

## **GE\_GERICHTE CAPH/85/2002 vom 6. Juni 2002**

GE Cour de justice, 2002-06-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_85\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_85_2002)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/85/2002 du 6 juin 2002

IT: GE\_GERICHTE CAPH/85/2002 del 6 giugno 2002

### **Regeste**

Résumé: T a été engagée par E SA, société fiduciaire, en qualité de comptable. Après avoir donné son congé avec un préavis de deux mois, T s'est vue résilier son contrat de travail avec effet immédiat. Au préalable, la Cour constate que les écritures tardives des parties qui ont été écartées par le Tribunal des prud'hommes, n'ont pas été mentionnées comme telles dans le dispositif du jugement, et, partant, seront prises en compte dans la procédure d'appel. Sur le fond, la Cour retient que T a commencé à travailler pour E SA un mois avant le début de son engagement, dès lors qu'elle a démontré avoir exercé des activités pour E SA durant tout ce mois. La Cour réfute l'argument de E SA selon lequel elle a exigé, en vain, que T prenne ses vacances aux motifs notamment qu'elle ne l'a pas mis formellement en demeure de le faire. La Cour admet que, T n'exercant pas de fonction dirigeante au sein de E SA, et ses horaires de travail ayant été contractuellement fixés, elle a droit au paiement de ses heures supplémentaires sur la base de l'article 321c CO. A cet égard, il a été établi que E SA savait que T effectuait des heures et qu'elle les a ainsi tacitement acceptées. S'agissant de déterminer les heures supplémentaires de travail effectif de T, la Cour constate qu'elle ne peut uniquement se fier à celles indiquées dans l'agenda de T qui paraissent pour certains jours difficilement réalisables, voire exclues en un jour de travail. Ainsi, en vertu de l'article 42 al. 2 CO, la Cour a procédé à une appréciation ex aequo et bono des heures accomplies par T en se référant notamment aux heures facturées aux clients. Enfin, la Cour retient que les conclusions sur demande reconventionnelle de E SA sont infondées, dès lors qu'il ne ressort nullement des enquêtes que les clients de E SA l'aient quittée sur incitation de T.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Dans les considérants du jugement, le Tribunal a indiqué que, tardives, la réponse d'E\_\_\_\_\_ SA déposée le 15 septembre 2000 et l'écriture de T\_\_\_\_\_ datée du 29 mai 2001 étaient écartées.

Le dispositif du jugement ne comporte rien à ce sujet.

Il ne peut être appelé que du dispositif et non des considérants (SJ 1981 p. 88 ; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, ad art. 291 note 13).

En conséquence, faute d'avoir été valablement déclarées irrecevables, les susdites écritures ne sont pas écartées de la procédure.

#### **E. 2**

Le contrat de travail signé par les parties a fixé l'engagement de T \_\_\_\_\_ au 1er septembre 1997.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 16

\* COUR D'APPEL \*

Des indications de l'appelante, il résulte qu'août 1997 a été un mois de vacances dans le cadre de son contrat pour B \_\_\_\_\_ SA et que cette société lui a payé son salaire de ce mois.

Il est établi que T \_\_\_\_\_ a commencé à travailler pour l'appelante dès le lundi 4 août 1997 ; à cet effet, la Cour d'appel se réfère à l'agenda de l'intimée, qui reprend les activités exercées par celle-ci pour E \_\_\_\_\_ SA depuis août 1997. D'après cet agenda, seul un jour (le jeudi 7) a été consacré à B \_\_\_\_\_ SA. Il se justifie d'autant plus de conférer une portée déterminante à cet agenda que ce dernier comporte l'indication que le 19 août 1997 a été un jour de vacances ; en effet, pour les périodes ultérieures, ledit agenda mentionne non seulement les activités de l'employée mais également ses jours de vacances.

Selon l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

Le travailleur peut se prévaloir de cette disposition légale qui s'applique même si la preuve de la conclusion d'un contrat de travail n'a pas été rapportée (...) lorsque l'équité exige que des prestations de travail soient rémunérées (SJ 1986 p. 290).

