

# **GE\_GERICHTE CAPH/109/2006 vom 28. Februar 2006**

GE Cour de justice, 2006-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_109\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_109_2006)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/109/2006 du 28 février 2006

IT: GE\_GERICHTE CAPH/109/2006 del 28 febbraio 2006

## **Regeste**

Résumé: Les manquements au devoir de fidélité par le travailleur doivent être appréciés avec d'autant plus de sévérité que le poste du travailleur est élevé, l'employeur devant pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur qui exerce une fonction à responsabilité dans laquelle il dispose d'une large autonomie. T, directeur général inscrit au RC, a en l'espèce gravement violé ses obligations en s'octroyant, ainsi qu'à deux collaborateurs, un bonus supplémentaire sans en référer au services des RH du groupe, d'autant plus qu'il cherchait en fait à compenser le non-exercice d'options auquel il avait spontanément renoncé pour des raisons fiscales. L'exécution de son instruction par la comptable n'emportait pas l'aval de son employeur dès lors que rien n'indiquait que l'intéressée avait les pouvoirs de s'y opposer. La bonne qualité des prestations de T pendant les rapports de travail ne s'opposait pas non plus au licenciement immédiat et le lien de confiance de E dans son directeur général était manifestement rompu. L'employeur ne dispose que de quelques jours pour former sa décision, ce délai de réflexion pouvant être prolongé de quelques jours seulement, notamment lorsqu'il doit procéder à des contrôles ou que l'organe habilité à résilier le contrat est composé de plusieurs personnes. En l'espèce, un délai de douze jours entre la découverte des versements douteux lors d'un audit interne et la résiliation immédiate est admissible en raison des contrôles nécessaires, des explications demandées à T et de la nécessité de solliciter l'avis de la maison mère. La Cour a au surplus indemnisé les heures supplémentaires de T en application tant de l'art. 321c CO que de l'art. 13 LTr. T, certes directeur général, n'était d'une part pas un cadre dirigeant au sens de l'art. 3 LTr. D'autre part, le règlement d'entreprise, applicable à T, prévoyait une compensation des heures supplémentaires, dont T n'a pas pu bénéficier en raison de son licenciement. En l'absence d'accord écrit contraire, une indemnisation s'imposait. La Cour a également modifié le certificat de travail, invité E à soigner la présentation du document et l'a autorisée à mentionner que T avait été licencié pour s'être octroyé, ainsi qu'à deux collaborateurs, un avantage financier sans lui en référer. T est débouté de sa prétention en paiement de dommages-intérêts, n'ayant pas prouvé l'existence d'un dommage résultant de la remise du certificat incomplet. Les options de collaborateur remises à T ont en l'espèce été considérées comme une gratification et non une partie du salaire, en raison du caractère secondaire de cette rémunération. Le délai d'exercice des options prévu dans le plan d'intéressement n'était donc pas contraire aux règles impératives protégeant les travailleurs.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjetés dans le délai et suivant la forme prescrite, tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

## **E. 2**

Les parties ne remettent en cause ni la compétence *ratione materiae*, ni celle *ratione loci* de la juridiction des prud'hommes genevoise.

Sur le sujet, la Cour d'appel se réfère aux considérants du jugement attaqué, qu'elle entend faire siens.

## **E. 3**

L'appelant conteste que le licenciement immédiat du 8 octobre 2003 soit fondé sur de justes motifs, faisant valoir qu'il entrerait dans ses attributions de procéder aux versements que lui reproche l'intimée, question qu'il incombe d'examiner en premier lieu.

### **E. 3.1**

L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1er CO). Sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 14

\* COUR D'APPEL \* foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351, consid. 4): les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété en dépit d'avertissements préalables (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 153, consid. 1 ; ATF 124 III 25, consid. 3).

Le juge apprécie librement l'existence de justes motifs (art. 337 al. 3 CO) et applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), prenant en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351 ; ATF 116 II 145, consid. 6).

Le licenciement immédiat est justifié lorsque le travailleur viole gravement ses obligations, par exemple le devoir de fidélité (art. 321a CO; ATF 127 III 351 ; ATF 121 III 467, consid. 4 et les réf.). Il résulte de l'obligation de diligence et de fidélité que le travailleur doit agir de bonne foi dans l'intérêt de l'employeur, dans la mesure déterminée par le contrat, compte tenu notamment de l'instruction, des aptitudes et des qualités du travailleur, ainsi que de ce que l'on peut attendre d'un homme normal et honnête placé dans la même situation. En d'autres termes, le travailleur doit s'abstenir de tout ce qui peut nuire à l'employeur (ATF 117 II 560), en particulier sur le plan économique, ou est contraire à ce devoir (ATF 104 II 28 = JdT 1978 I, p. 514). Les manquements au devoir de fidélité doivent être appréciés avec d'autant plus de sévérité que le poste du travailleur est élevé (ATF 104 II 29), l'employeur devant pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur qui exerce une fonction à responsabilité dans laquelle il dispose d'une large autonomie.

La preuve des justes motifs de résiliation incombe à la partie qui s'en prévaut (art. 8 CC).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelant a été licencié, à teneur de la lettre de licenciement qui lui a été remise le 8 octobre 2003, parce qu'il s'était fait verser, sua sponte et

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 15

\* COUR D'APPEL \* sans en référer à sa hiérarchie, un montant de fr. 20'000.- en juin 2003 et qu'il en avait fait de même en faveur de deux collaborateurs.

