



CAPH/133/2005

T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Alain DE MITRI  
Rue Verdaine 12  
Case postale 3400  
1211 Genève 3

E1 \_\_\_\_\_ SA &  
E2 \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Philippe COTTIER  
Place du Molard 3  
Case postale 3199  
1211 Genève 3

**Partie appelante**

**Parties intimées**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

Du 14 juin 2005

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Jacques-Daniel ODIER et Jean RIVOLET, juges employeurs

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et Victor TODESCHI, juges salariés

M. Henri GANGLOFF, greffier d'audience

**EN FAIT**

Par acte du 10 novembre 2004, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu le 17 juin 2004 et communiqué aux parties par pli du 6 octobre 2004, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, a condamné E1\_\_\_\_\_ SA et E2\_\_\_\_\_ SA, prises conjointement et solidairement, à lui payer fr. 2'242.45 brut et fr. 15'000.- net avec intérêts à 5% l'an dès le 15 novembre 2002, sous déduction de fr. 3'590.10 brut et de fr. 6'170.45 net; a débouté les parties de toutes autres conclusions, enfin a invité la partie qui en a la charge à effectuer les déductions sociales, légales et usuelles.

L'appelant conclut, le jugement déféré étant mis à néant, à la condamnation conjointe et solidaire de E1\_\_\_\_\_ SA et E2\_\_\_\_\_ SA à lui verser fr. 179'141.75, sous déduction de fr. 24'227.80 (montants d'ores et déjà versés) et fr. 4'113.30 (solde d'un prêt) et fr. 202'000.-, le tout avec intérêts à 5% l'an dès le 15 novembre 2002. Il réclame en outre la remise d'un certificat de travail « conforme aux exigences légales ». Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause aux premiers juges pour nouvelle décision.

Les intimées concluent préalablement à l'irrecevabilité de trois pièces produites par l'appelant devant la Cour et, cela fait, au rejet de l'appel.

Les faits suivants résultent du dossier :

- A. E1\_\_\_\_\_ SA, société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis 1991, est active dans le « commerce de matières premières et de produits industriels finis ou semi-finis, et notamment du coton, des filés et des fibres naturelles ou artificielles, ainsi que les opérations de nature commerciale ou industrielle". E2\_\_\_\_\_ SA, société anonyme inscrite au même registre depuis 1997, a pour sa part pour but social "le commerce de matières premières et de produits industriels finis ou semi-finis, et notamment du tabac, ainsi que des opérations de nature commerciale ou industrielle".

Les deux sociétés sont administrées par A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, administrateurs avec signature individuelle.

- B. Par contrat du 29 août 2001, E2\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité de directeur commercial dès le 17 septembre 2001.

Le contrat de travail, signé par les parties le 29 août 2001, prévoit que "la responsabilité en tant que directeur commercial de E2\_\_\_\_\_ englobe également, dans le cadre de ce contrat, la même activité au sein d'une ou de deux autres sociétés qui lui seront indiquées en temps utile par l'employeur". Il est convenu d'un salaire mensuel brut de fr. 8'300.-, payable treize fois l'an et un délai de congé de deux mois nets dès la deuxième année de service et ce quelle

que soit la durée des rapports de travail. Toutefois, d'entente entre les parties, la rémunération afférente à la période de septembre à décembre 2001 a été versée à T\_\_\_\_\_ sous dénomination "d'honoraires", pour fr. 8'300.– par mois (treizième salaire en sus), sur présentation de "notes d'honoraires" établies par l'intéressé.

Le 21 décembre 2001, E1\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ comme directeur commercial dès le 1er janvier 2002, moyennant un salaire mensuel brut de fr. 6'300.–, versé treize fois l'an, auquel s'ajoutait une indemnité mensuelle de fr. 2'167.– à titre de frais professionnels. Dans l'esprit des parties, ce second contrat remplaçait celui du 29 août 2001 et conclu avec E2\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ devant toutefois exercer son activité non seulement dans cette dernière société, mais également au sein des autres sociétés désignées par l'employeur.

Les contrats de travail susmentionnés ne font pas état d'un horaire de travail. Selon les renseignements fournis par B\_\_\_\_\_ à l'OCIRT, l'horaire de travail de T\_\_\_\_\_ était 8h30 à 12h30 et de 13h30 à 17h30 (pce 67 int.).