Les éléments de la cause, rappelés ci-dessus, justifient pour le moins l'application de ces principes.

Il importe peu que T \_\_\_\_\_ n'a réclamé le salaire d'août 1997 qu'après la résiliation de son contrat. Il faut et il suffit, pour que ledit salaire soit dû, qu'il s'agisse d'un travail qui, selon les circonstances objectives, devait normalement être rétribué (ATF 95 II 126 = JdT 1970 I 234 ; ATF 110 II 273 = JdT 1985 I 27).

Les faits du dossier ne justifient donc pas de retenir, comme le soutient l'appelante, qu'à la demande de l'employée, le mois d'août 1997 n'a pas été une période d'activité mais d'installation et de préparation pour son activité future.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 17

\* COUR D'APPEL \*

En conséquence, la Cour confirme le jugement entrepris en tant qu'il a alloué à la demanderesse son salaire de fr. 5'000.-- pour le mois d'août 1997.

### **E. 3**

Le Tribunal a admis, à concurrence de fr. 13'660,75, le bien-fondé de la réclamation de T \_\_\_\_\_ relative aux vacances non prises.

L'employeur est tenu de veiller à ce que les travailleurs prennent leurs vacances (Le droit du travail dans les entreprises, éd. Weka, tome 3 5/2, page 3).

Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO).

L'interdiction de remplacer les vacances par d'autres prestations relève des dispositions absolument impératives du droit du contrat de travail, la clause relative au salaire afférent aux vacances des dispositions relativement impératives (art. 361 et 362 CO ; ATF 116 II 515 = JdT 1991 I 313 ; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, p. 124).

La conversion des vacances en espèces n'est licite que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations en nature (ATF 106 II 152 = JdT 1980 I 602 ; CAPH du 26.5.1998 C/25125/97-9, p. 7).

Il appartient à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, p. 80 No 133).

E\_\_\_\_\_ SA a fait valoir qu'elle a exigé de sa partie adverse qu'elle prenne des vacances, que si l'intéressée ne l'a pas fait, il s'est agi d'un choix relevant de sa convenance personnelle et qu'elle a ainsi violé ses obligations contractuelles (art. 321d not. al. 2 CO).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 18

\* COUR D'APPEL \*

De témoignages, il résulte que J\_\_\_\_\_ a manifesté l'intention que l'intimée prenne des vacances ; il a même été question de la pose d'une serrure à la porte de la fiduciaire.

Il n'en demeure pas moins que l'administrateur de l'appelante savait que T\_\_\_\_\_ travaillait pendant les vacances ; s'il entendait que l'intéressée prit effectivement des vacances, il aurait appartenu à l'employeur de recourir à des mesures plus drastiques et efficaces pour assurer le respect de ses instructions ; en plus de la serrure, qui n'a pas été posée, il aurait pu appartenir à J\_\_\_\_\_ d'écrire et de mettre formellement en demeure l'employée de respecter ses instructions, ce qui n'a pas été fait.

Les prétentions de T\_\_\_\_\_ relatives aux vacances non prises sont donc fondées.

Le droit aux vacances est proportionnel à la durée des rapports de travail (art. 329a al. 3 CO, Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 116).

Selon le contrat de l'intimée, les vacances de celle-ci ont été fixées à quatre semaines, soit, compte tenu de la semaine de cinq jours, à vingt jours de vacances par an (Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 116).

En 1997, T\_\_\_\_\_ a donc travaillé cinq mois (à compter du mois d'août) ce qui a impliqué 8,33 jours de vacances (20 : 12 x 5).

L'intimée admet avoir pris comme jours de vacances les 19 août, 13 et 23 septembre 1997.

Le 13 septembre 1997 était un samedi ; par contre, la consultation de l'agenda de T\_\_\_\_\_ détermine que le feuillet de la veille, soit le vendredi 12, ne comporte aucune indication d'activités alors que c'est le cas des jours travaillés.

