

# **GE\_GERICHTE C/3340/2015 vom 13. Juli 2018**

GE Cour de justice, 2018-07-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_3340\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_3340_2015)

FR: GE\_GERICHTE C/3340/2015 du 13 juillet 2018

IT: GE\_GERICHTE C/3340/2015 del 13 luglio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour de justice (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 145 al. 1 let. b, 308 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse, compte tenu de l'ensemble des prétentions demeurées litigieuses en première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC). L'appel joint formé par l'intimée dans son mémoire de réponse est également recevable (art. 313 al. 1 CPC). Par souci de simplification, A\_\_\_\_\_ sera désignée ci-après comme l'appelante et B\_\_\_\_\_ SA comme l'intimée.

### **E. 1.2**

La valeur litigieuse étant en l'occurrence supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire s'applique, de même que les maximes des débats et de disposition (art. 55, 58 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). En vertu de la maxime de disposition, le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse (art. 58 al. 1 CPC). Le principe *jura novit curia* (cf. art. 57 CPC) impose au juge d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Le juge est en revanche lié par l'objet et le montant des conclusions qui lui sont soumises, en particulier lorsque l'intéressé qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_50/2017 du 11 juillet 2017 consid. 3.1; 4A\_678/2016 du 22 mars 2016 consid. 3.2.1; 4A\_440/2010 du 7 janvier 2011 consid. 3.1, n. p., de l'ATF 137 III 85).

### **E. 1.3**

La Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par les juges de première instance et vérifie si ceux-ci pouvaient admettre les faits qu'ils ont 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. 2**

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir déclaré irrecevable l'amplification de ses conclusions formée le 13 avril 2017. Elle a repris ses conclusions amplifiées en appel, tout en amplifiant une seconde fois ses conclusions dans sa réponse sur appel joint. 2.1.1 Aux termes de l'art. 227 al. 1 CPC, la demande peut être modifiée jusqu'à l'ouverture des débats principaux si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et qu'elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a) ou que la partie adverse y consent (let. b). Une fois les débats principaux ouverts, une prétention nouvelle ou modifiée ne peut être introduite que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies (art. 230 al.

1 CPC) : la même procédure est applicable à la nouvelle prétention; celle-ci présente un lien de connexité avec les premières prétentions ou la partie adverse y consent; elle repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 CPC (Schweizer, CPC commenté, p. 868 ss ad art. 230 n. 8). 2.1.2 La prise de conclusions nouvelles en appel est soumise à deux conditions cumulatives : il faut que les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC soient remplies (art. 317 al. 2 let. a CPC) et que les conclusions nouvelles reposent sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 let. b CPC), lesquels doivent, de leur côté, remplir les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC pour pouvoir être allégués et présentés. 2.2.1 En l'espèce, se référant aux tableaux analytiques fournis par l'intimée à l'appui de sa réponse du 17 août 2015, l'appelante a conclu le 6 novembre 2015 à ce que cette dernière soit condamnée à lui verser le montant brut de 230'830 fr., à titre de remboursement des imputations opérées à tort sur ses salaires de 2009 à 2014. Ce montant correspondait à la somme des " frais généraux " et " frais généraux liés au personnel " mentionnés sur les tableaux analytiques produits par l'intimée. L'appelante a également conclu au versement du montant brut de 316'982 fr., à titre de remboursement des prélèvements sociaux effectués sur sa rémunération et correspondant à la part patronale. Dans ses plaidoiries finales écrites du 13 janvier 2017, l'appelante a augmenté ses conclusions à 402'916.20 (brut), à titre de remboursement des imputations opérées à tort sur ses salaires de 2009 à 2014. Il résulte des explications idoines fournies par l'appelante que celle-ci a procédé à un nouveau calcul, toujours en se référant aux tableaux analytiques fournis par l'intimée. Elle a ainsi considéré que la somme qui lui était due pour ce poste correspondait au 60% de la " marge sur commission ", sous déduction de son salaire fixe et de quelques charges admises tels que ses frais de parking; dans ce calcul modifié, l'appelante a tenu compte de la déduction de la part patronale, dont elle persiste par ailleurs à réclamer le remboursement. Il résulte de ce qui précède que l'appelante a amplifié ses conclusions à hauteur de 172'086 fr. 20, en procédant à de nouveaux calculs sur la base des mêmes moyens de preuve. Cette amplification ne repose ainsi sur aucun fait nouveau ou pièce nouvelle. Par conséquent, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré qu'elle était tardive et donc irrecevable. 2.2.2 Les conclusions nouvelles de l'appelante devant la Cour, prises dans son mémoire d'appel et sa réponse sur appel joint, sont également irrecevables dès lors qu'elles ne reposent pas sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux.

