu'à titre de renseignement, tout comme B___ et D___; de surcroît, elle a estimé que l'instruction faite en première instance était suffisamment exhaustive pour lui permettre de former sa conviction. Pour ces motifs, elle a considéré que la réouverture des enquêtes était superflue, et devait être refusée.

3. L'appelante réclame 2'497'964 fr. 65 à l'intimé, soit le bénéfice qu'il aurait réalisé en utilisant T2___. Ce montant correspond à la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par cette dernière (3'413'846 fr. 25) et ses charges (salaires, loyer, frais administratifs et de fonctionnement, mandataires externes, etc.), estimées à 1'201'563.50 fr. d'après l'examen des relevés bancaires.

3.1.1. L'appelante fonde sa prétention sur l'art. 321b al. 1 CO, selon lequel "le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu". Cette double obligation de reddition de comptes et de restitution est une application du devoir de fidélité (Duc/Subilia, n. 1 ad art. 321b CO, p. 117; Rehbinder, Basler-kommentar, n. 1et 2 ad. 321b CO, pp. 137ss.; Wylér, Droit du travail, p. 117). L'employé qui viole sciemment son obligation de restitution est passible d'un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO (Wylér, *op. cit.*, p. 117).

3.1.2. En l'espèce, force est de constater que les sommes qu'aurait perçues l'intimé en raison des mandats confiés à T2___, ne sont pas le fruit de son activité professionnelle au sein de l'appelante, mais le bénéfice tiré des activités de sa propre société. Il est dès lors malvenu de la part de l'appelante d'invoquer un tel fondement pour appuyer sa prétention en réparation du dommage qu'elle aurait subi du fait des agissements de l'intimé, ce d'autant plus qu'il n'était déjà plus son employé au moment où elle a formulé sa demande. La disposition appropriée pour fonder une telle réclamation est l'art. 321e CO, qui reprend le principe général de l'art. 97 CO.

3.2.1 Conformément à l'art. 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 (Wylér, *op. cit.*, 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, lequel se définit comme la diminution involontaire du patrimoine net, pouvant présenter la forme d'une diminution ou d'une non-augmentation de l'actif, d'une augmentation ou d'une non-diminution du passif, même seulement prévisible, soit la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait été sans l'événement préjudiciable (ATF 90 II 417; 129 III 18);
- 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.

Il est à préciser que, parmi les obligations contractuelles du travailleur, le devoir de fidélité lui impose de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1^{er} CO). Il doit en conséquence s'abstenir de tout ce qui pourrait lui nuire (ATF 117 II 560, consid. 3a) et, en particulier, de toute entreprise propre à lui causer un dommage économique. Ce devoir de fidélité n'est cependant pas illimité, et cède le pas devant les intérêts personnels légitimes du travailleur au développement libre de sa personnalité, notamment son intérêt à une activité différente. À noter que les parties peuvent étendre ou limiter par convention les obligations découlant du devoir de fidélité, l'art. 321a al. 1^{er} CO constituant du droit dispositif (ATF du 12 décembre 1995 en la cause 4C.216/1995; ATF 117 II 72 consid. 4a).

3.2.2. Chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC, 186 LPC).

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; 127 III 519 consid. 2a p. 522). On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 114 II consid. 2a; 130 III 591 consid. 5.4 p. 601 s. et l'arrêt cité).

Cette répartition du fardeau de la preuve ne réglemente toutefois pas l'appréciation des preuves, qui relève de l'intime conviction du juge, auquel l'art. 8 CC n'interdit pas, lorsque les moyens de preuve ordinaires font défaut, de procéder par indices ou de se fonder sur une très grande vraisemblance (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit., n. 1 ad art. 186 LPC et les références citées; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 1978, p. 123 no 3), ou encore sur l'expérience générale de la vie et du cours ordinaire des choses, sorte de présomption naturelle facilitant l'apport de la preuve (ATF 117 II 256 consid. 2b et les références).

3.2.3. En l'espèce, s'agissant de la violation du devoir de fidélité alléguée par l'appelante concernant son ancien employé, la Cour remarque que, le 19 octobre 1999, alors même que l'appelante avait déjà confié plusieurs mandats à T2___, l'intimé a lu et signé sans aucune réserve ni mention le Code éthique de E___, qui prévoyait pourtant que l'employé possédant des intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent devait en faire la déclaration au Directeur chargé de la Conformité et interdisait à tout salarié d'acquérir une participation chez un fournisseur ou un client d'une société du Groupe. L'intimé a par ailleurs admis avoir délibérément caché à l'appelante que T2___ lui appartenait. Dans ces conditions, il est indubitable que l'intimé a violé non seulement le Code d'éthique de l'appelante, mais également son devoir de fidélité envers son employeur.

