

# **GE\_GERICHTE C/16225/2017 vom 12. Juni 2019**

GE Cour de justice, 2019-06-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_16225\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_16225_2017)

FR: GE\_GERICHTE C/16225/2017 du 12 juin 2019

IT: GE\_GERICHTE C/16225/2017 del 12 giugno 2019

## **Regeste**

CO.322d; CO.18.al1; CO.1.al1; CO.321c; CO.329d.al1; CO.321e.al1

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC). Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). L'appel a été déposé dans le délai prescrit. Il est ainsi recevable à cet égard.

### **E. 1.2**

Selon la jurisprudence, pour satisfaire à son obligation de motivation de l'appel prévue par l'art. 311 al. 1 CPC, l'appelant doit démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 p. 375). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'appel est irrecevable. Tel est notamment le cas lorsque la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée, ou si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2; 4A\_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3; 5A\_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2). Il s'agit là de conditions de recevabilité de l'appel, la Cour d'appel ne devant pas entrer en matière si le recours n'indique pas quel point est critiqué et ne motive pas en quoi la motivation du tribunal de première instance serait fautive. Le présent appel, qui respecte les dispositions précitées est recevable, à l'exception de ce qui concerne la violation alléguée du devoir de diligence et de fidélité de l'intimé, et partant du paiement de la somme de 22'953 fr. 50. L'appelante ne consacre en effet aucune critique précise du raisonnement du Tribunal à cet égard et ne fait que substituer sa propre version des faits. Par ailleurs, l'appelante ne

formule pas de grief en appel s'agissant de l'invalidation de la clause contractuelle prévoyant le paiement d'un 13<sup>ème</sup> salaire, de sorte que ce point ne sera pas revu par la Cour.

### **E. 1.3**

L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). La Cour dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit. En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

### **E. 1.4**

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art. 247 al. 2 let. b. ch. 2 CPC et art. 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 ss CPC).

### **E. 2**

L'appelante forme des allégués nouveaux et produit de nouvelles pièces concernant la violation du devoir de fidélité et de diligence de l'intimé. Elle forme également des allégués nouveaux concernant les horaires effectués par l'intimé.

#### **E. 2.1**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte au stade de l'appel que s'ils sont produits sans retard (let. a) et ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Cette disposition régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, sans faire d'exception pour les cas où le juge établit les faits d'office (ATF 138 III 625 consid. 2.2).

#### **E. 2.2**

En l'occurrence, l'appelante allègue avoir découvert fortuitement en octobre 2018 des fichiers informatiques concernant des chantiers dont l'intimé se serait chargé en 2015. Elle n'explique toutefois pas pour quelle raison elle était dans l'impossibilité de découvrir lesdits fichiers antérieurement, étant rappelé que les rapports de travail ont pris fin en juillet 2015, et qu'elle n'a pas non plus allégué qu'elle aurait été empêchée, pour un motif justifié, d'accéder au compte informatique de l'intimé. Par conséquent, les allégués nouveaux et les pièces nouvellement produites sont irrecevables. Il en va de même des allégués nouveaux concernant les horaires effectués par l'intimé. En effet, en première instance, l'appelante s'est bornée à exposer que l'intimé avait effectué moins d'heures en 2014 qu'en 2013 (all. 25, p. 7 de la réponse du 5 février 2018). Ce n'est que dans son acte d'appel qu'elle a fait valoir que l'intimé aurait fait tant des heures de gestion de bureau/administration que des heures relatives à la recherche de mandats. Lesdits allégués sont en conséquence tardifs et donc irrecevables. En tout état, lesdits faits et pièces ne sont pas déterminants pour l'issue du litige, dès que cela sera développé ci-après.

### **E. 3**

L'appelante se plaint d'un établissement inexact des faits et d'une appréciation arbitraire des preuves, en tant que le Tribunal a retenu qu'un 13<sup>ème</sup> salaire avait été convenu

contractuellement.