### **E. 3**

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir écarté les pages 2 à 9 de son courrier du 15 juin 2016, dans lequel elle a notamment fait valoir que les prétentions de l'intimée étaient périmées. A titre liminaire, la Cour observe que la décision du Tribunal n'a pas eu d'incidence concrète, puisque l'appelante a pu reprendre ses arguments dans ses plaidoiries finales et que le Tribunal a statué sur les différents griefs soumis à son examen, dont celui de la péremption des droits de l'employeur. En outre, même s'il fallait confirmer cette décision, il n'en demeure pas moins qu'une nouvelle argumentation juridique est recevable en appel – pour autant qu'elle se fonde sur les faits constatés dans la décision entreprise (Chaix, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II 257 ss, p. 265; ACJC/275/2015 du 6 mars 2015 consid. 2.1) –, ce qui est le cas en l'espèce. La question de la recevabilité de l'écriture de l'appelante du 15 juin 2016, qui reste sans influence sur l'issue du litige, peut dès lors rester ouverte.

### **E. 4**

L'appelante ne conteste pas que le " bonus " prévu à l'art. 4 du contrat de travail constitue un salaire variable, sous la forme d'une participation au bénéfice au sens de l'art. 322a CO. En revanche, elle critique la manière dont ce salaire variable a été calculé.

4.1.1 Les parties à un contrat de travail peuvent convenir que le travailleur percevra une rémunération liée au résultat de l'exploitation de l'entreprise (art. 322a CO), laquelle est en principe complémentaire au salaire de base. Toutefois, les parties peuvent convenir d'une rémunération exclusivement liée au résultat de l'exploitation, pour autant qu'elle soit convenable au regard des services rendus (art. 349a al. 2 CO par analogie). Au surplus, l'art. 322a al. 1 CO – qui est de droit dispositif – prévoit que la participation est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus. La participation au résultat de l'exploitation étant souvent une source de conflits entre les parties, celles-ci ont intérêt à en fixer la forme de manière précise (bénéfice, chiffre d'affaires, etc.), ainsi que les bases de calcul qui permettent de déterminer ce résultat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.1 et la doctrine citée).

4.1.2 L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (art. 322a al. 2 CO). Si une participation au bénéfice de l'entreprise est convenue, une copie du compte de résultat est en outre remise au travailleur qui le demande (art. 322a al. 3 CO). L'exigence de produire les pièces comptables se limite aux éléments nécessaires à l'établissement des points litigieux. L'employeur a ainsi le choix de produire l'attestation de son réviseur quant à son chiffre d'affaires ou de déposer les documents comptables permettant d'établir ce chiffre (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_390/2016 du 18 janvier 2017 consid. 2.3.1 et 2.5).

4.1.3 Selon l'art. 1 CO, le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (al. 1). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (al. 2). Saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'attacher à rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, 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 (art. 18 al. 1 CO). Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat, – en particulier le comportement ultérieur des parties (ATF 107 II 417 consid. 6) –, en tant que ces éléments permettent de découvrir la volonté des parties. La recherche de la volonté réelle des parties, qualifiée d'interprétation subjective, repose sur l'appréciation des preuves (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1; 140 III 86 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_283/2017 du 17 octobre 2017 consid. 4.2.1). En revanche, s'il ne parvient pas à déterminer la volonté réelle des parties ou s'il constate une divergence entre elles, le juge doit rechercher, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques, en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1; 138 III 659 consid. 4.2.1). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Cette interprétation objective doit partir du texte du contrat et examiner ensuite celui-ci dans son contexte, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont précédé ou accompagné sa conclusion, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 138 III 659 consid. 4.2.1; 133 III 61 consid. 2.2.1; arrêt du

