

GE_GERICHTE CAPH/15/2005 vom 25. Januar 2005

GE Cour de justice, 2005-01-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_15_2005

FR: GE_GERICHTE CAPH/15/2005 du 25 janvier 2005

IT: GE_GERICHTE CAPH/15/2005 del 25 gennaio 2005

Regeste

Résumé: T est directeur chez E, suite à plusieurs reprises ou ventes d'entreprises. Il est licencié avec effet immédiat pour avoir, après son licenciement ordinaire, transféré sur sa messagerie privée 45 documents couverts par le secret des affaires et traitant tous, sauf un, des besoins et projets des clients actuels et futurs d'E; aucun document, sauf un, n'étant le fruit du travail, direct ou indirect, de T. Il a également requis un subordonné de lui graver ces documents sur un cd-rom. T a violé l'article 14 de son contrat de travail. Le licenciement immédiat, signifié six jours ouvrables après la découverte des faits, délai justifié par aucune circonstance exceptionnelle, est tardif, partant injustifié. T a droit au paiement de son salaire et de sa gratification. L'indemnité pour licenciement immédiat injustifié est réduite à fr. 5'000.-, dans la mesure où le licenciement immédiat était certes tardif, mais fondé. T a renoncé au paiement de ses heures supplémentaires en vertu de l'article 8 de son contrat de travail. Toutefois, le travail supplémentaire au sens de la LTr doit être rémunéré, T n'ayant pas une fonction dirigeante suffisamment élevée au sein d'E pour que la LTr ne lui soit pas applicable. En revanche, le travail supplémentaire accompli au sein des précédentes entreprises transférées n'est pas rémunéré, T exerçant alors une fonction dirigeante élevée et participant à la formation de la volonté sociale desdites entreprises. La Cour applique l'article 42 al. 2 CO pour estimer lesdites heures.

Erwägungen

E. 1

Interjetés dans les forme et délai prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après : LJP), les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.

E. 2

2.1. L'appelante incidente ne remet en cause le jugement du Tribunal des prud'hommes qu'en tant qu'il a refusé d'admettre fondé le licenciement avec effet immédiat pour justes motifs du 26 mars 2002, et partant, les conséquences en découlant.

E_____ fait ainsi grief aux premiers juges d'avoir considéré, à tort, qu'elle n'avait pas su démontrer que T_____ avait divulgué à des tiers les documents couverts par le secret d'affaires, et, par ailleurs, que l'intéressé avait sollicité ces

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

informations dans la perspective d'une procédure judiciaire, estimant ainsi, compte tenu du fait qu'elle avait manifesté le souhait de se séparer de son employé, que le comportement

de ce dernier ne pouvait justifier la fin immédiate des rapports de travail. Le Tribunal avait ainsi méconnu le fait que les 45 documents copiés traitaient tous, sauf un, des besoins et des projets actuels ou futurs de la société, informations recueillies lors de séances de travail entre un commercial et le client, aucun document n'étant le fruit de l'activité de T_____, directement ou même indirectement, de sorte que ces pièces ne pouvaient lui être utiles pour justifier au- près de son employeur d'éventuels résultats ou surcharges de travail et ainsi pré- parer la défense de ses intérêts.

En outre, selon E_____, son ex-employé avait non seulement délibérément vio- lé l'art. 6 de son contrat de travail, mais, par son comportement, commis une in- fraction pénale réprimée par l'art. 143bis CP.

E. 2.2

A cet égard, T_____ se prévaut du caractère tardif de la notification de son li- cenciement immédiat du 26 mars 2002, aux motifs que E_____ avait eu con- naissance le 18 mars 2002 au plus tard du fait qu'il avait procédé au télécharge- ment de tout ou partie de sa messagerie informatique. En attendant au moins 6 jours ouvrables, soit 8 jours pleins, avant de se prévaloir d'un prétendu juste mo- tif, E_____ avait agi tardivement.

Par ailleurs, l'infraction d'accès indu à un système informatique, au sens de l'art. 143bis CP, n'était pas réalisée dans ce cas d'espèces puisqu'il n'avait fait qu'utili- ser un accès autorisé à sa propre boîte de réception, sans qu'aucune restriction n'ait été apportée à son accès, ni qu'aucune interdiction verbale ou écrite d'utilisa- tion ne lui ait été notifiée. Il n'y avait ainsi jamais eu de manipulation informati- que de sa part, ni de la part de qui que ce soit, pour accéder aux données relatives à sa propre messagerie.

Enfin, T_____ soutient que le congé immédiat qui lui a été notifié visait uni- quement à l'empêcher de faire valoir les prétentions qu'il avait formulées par courrier du 6 mars 2002, E_____ réalisant que son congé ordinaire notifié le 31 décembre 2001 était nul et ne voyant que cette solution pour « rattraper le coup » (sic).