La consultation de l'agenda permet encore de constater que les feuillets du 11 septembre, du mercredi 24 au mercredi 31 décembre 1997 ne comportent aucune indication.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 19

\* COUR D'APPEL \*

En référence aux feuillets des 11 et 12 septembre 1997 et à ce qui a été retenu précédemment, la Cour d'appel considère que les feuillets ne comportant aucune mention d'activités correspondent à des jours de vacances s'il ne s'agit pas de jours fériés.

En conséquence, pour la période du 24 au 31 décembre 1997, l'employée a pris quatre jours de vacances, à savoir les mercredi 24, vendredi 26, lundi 29 et mardi 30 décembre 1997.

Il est encore constaté que le feuillet du 29 septembre 1997 comporte l'indication « vacances journée ».

De ce qui précède, il résulte qu'en 1997, T\_\_\_\_\_ a pris neuf jours de vacances, soit davantage que les 8,33 jours auxquels elle avait droit.

En 1998, conformément à ce que l'intimée admet et aux indications figurant dans l'agenda, les vendredi 7, lundi 10 et mardi 11 août ont été des jours de vacances. Tel a été également le cas des vendredi 2 juillet, lundi 5, mardi 6 janvier et mercredi 7 janvier (pas de feuillet dans l'agenda produit par T\_\_\_\_\_).

Le vendredi 11 décembre (mariage de V\_\_\_\_\_, le fils de l'intimée) a été un jour de congé usuel et non de vacances (art. 329 al. 3 CO ; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 112).

En conséquence, en 1998, l'employée a pris sept jours de vacances auxquels la Cour ajoute le solde de l'année précédente, soit 0,67 jour (art. 329c al. 1 et 329d al. 2 CO).

En 1998, le salaire mensuel de l'intimée a été de fr. 5'000.--. Le treizième salaire présente toutes les caractéristiques d'un salaire et doit être traité comme tel, il est donc à prendre en considération pour les vacances (ATF 109 II 448 = JdT 1984 I 222 ; Tercier, contrats spéciaux, No 2663).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 20

\* COUR D'APPEL \*

Pour les vacances non prises en 1998, la prétention de l'intimée est fondée à concurrence de 8,33% de fr. 65'000.-- (13 x fr. 5'000.--) = fr. 5'414,50 x 12,33/20e = fr. 3'338,05.

En 1999, les 26 mars et 5 décembre ont été des jours de vacances usuels, le premier en raison du mariage d'un fils de l'employée et le second pour le motif de son déménagement (Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 112).

Le jeudi 2 décembre (mention de vacances), les mercredi 2, jeudi 23 et 24 juin (pas d'indication d'activités), les lundi 27, mardi 28, mercredi 29 et jeudi 30 décembre 1999 (pas de feuillet dans l'agenda produit par T\_\_\_\_\_), sont considérés par la Cour d'appel comme des jours de vacances.

Ces derniers se sont donc élevés à huit en 1999.

Compte tenu d'un salaire mensuel de fr. 5'750.--, une somme de fr. 3'736.-- est allouée à l'intimée, soit fr. 74'750.--(13 x fr. 5'750.--) x 8,33% = fr. 6'226,65 x 12/20e.

Pour 2000, la prétention de l'intimée concerne les mois de janvier et février. Pour ces deux mois, son droit aux vacances a été de 3,33 jours (20 jours : 12 x 2). La consultation de l'agenda justifie de considérer que l'employée n'a pas pris de jours de vacances pendant ces deux mois.

En référence à un salaire mensuel de fr. 6'000.-- (soit fr. 6'500.-- avec le treizième salaire), le salaire journalier a été de fr. 298,85 (fr. 6'500.-- : 21,75) ce qui implique un montant dû de fr. 995,15 (fr. 298,85 x 3,33).