E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ ont conclu avec la D\_\_\_\_\_ une assurance perte de gain pour leurs employés, dont elles assument la prime en totalité, laquelle prévoit en cas d'incapacité de travail le versement de 80% du salaire assuré après un délai de carence de 90 jours.

- C. T\_\_\_\_\_, en sa qualité de directeur commercial, avait quatre collaborateurs qui lui étaient subordonnés; il ne prenait part aux décisions ni budgétaires, ni relatives à l'engagement de personnel de la société, ni à celles relatives à la politique générale de celle-ci; il n'avait pas accès aux données comptables de l'entreprise. Dans son travail, il était placé sous l'autorité directe de B\_\_\_\_\_, directrice générale des deux sociétés. Ses rapports avec celle-ci se sont toutefois révélés difficiles :

F\_\_\_\_\_, inspecteur auprès de l'OCIRT chargé de la plainte de T\_\_\_\_\_ et dont il sera question ci-après, a constaté une « ambiance psychosociale tendue » dans l'entreprise : certains employés, dont T\_\_\_\_\_, ne possédaient pas les clés des locaux et les nouveaux venus (dont T\_\_\_\_\_) ne recevaient pas de formation appropriée; certains employés devaient travailler, même sous certificat médical. De manière générale, les personnes auditionnées avaient indiqué faire l'objet d'injures et de propos désobligeants, portant atteinte à leur dignité, ainsi qu'à leur intégrité physique et psychique. Il s'agissait d'un comportement systématique et constant de la part de B\_\_\_\_\_, et dont se plaignait l'ensemble des employés.

Plus spécifiquement, des instructions avaient été données aux employés de l'entreprise de ne pas donner à T\_\_\_\_\_ des informations nécessaires à l'exécution de son travail, comme des éléments comptables, des données statistiques ou le répertoire des clients; son travail (photocopies, fax et courriers) fai-

sait l'objet d'un contrôle systématique, que certains employés trouvaient « aberrant ». Ces atteintes étaient fréquentes, elles n'étaient pas dirigées spécifiquement contre T\_\_\_\_\_, mais il s'agissait d'un « système de travail qui avait cours » (tém. F\_\_\_\_\_).

L'ensemble de ces griefs a été contesté par B\_\_\_\_\_, tant dans le cadre de la procédure devant l'OCIRT (pce 67 app.) que dans la présente procédure.

Certaines des constatations de l'OCIRT sont confirmées par témoignages :

- G\_\_\_\_\_, qui a commencé à travailler chez E1\_\_\_\_\_ en janvier 2002, a trouvé l'ambiance de travail « empreinte de tensions, avec des hauts et des bas », cette situation étant due à une mauvaise communication avec B\_\_\_\_\_ et à un manque de compréhension, le personnel ne sachant pas exactement « qui devait faire quoi ». T\_\_\_\_\_ avait des discussions houleuses avec B\_\_\_\_\_ ; selon ses collègues H\_\_\_\_\_ et I\_\_\_\_\_, il n'avait pas accès à tous les dossiers et devait demander l'autorisation à B\_\_\_\_\_ pour « tout ce qu'il devait entreprendre ».

- J\_\_\_\_\_, qui a travaillé chez E1\_\_\_\_\_ de fin 1995 à 2002, a fait état de stress, d'une ambiance tendue, d'éclats avec des propos « parfois blessants selon l'interprétation ».

- K\_\_\_\_\_, qui a travaillé chez E1\_\_\_\_\_ de début 2000 à fin 2001, a qualifié l'ambiance de travail de « très difficile et très stressante », surtout à cause de l'attitude de B\_\_\_\_\_ : des délais trop courts étaient impartis, ou soudainement raccourcis, pour exécuter certains travaux; des informations lui étaient refusées, d'une manière propre à le mettre sous pression ou le faire passer pour un incapable; les instructions données par fax étaient parfois incompréhensibles, mais contenaient des menaces de représailles si le travail n'était pas correctement exécuté; il avait été prié de travailler alors qu'il était malade, sous menace de licenciement et se faisait réprimander sévèrement s'il ne répondait pas rapidement lorsque B\_\_\_\_\_ l'appelait d'une voix forte depuis son bureau, même s'il était alors en plein travail. Les autres collègues vivaient dans le même état de stress, qui s'était répercuté sur sa santé et sur sa vie familiale; il avait fini par démissionner « pour des raisons tenant à sa santé psychologique et sa vie familiale ». Ces déclarations correspondent, dans l'ensemble, à celles faites durant la procédure conduite par l'OCIRT (pce 37 int.).