E. 2.3

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérés comme de justes motifs, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être ad- mise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail, ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806; ATF 116 II 142 c. 5c; ATF 112 II 41 c. 3a; ATF 108 II 444 c. 2).

Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail (ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a); (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « ultima ratio » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92). Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149; ATF 117 II 72 c. 3). Le comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF 111 II 245 c. 3; ATF 104 II 28 c. 1).

L'employeur a un intérêt particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque ce dernier exerce une fonction à responsabilités où il devrait être à même d'agir seul, sans le contrôle de son employeur (ATF 108 II 444 c. 2 b), notamment quand il est en contact direct avec la clientèle (ATF 166 II 145 c. 6 b).

Lorsque le manquement est moins grave, il peut néanmoins donner lieu à une résiliation immédiate du contrat de travail lorsqu'il a été précédé de vains avertissements de l'employeur (ATF 117 II 560; ATF 116 II 145 c. 6a; ATF 112 II 41 c. 3a). L'avertissement doit comprendre la menace d'un renvoi immédiat (CAPH du 11.02.1998, SARB 1999 p. 498).

Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC). Le fardeau de la preuve d'une résiliation intervenue en temps utile incombe également à la partie qui donne le congé (ATF du 22.02.1996, JAR 1997 p. 201).

E. 2.4

En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que l'appelante incidente passe

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

sous silence le fait qu'un des motifs retenus par le Tribunal à l'appui de sa décision de considérer comme injustifié le licenciement immédiat du 26 mars 2002, était que T_____ disposait d'ores et déjà des informations transférées sur son ordinateur personnel, ce que la société savait (cf. jugement p. 19, 2ème § in fine).

Cela dit, il résulte de la procédure que T_____ a, le 1er janvier 2002, transféré de son ordinateur portable privé qu'il utilisait professionnellement à sa messagerie privée de son

ordinateur domestique, 45 documents traitant tous, sauf un, des besoins et projets des clients actuels et futurs de E_____, informations recueillies lors de séance de travail entre les « commerciaux » de la société et les clients, aucun document, sauf un, n'étant le fruit du travail, directement ou indirectement, de l'intéressé. Ces documents relevaient manifestement couverts par le secret des affaires de E_____ au sens de l'art. 6 du contrat de travail ayant lié les parties.

Par ailleurs, n'ayant pas pu télécharger plus de 1 % des données de sa messagerie, auprès de E_____, T_____ a requis, le 4 janvier 2002, de son collègue N_____ qu'il lui grave sur un cd-rom la totalité du contenu de sa messagerie, ce que l'intéressé a accepté de faire, quand bien même la responsable des ressources humaines de la société lui avait envoyé, le 28 décembre 2002, un courrier électronique lui demandant de bloquer les comptes informatiques de T_____.

Lorsqu'il a agi de la sorte, l'intimé sur appel incident savait qu'il avait été licencié par E_____, puisque, s'il n'avait pas déjà reçu le courrier recommandé de H_____ du 28 décembre 2001, il avait eu à tout le moins connaissance, par ses collègues, le 27 décembre 2001, de l'e-mail transmis la veille par ce même H_____ aux « commerciaux » de la société annonçant son licenciement, document qu'il avait transféré, le même jour, à son avocat.

Or, à teneur de l'art. 14 du contrat de travail liant les parties, l'employé quittant la société doit, avant son départ, restituer à la direction notamment tous les documents de travail ainsi que les pièces et notes de toute nature qui lui ont été confiés ou qu'il a établis et qui concernent les affaires dont il a eu connaissance en sa qualité d'employé de E_____. T_____ n'avait ainsi pas le droit de conserver des doubles ou des copies de ces documents.

Dès lors, en transférant sur son ordinateur domestique des données informatiques relevant du secret des affaires de E_____, avec l'intention avérée de les conserver après son départ de E_____, T_____ a manifestement contrevenu à cette disposition.

A cet égard, il importe peu que les documents transférés par T_____ sur son ordinateur domestique figuraient sur le disque dur de son ordinateur privé portable utilisé professionnellement puisqu'un grand nombre, si ce n'est la totalité, de ces documents relevait du secret des affaires de E_____, à teneur de l'art. 6 du contrat de travail liant les parties et T_____ n'avait aucun droit de les conserver.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

Au demeurant, l'appelant incident a lui-même indiqué que, lorsqu'il avait téléchargé ces données de sa messagerie de E_____ sur son ordinateur, il ignorait que celles-ci figuraient déjà sur son disque dur, ce qui illustre bien son intention de s'appropriier lesdites données. De surcroît, si, comme il l'a mentionné dans sa demande en justice, T_____ a indiqué que l'unique but visé en copiant les documents informatiques se trouvant dans sa messagerie avait été de « préparer la défense de ses intérêts », cela ne peut que signifier qu'il avait l'intention de se servir de ces documents à caractère confidentiel dans le cadre, notamment, d'une procédure judiciaire, ce qui impliquait forcément, d'une manière ou d'une autre, leur divulgation auprès de tiers.