Sur la base de ce qui a été développé et retenu ci-dessus, pour les vacances non prises, une somme totale de fr. 8'069,20 est allouée à T\_\_\_\_\_.

#### **E. 4**

Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne prévoit le contrat ou l'usage, un contrat type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 21

\* COUR D'APPEL \*

s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (art. 321c al. 1 CO).

Selon le 2e alinéa de cette disposition légale, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordée au cours d'une période appropriée.

L'employeur est tenu de rétribuer des 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 (art. 321c al. 3 CO).

Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

La rétribution des heures supplémentaires, soit celles dépassant l'horaire contractuel, est réglée par l'art. 321c CO et dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal, elles constituent du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : LTr) et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25% selon l'art. 13 LTr (ATF 123 III 337 = SJ 2000 I 629).

D'après l'article 3 de cette loi, elle ne s'applique notamment pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée. Selon l'art. 7 de l'Ordonnance I concernant l'exécution de la LTr (ci-après : OLTr I), est réputé exercer une fonction dirigeante élevée 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.

Au sujet de la fonction dirigeante, le Tribunal fédéral a relevé que le fait qu'un 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

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 22

\* COUR D'APPEL \*

instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. Quant aux affaires essentielles, 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 au demeurant 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 (...). Plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités exercées qui comptent (nombre de subordonnés, chiffre d'affaire, etc.) (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I 629).

Des explications fournies par J \_\_\_\_\_, au terme de l'audience du 26 mars 2002 et confirmées par l'intimée, il résulte qu'en particulier la tenue, la marche de la fiduciaire, les prestations à la clientèle relevaient des décisions et de la responsabilité de J \_\_\_\_\_ lequel ne pouvait pas être représenté ni engagé par T \_\_\_\_\_. En conséquence, celle-ci n'a pas exercé une fonction dirigeante élevée au sens des art. 3 LTr et 7 OLTr I.

En principe, le cadre dirigeant ne peut prétendre à la rémunération d'heures supplémentaires selon l'art. 321c CO ; en effet, des cadres peuvent librement organiser leur temps de travail ; ils profitent par ailleurs souvent de la prospérité de l'entreprise ; de surcroît, leur salaire est souvent élevé et l'on peut admettre que le montant de la rémunération couvre non seulement un nombre d'heures de travail défini mais également l'activité qu'ils exercent dans sa totalité. Toutefois, le Tribunal fédéral a admis que des heures supplémentaires doivent être de toute façon payées au cadre dans trois cas : lorsqu'une rémunération pour de telles heures est convenue contractuellement, lorsque l'horaire de travail est convenue contractuellement et lorsque les heures supplémentaires sont destinées à effectuer des tâches qui sortent du cahier des charges (ATF du 6.2.1997 M. c/ E.C. ; J.A.R. 2000 page 150).

En l'espèce, les parties ont fixé contractuellement l'horaire de travail de l'employée.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 23

\* COUR D'APPEL \*

Cette dernière est donc habilitée à réclamer le paiement de ses heures supplémentaires sur la base de l'art. 321c CO.

Que les heures supplémentaires aient été proposées plutôt qu'imposées par l'employeur n'est pas décisif. Ce n'est que si le travailleur en prend l'initiative contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prête à discussion (...). En revanche, dès que c'est l'employeur qui y recourt, ces heures sont réputées s'accomplir dans son intérêt (ATF 116 II 69 = JdT 1990 I 384).

Des heures supplémentaires non ordonnées ou non approuvées ne donnent pas lieu aux prétentions visées par l'art. 321c al. 3 CO. Toutefois, l'employeur est tenu de rémunérer les heures supplémentaires lorsqu'il a laissé le travailleur les accomplir à son su (sinon à son vu) sans rien dire et que le travailleur a pu déduire que ces heures étaient approuvées (SJ 1986 p. 290 et note de M. Aubert ; SJ 1987 p. 546 ; JAR 1992 p. 116-117 ; CAPH du 20.2.1996 VI/58/24 ; CAPH du 4.3.1998 C/16381/97-8).