Ainsi que le relève le jugement attaqué, la position occupée par l'appelant au sein de l'intimée impliquait à l'évidence un devoir de fidélité et de diligence accru, en particulier en matière de gestion financière. Inscrit au registre du commerce en tant que directeur général, l'appelant pouvait engager la société moyennant signature collective à deux et avait la responsabilité d'une des deux entités qui composaient l'intimée, soit le secteur E\_\_1. Plus particulièrement, outre les responsabilités organisationnelles, techniques et commerciales qu'impliquait un tel poste, l'appelant avait la responsabilité de gérer le budget alloué à son secteur conformément aux affectations budgétaires prévues. Une violation de son devoir de fidélité, en particulier s'agissant de la rigueur avec laquelle il devait gérer les fonds de son employeur, doit être appréciée de manière d'autant plus sévère que le règlement d'entreprise dont il admet lui-même l'application précise de manière spécifique le devoir de fidélité auquel tout collaborateur est tenu, et qu'il est établi par témoignage que ce devoir était régulièrement rappelé aux cadres.

Il est par ailleurs établi, en particulier par les déclarations du témoin G\_\_ auquel l'appelant a succédé, que ce dernier devait en référer à sa hiérarchie et plus particulièrement au service des ressources humaines de E\_\_UK, que ce soit pour allouer une augmentation de salaire aux collaborateurs du service dont il avait la responsabilité, ou, a fortiori, pour s'octroyer à lui-même un avantage pécuniaire. Il résulte en outre des déclarations du témoin F\_\_ que l'appelant était conscient de ce qui précède, puisque l'année même des faits, soit en 2003, il l'avait interpellée au sujet d'éventuelles augmentations de salaire.

Sur le sujet, l'appelant ne saurait être suivi, lorsqu'il soutient implicitement qu'il était suffisant, à cet égard, que Y\_\_ ait accepté de procéder aux versements litigieux. Il n'est en effet pas établi, ni même rendu hautement vraisemblable, que cette dernière aurait disposé des pouvoirs l'autorisant à approuver des affectations budgétaires, des augmentations de salaire ou l'attribution de bonus ou d'autres avantages.

Il en résulte que l'appelant avait l'obligation d'en référer à E\_\_UK, qu'il s'agisse tant de verser des bonus ou des dédommagements à ses collaborateurs en compensation des avantages perdus lors de la renonciation aux stock options, qu'a fortiori, de s'octroyer à lui-même un tel dédommagement ou de se faire rembourser les frais induits par le remplacement de son véhicule, et qu'il ne pouvait pas prendre de lui-même la décision de procéder à de tels versements.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 16

\* COUR D'APPEL \*

En faisant verser fr. 20'000.- en sa propre faveur et en faveur de deux collaborateurs, en indiquant faussement sur l'ordre de payer remis à la comptable qu'il s'agissait d'une avance sur bonus, alors qu'il s'agissait en réalité d'un montant destiné à compenser les stock-options auxquelles ces trois personnes avaient renoncé sans contrepartie, en se faisant rembourser euros 8'000.- en relation avec le changement de sa voiture, ceci sans en référer au préalable ni au bureau des ressources humaines de E\_\_UK, ni les administrateurs de l'intimée, l'appelant a violé le devoir de fidélité qui lui incombait en matière de gestion financière.

Cette violation doit être qualifiée de grave, compte tenu du devoir de fidélité accru incombant à l'appelant et même si celui-ci a précédemment durant de longues années donné toute satisfaction dans les fonctions précédemment occupées. L'intimée devait en effet pouvoir compter que son directeur général, exerçant un poste à responsabilité où il devait être à même d'agir de manière autonome et sans être contrôlé de manière quotidienne, exerce ses fonctions avec une rectitude absolue.

L'appelant ayant utilisé des avoirs appartenant à son employeur en sa propre faveur, en dépassant ses compétences en la matière, sans y être autorisé, enfin ayant indiqué, s'agissant des versements de fr. 20'000.-, une affectation s'écartant de la réalité, la violation commise était à l'évidence propre à ruiner définitivement la confiance que l'intimée devait avoir en l'appelant, compte tenu du poste important occupé par ce dernier. La continuation des rapports de travail ne pouvait dès lors plus lui être imposée.

Il s'ensuit que l'appréciation des premiers juges, à teneur de laquelle le licenciement immédiat du 8 octobre 2003 repose sur de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, doit être approuvée.

Certes, l'appelant fait valoir que l'employeur envisageait déjà précédemment de le licencier et que le motif invoqué ne constitue qu'un simple « prétexte ». Il n'a toutefois pas fait valoir, ni dans les courriers adressés à l'intimée antérieurement à l'introduction de la présente action, ni au cours de la présente procédure, que le congé était non seulement injustifié au regard de l'art. 337 CO, mais encore abusif au sens de l'art. 336 CO. Par ailleurs, le simple fait qu'en juillet 2003, I\_\_\_\_\_ se soit renseigné au sujet du délai de résiliation du contrat de l'appelant n'est pas suffisant pour retenir que le licenciement de celui-ci avait déjà été décidé, voire seulement même envisagé de manière sérieuse. Enfin, le motif invoqué par l'intimée à l'appui du licenciement non seulement repose sur des faits réels, mais

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 17

\* COUR D'APPEL \* encore, ainsi qu'il vient d'être retenu, justifiait une résiliation immédiate du contrat de travail.

#### **E. 4**

L'appelant soutient qu'en tout état, l'intimée a trop tardé à lui notifier son congé.

##### **E. 4.1**

La partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations, à défaut de quoi on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat (ATF 130 III 28 consid. 4.4; 123 III 86 consid. 2a). Un délai général de

réflexion d'une durée de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié. Une prolongation de quelques jours n'est admissible qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances particulières du cas concret (ATF 130 III 28 *ibidem*).