C'est donc à tort que le Tribunal a considéré que les conditions d'un licenciement immédiat n'étaient pas réunies. Le fait que E_____ ait annoncé l'intention de se séparer de T_____ quelques jours avant les agissements incriminés de l'intéressé ne justifiaient pas, non plus, que l'appelante incidente continue à rémunérer, et ce jusqu'au 30 juin 2002, compte tenu de l'incapacité de travail de T_____, un collaborateur ayant violé de manière flagrante une des dispositions importantes de son contrat de travail.

E. 2.5

En revanche, ce congé immédiat a été notifié tardivement.

En effet, il est de jurisprudence constante que l'employeur doit notifier un licenciement immédiat dès qu'il a connaissance du juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard, après un bref délai de réflexion qui, sauf circonstances particulières, est de 2 à 3 jours ouvrables à compter de la date à laquelle il a la preuve du manquement invoqué pour justifier la résiliation immédiate (ATF 69 II 311; 93 II 18; ATF du 26.10.1999, JAR 2000, 232). La partie qui tarde à résilier un contrat de travail pour de justes motifs est forclosée de son droit (ATF 123 III 86; JT 1998 I 30, 1; ATF 112 II 41, JT 1986 I 253). Parmi les circonstances exceptionnelles justifiant une prolongation du délai figure le fait que la décision doit être prise par le conseil d'administration composé de plusieurs personnes qui doivent se rencontrer; un délai de réflexion de 6 jours est alors admissible (ATF du 26.10.1999, JAR 2000, 232).

En l'occurrence, il est établi que E_____ a pris connaissance des agissements de T_____ lundi 18 mars 2002 et qu'elle a notifié le licenciement immédiat de son employé le mardi 26 mars 2002. En attendant 8 jours, soit 6 jours ouvrables, pour informer T_____ de sa décision, E_____, qui ne justifie ce laps de temps par aucune circonstance exceptionnelle, a ainsi agi tardivement, de sorte qu'elle est forclosée à se prévaloir de l'art. 337 CO.

Il en découle que le licenciement immédiat litigieux était injustifié.

E. 3

Dès lors, T_____ a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al.1 CO), soit, le 30 juin

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

2002 retenu par les premiers juges.

A cet égard, E_____ ne conteste pas que son ex-employé a droit à son salaire pour les 6 premiers mois de l'année 2002, soit notamment, selon ce qu'a retenu le Tribunal, la somme de fr. 24'149,95 pour les mois d'avril, mai et juin, ainsi que fr. 1'620.--, à titre d'allocations familiales et de participations à l'assurance maladie.

Par ailleurs, l'intimée admet également devoir payer à son ex employé la somme de fr. 12'369.80 brut, au titre des commissions dues pour le 4ème trimestre 2001.

E. 3.2

En revanche, E_____ conteste devoir payer à T_____ la moindre commission pour le 1er semestre 2002, ainsi qu'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

3.3.1. En l'occurrence, le contrat de travail liant les parties ne prévoyait pas expressément le versement de commissions sur le chiffre d'affaires réalisé par T_____.

Il résulte toutefois de la note du 18 mai 2000 établie par B_____ ainsi que des déclarations des destinataires de ladite note, soit D_____ et F_____, qui tous deux étaient en mesure d'engager E_____ par leurs signatures, qu'il y a eu un accord verbal au sujet du versement de commissions à T_____ sur la base du chiffre d'affaires qu'il réalisait. Si cet accord n'a pas fait l'objet d'une modification formelle du contrat de travail de l'intéressé, en revanche, il a immédiatement été appliqué dans les faits, puisque T_____ a reçu des commissions sur le chiffre d'affaires réalisé dès le mois d'octobre 2000 et durant l'année 2001.

Dès lors, on peut admettre qu'il y a eu, par actes concluants, une modification du contrat de travail liant les parties (JT 2003 I 346). E_____ en convient du reste puisqu'elle a admis devoir verser à son ex-employé les commissions dues pour le 4ème trimestre de l'année 2001.

Dès lors, le salaire de T_____ se composait d'une partie fixe et d'une partie variable, cette dernière étant fixée en fonction du pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par rapport à l'objectif fixé en la matière.

A cet égard, et quand bien même la proposition transactionnelle qu'elle contenait a été retirée par la suite, il résulte du courrier du 27 février 2002 adressé par E_____ à T_____ que l'on pouvait estimer, sur la base des résultats du 2ème semestre 2001, que les affaires générées par son travail produisaient un chiffre d'affaires de l'ordre de fr. 300'000.-- pour le 1er trimestre 2002, ce qui impliquait une commission de fr. 4'800.-- correspondant à 30 % de l'objectif fixé.