En l'espèce, il est établi que l'employeur savait que T\_\_\_\_\_ effectuait des heures supplémentaires.

Des témoignages d'employés (A\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_), il résulte que J\_\_\_\_\_ n'a jamais formellement interdit à T\_\_\_\_\_ de ne pas faire d'heures supplémentaires ou s'il s'en est plaint, il appert notamment que ce fut en raison de la présence des enfants de l'intéressée. Selon H\_\_\_\_\_, chaque collaborateur pouvait, si nécessaire, faire des heures supplémentaires, il n'y avait pas d'instruction particulière à ce sujet (...). Quant à A\_\_\_\_\_, même si elle ne les a pas reprises et n'a pas été rémunérée à ce titre, il lui est aussi arrivé de travailler le soir, parfois même très tard ; C\_\_\_\_\_ a également fait état d'heures supplémentaires. Quant à K\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_ lui a fait des remarques lui disant notamment qu'il ne voulait pas que les employés restent jusqu'à 22 ou 23 heures 30.

Un seul témoin (G\_\_\_\_\_) a fait état de la volonté de J\_\_\_\_\_ que l'intimée ne travaille pas le soir et les week-ends et du fait qu'il l'a dit à

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 24

\* COUR D'APPEL \*

l'intéressée ; comme relevé ci-dessus, il appert que ce fut surtout en raison de la présence des enfants de T\_\_\_\_\_.

Par rapport aux témoignages recueillis, les déclarations de G\_\_\_\_\_ ne suffisent pas pour retenir que J\_\_\_\_\_ a manifesté sa volonté que T\_\_\_\_\_ ne fît pas d'heures supplémentaires. De toute manière, l'attitude de J\_\_\_\_\_ n'a pas été celle d'un employeur qui entendait faire respecter ses instructions.

La Cour d'appel estime pertinente la remarque de A\_\_\_\_\_ selon laquelle J\_\_\_\_\_ se doutait probablement que le travail n'avancerait plus sans les heures supplémentaires que faisait l'intimée.

La prétention de T\_\_\_\_\_ en paiement d'heures supplémentaires, sur la base de l'art. 321c CO, est donc fondée.

Ces heures doivent régulièrement faire l'objet d'un décompte et être payées à chaque terme, en même temps que le salaire normal ; les problèmes les plus fréquents sont ceux liés à la difficulté d'en prouver l'existence (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I p. 629 ; SJ 1986 p. 261 ; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 36 ; Duc, Commentaire du contrat individuel du travail, p. 131).

La preuve d'une prétention en matière de travail supplémentaire incombe à l'employé (ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19).

T\_\_\_\_\_ a tenu son agenda qu'elle a communiqué dans le cadre de la procédure. Certaines pages de cet agenda ont été visées par J\_\_\_\_\_ ; cela a été le cas, par exemple, des feuillets des 30 septembre 1998, 8, 9, 10 et 11 décembre 1997. Lors de l'audience de la Cour d'appel du 21 février 2002 (p. 4), J\_\_\_\_\_ a déclaré avoir effectivement contrôlé l'agenda pour tenir les fiches des clients et que cet agenda lui avait servi exclusivement pour la facturation aux clients et pour les statistiques internes.

Du décompte (pièce 3) joint à la demande, il résulte que comme heures supplémentaires productives, selon l'agenda, T\_\_\_\_\_ a invoqué 646,75

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 25

\* COUR D'APPEL \*

heures (heures totales : 2'804,75), 721,30 heures (2'906,30) et 78,35 heures (426,95) respectivement pour 1998, 1999 et 2000.

La Cour d'appel a procédé, en fonction des activités horaires indiquées pour chaque jour de travail, à un récapitulatif des heures totales pour chacune des trois années concernées. Pour 1998, 1999 et 2000, la Cour est parvenue respectivement à des totaux de 2'726,30 (soit 78,45 heures de moins que la demanderesse), 2'804,15 heures (soit 102,15 heures de moins) et 397,70 (soit 9,25 heures de moins que la demanderesse).