Il en va ainsi lorsque les questions d'organisation inhérentes aux personnes morales imposent des délais plus longs. Si la décision de licenciement est par exemple de la compétence d'un organe de plusieurs membres, la formation de sa volonté peut nécessiter jusqu'à une semaine. C'est encore le cas lorsque l'événement déclencheur survient pendant une période de congé, comme les fêtes de Noël ou les fêtes pascales, si l'employeur veut attendre la réponse que l'avocat du travailleur a désiré lui soumettre, ou encore lorsque le déroulement des faits nécessite des éclaircissements (arrêt 4C.291/2005 et les réf., not. 4C.348/2003 du 24 août 2004, consid. 3.2). Dans ce dernier cas, il faut distinguer la situation dans laquelle les soupçons, clairs en eux-mêmes, doivent être simplement confirmés ou infirmés, de la situation dans laquelle les faits sont obscurs et doivent donner lieu à des vérifications plus compliquées, ou si les manquements viennent au jour peu à peu; s'il s'agit simplement d'établir l'exactitude d'un reproche clair en soi, on peut attendre de celui qui donne le congé qu'il réfléchisse déjà, pendant qu'il réunit les renseignements utiles, aux suites qu'il donnera si ses craintes s'avèrent réelles, avec la conséquence que le congé doit être signifié immédiatement dès la confirmation des soupçons (arrêt 4C.345/2001 consid. 3.2). Dans cette situation, c'est le moment où l'employeur aurait pu clarifier les faits en usant de la diligence nécessaire qui devient alors déterminant (arrêt 4C.291/2005 et réf.).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, les versements reprochés à l'appelant sont apparus lors de l'audit interne auxquels les comptes de l'intimée ont été soumis dès le 16 septembre 2003. Ce jour-là, toutefois les auditeurs, venus de Londres dans les locaux de l'intimée, n'ont fait qu'examiner les documents et prendre copie de ceux-ci, contrôle qui a été poursuivi ou réitéré une semaine plus tard par des auditeurs

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 18

\* COUR D'APPEL \* venus cette fois de Bruxelles. Si la réalité des versements litigieux a dû apparaître lors de l'examen des documents comptables, il a encore fallu vérifier leur justification, ce qui a nécessairement exigé des investigations. Sur le sujet, Y\_\_\_ a ainsi indiqué avoir été sollicitée de fournir diverses explications "dans la semaine du 20 septembre". Y\_\_\_ ne s'exprimant pas en anglais, ces renseignements ont par ailleurs dû transiter par E\_\_Paris (I\_\_) avant d'être communiqués aux auditeurs, puis au service des ressources humaines de E\_\_UK. La Cour tient dès lors pour acquis que les renseignements entourant la justification des versements reprochés à l'appelant et les circonstances dans lesquelles ils n'ont été opérés ont pu être connus qu'à la fin du mois de septembre ou dans les premiers jours d'octobre 2003 au plus tôt.

La responsable des ressources humaines de E\_\_UK a par ailleurs affirmé, sans que cette déclaration soit contredite par d'autres éléments du dossier, que compte tenu de la position hiérarchiquement élevée de l'appelant, la décision de licenciement prise par les responsables de E\_\_UK avait dû être soumise à la maison mère aux Etats-Unis et qu'un avis de droit avait été requis avant de procéder au licenciement.. A cela s'ajoute enfin que la lettre de licenciement a dû être présentée pour signature au président du conseil d'administration de l'intimée, domicilié dans le canton de Zurich, ce qui induit un délai supplémentaire

Ces éléments conduisent la Cour à considérer, à l'instar des premiers juges, que le licenciement du 8 octobre 2003 n'est pas intervenu tardivement.

Ce qui précède conduit à la confirmation du jugement attaqué, en tant qu'il rejette des conclusions de l'appelant fondées sur les art. 337 c al. 1 et 3 CO.

#### **E. 5**

Les premiers juges ont implicitement examiné les conclusions de l'appelant relatives à des indemnités de licenciement sous l'angle exclusif de l'art. 337 c al. 3 CO. Ce faisant, ils ont perdu de vue que l'appelant réclamait non seulement une indemnité pour licenciement immédiat injustifié au sens de cette disposition, mais encore une indemnité de départ fondée sur le règlement d'entreprise, conclusion qu'il reprend devant la Cour.

L'article 20 du règlement susmentionné, dont les parties admettent l'application à leurs rapports, prévoit le versement à l'employé d'une indemnité de départ dont le montant est fonction de son ancienneté ; ainsi, après vingt ans d'activité, le collaborateur peut prétendre à une indemnité correspondant à dix-huit mois de son dernier salaire mensuel, ce montant étant augmenté proportionnellement lorsque

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 19

\* COUR D'APPEL \* la durée de l'emploi dépasse vingt ans. Cette disposition prévoit toutefois que cette indemnité de départ n'est pas due en cas de faute grave imputable au collaborateur concerné (« sauf faute grave lui étant imputable... »).

En l'espèce, certes l'appelant justifie de plus de vingt ans d'activité pour le compte de l'intimée. Toutefois, ainsi qu'il a été retenu supra, il peut lui être reproché une faute grave qui lui est imputable, à savoir une violation de son devoir de fidélité, justifiant un renvoi immédiat. Dans ces conditions, il ne peut prétendre à recevoir l'indemnité de départ contractuellement prévue et le jugement entrepris doit être confirmé par substitution de motifs en tant qu'il rejette cette prétention.