- H\_\_\_\_\_ a exposé qu'au cours des séances, il y avait « des remarques positives ou négatives », et que certains pouvaient se sentir blessés. Une fois, elle avait dû appeler sa collègue I\_\_\_\_\_ pour qu'elle revienne travailler malgré son arrêt maladie; B\_\_\_\_\_ avait des « éclats de colère » et ses relations avec T\_\_\_\_\_ étaient « assez tendues ». Une fois, elle avait été menacée d'être licenciée, et il était arrivé qu'on lui fasse comprendre qu'elle était incompétente, ce qu'elle a trouvé déplacé. Après son témoignage, ce témoin a écrit un courrier

au Tribunal, rédigé en l'étude du conseil des sociétés intimées, aux termes duquel elle indique avoir eu le sentiment d'avoir été « manipulée » par T\_\_\_\_\_, lequel avait à plusieurs reprises tenté de la contacter.

- I\_\_\_\_\_ n'appréciait pas la manière dont le personnel était traité, elle trouvait l'ambiance « stressante » et « angoissait » à l'idée d'aller au bureau lorsque B\_\_\_\_\_ s'y trouvait, elle avait peur des réactions de cette dernière et il lui était arrivé de « craquer » sur les lieux du travail; ainsi, elle avait été contrainte de venir travailler, alors qu'elle était en incapacité de travail, il était arrivé qu'elle soit menacée de licenciement ou traitée d'incompétente. Ultérieurement à son témoignage, I\_\_\_\_\_ a adressé un courrier au Tribunal à rédigé en l'étude du conseil des intimées, dans lequel elle déclare avoir le sentiment d'avoir été manipulée par T\_\_\_\_\_, qui lui avait fréquemment téléphoné.

- Entendu dans le cadre de l'enquête de l'OCIRT, L\_\_\_\_\_ a confirmé une mauvaise ambiance de travail, due à l'attitude de B\_\_\_\_\_ : cette dernière faisait refaire le travail de multiples fois, pour finir par ne plus le considérer du tout; elle s'adressait aux employés de manière hautaine, leur disant par exemple « vous n'avez rien compris » ou « cette conne », ce qui était déstabilisant. Plus particulièrement, il lui était arrivé de dire à T\_\_\_\_\_ « soyez plus intelligent » ou « je trouve une erreur et vous êtes viré », ou encore « ne posez pas de questions stupides » etc. Tout le monde était mis à la même enseigne.

Un mot manuscrit, adressé à l'appelant par B\_\_\_\_\_ le 12 février 2002 a la teneur suivante : « T\_\_\_\_\_, j'aimerais qu'à l'avenir lorsqu'il y a tellement de travail en retard vous ne partiez pas du bureau sans au moins vérifier l'urgence de vos suspends (sic) ! M\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ sont à terminer pour demain, c'est clair ! ».

Par courrier du 24 avril 2002, B\_\_\_\_\_ a donné pour instruction à deux collaboratrices (I\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_) de reprendre dans les dossiers de l'appelant tous les faxes, articles etc. s'y trouvant, de ne plus lui remettre aucun dossier ou fax sans son accord, enfin de conserver les clefs (des locaux) chez elles exclusivement; aucun dossier ne devait plus circuler sans son accord préalable, et devait être rendu le jour-même; ces instructions – qui renouvelaient celles précédemment données en janvier 2002 - étaient définitives et devaient être appliquées, sous peine de sanction.

- D. Les locaux des intimées sont partagés avec d'autres sociétés du même groupe, étant précisé que les intimées disposent d'une porte distincte et les autres sociétés d'une autre porte.

T\_\_\_\_\_ n'était en possession des clefs d'aucune des deux portes. Lorsqu'il devait travailler au delà de 17h30, soit il devait demander la clef en possession des employés en disposant, soit il était dépendant des employés des autres sociétés occupant les locaux et qui disposaient d'une clef.