### **E. 3.1**

Le treizième salaire ne constitue pas une indemnité spéciale accordée en plus du salaire au sens de l'art. 322d al. 1er CO ; il s'agit d'un élément du salaire annuel dont l'échéance est différée. Autrement dit, le treizième mois, comme le salaire proprement dit, est la contrepartie de la mise à disposition par le salarié de sa force de travail (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_579/2008 du 26 février 2009 consid. 2.2; 4C\_301/2001 du 21 février 2002 consid. 4; 4C\_277/2000 du 19 décembre 2000 consid. 3b ; ATF 109 II 447 consid. 5c ; Bruhwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2ème éd., n. 7 ad art. 322d CO; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 12 ad art. 322 CO et n. 6 ad art. 322d CO; Wyler, Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 165; Aubert, Commentaire romand, n. 2 ad art. 322d CO).

### **E. 3.2**

Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO). Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Pour déterminer si un contrat a été conclu, quels en sont les cocontractants et quel en est le contenu, le juge doit ainsi interpréter les manifestations de volonté (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Il doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 118 II 365 consid. 1; 112 II 337 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Si sa recherche aboutit à un résultat positif, le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1 p. 286) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêts du Tribunal fédéral 5C\_252/2004 du 30 mai 2005 consid. 4.3; 4A\_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 6.2.1) -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 et 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3).

### **E. 3.3**

La notion de faits établis de façon manifestement inexacte se recoupe avec celle d'arbitraire dans l'appréciation des preuves (Corboz et alii., Commentaire de la LTF, Berne 2009, n. 19 ad art. 97; Chaix, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II 257 ss, ch. 15 p. 266). Il convient dès lors d'examiner si le premier juge a outrepassé son pouvoir d'apprécier les preuves et - par voie de conséquence - s'il a versé dans l'arbitraire. Le juge tombe dans l'arbitraire si, sans raison sérieuse, il omet de prendre en considération un élément important propre à modifier la décision, s'il se fonde sur un moyen manifestement inapte à apporter la preuve, s'il a, de manière évidente, mal compris le sens et la portée d'un moyen de preuve ou encore si, sur la base des éléments réunis, il a fait des déductions insoutenables. Le grief tiré de l'appréciation arbitraire des preuves ne peut être pris en considération que si son admission est de nature à modifier le sort du litige, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il vise une constatation de fait n'ayant aucune incidence sur l'application du droit (ATF 127 I 38 consid. 2a). En outre, l'arbitraire, prohibé par l'art. 9 Cst, ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 129 I 8 consid. 2.1). A teneur de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

### **E. 3.4**

En l'espèce, l'appelante soutient qu'il ne pouvait pas être exclu de manière certaine que l'intimé ait inséré, à son insu, dans l'article 8 du contrat de travail, une clause relative au versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire. Elle fait également valoir qu'aucun employé ne perçoit un tel 13<sup>ème</sup> salaire. La Cour revoit en appel les faits avec un plein pouvoir d'examen (cf. supra consid. 1.3) et non seulement sous l'angle restreint de l'arbitraire. Quoi qu'il en soit, le Tribunal n'a fait preuve d'arbitraire ni dans l'établissement des faits, ni dans l'appréciation des preuves en retenant que les parties sont convenues du versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire. En effet, et comme l'a retenu à bon droit le Tribunal, c'est l'appelante qui a procédé à la rédaction du contrat de travail et l'a transmis pour validation et signature à l'intimé, ce que ce dernier a fait le 28 avril 2011. Elle n'a en particulier allégué aucun élément précis permettant d'étayer ses propos. L'appelante n'a pas démontré que le contrat qu'elle a adressé par courriel à l'intimé aurait été modifié, alors qu'elle avait la charge de la preuve de cette allégation. Un tel fait, contesté par l'intimé, ne résulte par ailleurs pas du dossier. En effet, l'appelante n'a produit aucun contrat démontrant son allégation selon laquelle tous les employés seraient rémunérés par le paiement de 12 salaires et non de 13 salaires. Elle n'a pas non plus sollicité l'audition de témoins sur ce point, en particulier l'audition de la secrétaire ayant préparé le projet de contrat. Ainsi, l'appelante n'a pas prouvé que la pratique de la société était de verser 12 salaires seulement. En tout état, une telle pratique ne permettrait pas de retenir que les parties seraient convenues du paiement du salaire 12 fois l'an. Ainsi, la Cour retient que les parties sont convenues du versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire. Le Tribunal a correctement établi les faits et apprécié les preuves.