Tribunal fédéral 4A\_435/2015 précité consid. 2.2). Le juge part en premier lieu de la lettre du contrat. En principe, les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2). Toutefois, il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Ainsi, l'interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 135 III 295 consid. 5.2; 132 III 626 consid. 3.1 in fine ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_219/2012 du 30 juillet 2012 consid. 2.5). Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Subsidiairement, si l'interprétation selon le principe de la confiance ne permet pas de dégager le sens de clauses ambiguës, celles-ci sont à interpréter en défaveur de celui qui les a rédigées, en vertu de la règle in dubio contra stipulatorem (ATF 133 III 61 consid. 2.2.2.3; 122 III 118 consid. 2a). Le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve de l'existence et du contenu d'une volonté subjective qui s'écartere du résultat de l'interprétation objective sont à la charge de la partie qui s'en prévaut (arrêt 4A\_116/2014 du 17 juillet 2014 consid. 5.1 in fine ; ATF 121 III 118 consid. 4b/aa et les références citées; cf. ég. ATF 123 III 35 consid. 2b). 4.1.4 A teneur de l'art. 327 al. 1 CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien. Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (art. 327 al. 3 CO). 4.1.5 L'assurance-vieillesse, survivants et invalidité sont financées par les cotisations des assurés, l'employeur devant prendre à sa charge la moitié du montant de la cotisation lorsque l'assuré est un salarié (art. 112 al. 3 let. a Cst. féd.). Le principe est le même en matière de prévoyance professionnelle (art. 113 al. 3 Cst. féd.). 4.2.1 Comme relevé supra, il n'est plus contesté en appel que le " bonus " prévu à l'art. 4 du contrat de travail constitue un salaire variable sous la forme d'une participation au bénéfice au sens de l'art. 322a CO. Cette disposition étant de droit dispositif, les parties pouvaient donc librement convenir de la manière de calculer la participation de l'appelante. 4.2.2 Dans un premier moyen, l'appelante soutient que le fait de porter son salaire fixe (brut) en déduction de sa rémunération variable a eu pour conséquence de lui faire supporter deux fois la participation de l'employé aux charges sociales. Ce grief doit être rejeté. En premier lieu, il résulte expressément du contrat signé par les parties que le salaire fixe est inclus dans la rémunération totale (et donc maximale) revenant à l'appelante, de sorte qu'il doit être porté en déduction de celle-ci pour calculer la part variable du salaire. En second lieu, ce procédé n'a pas eu pour conséquence de contraindre l'appelante à payer à double la part employé des cotisations sociales. Elle a en effet perçu son salaire brut variable en sus de son salaire brut fixe et la part employé des cotisations sociales a été calculée sur sa rémunération brute globale. L'appelante n'a donc été soumise qu'une seule fois aux déductions sociales employé, comme cela résulte de ses certificats de salaire. Par conséquent, c'est à juste titre que le Tribunal a débouté l'appelante de ses conclusions en versement de 273'771 fr. 20 au titre de charges sociales (part employé) prélevées à double. 4.2.3 Dans un deuxième moyen, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que la part patronale des charges