Selon son dire, contesté par les intimées, il a régulièrement travaillé le soir, soit au bureau, soit chez lui. Il n'a toutefois jamais fait de relevé des heures supplémentaire qu'il dit avoir effectuées, ni n'a soumis de tel relevé aux intimées avant la cessation des rapports de travail. Dans une note personnelle du 14 février 2002, il indique avoir travaillé jusqu'à 00h15 pour finir un rapport.

C'est le lieu de préciser que les intimées ne disposaient ni d'un système de pointage, ni de registre d'entreprise au sens de la LTr., ni d'aucun autre moyen permettant d'établir le nombre d'heures travaillées par les employés. Il n'existait dans l'entreprise aucun planning de travail et chaque collaborateur était « responsable de ses horaires » (décl. B \_\_\_\_\_ durant l'enquête de l'OCIRT; tém. F \_\_\_\_\_). Sur le sujet, B \_\_\_\_\_ a déclaré, durant l'enquête de l'OCIRT, que l'entreprise pratiquait une « flexibilité de travail », permettant de compenser les heures supplémentaires accomplies; les horaires supplémentaires fluctuaient au « gré de la surcharge occasionnelle de travail que nous avons périodiquement », par exemple à la fin du mois de novembre, les heures supplémentaires pouvant alors être compensées. Plus particulièrement, elle a déclaré que l'appelant partait « l'un des premiers aux environs de 17h30, et qu'elle lui avait demandé, en février 2002, de « faire preuve de souplesse et d'intégration, à titre d'exemple : produire certains rapports et analyses quantitatives de marché, cas dans lequel je souhaitais qu'il reste au-delà de 17h30 ». Entendue par le premier juge, elle a indiqué considérer que le poste de directeur commercial exigeait selon elle « quelques heures supplémentaires » et que le fait de partir en voyage ne « dérangeait pas du tout » l'appelant.

Selon I \_\_\_\_\_, qui disposait d'une clef des locaux, toutes ses heures supplémentaires n'étaient pas récupérées, mais B \_\_\_\_\_ donnait « de temps en temps » une demi-journée ou une journée libre pour « pouvoir en récupérer »; il lui arrivait aussi d'aller manger à midi avec B \_\_\_\_\_ et elle recommençait alors son travail à 15h30. Il était inexact de dire de l'appelant partait toujours avant tout le monde, puisqu'il partait « à l'heure » et elle ne pouvait pas dire s'il restait plus tard que 17h30. Elle même partait en principe à 17h30, mais il lui arrivait aussi de rester jusqu'à 20h ou 20h30, si elle avait du travail à finir. Lorsqu'elle partait plus tard, elle demandait aux autres de quitter les lieux en même temps qu'elle, puisque c'est elle qui avait la clef (tém. I \_\_\_\_\_).

G \_\_\_\_\_ a déclaré avoir lui-même travaillé souvent le soir après 18h. D'avril à juin 2002, il n'avait pas récupéré ses heures supplémentaires; il avait renoncé à le demander, s'étant heurté au refus de compenser un samedi travaillé en Israël (cf. infra). Depuis juillet 2002, il n'avait plus eu de problèmes pour compenser ses heures supplémentaires (tém. G \_\_\_\_\_).

O \_\_\_\_\_ a confirmé ne pas pouvoir effectuer son travail dans les 8 heures contractuelles : suivant les périodes, elle travaillait plus que 8 heures et restait

tard, selon le volume du travail à faire; il arrivait parfois que B\_\_\_\_\_ lui dise de partir plus tôt chez elle le soir (tém. O\_\_\_\_\_).

- E. En tant que directeur commercial, T\_\_\_\_\_ a été amené à effectuer – seul ou avec B\_\_\_\_\_ - des déplacements à l'étranger, soit plus précisément à Cannes en octobre 2001, à Vienne en novembre 2001, à Tel Aviv en mars 2002, en Afrique du Sud en mai 2002, étant précisé que partie du temps, l'appelant a pris des vacances, en Autriche du 10 au 14 juin 2002, à Tel Aviv du 8 au 14 juillet 2002 et à Budapest du 20 au 24 juillet 2002.

Au dire des intimées, lorsque T\_\_\_\_\_ devait s'absenter en voyage d'affaires le week-end, il lui était loisible de compenser ses heures par du temps libre.