#### **E. 6**

L'appelant reprend devant la Cour ses conclusions tendant au paiement de la « revalorisation salariale » de 3% dont les autres collaborateurs de l'intimée ont bénéficié dès le 1er juillet 2003.

Sur le sujet, les premiers juges ont retenu que l'appelant ne pouvait bénéficier d'une décision d'augmentation de salaire décidée par l'intimée après son départ de l'entreprise, cette augmentation aurait-elle été décidée avec effet rétroactif au 31 juillet 2003.

L'appelant ne saurait tirer argument du fait qu'il est déjà arrivé antérieurement à l'appelante de décider d'augmentation de salaire à titre rétroactif. Certes, il résulte des pièces produites qu'en 1999, une augmentation calculée en octobre a été payée rétroactivement aux employés dès le mois de juillet. La situation n'est toutefois pas identique, puisqu'en 1999, le principe de l'augmentation avait déjà été annoncé aux employés le 3 juillet (pce 89 app.), seule la quotité de cette dernière ayant été arrêtée ultérieurement. Or, en l'espèce, rien ne vient étayer la thèse suivant laquelle il en aurait été de même en 2003.

Pour le surplus, la Cour fait sienne l'argumentation des premiers juges, qui résiste à la critique.

## **E. 7**

Les premiers juges ont alloué à l'appelant fr. 14'014.55 brut pour 31,2 jours les vacances non prises.

Les parties s'accordent toutefois pour dire qu'au 8 octobre 2003, il restait à l'appelant 31.5 jours de vacances à prendre, ainsi qu'il résulte de la dernière fiche de paie remise à l'appelant. L'intimée ne conteste en outre pas que l'appelant puisse réclamer une indemnité de ce fait, les rapports de travail ayant pris fin de

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 20

\* COUR D'APPEL \* fait et de droit, de manière immédiate, à l'annonce du licenciement le 8 octobre 2003.

Les parties contestent en revanche toutes deux le calcul effectué par les premiers juges : l'appelant leur fait ainsi grief de n'avoir pas tenu compte de l'augmentation de salaire accordée dès le 31 juillet 2003, alors que l'intimée voudrait voir pris en compte le seul salaire mensuel de base (à l'exclusion de la prime d'objectif garantie mensualisée, de la participation aux frais de véhicule et de la contre-valeur de l'avantage en nature de fr. 250.-). L'appelant fait enfin valoir que les premiers juges ont à tort, pour calculer le salaire journalier, divisé le salaire mensuel par 30.42, alors qu'il ne fallait tenir compte que des jours travaillés, soit 21.75 seulement.

### **E. 7.1**

Selon l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Il est déduit de cette disposition que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 129 III 493 consid. 3.a, 664 consid. 7.3 ; 118 II 136 consid. 3b).

En vertu de ce principe, le salaire afférent aux vacances doit être calculé sur la base du salaire mensuel complet et les indemnités versées notamment à titre d'heures supplémentaires ou pour du travail effectué de nuit ou le dimanche doivent être prises en compte, pour autant qu'elles aient un caractère régulier et durable (arrêt 4C.313/2005 et réf. citées). Doivent également être pris en compte le treizième salaire (arrêt 4C. 217/2003 consid. 4), les indemnités permanentes, ainsi que les celles versées en compensation du salaire en nature.

Lorsque le salaire est variable, le salaire de référence est constitué par la moyenne du salaire de l'année de service considérée. Il en va de même en cas de salaire fondé sur la participation aux résultats (arrêt 4C.217/2003 consid. 4.3) ou lorsque la rémunération comporte des commissions (ATF 129 III 664 consid. 7).

Enfin, le Tribunal fédéral a récemment rappelé que la doctrine était divisée quant à savoir s'il fallait également tenir compte des gratifications, sans toutefois trancher de cette questions (arrêt 4C.217/2003 précité).

### **E. 7.2**

En l'espèce, outre le salaire brut de base (fr. 16'226,65) il doit être tenu compte de la prime de résultat garantie, mensualisée, qui revêt un caractère durable (fr. 2'500.-) ainsi que du

montant versé à titre de remboursement des frais d'acquisition du véhicule, qui représente un caractère durable en étant promis

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 21

\* COUR D'APPEL \* pour une période de 50 mois. Doit en revanche être écarté le montant de fr. 250.-, qui n'est pas versé effectivement à l'appelant, mais qui figure sur les fiches de paie uniquement pour le calcul des déductions sociales et, vraisemblablement, pour celui de l'impôt à la source ; à cela s'ajoute que ce montant est afférant à l'utilisation privée d'un véhicule dont l'appelant (qui en est propriétaire) dispose également durant ses vacances. Enfin, il ne saurait être tenu compte de l'augmentation de salaire dès le 1er juillet 2003, à laquelle l'appelant ne peut prétendre, ainsi qu'il a été retenu ci-dessus. Le salaire déterminant pour le calcul de l'indemnité-vacances s'élève ainsi à fr. 20'076,65.

Pour obtenir le salaire journalier déterminant, les premiers juges ont divisé le salaire brut déterminant par 30,42 jours par mois, soit par la moyenne des jours civils par mois. L'appelant fait toutefois valoir avec raison que pour obtenir le salaire dû pour chaque jour de vacances, il faut diviser ce montant par le nombre de jours travaillés par mois, soit 21,75 (cf. par exemple arrêt 4C/173/2004). En effet, le droit aux vacances de l'appelant, dont il n'est pas contesté qu'il était en 2003 de 32,5 jours, est visiblement compté non en jours civils, mais en jours ouvrables, puisque l'appelant bénéficiait, à teneur du règlement administratif, de cinq semaines de vacances par année (ou 25 jours ouvrables par mois), auxquels s'ajoutent 7,5 jours ouvrables en raison de son ancienneté.