A cet égard, il faut souligner que l'argument de l'intimé, selon lequel d'autres employés ou cadres de E___ étaient impliqués dans des sociétés entretenant des relations commerciales avec leur employeur sans être inquiétés n'est pas pertinent, puisque, ce qui est reproché à l'intimé est d'avoir délibérément tu ses liens avec T2___, et de n'avoir pas agi en toute transparence.

3.2.4. L'appelante allègue donc avoir subi un dommage qui correspondrait au bénéfice réalisé par l'intimé, via T2___, suite aux différents mandats confiés par l'appelante à cette dernière, d'après un décompte effectué à partir des pièces versées au dossier.

Il convient de relever, à titre liminaire, que l'appelante s'appuie à tort sur le bénéfice putatif dégagé par T2___ pour calculer son dommage, alors qu'à ce sujet, la seule question pertinente est la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qui aurait été le sien sans l'événement préjudiciable. Ainsi, pour déterminer si l'appelante a bien subi un dommage, comme elle le prétend, il faut essentiellement analyser l'influence qu'a eue la violation du devoir de fidélité de l'intimé sur le seul patrimoine de l'appelante.

Or, à cet égard, force est de constater que l'appelante n'a pas apporté la preuve de son dommage. En premier lieu, elle n'a pas démontré, ni même d'ailleurs sérieusement allégué, que T2___ avait effectivement surfacturé ses prestations. Dans tous les cas, la Cour constate que les factures établies font état d'un tarif journalier maximal de 1'350.- fr. Ces chiffres rentrent incontestablement dans la moyenne des estimations tarifaires qui résultent des enquêtes, bien qu'il faille préciser que ces dernières ont été très différentes selon les témoignages. Toutefois, il y a lieu de préciser que l'intégralité des mandats ont été confiés à T2___ en 1999 et 2000, soit à l'époque du bug, lorsque la demande d'informaticiens était excédentaire et faisait grimper les tarifs des consultants.

En outre, les prestations et, a fortiori, les factures de T2___ se sont étalées sur plus d'un an, et ont été soumises à plusieurs niveaux de contrôle au sein de l'appelante, comprenant, en dernier ressort, le service juridique et/ou financier, auquel l'intimé n'appartient pas. Cela étant, il semble difficile de venir soutenir, plusieurs années après les faits, que les prestations étaient surfacturées ou superflues, toutes exagérations qui auraient constamment échappé à la vigilance desdits services, au travers de 114 factures.

A ce sujet d'ailleurs, il n'est pas contesté par les parties que les divers travaux mandatés à T2___ entre 1999 et 2000 ont toujours été nécessaires et effectivement réalisés. Il apparaît par ailleurs que les informaticiens de T2___ sont intervenus uniquement pour mener à bien les projets de l'appelante. De surcroît, l'intimé n'avait pas le pouvoir d'engager lui-même l'appelante, que ce soit pour les aspects financiers ou en termes de ressources humaines. Il devait donc obtenir l'accord de sa hiérarchie, pour que des moyens humains supplémentaires soient mis à disposition; il était également tenu de respecter l'enveloppe budgétaire destinée à

chaque projet. En d'autres termes, même si l'intimé pouvait présélectionner l'entité avec laquelle il préférerait travailler, la décision de mandater T2___ a été à chaque fois prise conjointement par la direction du service informatique et celle du département concerné.

Par ailleurs, il ne ressort d'aucune pièce du dossier que la qualité des prestations fournies par T2___ ait fait l'objet de contestation au moment des faits. Au contraire même, les e-mails reçus par l'intimé démontrent que ce dernier et son équipe étaient fréquemment félicités pour les projets informatiques qu'ils avaient réalisés. Il faut également souligner que, suite à son évaluation pour l'année 2000, sa performance a été fixée à 85%, ce qui représente indubitablement un excellent résultat. Au demeurant, vu le nombre de factures qui se sont échelonnées entre 1999 et 2000, on peut imaginer que, si les prestations de l'intimé et/ou de T2___ avaient été jugées médiocres ou s'étaient péjorées au fil des mandats, l'appelante n'aurait pas manqué de le souligner, en licenciant l'intimé et/ou en se tournant vers d'autres prestataires de service.