sociales devait être portée en déduction de sa rémunération variable. L'art. 5 du contrat de travail prévoit que la participation de l'employé aux assurances sociales et à la prévoyance professionnelle viendra en déduction du salaire brut – fixe et variable – de l'appelante " conformément aux dispositions légales en vigueur et aux règles internes de la société ". L'annexe au contrat prévoit pour sa part que la rémunération globale de l'appelante comprendra son salaire fixe ainsi que " les charges sociales du Gestionnaire ". Les parties étaient certes libres de fixer le mode de calcul de la rémunération variable. Il ne résulte toutefois pas expressément du contrat ni de son annexe que les charges sociales imputées comprendraient la part employé mais également la part patronale. Cela est d'autant moins évident qu'à teneur du contrat, cette déduction aura lieu " conformément aux dispositions légales en vigueur ", et que la loi prévoit précisément l'obligation pour l'employeur de supporter sa part des cotisations. La simple lecture du contrat et de l'annexe ne permettait donc pas à l'appelante de retenir que la part patronale lui serait imputée et il ne ressort pas de la procédure que son attention ait été attirée sur ce point lors de la conclusion du contrat. Il s'ensuit qu'en signant le contrat, l'appelante ne pouvait pas savoir que la totalité des charges sociales seraient mises à sa charge. En cours d'emploi, l'appelante s'est vue remettre des tableaux analytiques, lesquels mentionnent que des " charges sociales " – sans autre précision – seront portées en déduction pour le calcul de son salaire variable. Là encore, la seule lecture de ces tableaux ne permettait donc pas à l'appelante de prendre conscience que la part employeur serait également déduite de son salaire. Si l'appelante a admis avoir réclamé des explications quant aux déductions opérées sur sa rémunération variable, il n'est pas établi que ces réclamations portaient spécifiquement sur la question des charges sociales, ni que l'intimée lui aurait alors précisé que ces charges incluaient la part patronale. Or, l'appelante ne pouvait pas se plaindre d'une déduction dont elle ignorait l'existence. Le témoin J \_\_\_\_\_ a certes déclaré avoir discuté de cette problématique avec l'appelante. On ignore toutefois dans quelles circonstances a eu lieu cette discussion, quel en a été précisément le contenu et ce qu'en a retiré l'appelante s'agissant d'une information qui ne provenait pas de sa hiérarchie. Le fait que l'appelante ait pensé à tort, dans ses écritures de première et seconde instances, que la part employé des cotisations sociales lui avait été imputée à double tend d'ailleurs à confirmer qu'elle n'a jamais véritablement compris la façon dont l'intimée calculait sa rémunération variable. L'appelante n'ayant pas réalisé que la part patronale des charges sociales était indirectement mise à sa charge, par la façon de calculer son salaire variable, on ne saurait lui reprocher son absence de contestation quant au système mis en place par l'employeur. Dans la mesure où ce mode de calcul était complexe, les gestionnaires devant régulièrement se le faire expliquer, on ne saurait suivre l'intimée lorsqu'elle soutient que les termes " charges sociales " se rapportaient – de façon claire et reconnaissable – à la part patronale, ce d'autant que la rémunération variable était calculée en retranchant l'ensemble des charges de la " Business Unit " concernée. En l'absence d'explication précise, l'appelante n'était, au contraire, pas en mesure de discerner quelles étaient les charges sociales effectivement déduites, les tableaux analytiques étant à cet égard trop lacunaires. En conséquence, faute d'avoir été valablement intégrée dans le contrat, la part patronale des charges sociales n'avait pas à être imputée sur le salaire variable de l'appelante. Partant, c'est une somme de 316'982 fr. (23'414 fr. 05 en 2009, 45'406 fr. en 2010, 61'709 fr. en 2011, 82'856 fr. en 2012, 57'321 fr. en 2013 et 46'276 fr. en 2014) qui a été indûment déduite de la rémunération due à l'employée et qui devrait dès lors lui être remboursée. L'appelante ayant toutefois expressément limité ses conclusions d'appel à 311'194 fr. sur ce point, l'intimée sera condamnée à lui verser ce dernier montant.

Les intérêts moyens réclamés par l'appelante dès le 15 février 2012 n'étant pas contestés, ils lui seront alloués. En conséquence, le chiffre 6 du dispositif du jugement attaqué sera annulé et il sera statué dans le sens de ce qui précède.

4.2.4 Dans un dernier moyen, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir admis que diverses charges personnelles liées à l'exécution de son travail devaient être déduites de sa rémunération variable. En l'occurrence, le contrat de travail et son annexe stipulent expressément que les avantages en nature et/ou en espèces (par ex. leasing, parking, assurances, montants bruts des pensions complémentaires, etc.) octroyés à l'appelante, ainsi qu'aux éventuels autres gestionnaires de l'unité B.U1, de même que les paiements effectués par l'intimée pour couvrir les frais de voyages et autres frais engendrés par la recherche et le suivi des clients (par ex. frais commerciaux, frais de restaurant, secrétariat privé, Reuters, Bloomberg, etc.), seraient imputés sur le salaire variable de l'appelante. Il n'y a pas lieu, comme le soutient cette dernière, d'opérer une distinction entre les dépenses liées la gestion de "ses" clients et celles en rapport avec la gestion des clients que l'intimée lui a confiés. En effet, si l'appelante est restée l'unique référente de "ses" clients pendant la durée du contrat de travail, ceux-ci ont néanmoins confié un mandat de gestion à l'intimée durant cette même période. C'est bien parce qu'ils étaient liés contractuellement à l'intimée que ces clients ont résilié le mandat confié à cette dernière lorsque l'appelante a décidé de donner sa démission. C'est également pour ce motif que le contrat de travail ne prévoit pas un mode de rémunération différent selon le type de clientèle concerné. Il n'y a donc pas lieu d'opérer une distinction entre les différents portefeuilles gérés par l'appelante. Dès lors que la convention des parties prévoit que les frais engendrés par la recherche et le suivi des clients sont déduits du salaire variable de l'employé, c'est à bon droit que le Tribunal les a laissés à la charge de l'appelante.