Compte tenu du nombre considérable d'heures à prendre en considération, du fait que certains feuillets sont difficilement lisibles, voire illisibles, la différence entre les heures calculées par la juridiction de céans et celles invoquées par l'intimée n'amène pas la Cour à corriger les nombres d'heures allégués par T\_\_\_\_\_, qui n'ont pas été valablement contestées par sa partie adverse. En effet, celle-ci, sans autre précision, s'est limitée à contester le décompte de l'intimée.

Selon E\_\_\_\_\_ SA, les heures indiquées sur l'agenda sont celles destinées à la facturation et ne correspondent pas forcément au temps de travail. Cette allégation a été confirmée par la comptable G\_\_\_\_\_, laquelle, lors de son audition par la Cour d'appel, a notamment expliqué que « pour la facturation, les collaborateurs ont un agenda et selon les activités, il y a un tarif plus ou moins fixé. Par exemple, un téléphone dure 15 minutes, une lettre dure 30 minutes, une déclaration simple une heure. En conséquence, ces durées ne correspondent pas nécessairement au travail fait » (PV du 26.3.2002, p. 3).

Lors de cette même audience, H\_\_\_\_\_, comptable, a confirmé que pour la facturation « nous avons une espèce de forfait selon l'objet de l'activité et le temps indiqué dans l'agenda ne correspondait pas nécessairement au temps effectué. Nous ne portons dans l'agenda que les activités destinées à être facturées ».

Par ailleurs, la Cour d'appel relève que, dans le cadre de son examen de l'agenda, le nombre d'heures mentionné certains jours l'amène à constater que des heures indiquées paraissent difficilement réalisables, voire exclues en un jour de travail.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 26

\* COUR D'APPEL \*

Tel a été le cas, par exemple, des mardi 23 septembre 1998 (17 heures), vendredi 11 juin 1999 (17 heures 30), vendredi 9 juillet 1999 (17 heures 30), vendredi 16 juillet 1999 (19 heures 45), vendredi 23 juillet 1999 (20 heures, sous réserve d'un chiffre - 4 heures et demie - difficile à lire), vendredi 6 août 1999 (17 heures 30), jeudi 2 septembre 1999 (20 heures 30), vendredi 1er octobre 1999 (20 heures), vendredi 22 octobre 1999 (17 heures 30), vendredi 5 novembre 1999 (21 heures 45) et un vendredi de décembre 1999 (17 heures). La Cour n'a pas tenu compte des lundis – 20 avril : 19 heures 45, 2 mai : 20 heures 30, 22 juin : 17 heures, 13 juillet : 18 heures 15, 4 septembre : 17 heures 30, 21 septembre : 17 heures 15, 29 septembre : 17 heures, 19 octobre : 23 heures 30, 26 octobre : 21 heures, 16 novembre : 23 heures 15, 23 novembre : 23 heures, 30 novembre 1998 : 18 heures, 11 janvier : 21 heures 45, 8 février : 19 heures 15, 6 mars : 21 heures 45, 15 mars : 23 heures, 11 juin : 17 heures 30, 9 juillet 1999 : 17 heures 30 - ; en effet, des explications de T\_\_\_\_\_, il résulte que lorsqu'elle travaillait le week-end, elle reportait les heures des samedi et dimanche sur la page du lundi (PV du 21.2.2002, p. 4).

Il n'en demeure pas moins que les éléments repris ci-dessus confirment que les heures portées sur l'agenda étaient celles destinées à la facturation et ne correspondaient pas nécessairement au temps de travail effectué. Telle est donc la solution retenue par la Cour d'appel.

C'est dire que les heures supplémentaires faites par l'intimée et donnant droit à une rémunération ne peuvent pas être déterminées d'une manière concrète et précise.