L'argumentation de l'appelante, tendant à faire accroire que sa connaissance des liens entre l'intimé et T2___ l'aurait amenée à engager directement les informaticiens dont elle avait besoin, ne peut être retenue. En effet, on ne voit pas en quoi les mandats qui ont été délibérément confiés à T2___ ont empêché d'une quelconque manière l'appelante de décider d'augmenter ses effectifs internes. Par ailleurs, il ne ressort du dossier aucun élément permettant de supposer que l'intimé ait fait en sorte que l'appelante renonce à engager des employés permanents, afin de favoriser sa propre société. Ainsi, G___, responsable du centre informatique à la E___, a déclaré que, de 1998 à 2000, il ne voulait pas engager de personnel supplémentaire, du fait que les besoins accrus en ressources humaines n'allaient pas perdurer. En outre, il faut relever que l'intimé n'avait pas la qualité pour engager des employés. Quoiqu'il en soit, l'intimé ne saurait se voir imputer le fait que l'appelante n'ait, de son propre aveu, pas sainement géré ses ressources humaines.

Par conséquent, et comme l'a souligné le Tribunal, l'appelante n'a pas apporté la preuve de son dommage, soit une diminution involontaire de son patrimoine net ; en effet, on ne saurait affirmer que son patrimoine aurait été supérieur sans l'événement préjudiciable allégué, dès lors que les prestations étaient délibérément mandatées à T2___ et que le prix des services facturés était accepté par l'appelante comme conforme à celui du marché.

Au contraire même, il apparaît que l'intimé a plutôt rendu service à l'appelante, en recherchant lui-même et en fournissant le personnel adéquatement qualifié pour des projets sensibles. Selon les propres assertions de l'intimé, ce procédé était essentiel pour remplir son cahier des charges.

En l'absence de dommage, l'une des conditions cumulatives énoncées à l'art. 321e CO n'est pas remplie, de sorte que l'appelante ne peut obtenir gain de cause sur ce fondement.

3.3. L'appelante fonde également ses prétentions sur l'obligation du gérant d'affaires de mauvaise foi de restituer au maître le gain réalisé, selon l'art. 423 CO.

3.3.1. En vertu de l'art. 98 LPC, applicable à titre supplétif à la procédure prud'homale, le juge examine d'office sa compétence à raison de la matière. La doctrine a dégagé plusieurs règles d'interprétation de cette norme, notamment le principe de l'attraction de compétence pour traiter du caractère prédominant du litige. Ainsi, lorsqu'une prétention unique est formée, mais qu'elle est fondée sur des fondements juridiques divers qui, pris séparément, relèveraient de juridictions distinctes, la compétence est dictée par le caractère prédominant du litige (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, *op. cit.*, n. 9 ad art. 98 LPC avec la référence à Aubert, La compétence des tribunaux genevois de Prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, SJ 1982 pp. 193ss., p. 213). Partant, la Cour est compétente pour statuer sur ce moyen de droit soulevé par E___.

3.3.2. Les art. 419 ss. CO règlent les hypothèses où une personne (le gérant) agit dans la sphère juridique d'un tiers (le maître), sans autorisation de celui-ci, ni obligation à son égard. On distingue deux formes de base de la gestion d'affaires: elle est dite altruiste quand elle est entreprise dans l'intérêt du maître, et intéressée quand elle est entreprise dans l'intérêt du gérant qui agit de manière égoïste (quasi-gestion) (Héritier Lachat, Commentaire romand, pp. 2183 ss.; cf. ég. Tercier, les contrats spéciaux, p. 778 n. 5380).

L'application des règles sur la gestion d'affaires suppose que l'on intervienne dans la sphère d'autrui sans mandat. On doit donc se trouver dans un cas de gestion des affaires d'autrui. Cela implique, d'un point de vue objectif, que l'activité entreprise constitue une immixtion dans les intérêts ou les droits d'autrui, dans sa sphère juridique. A noter que le fait que le gérant ait aussi un intérêt propre concomitant n'exclut pas que la condition objective du "*fremdes Geschäft*" soit satisfaite, pour autant que cet intérêt propre ne soit pas prépondérant. D'autre part, d'un point de vue subjectif, il faut que le gérant ait la volonté et la conscience de gérer l'affaire d'autrui (Héritier Lachat, *op. cit.*, n. 1ss ad art. 419 CO).

La deuxième condition se rapporte à l'inexistence d'un mandat, c'est-à-dire que le gérant doit agir en l'absence de tout rapport juridique préexistant avec le maître. Lorsque le gérant dépasse les pouvoirs qui lui sont conférés par un autre contrat et agit sans mandat pour le maître, il est possible d'appliquer les règles sur la gestion d'affaires pour autant, d'une part, que la loi ne règle pas elle-même ces cas (CO 397 I, 397 II, 418n I, 540 II) et, d'autre part, que les activités en question dépassent clairement le cadre du contrat, c'est-à-dire ne constituent pas une violation ou une mauvaise exécution de celui-ci (Héritier Lachat, *op. cit.*, n. 11ss ad art. 419 CO).