Le calcul du montant brut dû à l'appelant est dès lors le suivant : fr. 20'076,65  $\cdot$  21,75 = fr. 923.05 par jour où fr. 29'076,10 pour 31,5 jours. L'employeur ayant toutefois déjà payé au demandeur une somme brute de fr. 23'773.95 à ce titre, il reste dû à l'appelant fr. 5'302.10 brut au titre d'indemnité de vacances, ce qui conduit à une modification du jugement entrepris sur ce point.

## **E. 8**

Les premiers juges ont alloué à l'appelant fr. 77'758,20 à titre de rémunération pour les heures supplémentaires effectuées.

### **E. 8.1**

L'existence des heures supplémentaires dont l'appelant réclame rétribution (soit 532,5 pour les années 2001 à 2003) découle de relevés tenus par l'intimée elle-même et doit dès lors être tenue pour établie. L'employeur en avait en outre connaissance, puisque c'est lui qui en tenait le relevé, ce qui permet de tenir pour acquis qu'elles lui ont été annoncées de manière régulière. L'intimée ne prétend par ailleurs pas qu'elles auraient été inutiles et, si G\_\_\_ a attiré l'attention de l'intimé à une reprise sur leur quotité importante, aucune instruction claire ne lui a été donnée d'avoir à s'abstenir d'en effectuer (ou d'en effectuer autant) à l'avenir.

L'intimée conteste toutefois toute obligation de rémunérer les heures

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 22

\* COUR D'APPEL \* supplémentaires effectuées, motif pris d'une part de la qualité de cadre dirigeant de l'appelant, d'autre part de l'obligation de les compenser par du temps libre résultant de son règlement d'entreprise.

### **E. 8.2**

L'art. 321c al. 3 CO dispose que l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Combiné avec une ordonnance du 26 novembre 1975 (RS 822.110), l'art. 9 LTr fixe la durée maximum de la semaine de travail à 45 heures pour la catégorie de travailleurs à laquelle la demanderesse appartient. L'art. 12 LTr permet toutefois, sous certaines conditions et à titre exceptionnel, le dépassement de cette durée maximum. Ce travail supplémentaire sera, d'après l'art. 13 LTr, rétribué par un supplément de salaire d'au moins 25% à partir de la 61ème heure supplémentaire accomplie dans l'année civile.

L'art. 3 LTr exclut de son champ d'application les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée. En vertu de l'art. 7 de l'ordonnance 1 concernant la LTr (RS 822.111), est réputé exercer une fonction dirigeante élevée, au sens de l'art. 3 let. d LTr, celui qui, dans une entreprise ou une partie d'entreprise, dispose d'un pouvoir de décision dans des affaires essentielles et assume une responsabilité correspondante. Le fait que le travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. Quant aux affaires essentielles, visées par l'art. 7 OLTr 1, ce sont celles qui influencent de façon durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou, du moins, dans l'un de ses éléments principaux. S'agissant de dispositions d'exception, les normes susmentionnées doivent être interprétées restrictivement. En tout état de cause, il faut trancher la question de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise (ATF 126 III 337 consid. 5 ; 98 Ib 344, consid. 2 et réf. citées).

En tout état, les heures supplémentaires doivent impérativement être rémunérées lorsque cela est convenu contractuellement, ou lorsque l'horaire de travail est fixé contractuellement et ou encore lorsque les heures supplémentaires sont destinées à effectuer des tâches qui sortent du cahier des charges de l'employé en question (Arrêts 4C.320/1996 ; 4C.234/1992 ; 4C.96/1992, et les réf.).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 23

\* COUR D'APPEL \* La rétribution des heures dépassant l'horaire contractuel est réglée par l'art. 321c CO ; en revanche, dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal, elles constituent du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 LTr et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25% selon l'art. 13 LTr.

### **E. 8.3**

En l'espèce, les premiers juges ont retenu que l'appelant avait un statut de cadre dirigeant. La Cour d'appel ne partage pas cet avis.

En effet, certes l'appelant était-il inscrit au Registre du commerce comme directeur général de l'intimée avec signature collective à deux. Cet élément n'est toutefois pas à lui seul suffisant. Dans les faits, l'appelant, chargé de la responsabilité d'un des deux secteurs d'activité de l'intimée, était chargé de l'organisation de ce secteur, comprenant un nombre limité d'employés, des aspects techniques propres à l'activité déployée, enfin des rapports avec la clientèle, comprenant le maintien des contrats existants et la recherche de nouveaux contrats. Ainsi qu'il a été vu ci-dessus, il n'avait pas le pouvoir de gérer le budget mis à sa disposition de manière autonome, en particulier celui d'arrêter le salaire de ses collaborateurs, et il n'a été ni allégué, ni établi, qu'il prenait part aux décisions propres à orienter la marche des affaires de l'entreprise, et encore moins un pouvoir de décision en ce qui concerne les affaires essentielles de celles-ci au sens de l'OLTr 1.

#### **E. 8.4**

Quoi qu'il en soit, ainsi que le relèvent les premiers juges, la rémunération des heures supplémentaires effectuées par l'appelant s'impose pour un autre motif : le règlement d'entreprise auquel sont soumis les rapports de travail prescrit en effet de manière claire que la durée du travail hebdomadaire est de quarante heures et que les heures de travail supplémentaires ne sont pas rémunérées, mais compensées par l'octroi de temps libre.