L'appelant soutient avoir dû, pendant ses voyages, consacrer largement plus de huit heures par jour à son travail, en particulier en continuant à rencontrer et visiter des clients en soirée et durant les week-ends. Dans un mail du 24 juillet 2002, adressé à B\_\_\_\_\_, l'appelant fait ainsi état de visites effectuées la veille à des clients, en Hongrie, jusqu'après minuit.

Sur le sujet, son collègue de travail G\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il avait été informé lors de son engagement qu'il devrait effectuer des voyages à l'étranger, mais avait été surpris de devoir travailler si tard le soir. Il avait accompagné l'appelant dans le voyage en Israël de mars, et a confirmé que lors de ce voyage, leur emploi du temps avait « plus ou moins » été le suivant : départ le samedi matin tôt, voyage en avion, visites de clients jusqu'à 00h30, le dimanche, réunions et investigations de 8h15 à 01h15 du lendemain; lundi, idem de 8h à 1h00 du lendemain; mardi, idem de 8h00 à 22h; mercredi 6 mars, retour à Genève. Ils avaient travaillé tard, souvent le soir, en raison des pressions qu'ils ressentaient; ils avaient ainsi en soirée visité des hôtels, mais aussi des détaillants. Il était exact que ces horaires comprenaient les temps de repas. Au retour, ils avaient demandé à pouvoir récupérer le samedi, jour du départ, ce qui leur avait été refusé, avec l'indication que s'ils croyaient travailler aux PTT, ils pouvaient démissionner (tém. G\_\_\_\_\_).

- F. Le 18 juin 2002, E1\_\_\_\_\_ a accordé à T\_\_\_\_\_ un prêt de fr. 14'000.–, lequel, assorti d'intérêts, devait être remboursé par mensualités de fr. 2'058.– prélevées sur son salaire jusqu'en janvier 2003.
- G. En juillet 2002, T\_\_\_\_\_ s'est plaint d'une surcharge de travail et des conditions dans lesquelles il devait effectuer ses tâches.

C'est ainsi que, le 24 juillet 2002, il s'est plaint par courrier à B\_\_\_\_\_ d'avoir été chargé, lors de son récent voyage en Israël, d'une « mission impossible » et d'avoir travaillé 17 jours d'affilées, sans repos ni week-end, au rythme de 10 à 15 heures quotidiennes; il qualifie de « pas sérieuse » la demande de pré-

senter un « rapport fini » dans un très court délai; enfin, il sollicite la possibilité de prendre deux jours de vacances dès le 29 juillet 2002.

Le 25 juillet 2002, souhaitant prendre deux jours de repos, il est demeuré le matin à son domicile, en indiquant à B\_\_\_\_\_ qu'il consacrerait son week-end à la rédaction du rapport demandé et se plaignant d'une dégradation de son état de santé. Sur injonction de B\_\_\_\_\_, il s'est toutefois rendu à son lieu de travail le même jour en début d'après-midi.

Par courrier adressé à son collègue P\_\_\_\_\_ le dimanche 28 juillet 2002 à 12h45, il a souligné que B\_\_\_\_\_ avait « encore réussi à le squatter – outre le jeudi et vendredi - pour le week-end, qu'il termine le dossier « Israel » et va entamer le dossier « Hongrie ».

Les deux premières semaines d'août 2002, T\_\_\_\_\_ a pris des vacances. Lors de celles-ci, il a toutefois effectué la traduction de deux textes en allemand (totalisant deux pages A4 en caractère moyen), qu'il a envoyé par courrier à son collègue de travail G\_\_\_\_\_ en date du 12 août 2002.

Le 19 août 2002, au retour de B\_\_\_\_\_ d'un voyage d'affaires, une altercation eut lieu entre les intéressés dans les bureaux de la société, dont l'objet était, au dire non contesté formellement de T\_\_\_\_\_, la rédaction d'un mail expédié par T\_\_\_\_\_ sans l'accord préalable de B\_\_\_\_\_ ; à la suite de cette altercation, T\_\_\_\_\_ a quitté son lieu de travail après avoir été victime d'un malaise. Le jour même, il s'est rendu auprès de son médecin traitant, qui l'a déclaré en incapacité totale de travail pour une période indéterminée.