### **E. 3.5**

Le chiffre 4 du dispositif du jugement entrepris sera ainsi confirmé.

### **E. 4**

L'appelant reproche au Tribunal d'avoir constaté les faits de manière incomplète et d'avoir mal apprécié les preuves s'agissant du paiement des heures supplémentaires.

#### **E. 4.1**

L'art. 321c CO dispose que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces. Constituent des heures supplémentaires, au sens de l'art. 321c CO, les heures accomplies au-delà du temps de travail prévu par le contrat ou l'usage, par un contrat-type ou une convention collective (ATF 116 II 69 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 4.1).

#### **E. 4.2**

La durée habituelle du travail dans une entreprise ne vaut généralement pas pour les cadres supérieurs. On attend d'eux qu'ils fournissent des prestations un peu plus conséquentes. En principe, le cadre dirigeant ne peut donc prétendre à la rémunération des heures supplémentaires, car il a la liberté de répartir son travail et le surcroît de travail est compensé par un salaire de base plus élevé. Il est important de considérer que lorsqu'on occupe une position supérieure, ce sont avant tout l'ampleur et le poids des tâches à accomplir qui déterminent la contre-prestation de l'employeur, bien plus que la durée du travail hebdomadaire; conformément à leur degré de responsabilité et d'indépendance, les cadres supérieurs peuvent aménager leur temps de travail relativement librement. En l'absence d'une réglementation expresse du temps de travail, ils ne peuvent donc prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires effectuées que lorsqu'on leur confie des tâches excédant leur cahier des charges, ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_320/1996 du 6 février 1997 consid. 5a et les réf. citées, publié in JAR 1998, pp. 145 ss, Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 104). La règle de l'art. 321c CO vaut cependant également pour les cadres supérieurs lorsque leur temps de travail a été déterminé contractuellement (ATF 129 III 171 consid. 2.1, JdT 2003 I 241). Lorsque le contrat de travail ne fixe pas la durée du travail, le juge détermine à la lumière de toutes les circonstances le seuil à partir duquel l'employé dirigeant est réputé accomplir des heures supplémentaires, compte tenu du niveau des responsabilités exercées, de la liberté laissée au salarié pour gérer son temps et du montant de son salaire (Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 10 ad art. 321c CO).

#### **E. 4.3**

En application de l'art. 8 CC, il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires et qu'elles ont été annoncées à l'employeur ou que celui-ci avait connaissance ou devait avoir connaissance de leur existence (ATF 129 III 171 consid. 2.4; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 102). Le travailleur doit aussi démontrer que lesdites heures supplémentaires ont été soit ordonnées par l'employeur, soit qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_40/2008 du 19 août 2008 consid. 3.3.1; 4C\_177/2002 du 31 octobre 2002 consid. 2.1; Dunand, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 47 ad art. 321c CO, p. 97). Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que

l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Une annonce rapide du nombre d'heures supplémentaires exact n'est alors pas indispensable à la rémunération de celles-ci, d'autant moins lorsque les parties ont convenu de la possibilité de compenser plus tard les heures supplémentaires en temps libre (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2017 du 17 juillet 2018).