L'appelante fait encore valoir que certaines déductions correspondent à des charges d'exploitation communes qu'il convient d'imputer sur le 40% de la " marge sur commission " revenant à l'intimée. Il ressort des tableaux analytiques qu'une somme totale de 21'040 fr. a été mise à la charge de l'appelante pour les années 2010 à 2012 pour l'utilisation de Reuters. L'appelante n'avait certes pas l'usage de cet outil de travail. En revanche, tel était le cas de J\_\_\_\_\_, autre gestionnaire de l'unité B.U1, qui avait demandé à l'intimée d'y souscrire, étant relevé que celui-ci a travaillé pour la société de 2010 à 2012, ce qui coïncide avec les années de facturation. Vu qu'il résulte expressément de l'annexe que l'abonnement Reuters souscrit par le gestionnaire d'une " Business Unit " vient en déduction de la rémunération globale de cette même unité, c'est à bon droit que ces frais ont été pris en considération pour calculer le salaire variable de l'appelante. Celle-ci n'a d'ailleurs pas allégué que l'entier de ces frais aurait été mis à sa charge sans que J\_\_\_\_\_ y participe. Pour le surplus, l'appelante – qui a renoncé à ses réquisitions de pièces en appel – n'apporte aucun élément permettant de démontrer, ou même de rendre vraisemblable, que certains frais généraux de l'intimée lui auraient été imputés à tort. Par conséquent, les seules déductions à écarter sont celles correspondant à la part patronale des charges sociales, à l'exclusion des autres déductions opérées par l'intimée sur le salaire variable de l'employée.

## **E. 5**

L'appelante conclut à l'annulation du chiffre 5 du dispositif du jugement entrepris la condamnant à rembourser à l'intimée la somme de 30'000 fr. au titre de salaire brut pour les mois de janvier et février 2015. Elle soulève la péremption des droits de l'intimée, au motif que celle-ci avait connaissance de son activité concurrente pendant le délai de congé et qu'elle n'a invoqué aucune créance en dommages-intérêts à l'issue du contrat de travail. Dans son appel joint, l'intimée reproche quant à elle au Tribunal de ne pas avoir condamné

l'appelante à lui verser la somme de 98'668 fr. au titre de dommages-intérêts pour violation de son devoir de fidélité. 5.1.1 Lorsque le travailleur est libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé et qu'il retrouve un nouvel emploi avant la fin des rapports de travail, le revenu tiré de son nouvel emploi doit être imputé du salaire dû par l'employeur. L'employé ne doit pas s'enrichir au détriment de l'employeur en percevant de celui-ci un salaire sans fournir de contre-prestation et en acquérant simultanément un revenu grâce à une autre activité de travail (ATF 128 III 212 consid. 3b/cc; 128 III 271 consid. 4a/bb; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_92/2017 consid. 4.2). 5.1.2 Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO). De cette disposition découlent l'obligation de diligence et de fidélité de l'employé (Aubert, CR CO I, 2012, n. 1 ad art. 321a CO). Le devoir de fidélité du travailleur implique notamment que celui-ci s'abstienne d'entreprendre tout ce qui pourrait nuire économiquement à l'employeur (ATF 117 II 74 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 2d). Le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO). 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). Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO). D'après la jurisprudence, le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 110 II 344 consid. 6b et l'arrêt cité). L'art. 44 CO prévoit que le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Ainsi, sous l'angle de l'art. 321e al. 1 CO, la responsabilité du travailleur est engagée selon les principes généraux applicables en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO), mais atténuée en ce qui concerne l'appréciation de la mesure de la diligence incombant au travailleur, dans le sens rappelé ci-dessus. L'employeur doit prouver l'existence du dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité naturelle entre celle-ci et celui-là. De son côté, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 2014, p. 117 ss et les références citées). La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO; ATF 87 II 290 consid. 4a p. 291) : consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable – ou la violation du contrat – ne s'était pas produit. Il peut survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 359 consid. 4; 132 III 321 consid. 2.2.1). 5.1.3 La loi ne contient aucune règle relative à la péremption de la créance en dommages-intérêts de l'employeur, du fait qu'elle n'aurait pas été invoquée ou réservée avant l'expiration des relations de travail, contrairement à ce que prévoit par exemple l'art. 337d al. 3 CO lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne sans motif son emploi. Rien ne permet d'admettre l'existence d'une lacune de la loi sur ce point. Aussi, une renonciation de l'employeur à sa créance ne peut-elle être admise que si, en application des principes généraux sur la formation des contrats, l'attitude des parties, interprétée selon le principe de la confiance, peut être