Selon les constatations de ce praticien, T\_\_\_\_\_ présentait à cette date un état dépressif consécutif à un *mobbing* subi sur son lieu de travail. Entendu par la Cour d'appel, ce praticien a confirmé que T\_\_\_\_\_ – qu'il n'avait pas revu depuis septembre 2001 - souffrait en août 2002 d'un syndrome post-traumatique consécutif, selon les dires de son patient, à une situation stressante sur le lieu du travail, état qui se manifestait par des angoisses, des insomnies et un manque d'appétit et pour lequel il avait prescrit un anxiolytique, puis en février 2003, avait envoyé son patient consulter un psychiatre; en août, il s'agissait d'une crise « sans signes avant-coureurs » (tém. Q\_\_\_\_\_).

Dans sa plainte à L'OCIRT du 30 octobre 2002, l'appelant fait en outre état d'une opération subie à la jambe gauche, pour laquelle il est en convalescence, circonstance sur laquelle aucun autre détail n'a été fourni.

H. Depuis le lundi 22 août 2002, T\_\_\_\_\_ a été en incapacité totale de travail pour cause de maladie.

Le 2 septembre 2002, par l'intermédiaire du syndicat ACTION UNIA, il s'est plaint auprès de son employeur du harcèlement et du *mobbing* subis dans le ca-

dre de son travail, et dont étaient, selon lui, également victimes plusieurs autres membres du personnel.

Le 20 septembre 2002, E1\_\_\_\_\_ a contesté tout manquement à l'art. 328 CO, soutenant que les différends opposant les parties avaient pour origine des manquements professionnels graves et répétés imputables à T\_\_\_\_\_; sur le sujet, elle a en particulier fait valoir que dès son engagement, T\_\_\_\_\_ s'était exclusivement intéressé à l'un des marchés importants des intimées, ignorant les autres marchés du groupe et que B\_\_\_\_\_ avait dû le prier de contrôler « parfaitement ce territoire »; qu'en avril 2002, il avait ignoré « une partie essentielle de ce dossier » et omis une étude approfondie du stock, ce qui lui avait occasionné un sérieux dommage; qu'en juin 2002, il avait confondu des horaires d'avion, en relation avec un voyage en Autriche; qu'il avait voulu prendre deux jours de repos en juillet, alors que le marché « était en effervescence »; qu'il avait rencontré dès mai 2002 d'importants problèmes personnels qui s'étaient répercutés sur son travail et avaient provoqué de nombreuses absences.

Ces griefs ont été formellement contestés par T\_\_\_\_\_.

Une entrevue du 27 septembre 2002 ne permit pas de résoudre le différend.

- I. Sur le sujet des aptitudes professionnelles de l'appelant et de la qualité de son travail, il résulte d'une note datée du 5 août 2002, rédigée par R\_\_\_\_\_, collaborateur des intimées, qu'aux yeux de celui-ci, l'appelant avait le contact facile et cordial avec les clients, qu'il observait le marché en détail sous tous ses aspects, qu'il démontrait une bonne connaissance des cigares, vu le peu de temps « passé dans ce produit », mais qu'il devrait recevoir un « training technique » sur le cigare cubain et les techniques d'évaluation des marchés, que dans l'étude et l'analyse des marchés, il devait mieux cibler et faire de suite une synthèse « des choses rapportées ».

H\_\_\_\_\_ s'est déclarée incapable de juger de l'« efficacité » du travail de l'appelant; selon elle, certains collègues s'étaient plaints à B\_\_\_\_\_ du « désordre » de l'appelant; elle n'avait elle-même pas constaté qu'il y avait du désordre dans le bureau de ce dernier, en revanche il y en avait dans les locaux communs (tém. H\_\_\_\_\_).

I\_\_\_\_\_ trouvait que l'appelant était organisé et disponible : il gardait toutes les « dates » sur « outlook », ce qui évitait de perdre du temps en recherche; elle avait constaté un certain désordre dans les dossiers qui revenaient de chez l'appelant, dans le sens qu'ils n'étaient pas classés par ordre chronologique, et en avait parlé à B\_\_\_\_\_ (tém. I\_\_\_\_\_).