#### **E. 4.4**

En l'espèce, l'appelante soutient que l'intimé n'a pas effectué d'heures supplémentaires, une partie des heures travaillées ne concernant pas l'activité d'architecte mais celle de gérant de la société. Comme retenu sous consid. 2.2 supra, lesdites allégations sont irrecevables. L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu la double fonction qu'occupait l'intimé au sein de l'entreprise et de ne pas avoir retranché les heures relatives à la fonction d'associé-gérant des heures totales effectuées par l'intimé. Outre qu'elle ne s'est pas prévalu de ce dernier fait devant le Tribunal, seule la fonction ayant été invoquée, de sorte qu'il est irrecevable dans la présente procédure d'appel, l'appelante n'a pas allégué ni démontré que le salaire de l'intimé aurait augmenté, lorsqu'il est devenu associé-gérant en novembre 2012. Il résulte au contraire du dossier que le salaire de l'intimé est demeuré inchangé tout au long de la relation contractuelle. Ainsi, le travail supplémentaire engendré par l'activité de cadre dirigeant n'a pas été compensé par une rétribution supérieure à celle prévalant antérieurement. Par ailleurs, et contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimé n'a pas été associé "durant toute la durée des rapports de travail", dès lors qu'il a commencé son activité, comme architecte uniquement, au mois de juillet 2011 et qu'il n'a été inscrit comme associé-gérant qu'en novembre 2012. Il s'ensuit que l'intimé a, sur le principe, droit au paiement des heures supplémentaires effectuées. Il convient d'en déterminer le nombre. Il résulte des pièces versées à la procédure, établies par l'appelante elle-même, se fondant sur les relevés fournis par l'intimé, dont elle ne conteste pas la teneur, que ce dernier a effectué 130.8 heures, en sus des 1'989 heures annuelles, en 2013 et 44.45 heures supplémentaires en 2015. Le raisonnement du Tribunal, selon lequel devaient être déduites de ces 174 heures (recte 175) les heures non travaillées - et non comptabilisées comme vacances - du 17 décembre 2014 au 9 janvier 2015, représentant 15 jours ouvrables, ne prête pas le flanc à la critique. Par ailleurs, l'allégation de l'appelante selon laquelle l'intimé devait effectuer 2'040 heures de travail par an n'est corroborée par aucun élément du dossier. Au contraire, il résulte des tableaux horaires produits que ce nombre est de 1'989. En effet, l'appelante ne tient compte que des quatre semaines de vacances et omet de prendre en considération les jours fériés officiels.

#### **E. 4.5**

Par conséquent, le Tribunal a correctement établi les faits en retenant que l'intimé avait effectué 46.5 heures supplémentaires. Le salaire horaire n'étant pas critiqué, pas plus que la majoration du salaire de 25%, le chiffre 6 du dispositif du jugement sera confirmé.

#### **E. 5**

L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir accordé à l'intimé le paiement de plus de 4 jours de vacances non prises durant les rapports de travail.

#### **E. 5.1**

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

## **E. 5.2**

Dans le présent cas, l'appelante ne fait qu'opposer sa propre version des faits, soutenant que l'intimé n'avait pas effectué d'heures supplémentaires. Comme cela a été retenu ci-avant, l'intimé a effectivement travaillé plus longtemps que la durée contractuellement fixée par les parties et a réalisé plusieurs heures supplémentaires. De ces heures ont été déduites les trois semaines durant lesquelles l'intimé n'a pas travaillé (15 jours ouvrables; cf consid. 4.4), de sorte qu'elles ont d'ores et déjà été prises en considération. Il ne saurait ainsi être question de les comptabiliser, une seconde fois, dans le calcul du droit aux vacances. En tout état, et contrairement au calcul opéré par les premiers juges, l'intimé avait droit, pour l'année 2015, au paiement de dix jours de vacances, et non de 4 jours, dès lors que les 6 jours comptabilisés à tort comme vacances, du 2 au 9 janvier 2015, ont en réalité été déjà pris en compte dans le calcul des heures supplémentaires (étant précisé que la période du 17 décembre 2014 au 9 janvier 2015 représente 15 jours ouvrables, les 25 décembre, 31 décembre et 1<sup>er</sup> janvier étant des jours fériés). A défaut d'autre grief de l'appelante concernant le nombre de jours de vacances de l'intimé, et le salaire horaire n'étant pas contesté par l'appelante, le chiffre 5 du dispositif du jugement sera confirmé.

## **E. 6**

L'appelante fait grief au Tribunal de ne pas avoir admis que l'intimé avait violé son devoir de diligence et de fidélité.