L'appelant ne fournit aucun élément concret susceptible de contester cette estimation de E_____, de sorte que, si les rapports de travail avaient duré jusqu'au 30 juin 2002, on peut admettre qu'il aurait pu percevoir une commission de

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

fr. 4'800.-- par trimestre, soit de fr. 9'600.-- pour le 1er semestre 2002.

Dès lors, c'est ce montant que E_____ sera condamnée à lui payer à ce titre. Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé sur ce point.

3.3.2. S'agissant de l'indemnité accordée à l'appelant par les premiers juges en raison de son licenciement immédiat injustifié, soit un mois de salaire, E_____ a conclu à sa suppression sans développer d'argumentation particulière au sujet de son montant, T_____, pour sa part, ne remettant pas en cause le jugement entrepris sur ce point.

Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, et qui ne peut dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire du travailleur, dont il fixera librement le

montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5).

Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (116 II 300 consid. 5a).

En l'occurrence, les relations contractuelles entre les parties ont duré un peu plus de 3 ans depuis la reprise de A_____ SA par E1_____ SA. Il résulte des déclarations de T_____ qu'au mois de décembre 2001 il avait entamé des pourparlers avec E_____ pour transférer son activité auprès d'une autre société (cf. conclusions après enquêtes de T_____ du 15 septembre 2003, p. 2 ch. 4). Par ailleurs, il a été retenu plus haut que le congé immédiat qui a été notifié à l'appelant principal n'était injustifié qu'en raison de sa tardiveté mais qu'en revanche il était fondé dans la mesure où l'intéressé avait violé ses obligations contractuelles. Enfin, T_____ a retrouvé un emploi le 1er juillet 2002, soit immédiatement après l'échéance des rapports contractuels entre les parties. Son licenciement abrupt injustifié n'a donc que faiblement porté atteinte à la personnalité de

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

T_____ tout comme il entraîné pour lui que des conséquences dommageables très limitées sur le plan économique.

Dans ces conditions, compte tenu notamment de toutes ces circonstances, il convient de réduire à fr. 5'000.-- l'indemnité d'un mois de salaire net fixée par le Tribunal.

Le jugement querellé sera également réformé sur ce point.

E. 4

Il reste à statuer sur la question du travail et des heures supplémentaires dont l'appelant réclame le paiement à hauteur de fr. 196'209.--.

E. 4.1

T_____, se référant à l'art. 8 de son contrat de travail, admet qu'il était convenu, au moment de son entrée en service, « que les heures supplémentaires relatives à l'activité de commercial ne seraient pas rémunérées. (mémoire d'appel p. 12 ch. 3, 3ème §). En revanche, selon l'appelant, compte tenu de la nature différente de l'activité dite non

commerciale qu'il exerçait en sus de son activité de « commercial », les parties avaient cherché un moyen d'assurer sa rémunération pour cette importante activité accessoire. C'est ainsi que s'était établie l'utilisation d'un système de comptabilisation des heures supplémentaires nécessitées par son activité non commerciale, et c'était pour cette raison que les premiers relevés visant à installer cette pratique avaient été officiellement acceptés par les dirigeants de E_____. A cet égard, l'appelant se réfère à la pièce 9 de son chargé, soit une « note interne » que F_____ lui a adressée le 17 février 1998 et dans laquelle est établi, au 31 décembre 1997, un décompte des frais, vacances et heures supplémentaires que l'appelant a effectués, soit, s'agissant des heures supplémentaires, un solde reporté au 1er janvier 1998 de 616 heures.

L'appelant soutient que les enquêtes, en particulier les témoignages d'U_____ et X_____, tous deux partenaires commerciaux potentiels qui ont été en contact avec lui, sont venus confirmer la nature de son activité spécifique non commerciale. Le témoin D_____ avait estimé à une centaine au moins le nombre d'heures qu'il avait consacrées à la recherche et au développement de 3 dossiers qu'il avait traités dans un contexte non commercial, alors qu'il avait eu bien d'autres activités de même nature. Ainsi, selon l'appelant, le Tribunal avait erré en ne retenant que les témoignages d'employés subalternes qui ne faisaient que confirmer que les heures supplémentaires liées à l'activité de « commercial » n'étaient pas rémunérées, ce qu'il ne contestait pas, et en omettant de retenir les témoignages des anciens directeurs de E_____ qui, tous, confirmaient l'activité importante non commerciale qu'il avait déployée et qui devait être rémunérée spécifiquement comme heures supplémentaires.