comprise dans le cas particulier comme une remise de dette conventionnelle (art. 115 CO). Une manifestation de volonté, même si elle n'est exprimée que par actes concluants, doit être comprise selon le sens que son destinataire doit lui attribuer de bonne foi. Dans le cadre du contrat de travail, les partenaires se doivent des égards réciproques, au respect desquels ils peuvent s'attendre l'un et l'autre. Aussi le travailleur qui arrive au terme de son contrat peut-il compter que, si l'employeur a des prétentions connues – dans leur quotité ou leur principe – à faire valoir contre lui, il le lui fera connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail (par ex. paiement du dernier salaire, formalités éventuelles relatives aux prestations de prévoyance, établissement d'un certificat de travail, cérémonie d'adieu). En règle générale, le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants; l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présume (art. 6 CO). En revanche, le silence de l'employeur ne saurait impliquer la renonciation à des créances dont il n'a pas encore connaissance, du moins dans leur principe; ce silence n'est pas non plus décisif lorsque l'employeur n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur avant la fin des rapports de travail. Le fardeau de la preuve des faits permettant d'admettre une renonciation incombe au débiteur – soit au travailleur –, dès lors qu'il s'agit d'une cause d'extinction de l'obligation (art. 8 CC; ATF 110 II 334 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 4C.320/2005 du 20 mars 2006 consid. 5.5).

## **E. 5.2**

En l'espèce, l'appelante s'est personnellement présentée dans les bureaux de son employeur le 29 décembre 2014, pour lui remettre plusieurs lettres de clients résiliant les mandats de gestion confiés à l'intimée, avec effet immédiat, en raison de sa démission. Dans la mesure où les clients concernés n'ont pas résilié leurs mandats de façon individuelle et personnelle, mais par l'intermédiaire de l'appelante, l'intimée ne pouvait ignorer que cette dernière avait l'intention de continuer à gérer leurs portefeuilles sans discontinuer. A cela s'ajoute qu'il n'était pas concevable que l'intimée continue à gérer provisoirement les avoirs de ces clients, dans l'attente que les rapports contractuels prennent fin, puisque ces résiliations lui ont été signifiées avec effet immédiat, suite au départ de l'appelante qui avait déjà été libérée de son obligation de travailler. Par conséquent, il convient d'admettre que l'intimée pouvait – et devait – inférer des circonstances que l'appelante avait débuté une autre activité lucrative pendant le délai de congé. Cela étant, dans la mesure où elle n'avait pas connaissance de la quotité des gains effectivement réalisés par l'appelante pendant cette période, l'intimée n'était pas en mesure de faire valoir ses droits à l'issue du contrat de travail. Aussi, le versement du salaire relatif aux mois de janvier et février 2015, de même que le silence de l'intimée à la fin des rapports contractuels ne peuvent être considérés comme une renonciation de sa part à faire valoir ses droits. En effet, c'est seulement en cours de procédure que l'intimée a appris que les gains réalisés par l'appelante étaient supérieurs au salaire versé et qu'elle a été en mesure de former des conclusions chiffrées à cet égard. Dès lors que l'appelante admet avoir exercé une activité propre lui ayant procuré un revenu supérieur au salaire versé l'intimée pendant le délai de congé, le Tribunal a considéré, avec raison, qu'elle devait se laisser imputer ce salaire. En revanche, il appert que l'intimée, bien qu'informée de l'activité déployée par l'appelante pendant le délai de congé, n'a pas sommé cette dernière de respecter son obligation de non-concurrence pendant la période concernée. En restant inactive pendant deux mois – et pendant trois mois à l'issue du contrat –, tout en laissant l'appelante poursuivre une activité lucrative pour son propre compte, l'intimée n'a rien fait pour prévenir, respectivement pour réduire le dommage dont