### **E. 6.1**

Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions: un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité naturelle et adéquate entre ladite violation et le dommage ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_310/2007 du 4 décembre 2007 consid. 6.2). Ces conditions sont cumulatives. Il suffit que l'une d'elles fasse défaut pour que la demande doive être rejetée. La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (art. 321e al. 2 CO). Un salarié exerçant une fonction dirigeante ou au bénéfice d'une rémunération élevée pourra se voir poser des exigences plus élevées ou être amené à répondre de façon plus large de la réalisation d'un risque professionnel (ATF 110 II 344 consid. 6b/ee, in JdT 1985 I 380). Il ne saurait toutefois y avoir de violation contractuelle entraînant la responsabilité du travailleur lorsque l'employeur ordonne ou tolère le comportement qui a causé le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_599/2013 du 17 mars 2015 consid. 3.2.3 et les références citées). En outre, la faute concomitante de l'employeur peut entraîner une réduction de la responsabilité du travailleur, notamment en cas de mauvaise organisation du travail, de défaut d'instruction ou de contrôle insuffisant du travailleur (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_123/2007 du 31 août 2007 consid. 8.2; 4C.87/2001 du 7 novembre 2011 consid. 4b; 4C.103/2005 du 1<sup>er</sup> juin

2005 consid. 1.3). Il appartient à l'employeur de prouver l'existence du dommage et son ampleur, ainsi que la violation, par le travailleur, de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité entre cette violation et le dommage (ATF 97 II 145 consid. 5b; arrêt du Tribunal fédéral 4C. 323/1995 du 13 janvier 1997 consid. 4e). Le travailleur pourra ensuite apporter la preuve libératoire de son absence de faute, voire d'une faute qui n'est que légère si l'activité présente un risque professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_195/2004 du 7 septembre 2004 consid. 2.1; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., 2010, n. 6 ad art. 321 e CO; Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6ème éd., 2015, n. 6 ad art. 321e CO, Emmel, OR-Handkommentar, 2007, n. 3 ad art. 321e CO).

## **E. 6.2**

En l'espèce, le grief de l'appelante se fonde essentiellement sur des faits et des pièces nouvelles, irrecevables. Par ailleurs, l'argumentation de l'appelante frise la témérité. En effet, il résulte de l'audition du témoin I\_\_\_\_\_ que l'appelante a confié à D\_\_\_\_\_ SARL, soit à l'intimé notamment, lorsque ladite société était active, soit entre mars 2013 et novembre 2015, plusieurs mandats, fait que l'appelante n'a pas contesté. L'appelante avait ainsi non seulement connaissance de l'existence de la société susmentionnée mais encore elle a collaboré avec elle à plusieurs occasions. De plus, il ne résulte pas de la procédure que l'intimé aurait perçu un salaire de ladite société, lorsqu'il était employé de l'appelante. Aucune violation du contrat ne peut ainsi être reprochée à l'intimé, de sorte que la première condition posée par l'art. 321e al. 1 CO n'est pas réalisée.

## **E. 6.3**

Le grief de l'appelante sera par conséquent rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions prévues par l'art. 321e CO.

## **E. 7**

Le jugement entrepris sera par conséquent intégralement confirmé.

## **E. 8**

Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe intégralement (art. 106 al.1 CPC). Dans la mesure où la valeur litigieuse s'élève en l'espèce à 58'996 fr. 70 (contestation du 13ème salaire de 30'000 fr., des heures supplémentaires de 2'566 fr. 20, contestation du droit aux vacances supérieur à 1'379 fr. 30, soit 3'477 fr. et conclusions en paiement de 22'953 fr. 50), les frais judiciaires seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 71 RTFMC). L'appelante sera en conséquence condamnée à verser 1'000 fr. à ce titre à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire. Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 29 octobre 2018 par A\_\_\_\_\_ SARL contre le jugement JTPH/300/2018 rendu le 27 septembre 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/16225/2017-5, à l'exception de violation alléguée du devoir de diligence et de fidélité de B\_\_\_\_\_. Au fond : Confirme ce jugement. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires à 1'000 fr. et les met à la charge de A\_\_\_\_\_ SARL. Condamne A\_\_\_\_\_ SARL à verser à ce titre 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le

Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.

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