E. 4.2

A cet égard, l'intimée fait tout d'abord valoir que seuls, les « rapports mensuels d'activité » portant la signature de son responsable (pièces 6 et 7 chargé E_____) doivent être pris en considération, et non pas les décomptes versés à la

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

procédure par l'appelant (pièces 10 et 11 de son chargé), qui n'ont pas été validés par son supérieur hiérarchique. Par ailleurs, E_____ relève que le décompte des heures supplémentaires produit par son ex-employé sous pièce 8 de son chargé se fondent « dans une très large majorité », sur une estimation personnelle de sa partie adverse : ainsi, pour la période de juillet à décembre 2000, alors que T_____ déclare avoir effectué 239 heures supplémentaires, les rapports d'activité mensuels visés par le responsable de E_____ font état d'un total de 147 heures, déduction faite de 32 heures supplémentaires récupérées; pour la période du mois de janvier à décembre 2001, alors que l'appelant affirme avoir accompli 275 heures supplémentaires, ces mêmes rapports d'activité mensuels mentionnent un total de 203 heures, après déduction de 56 heures supplémentaires récupérées. De surcroît le rapport mensuel d'activité de l'appelant du mois de février 2001 indique, par la mention REH, soit « récupération heures supplémentaires », que l'intéressé avait pris 40 heures de congés, et non pas que 40 heures supplémentaires lui étaient dues, ce qui était la preuve incontestable que tout « commercial » de la société, tel que T_____, était libre de gérer son temps et de l'organiser à sa guise, ce que du reste les enquêtes avaient confirmé. E_____ fait encore valoir qu'aucune heure supplémentaire que son

ex-employé prétend avoir effectuée n'a jamais été reportée ni validée sur le formulaire ad hoc, ni n'est jamais apparue sur une de ses fiches de salaire, T_____ n'ayant, en outre, jamais réclamé une quelconque rectification en ce sens durant son activité au sein de la société.

Enfin, selon E_____, une brève étude comparative entre les heures supplémentaires que l'appelant dit avoir accomplies et ses agendas électroniques des mois de juillet 2000 à décembre 2001 montrait clairement que les trop nombreuses activités extra-professionnelles de l'intéressé - qu'elle avait surlignées en jaune - rendaient impossible l'accomplissement du nombre d'heures supplémentaires prétendument effectué pour le compte de son employeur.

E. 4.3

S'agissant des rapports mensuels d'activités le concernant, T_____ relève qu'à l'exclusion de 3 d'entre eux (décembre 2000 ainsi que janvier et octobre 2001), ceux-ci ne lui ont jamais été soumis par l'intimée qui s'en prévaut pour la première fois dans le cadre de la présente procédure, ne lui ayant ainsi pas laissé la possibilité de prouver, à l'époque de l'établissement desdits relevés, le nombre exact des heures et du travail supplémentaires effectués. Or, selon l'appelant, les relevés devaient, dans la règle, être établis mensuellement par chaque employé, puis ensuite contresignés par son supérieur hiérarchique et la direction, de sorte, que son ex-employeur le mettait ainsi devant une situation de fait accompli en ayant corrigé ses relevés horaires sans l'en informer et sans qu'il n'ait jamais pu s'exprimer à ce sujet. Dès lors, on ne pouvait que considérer que les autres relevés qu'il avait envoyés à la direction avaient été acceptés par cette dernière tels quels, puisqu'ils ne lui avaient pas été retournés modifiés.

En ce qui concernait son agenda électronique relatif aux mois de juillet à décembre 2000 et de janvier à décembre 2001, T_____ relève tout d'abord que sa partie adverse admet expressément qu'il a effectué 147 heures de travail supplémen-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

taires pour la période de juillet à décembre 2000 ainsi que 275 heures de travail supplémentaires pour l'année 2001, heures de récupération déjà déduites pour les deux périodes. Par ailleurs, les rendez-vous que E_____ avait surlignés en jaune dans son agenda, afin de prouver son prétendu emploi du temps extra-professionnel très chargé, fourmillait d'inexactitudes et les rendez-vous mis en évidence correspondaient quasi exclusivement soit à des rendez-vous personnels organisés hors des horaires de travail, soit à des rendez-vous purement professionnels. A l'appui de ses dires, l'appelant a produit ses agendas « physiques » (c'est-à-dire traditionnels) relatifs aux années 1999/2000 et 2000/2001 (pièce 26 de son chargé). Enfin, s'agissant de ses activités extérieures à son employeur, l'appelant rappelle que ce dernier était le sponsor officiel de l'Union sportive AA_____, soit le club de football mentionné dans son agenda, ce même club étant l'un des participants - organisateur du « festival de C___ », de sorte que ses activités au sein dudit festival n'étaient pas exclusivement personnelles mais procédaient aussi du « développement marketing » de l'intimée qui avait beau jeu de s'en prévaloir aujourd'hui à son détriment. A cet égard, T_____ met en évidence dans son agenda électronique

plusieurs rendez-vous soulignés en jaune par E_____, qui, selon lui, concernait bien son activité professionnelle (mémoire réponse à l'appel incident, p. 3 – 5 ch. 11).