L'art. 423 CO ne s'applique qu'à la gestion d'affaires intéressée de mauvaise foi. Cela suppose, en sus des conditions générales qui viennent d'être évoquées, que le

gérant agisse dans son propre intérêt, en traitant l'affaire d'autrui comme sa propre affaire et qu'il soit de mauvaise foi, étant précisé que la gestion intéressée "est dite de mauvaise foi lorsque son auteur sait ou doit savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire" (ATF ATF 126 III 69, consid. 2a, SJ 2000 I 243 consid. 2a). La sanction principale encourue par le gérant intéressé est l'obligation de remettre ses profits, pour autant que des profits aient été réalisés et qu'il existe un lien de causalité entre ceux-ci et l'ingérence. L'art. 423 CO a ainsi pour but essentiel d'éviter que l'auteur de l'ingérence ne profite de celle-ci (Héritier Lachat, *op. cit.*, n. 11ss *ad* art. 419 CO).

3.3.3. En l'espèce, pour déterminer si l'on est dans le cas d'une gestion d'affaires intéressée, il convient de distinguer la double casquette de l'intimé, qui était à la fois employé de l'appelante, comme chef de projet informatique, d'une part, et actionnaire unique de T2___, d'autre part.

Or, comme il a été dit précédemment, il n'apparaît pas que l'intimé ait, en tant qu'employé de l'appelante, dépassé le cadre de son contrat de travail. En particulier, il ressort du dossier que l'intimé n'a jamais fait que chercher à mener de façon optimale les projets qui lui étaient confiés. Il n'a ni fait mandater T2___ pour effectuer des prestations qui dépasseraient son cahier des charges, ni encouragé l'appelante à réaliser des projets superflus. L'intimé n'est dès lors pas intervenu dans la sphère d'autrui sans mandat, condition essentielle à l'application des règles sur la gestion d'affaires.

En tant que propriétaire de T2___, il paraît indéniable que l'intimé ne s'est certainement pas privé d'en tirer des profits conséquents, malgré ses dénégations formelles à ce sujet. Ces bénéfices sont toutefois à mettre en relation avec les risques et les responsabilités supportés par sa société, qui devait, à chaque mandat, trouver rapidement des informaticiens disponibles et compétents pour travailler sur des projets délicats, et pallier tout aussi rapidement à d'éventuels défauts de ses effectifs. Ceci étant dit, il n'apparaît pas que cette activité rentre dans le champ d'application de la gestion d'affaires intéressée de mauvaise foi, puisque, à l'évidence, l'intimé ne s'immisçait pas dans la sphère du maître, en l'occurrence de l'appelante, sans droit, étant donné que T2___ était chaque fois volontairement mandatée par ses soins.

Par conséquent, l'art. 423 CO ne peut pas s'appliquer au cas d'espèce, de sorte que l'appelante ne peut exiger la restitution des profits de l'intimé sur ce fondement, sans préjudice d'une analyse de la prescription fondée sur l'art. 67 CO.

3.4. Le jugement entrepris sera donc confirmé.

4. Chaque partie demande la condamnation de l'autre aux dépens d'appel, comprenant une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires de son avocat respectif.

4.1. Selon l'art. 343 al. 2 et 3 CO, les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000.- fr. doivent faire l'objet d'une procédure gratuite, les parties n'ayant à supporter ni frais judiciaires ni émoluments. Le législateur genevois a, en première instance, étendu le principe de la gratuité de la procédure prud'homale à toutes les causes, indépendamment de la valeur litigieuse, sous réserve de dispositions légales contraires (art. 76 al. 1^{er} LJP).

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

- 5.** L'appelante succombe sur l'ensemble de ses conclusions, de sorte que l'émolument perçu reste acquis à l'Etat.

Par ailleurs, les intérêts en présence - notamment au regard de la valeur litigieuse - la complexité de la cause et l'importance de l'activité déployée à la solution du litige justifient la mise à la charge de l'appelante d'un émolument complémentaire à celui de mise au rôle déjà perçu en vertu de l'art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (art. 24, 25 al. 1, 42A dudit Règlement).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par E___ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 3 novembre 2006 rendu en la cause N° C/4881/2005 ;

Au fond :

- confirme ledit jugement ;

- condamne E___ au paiement d'un émolument complémentaire de 5'000 fr. en faveur de l'Etat ;
- déboute les parties de toute autre conclusion ;

La greffière de juridiction

Le président