elle se prévaut à titre reconventionnel. Dans ces circonstances, il convient de retenir que l'intimée a renoncé à faire valoir ses prétentions en dommages-intérêts en tant qu'elles dépassent le montant du salaire versé pendant le délai de congé. Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ces points.

## **E. 6**

6.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). 6.2.1 Les premiers juges ont arrêté les frais de la procédure à 12'780 fr. qu'ils ont répartis à hauteur de 10'926 fr. 70 à la charge de l'appelante (10'000 fr. pour la demande principale et 926 fr. 70 pour la demande reconventionnelle) et de 1'853 fr. 30 à la charge de l'intimée. Le montant des frais de première instance n'est pas critiqué par les parties en appel. Le jugement étant confirmé s'agissant de la demande reconventionnelle, il n'y a pas lieu de revoir la répartition des frais – 1/3 et 2/3 – qui n'a pas été remise en cause par l'appelante. Vu l'issue du litige s'agissant de la demande principale, les frais relatifs à celle-ci seront mis à la charge des parties à raison de 70% pour l'appelante et de 30% pour l'intimée. Par conséquent, les frais de première instance seront mis à la charge de l'appelante à raison de 7'926 fr. 70 (7'000 fr. + 926 fr. 70) et à la charge de l'intimée à raison de 4'853 fr. 30 (3'000 fr. + 1'853 fr. 30). Ils seront entièrement compensés avec les avances de frais fournies par les parties qui restent acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera condamnée à verser à l'appelante la somme de 2'073 fr. 30, au titre de remboursement de l'avance de frais. Les chiffres 8 à 10 du dispositif du jugement attaqué seront donc annulés et il sera statué dans le sens de ce qui précède. 6.2.2 Les frais judiciaires d'appel et d'appel joint seront arrêtés à 11'000 fr. (art. 7 et 71 RTFMC) et mis à la charge des parties à raison de 6'600 fr. pour l'appelante et de 4'400 fr. pour l'intimée, vu l'issue du litige (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec les avances versées par les parties qui demeurent acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera condamnée à verser à l'appelante le montant de 3'400 fr., au titre de remboursement de l'avance de frais. Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al.2 LaCC). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 9 juin 2017 par A\_\_\_\_\_ contre les chiffres 3 à 10 du dispositif du jugement JTPH/192/2017 rendu le 11 mai 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/3340/2015. Déclare recevable l'appel joint formé le 4 septembre 2017 par B\_\_\_\_\_ SA contre le chiffre 6 du dispositif de ce même jugement. Au fond : Annule les chiffres 6 et 8 à 10 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau sur ces points : Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 311'194 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 15 février 2012 (date moyenne). Répartit les frais judiciaires de première instance entre les parties à raison de 7'926 fr. 70 à la charge de A\_\_\_\_\_ et de 4'853 fr. 30 à la charge de B\_\_\_\_\_ SA. Les compense avec les avances de frais versées par les parties qui restent acquises à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser la somme de 2'073 fr. 30 à A\_\_\_\_\_. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel et d'appel joint à 11'000 fr. Les répartit entre les parties à hauteur de 6'600 fr. à la charge de A\_\_\_\_\_ et de 4'400 fr. à la charge de B\_\_\_\_\_ SA, et les compense avec les avances de frais fournies par les parties qui restent acquises à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser la somme de 3'400 fr. à A\_\_\_\_\_. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie RAPP, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, 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.