E. 4.4

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.

Cette disposition, qui se réfère aux heures supplémentaires, c'est-à-dire aux heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (SJ 2000, p. 629, consid. 6a), n'est ainsi que partiellement impérative.

Toutefois, la renonciation à une rémunération d'heures dépassant l'horaire contractuel ne s'étend pas au droit à la rémunération du travail excédant le maximum légal (SJ 2000, p. 169). A cet égard, l'art. 9 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après LTr), fixe la durée maximum de la semaine de travail à 45 heures pour la catégorie de travailleurs à laquelle l'appelant appartient. Le travailleur ne peut pas renoncer valablement à la rémunération des heures de travail supplémentaires qu'il a déjà accomplies (ATF 124 III 469). 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, sauf si le travail supplémentaire a été compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée.

Lorsque le travailleur - à qui incombe le fardeau de la preuve (ATF 4 C.364/2001 non publié du 19.07.2002, p. 9, 2.2) - a établi avoir effectué des heures supplémentaires dont le nombre ne peut plus être établi de manière exacte, le juge pourra

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

en faire l'estimation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO; le travailleur devra toutefois alléguer et trouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force (considérant 4a non publié de l'ATF 123 III 84; ATF 4C.364/2001 précité, p. 10, 2.2).

Le juge doit cependant se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si des circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé que le travail excédait l'heure normale dans une mesure déterminable. D'autre part, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période et non annoncées ne doivent pas être indemnisées, à moins que l'employeur ne les ait approuvées (ATF du 13.06.2000 in JAR 2001, 164). Les relevés personnels du travailleur ne suffisent pas. En revanche si celui-ci fournit des relevés journaliers ou mensuels à l'employeur, ils constituent un moyen de preuves approprié, quand bien même ils n'ont pas été contre-signés par ce dernier (CAPH du 9.08.1999 in SARB 3/00 No 151,

p. 976).

E. 4.5

En l'occurrence l'appelant admet que les heures supplémentaires qu'il a accomplies dans le cadre de son activité dite commerciale, ne devaient pas, à teneur de l'art. 8 de son contrat de travail, être rémunérées. En revanche, il soutient qu'il doit être payé pour les heures supplémentaires dites non commerciales qu'il a effectuées.

E. 4.5.1

Il est vrai qu'il résulte du témoignage de D_____, directeur général de E_____ jusqu'à fin juin 2000, que les activités accomplies par l'appelant « destinées à développer des opportunités » - et pour lesquelles l'engagement d'un « tiers externe », comme c'était le cas auparavant, aurait été nécessaire si T_____ ne s'en était pas occupé - auraient dû être rémunérées, ce témoin précisant également n'avoir toutefois jamais convenu à cet égard d'un tarif horaire. Par ailleurs, les témoignages de X_____ et de U_____ confirment que l'appelant était la personne de contact chez E_____ pour négocier le développement d'activités communes avec d'autres sociétés, voire la reprise de celles-ci par l'intimée.

Toutefois, force est de constater que le contrat de travail liant les parties ne fait aucune distinction entre une activité commerciale et non commerciale de l'appelant qui, chez A_____ SA, cumulait les fonctions d'administrateur et de directeur. Il ne résulte pas non plus de la procédure que la nature du travail de T_____ se soit modifiée lorsque A_____ SA a été reprise par E1_____ SA, puis par E_____, ce que du reste l'appelant ne prétend pas. La « note interne » de F_____ du 17 février 1998 relative aux heures supplémentaires accomplies par l'intéressé (pièce 9 chargée T_____) ne fait également aucune distinction quant à la nature de ces heures supplémentaires. Au demeurant, lorsqu'il a été entendu sur ce point, F_____ a déclaré que si T_____ avait effectué un certain nombre d'heures de travail supplémentaires, il gérait toutefois lui-même son horaire et la compensation de ses heures de travail, et qu'il était à cet égard

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

« extrêmement libre », s'étant « absenté plusieurs semaines à cet effet » (p.-v. du 22.08.2002 p. 3). B_____, a témoigné dans le même sens, en indiquant que, lorsque T_____ lui avait parlé des nombreuses heures supplémentaires qu'il avait effectuées, il lui avait déclaré qu'il n'entrerait pas en matière sur une demande à cet égard, car en tant que « commercial », il pouvait s'organiser comme il le voulait et que, en sa qualité de cadre supérieur, il n'était « pas question qu'il compense lesdites heures » (p.-v. du 22.08.2002 p. 4).