Certes, ledit règlement prévoit sur le principe la compensation des heures excédant l'horaire convenu, et non le paiement de celles-ci. Il n'est toutefois pas établi que l'appelant ait bénéficié d'une telle compensation. En outre, dès lors que les rapports de travail ont pris fin avec effet immédiat, seule une rémunération en espèces entre en ligne de compte. Enfin, l'intimée ne peut se prévaloir d'aucun accord écrit de l'appelant au sens de l'art. 321 c al. 3 CO. En effet, le règlement dont elle se prévaut n'a pas été signé par ce dernier et aucun de travail écrit n'a été établi.

#### **E. 8.5**

Comme il a été vu ci-dessus, le salaire journalier de l'appelant déterminant

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 24

\* COUR D'APPEL \* représente fr. 923,05, ce qui représente, pour 8 heures de travail quotidiennes, un salaire horaire de fr. 115,40. La rémunération de 532,5 heures représente ainsi fr. 61'450,50 au salaire payé à 100%. Ce montant doit encore être majoré de 25%, ce qui porte le montant dû en définitive à fr. 76'813,10 brut.

Ce qui précède conduit à une modification du jugement attaqué sur ce point.

#### **E. 9**

Le demandeur reprend devant la Cour ses conclusions en délivrance d'un certificat de travail, que les premiers juges ont déclarées sans objet.

#### **E. 9.1**

Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. Ce document a pour but de favoriser l'avenir économique du travailleur. Il doit être véridique et complet (ATF 129 III 177 consid. 3.2). Le choix de la formulation appartient en principe à l'employeur, sous réserve d'une décision de justice.

Conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à l'employeur trouve ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus, voire constitutifs de fautes d'orthographe ou de grammaire. Le certificat doit contenir la description précise et détaillée des activités exercées et des fonctions occupées dans l'entreprise, les dates de début et de fin de l'engagement, l'appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que de l'attitude du travailleur. S'il doit être établi de manière bienveillante, le certificat peut et doit contenir des faits et appréciations défavorables, pour autant que ces éléments soient pertinents et fondés; en particulier, il y a lieu de mentionner le motif de fin des rapports de travail si celui-ci est nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale du travailleur (arrêt 4C. 129/2003 et réf.).

## E. 9.2

En l'espèce, l'appelant reproche à juste titre aux premiers juges de ne pas être entrés en matière sur ses conclusions sur le sujet, motifs pris qu'il n'avait pas contesté les termes du certificat de travail qui lui a été remis à fin 2004 par l'intimée. En effet, l'appelant n'avait nullement renoncé auxdites conclusions, et il incombait au Tribunal d'examiner si le certificat ainsi remis était conforme à l'art. 330a al.1 CO.

L'appelant se plaint en outre avec raison du fait que le certificat qui lui a été remis ne correspond pas aux exigences susrappelées.

Ce document résume certes les fonctions que l'appelant a exercées pour l'intimée, sans toutefois donner aucune indication sur les tâches que celles-ci recouvraient.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 25

\* COUR D'APPEL \* En outre, il ne contient aucune appréciation du travail de l'appelant, sous réserve du fait que celles-ci ont été exécutées « avec convenance et satisfaction » ; la phrase "Pour ne pas allonger inutilement ce certificat nous précisons que Monsieur T\_\_\_\_\_ pourra développer avec ses interlocuteurs potentiels, les tâches de chaque poste occupé plus en détail » n'est tout simplement pas admissible. Enfin, la présentation du document est bâclée et l'impression d'ensemble donne somme toute une image assez mitigée de l'appelant, bien que celui-ci ait durant de nombreuses années donné pleine satisfaction à son employeur.

En définitive, afin d'éviter de futurs litiges sur le sujet, la Cour invitera l'intimée, ce qu'elle peut faire sans violer le droit fédéral (arrêt 4D.129/2003 précité) à remettre à l'appelant un certificat de travail, établi sur son papier à en-tête et dont elle soignera la présentation et dont le texte sera le suivant :

« Monsieur T\_\_\_\_\_ a été employé d'E (SUISSE) SA (dont la raison sociale était précédemment S (SUISSE) SA) de mars 1988 au 9 octobre 2003.

T\_\_\_\_\_ a successivement occupé les responsabilités suivantes :

- De février 1988 à décembre 1991, il a assumé la fonction d'ingénieur réseau, assumant en particulier la responsabilité du département Télécommunications et en apportant son assistance au directeur télématique dans ses activités; dès fin 1991, il a assumé la direction de cette division locale.

- De janvier 1992 à août 1997, il a assumé le poste de directeur télématique, ce qui impliquait la responsabilité de deux centres de calculs, la création d'une offre de service et d'un centre de calcul "Disaster Discovery", des activités de production, l'encadrement d'une équipe technique, ainsi que le suivi et la négociation de contrats avec d'importants fournisseurs de services, dans le secteur bancaire et industriel; il a également fonctionné en qualité de "chef de projet" lors du regroupement des centres de calculs à Genève, a animé un groupe d'utilisateurs "GRB" et a participé à l'implantation en Suisse de la division "Facilities Management" de S\_\_.

- De septembre 1997 à novembre 1999, il assumé le poste de directeur du secteur Télématique et Finance, ce qui comprenait en particulier la responsabilité du centre "Disaster Discovery" et du projet "An 2000", la participation active à de nombreux projets techniques système et réseau (hard et software), la responsabilité de la fusion des activités Télématique et "Private banking", l'élaboration, la présentation et le suivi des budgets de cette dernière entité, le "reporting" mensuel, la négociation du renouvellement de contrats en cours et celle relative à un contrat avec un nouveau fournisseur important.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 26

\* COUR D'APPEL \*

- De décembre 1991 à juin 2001, en complément à ses précédentes tâches, il a assumé la responsabilité de l'activité commerciale et marketing "Private banking", ce poste comprenant la responsabilité commerciale et le marketing de ce secteur.