A cela s'ajoutent d'autres considérations. Ainsi, du dossier, il résulte notamment que T\_\_\_\_\_ n'utilisait pas pleinement ses heures de travail (témoins G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_), que ses enfants étaient assez souvent sur son lieu de travail (témoin G\_\_\_\_\_) et qu'elle venait au bureau en particulier pour des raisons personnelles (témoin I\_\_\_\_\_).

S'agissant de déterminer les heures supplémentaires de travail effectif de T\_\_\_\_\_, la Cour d'appel se réfère aux indications fournies, à titre

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 27

\* COUR D'APPEL \*

d'exemple, dans l'acte d'appel (pages 17 et 18) relatives aux activités facturées et effectuées et qui n'ont pas été contestées :

Tâches Facturées Durée d'exécution Courrier simple 30 minutes

## **E. 5**

Sous chiffre 3, la Cour a déjà déterminé à fr. 500.-- par mois le montant correspondant au 13e salaire de l'année 2000. En conséquence, le jugement

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 30

\* COUR D'APPEL \*

entrepris est confirmé en tant qu'il a alloué fr. 1'000.-- à la demanderesse à titre de 13e salaire pour les mois de janvier et février 2000.

## E. 6

Sur demande reconventionnelle, l'appelante conclut à la condamnation de sa partie adverse à lui verser fr. 150'000.--.

En référence à ce qui a été développé précédemment sous chiffre 1, la Cour rappelle que la réponse d'E\_\_\_\_\_ SA, comportant des conclusions sur demande reconventionnelle en fr. 150'000.-- et déposée le 15 septembre 2000, n'est pas écartée de la procédure. D'ailleurs, dans son écriture après enquêtes du 25 juin 2001, E\_\_\_\_\_ SA a confirmé ses conclusions.

En conséquence, si les premiers juges sont entrés en matière au sujet de la demande reconventionnelle à hauteur de fr. 145'000.-- - en fonction des conclusions prises lors de l'audience du 30 janvier 2001 (p. 6) - la demande reconventionnelle d'E\_\_\_\_\_ SA a été valablement prise à concurrence de fr. 150'000.--.

L'appelante invoque le fait que l'employée a emporté au minimum 25 dossiers de la fiduciaire et que des clients ont quitté ladite fiduciaire à l'instigation de T\_\_\_\_\_.

En vertu de l'art. 321a al. 1er CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Il doit, en particulier, renoncer à tout ce qui pourrait nuire économiquement à l'employeur (Rehbinder, No 3 ad. art. 321a CO ; Staehelin, No 14 ad. art. 321a CO). Le devoir de fidélité du travailleur n'est toutefois pas illimité. Il trouve sa limite dans l'intérêt légitime du travailleur au libre épanouissement de sa personnalité ; en fait partie notamment l'intérêt à déployer une autre activité (Rehbinder Nos 7, 9 ad. art. 321a CO ; Staehelin, Nos 8, 34 ad. art. 321a CO ; Brühwiler No 2c ad. art. 321a CO). C'est pourquoi un travailleur peut, pendant qu'il est soumis à un contrat de travail, préparer une activité ultérieure. Il viole toutefois son obligation de fidélité lorsque ces préparatifs contreviennent à la bonne foi. C'est avant tout le cas lorsque le travailleur se met à faire concurrence à son employeur avant la fin du délai de

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 31

\* COUR D'APPEL \*

congé ou qu'il recrute des employés ou débauche des clients à son employeur (ATF 104 II 28, JdT 1978 I 514 ; arrêt non publié de la première Cour civile du 26 mai 1988 dans la cause L.SA c. de M.) (ATF 117 II 72 = JdT 1992 I 569 ; CAPH du 13.1.1998 VIII / 106 / 96 p. 3; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 24).

Comme l'ont relevé les premiers juges, la responsabilité contractuelle du travailleur (art. 321e CO) est régie par les règles générales et elle implique que :

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

E\_\_\_\_\_ SA a fait état de dossiers emportés par l'employée.