Ainsi, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les activités exercées par T_____ au sein de E_____. Cette différenciation apparaît du reste être née seulement au fil de la procédure prud'homale, puisque, dans sa demande en paiement du 26 avril 2002, de même que dans les courriers qu'il avait adressés antérieurement à sa partie adverse ainsi qu'au conseil de cette dernière, l'appelant ne faisait aucune distinction entre la nature du travail qu'il avait exercé lors de l'accomplissement de ses heures supplémentaires; en effet, il soutenait à cet égard, d'une part, que, sur la base du décompte d'heures supplémentaires

signé le 17 février 1998 par F_____, qui avait renoncé ainsi expressément au bénéfice de l'art. 8 du contrat de travail, il avait droit au paiement des heures supplémentaires indiquées sur ledit décompte et, d'autre part, n'exerçant pas une fonction dirigeante élevée au sein de E_____, le travail supplémentaire qu'il avait accompli, soit les heures dépassant la limite hebdomadaire de 45 heures, devait lui être payé.

Cela étant, il ressort du dossier que l'appelant a effectué un nombre important d'heures supplémentaires. A cet égard, l'intimée elle-même admet que pour la période de juillet 2000 à décembre 2000, puis de janvier à décembre 2001, son ex-employé a accompli respectivement 147 heures et 203 heures supplémentaires, heures de récupération déduites.

Par ailleurs, selon la « note interne » du 17 février 1998 de F_____, T_____ avait effectué, à fin 1997, 616 heures supplémentaires, dont 289,50 heures en 1997.

Ainsi, si à teneur de l'art. 8 du contrat de travail ayant lié les parties l'appelant n'a pas droit au paiement des heures supplémentaires qu'il a effectuées, en revanche, il peut prétendre à une rémunération du travail supplémentaire accompli au cas où les dispositions de la LTr lui sont applicables.

Le jugement sera, dès lors, annulé sur ce point.

E. 4.5.2

A teneur de l'art. 13 LTr, ce nombre d'heures doit être considéré comme du travail supplémentaire, au sens de l'art. 12 LTr, et doit impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25 % selon l'art. 13 LTr, soit seulement à partir de la 61^{ème} heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (ATF 126 III 337, consid. 5c).

L'art. 3 lit. d LTr exclut de son champ d'application les travailleurs exerçant une Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

fonction dirigeante élevée, soit, selon l'art. 7 de l'ordonnance 1 concernant la LTr, celui qui, dans une entreprise ou une partie de l'entreprise, dispose d'un pouvoir de décision dans des affaires essentielles et assume une responsabilité correspondante. A cet égard, 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. Par affaire essentielle, il faut entendre celle qui influence de façon durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou du moins dans l'un de ses éléments principaux (ATF 126 III 337, consid. 5a).

En l'occurrence, l'appelant a lui-même déclaré que s'il ne participait pas aux décisions fondamentales de E_____, en revanche tel n'était pas le cas auparavant lorsqu'il travaillait pour A_____ SA et E1_____ SA.

Dès lors, en tant qu'il exerçait une fonction dirigeante élevée au sein des deux sociétés précitées, il ne peut se prévaloir de la LTr jusqu'à fin mars 2000, soit la date à laquelle E_____ a repris formellement E1_____ SA.

Dès lors, le travail supplémentaire accompli par T_____ doit être rémunéré depuis le 1er avril 2000 jusqu'à la fin de l'année 2001.

E. 4.5.3

Pour l'année 2000, l'appelant affirme avoir accompli 364 heures ou travail supplémentaires et, pour 2001, 275 de ces heures. Comme vu plus haut, pour sa part, l'intimée admet que pour la période de juillet 2000 à décembre 2000, puis de janvier à décembre 2001, son ex- employé a effectué respectivement 147 heures et 203 heures supplémentaires, heures de récupération déduites.

Le nombre d'heures supplémentaires retenu par T_____ résulte des décomptes qu'il a produits en annexe de sa demande en justice; or, cette demande ne fait pas la distinction entre les heures dites commerciales et celles dites non commerciales, de sorte que lesdits décomptes - qui, de surcroît n'ont pas été approuvés, comme ils auraient dû l'être, par E_____ - ne sauraient être acceptés sans autres. Par ailleurs, le témoin D_____, qui a quitté E_____ à fin juin 2000, a évalué l'activité « non commerciale » de T_____ à au moins 100 heures, sans être toutefois en mesure de préciser le nombre exact. Il convient également de ne pas perdre de vue les divers témoignages recueillis qui ont montré la grande indépendance de T_____ dans l'organisation de son travail, l'extrême liberté dont il disposait pour compenser ses heures et ses absences durant plusieurs semaines à cet effet.

Dans ces conditions, le nombre exact des heures accomplies par l'appelant à titre de travail supplémentaire ne peut être déterminé précisément, de sorte que, en application de l'art. 42 al. 2 CO, celles-ci seront respectivement fixées à 255,5 pour 2000 et à 239 pour 2001, soit la moyenne entre les heures dont chacune des parties se prévaut.