- Enfin, après le départ de son supérieur hiérarchique, soit en juillet 2001, T\_\_\_\_\_ a été inscrit au Registre du Commerce comme directeur général de E (SUISSE) SA, avec signature collective à deux. Ce poste comportait la responsabilité de l'activité Private banking pour l'ensemble du secteur "E\_\_1", la négociation et la conclusion de nouveaux contrats, ainsi que la mise en place d'équipes pluridisciplinaires (technique, support, finance, vente, business, gestion de projet, gestion clients). L'activité de T\_\_\_\_\_ a donné entière satisfaction, en termes de rentabilité, de compétence, de sérieux dans le suivi des dossiers et la négociation des contrats, enfin de contact avec ses supérieurs hiérarchiques, ses subordonnés et les clients. Il a en particulier négocié (ou renégocié) des contrats avec des clients importants en termes de rentabilité pour la société. Il nous quitte libre de tout engagement, hormis le respect du secret professionnel».

L'employeur sera libre d'ajouter ce qui suit, s'il le souhaite, au sujet des motifs de la fin des rapports de travail : « T\_\_\_\_\_ a été licencié le 8 octobre 2003 pour s'être octroyé un avantage financier et avoir octroyé un tel avantage à deux collaborateurs sans en référer à ses supérieurs ».

Ce qui précède conduit à une modification du jugement entrepris.

## **E. 10**

L'appelant reprend encore devant la Cour ses conclusions tendant à la condamnation de l'intimée à lui verser fr. 100'000.- en réparation du gain qu'il allègue avoir manqué en raison de l'absence de certificat de travail.

L'art. 330a CO concrétise l'obligation de l'employeur de remettre au travailleur qui le demande un certificat de travail. Une violation fautive de ce devoir est propre, selon le

cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à causer au travailleur un dommage, en particulier lorsqu'il ne retrouve pas de travail, faute de pouvoir présenter un tel document à un employeur potentiel. Il ne suffit toutefois pas qu'une telle hypothèse soit possible en théorie, mais encore faut-il que le travailleur établisse non seulement que des engagements lui ont été refusés pour ce motif, mais encore quel dommage il subit de ce chef.

La quotité du dommage ne peut être arrêtée en application de l'art. 42 al. 2 CO que si le préjudice est d'une nature telle qu'il est impossible de l'établir, ou si les preuves nécessaires font défaut, ou encore si leur administration ne peut être exigée du demandeur (ATF 122 III 219, JdT 1997 I 246 et réf.); cette disposition

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 27

\* COUR D'APPEL \* ne dispense toutefois pas le lésé de l'obligation d'alléguer et de prouver tous les faits permettant de conclure à l'existence d'un dommage ou qui rendent possible ou facilitent son estimation (ATF 128 III 122, JdT 2002 I 222; 122 III 219, JdT 1997 I 246).

En l'espèce, l'appelant n'a pas allégué de faits précis propres à justifier sa prétention. En particulier, il n'a fait aucun état des démarches qu'il aurait accomplies pour retrouver du travail, ni donné d'indication sur la nature du travail qui lui aurait été refusé en raison de l'absence de certificat de travail. Il n'a enfin donné aucune indication sur la rémunération qui aurait été la sienne, si de tels engagements auraient pu se concrétiser. Il en résulte que l'appelant n'a pas établi avoir subi un dommage de ce chef, ni donné d'éléments permettant d'établir le préjudice subi de ce chef, ou à tout le moins suffisant pour permettre son appréciation en équité en application de l'art. 42 al. 2 CO.

## **E. 11**

L'appelant reprend enfin devant la Cour ses conclusions en relation avec divers droits liés aux stock options qui lui ont été octroyées en 1995 avec droit d'exercice jusqu'au 11 novembre 2005, et qu'il a exercées le 7 novembre 2003 d'une part, aux stock options octroyées le 13 mai 2003, avec droit d'exercice jusqu'au 12 mai 2013, et qui ne l'ont pas encore été. Plus spécifiquement, il soutient d'une part avoir subi un dommage du fait de l'exercice anticipé du premier lot d'options, consécutif à la cessation des rapports de travail, et demande d'autre part à ce qu'il soit constaté qu'il peut exercer son droit dans le délai initialement prévu de 10 ans.

### **E. 11.1**

On entend par plan d'intéressement les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. Les modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d'aucune manière. Elles comportent aussi une condition suspensive ayant pour objet qu'à l'expiration du délai, le bénéficiaire soit encore au service de l'entreprise ou du groupe auquel celle-ci appartient. Si cette condition s'accomplit, le bénéficiaire reçoit alors les titres concernés, ou leur contre-valeur; dans le cas contraire, il est déchu de toute prétention. Aussi longtemps qu'il conserve des positions dans le plan d'intéressement, le bénéficiaire a donc intérêt à poursuivre les rapports de travail et à accomplir ses tâches de façon à accroître la valeur de

l'entreprise et de ses actions; il est ainsi attaché à l'entreprise et associé aux objectifs de la direction et des actionnaires (ATF 130 III 495 consid. 4.1 et réf. citées).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 28

\* COUR D'APPEL \*

Des modalités prévoyant que le travailleur ne disposera d'options ou d'actions qu'après un délai de cinq ans n'ont pas été jugées comme restreignant la liberté du travailleur de manière incompatible avec l'art. 27 CO (ATF 130 III 495 consid. 5).