Des témoins entendus ont expliqué qu'après les prestations de l'appelante, leurs dossiers et pièces leur étaient rendus (P\_\_\_\_\_, U\_\_\_\_\_), d'autres clients ont récupéré leurs dossiers en quittant E\_\_\_\_\_ SA (O\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_ et

N\_\_\_\_\_).

Des attestations confirment la restitution de dossiers à des clients de la fiduciaire à la fin février 2000.

Il n'a pas été établi que l'intimée serait intervenue à ces occasions en violation de ses obligations contractuelles et qu'un préjudice aurait été causé à E\_\_\_\_\_ SA.

Cette dernière invoque également la disparition de pièces et de dossiers des archives de la fiduciaire et du piratage de ses ordinateurs. Non seulement ces allégations n'ont pas été établies mais de plus il n'a pas été prouvé que T\_\_\_\_\_ pourrait être mise en cause.

E\_\_\_\_\_ SA reproche également à sa partie adverse d'avoir incité des clients à quitter la fiduciaire.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 32

\* COUR D'APPEL \*

Tous les clients entendus en appel, à savoir huit témoins – seul U\_\_\_\_\_ a été auditionné en première instance – ont en substance expliqué que, si T\_\_\_\_\_ les a informés de son départ de la fiduciaire, ils ont quitté cette dernière par leur seule décision, l'intimée ne les ayant pas incités à le faire. Certains clients ont d'ailleurs dû entreprendre des démarches pour retrouver T\_\_\_\_\_ (Q\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_).

Lorsqu'elle était employée d'E\_\_\_\_\_ SA, l'intimée s'occupait personnellement de dossiers de clients qui ont quitté l'appelante. Non seulement – comme l'a relevé notamment R\_\_\_\_\_, le client est libre de choisir sa fiduciaire – mais de plus pour le genre de prestations concernées, les contacts personnels jouent un rôle important entre les parties au mandat.

Sur la base de ce qui a été examiné ci-dessus, l'appelante n'est pas fondée à invoquer une violation des obligations de sa partie adverse, en particulier de son devoir de fidélité.

Pour ce qui est de U\_\_\_\_\_, il appert que T\_\_\_\_\_ est effectivement intervenue auprès de ce client d'E\_\_\_\_\_ SA et lui a envoyé sa déclaration d'impôt ; mais, d'une part, l'intimée n'était alors plus employée de la fiduciaire et, d'autre part, cette dernière n'a pas subi de préjudice ; en effet, U\_\_\_\_\_ a versé fr. 130.-- à E\_\_\_\_\_ SA et il est resté client de cette fiduciaire (en tout cas pour 2001).

En conséquence, les conclusions sur demande reconventionnelle formulées par E\_\_\_\_\_ SA sont infondées.

## **E. 7**

Sur la base de ce qui a été développé et retenu dans le présent arrêt, l'appelante doit à sa partie adverse fr. 5'000.-- (à titre de salaire d'août 1997), fr. 8'069,20 (pour vacances non prises), fr. 27'842,90 (pour les heures de travail supplémentaires) et fr. 1'000.-- (comme treizième salaire de janvier et février 2000), soit une somme totale de fr. 41'912,10. Ce montant porte intérêts à 5% dès le 27 juillet 2000 conformément au jugement, qui n'a pas été critiqué sur ce point.

Par souci de clarté, ce jugement est annulé dans son intégralité.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/17787/2000-4 33

\* COUR D'APPEL \*

**E. 8**

Vu la solution de la cause, chacune des parties est condamnée à la moitié de l'émolument de fr. 4'000.-- et de l'indemnité de fr. 230.-- allouée au témoin N\_\_\_\_\_ (art. 78 al. 1 LJP).

La Cour d'appel n'envisage pas d'allouer des dépens à E\_\_\_\_\_ SA ; en effet, il ne saurait être considéré que l'intimée a plaidé de manière téméraire (art. 76 al. a LJP).

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