Ainsi, le travail supplémentaire effectué par l'appelant en 2000, pro rata temporis correspond à 132 heures (255,5 heures : 12 mois x 9 mois – 60 heures = 131,62

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

heures, arrondies à 132 heures) et, en 2001, à 179 heures (239 heures – 60 heures) ce qui donne un total de 311 heures à rémunérer. Le calcul du montant dû à l'appelant s'établit comme suit :

■ Année 2000 : - salaire annuel : fr. 119'140.-- (salaire annuel fixe : 96'600.--; salaire annuel variable [commissions] : fr. 22'540.--) - salaire mensuel : fr. 9'928.30 (fr. 119'140.-- : 12). - salaire journalier : fr. 456.50 (fr. 9'928.30 : 21.75). - salaire horaire : fr. 51.-- (fr. 456.50 : 9 heures [45heures/semaine, cf. art. 9 al. 1 lit. a LTr, applicable à l'appelant; cf. mémoire d'appel, p. 14 et 15 in fine]). - taux majoré de 25 % : fr. 63.75.

Le montant dû pour l'année 2000 est donc de : fr. 8'415.-- (132 heures x fr. 63.75).

■ Année 2001 : - salaire annuel : fr. 146'525.15 (salaire annuel fixe : fr. 96'600.--; salaire annuel variable : fr. 14'755.35 [janvier] + fr. 12'800.-- [avril] + fr. 10'000.-- [octobre] + fr. 12'369.80 [quatrième trimestre]). - salaire mensuel : fr. 12'210.40 (fr. 146'525.-- : 12) - salaire journalier : fr. 561.40 (fr. 12'210,40 : 21.75). - salaire horaire : fr. 62.40 (fr. 561.40 : 9). - taux majoré de 25 % . fr. 78.--

Le montant dû pour l'année 2001 s'élève dès lors à : fr. 13'962.-- (fr. 78.-- x 179 h).

Ainsi, c'est un montant total de fr. 22'377.-- que E_____ devra verser à son ex- employé à titre de travail supplémentaire.

E. 5

Par souci de clarté et de simplification, la décision entreprise sera entièrement annulée. Ainsi, en définitive :

- il sera donné acte à E_____ de son engagement à payer à T_____, avec intérêts, la somme de fr. 12'369.80 brut à titre de commissions dues pour le 4ème trimestre 2001;
- E_____ sera condamnée à payer à son ex-employé, avec intérêts, les montants suivants :

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/8645/2002-4 37

* COUR D'APPEL*

■ fr. 24'149,95 brut, à titre de salaire dû pour les mois de d'avril, mai et juin 2002; ■ fr. 9'600.-- brut, à titre de commissions dues pour le 1er semestre 2002; ■ fr. 22'377.-- brut, à titre de travail supplémentaire au sens de la LTr. ■ fr. 5'000.-- net, à titre d'indemnité pour licenciement injustifié. ■ fr. 1'620.-- net, à titre de paiement d'allocations familiales et de participation à l'assurance maladie.

E. 6

6.1. Selon l'art. 60 al. 1 LJP, lorsque le montant litigieux excède fr. 30'000.--, l'appelant est astreint à un émolument de mise au rôle, conformément au tarif fixé par le Conseil d'Etat.

A teneur de l'art. 42 du règlement du Conseil d'Etat fixant le tarif des greffes en matière civile, l'émolument de mise au rôle d'un appel porté devant la Cour de céans s'élève à fr. 400.- si la valeur litigieuse se situe entre fr. 30'000.-- et fr. 50'000.--.

Or, en l'espèce, alors que l'appel incident de E_____ porte sur un montant supérieur à fr. 30'000.--, le greffe de la juridiction des prud'hommes ne lui a pas réclamé d'émolument.

Dès lors, cette omission sera réparée dans le dispositif du présent arrêt.

E. 6.2

A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

T_____, qui réclamait en appel, à titre de commissions dues pour le 1er semestre 2002 et d'heures/travail supplémentaires, la somme totale de fr. 228'409.--, que le Tribunal ne lui avait pas octroyée, n'obtient satisfaction qu'à hauteur de fr. 33'977.-- sur ces points, soit environ le 15 % de ses prétentions. Dès lors, il apparaît que ses conclusions étaient exagérées et que cet excès a très largement porté à conséquence sur l'émolument de mise au rôle de fr. 4'000.-- qu'il a payé (art.176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), de sorte qu'il y a lieu de lui faire supporter les 3/4 dudit émolument, le solde étant mis à la charge de sa partie adverse.

Quant à E_____, elle succombe pour l'essentiel dans ses conclusions incidentes, si bien qu'il convient de supporter la totalité de l'émolument d'appel relatif à son appel incident.

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