En revanche, les clauses du plan prévoyant la perte complète des positions en cours à la résiliation du contrat de travail peuvent se révéler contraires à des règles impératives destinées à la protection des travailleurs. En particulier, l'art. 323b al. 3 CO est violé lorsque les positions à abandonner ont été financées par une retenue de salaire (arrêts 4C.237/2004 et 4C.239/2004 et réf.). En revanche, tel n'est pas le cas si les options sont remises au travailleur à titre de gratification au sens de l'art. 322d CO, l'art. 323b al. 3 CO ne s'appliquant qu'au salaire, à l'exclusion des autres rétributions appliquées en sus, telles un gratification (ATF 131 III p. 615 consid. 6.3).

### **E. 11.2**

En l'espèce, ainsi que l'ont rappelé les premiers juges, l'appelant a reçu les stock options litigieuses dans le cadre d'un plan d'intéressement. Lors de chaque octroi d'actions, il a signé un document précisant dans quel délai les options devaient être exercées. Il n'est au surplus pas contesté que le droit d'exercice était échu après une période de dix ans dès leur octroi et qu'en cas de départ de la société ou de l'une de ses filiales, le droit d'option devait être exercé dans les soixante jours

Les premiers juges ont qualifié les attributions d'options dont l'appelant a bénéficié de gratification au sens de l'art. 322d CO. A ce stade de la procédure, cette qualification n'est plus contestée par les parties et la Cour d'appel fera siens les considérants du jugement attaqué sur le sujet. Ainsi, parce que ces dotations n'ont constitué qu'une prestation distincte du salaire dû par l'intimée, d'importance secondaire par rapport à celui-ci, il y a lieu d'admettre que les conditions du plan d'intéressement ont été valablement appliquées, au regard des art. 27 et 323 b al. 3 CO.

Les conclusions tant en constatation qu'en allocation de dommages-intérêts formées par l'appelant en relation avec l'exercice desdites dotations ont dès lors été rejetées à juste titre.

### **E. 12**

Sur demande reconventionnelle, l'appelant conteste l'obligation qui lui a été faite de rembourser à l'intimée le montant de fr. 20'000.- perçu en juin 2003.

Sur le sujet, il fait valoir que le paiement de ce montant (reçu à l'instar de deux

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 29

\* COUR D'APPEL \* autres collègues) n'est pas intervenu sans cause, mais en compensation de la renonciation aux options octroyées entre 1998 et 2001 et qu'en tout état, l'intimée est déchu de le lui réclamer, puisqu'elle n'a pas déduit ce montant lors du

versement de son dernier salaire.

Il ne saurait être suivi.

Les premiers juges ont en effet avec raison relevé que le paiement des sommes litigieuses de trois fois fr. 20.000.- ne reposaient sur aucune base contractuelle, mais qu'il avait été ordonné par l'appelant lui-même, alors que celui-ci n'avait le pouvoir ni de s'octroyer, ni d'octroyer à des collaborateurs une augmentation de salaire ou un avantage financier sans l'accord de ses supérieurs hiérarchiques. C'est d'ailleurs précisément ce versement qui fonde le licenciement immédiat, jugé justifié.

Les conclusions reconventionnelles ont par ailleurs été formées par l'intimée le 9 juin 2004, soit avant l'échéance du délai d'un an prescrit à l'art. 67 CO et qui courait depuis la découverte dudit versement et de son caractère injustifié, soit le

#### **E. 16**

septembre 2003 au plus tôt. On ne saurait enfin voir dans le fait que l'intimée n'a pas procédé par compensation au moment du versement à l'appelant de son dernier salaire une renonciation à cette créance et cette circonstance ne l'empêchait pas de faire valoir celle-ci ultérieurement, comme elle l'a fait, en respectant le délai de prescription prévu par la loi.

Les premiers juges ont ainsi avec raison condamné l'appelant à rembourser à l'intimée la somme de fr. 20.000.- brut.

Les intérêts moratoires sur ce montant ne sauraient en revanche courir depuis le 9 octobre 2003, mais uniquement depuis la date à laquelle la demande reconventionnelle a été formulée, soit le 9 juin 2004, ce qui entraîne une modification du jugement attaqué sur ce point.

13. L'intimée déclare enfin, en p. 23 de sa réponse à l'appel, maintenir sa conclusion tendant à la condamnation de l'appelant à lui rembourser la somme de euros 8'000.-, perçue en relation avec l'acquisition d'un nouveau véhicule. En page 2 dudit appel, elle indique toutefois, dans une partie mise en évidence par un caractère gras, que son appel incident ne porte que sur la quotité de la rémunération allouée à l'appelant au titre des heures supplémentaires. A cela s'ajoute que l'appelante ne formule aucun grief en relation avec ce point.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5914/2004-4 30

\* COUR D'APPEL \* Faute de motivation, cette conclusion est ainsi irrecevable.

14. En définitive, la demande principale est fondée à hauteur de fr. 5'302,10 + fr. 76'813,10, ou fr. 82'115,20 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 octobre 2003 et la demande reconventionnelle à hauteur de fr. 20'000.- brut avec intérêts à 5% l'an dès le 9 juin 2004.

La compensation de ces montants sera autorisée à due concurrence.

L'appel principal est très partiellement fondé, alors que l'appel incident ne l'est pas. Il se justifie ainsi de condamner l'intimée à rembourser à l'appelant le ¼ de l'émolument d'appel versé par ses soins, soit la somme de fr. 2'000.-.

Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.