S\_\_\_\_\_, directeur d'une société du groupe E1\_\_\_\_\_, a eu l'occasion de rencontrer l'appelant à Genève et lors du voyage à Vienne : il lui avait paru nerveux et complètement perdu et avait donné la même impression à un client,

qui avait conclu qu'il ne « connaissait rien au tabac ». Lors d'une enquête sur la Slovaquie, l'appelant s'était contenté de lui demander le numéro de téléphonique d'un agent dans ce pays (tém. S\_\_\_\_\_).

- J. Le 4 septembre 2002, T\_\_\_\_\_ s'est téléphoniquement plaint de *mobbing* à l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT), plainte qu'il a confirmée par courrier du 30 octobre 2002. L'instruction de cette plainte a en définitive conduit à l'envoi d'une lettre d'avertissement à E1\_\_\_\_\_ en date du 14 août 2003. Ce courrier relève des problèmes au niveau de la gestion des horaires et de la compensation des heures de travail supplémentaires, en particulier l'inexistence d'un dispositif permettant le contrôle des horaires prescrits, ainsi qu'un non respect de la personnalité des travailleurs, ces faits constituant des infractions graves et manifestes à l'art. 6 LTr. et 2 OLT3. Un avertissement a été prononcé en application de l'art. 51 al. 1 LTr.

Le 12 septembre 2002, alors que T\_\_\_\_\_ était toujours en incapacité de travail, E1\_\_\_\_\_ a dénoncé au remboursement le prêt de fr. 14'000.- qu'elle lui avait consenti le 18 juin 2002, et qui était jusqu'alors remboursé par mensualités prélevées sur son salaire mensuel, et l'a invité à lui verser le solde dudit prêt, soit fr. 9'884,90 dans un délai de six semaines dès réception de la résiliation.

T\_\_\_\_\_ a contesté cette dénonciation, faisant valoir que le prêt était remboursable par mensualités à prélever sur son salaire.

E1\_\_\_\_\_ a versé le salaire de septembre 2002 à T\_\_\_\_\_.

Elle n'a en revanche pas versé le salaire d'octobre 2002. Interpellée sur le sujet par T\_\_\_\_\_ en date du 25 octobre 2002, elle a, par courrier expédié le 4 novembre 2002, confirmé son refus de verser son salaire à dater du 1<sup>er</sup> octobre 2002, au motif que l'assurance perte de gain conclue en faveur des employés prévoyait un délai d'attente de 90 jours, durant lequel son obligation de verser le salaire se limitait au respect de « l'échelle bernoise ».

Le 6 novembre 2002, le conseil de T\_\_\_\_\_ a contesté l'application de l'art. 324a CO, la maladie de l'appelant étant « causée » par l'employeur; dans ces conditions, le salaire était dû et les intimées menacées de poursuites en cas de non versement.

Par fax et courrier du 6 novembre 2002 également, les intimées ont réitéré les griefs professionnels qu'elles formaient à l'encontre de T\_\_\_\_\_ et contesté toutes accusations de *mobbing*. Elles ont confirmé leur position par courrier du 11 novembre 2002, adressé au conseil de l'appelant.

Par courrier du 15 novembre 2002, T\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail avec effet immédiat, au motif que la continuation des rapports de travail était devenue

à ses yeux insupportable, cette mesure étant également destinée à lui « donner une chance de guérir ainsi que de se reconstruire psychologiquement ». Il a ensuite intenté plusieurs poursuites, tant à l'encontre de E2\_\_\_\_\_ qu'à celle de E1\_\_\_\_\_, en paiement des salaires d'octobre 2002 à janvier 2003, ainsi qu'en paiement de diverses prétentions en dommages-intérêts.

L'employeur a contesté l'existence de justes motifs de résiliation. Il s'est toutefois engagé à « respecter ses obligations » jusqu'à l'expiration du délai ordinaire de congé, soit jusqu'à fin janvier 2003.

Le 22 novembre 2002, T\_\_\_\_\_ a enfin déposé plainte pénale contre B\_\_\_\_\_ et les autres membres dirigeants de E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_. Cette plainte a fait l'objet d'un classement, contre lequel T\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la Chambre d'accusation.

K. T\_\_\_\_\_ a, dès le 19 août 2002, régulièrement consulté son médecin traitant.

Celui-ci a prolongé la période d'incapacité de travail de la manière suivante :

- par certificat du 18 octobre 2002, la durée probable de l'incapacité indiquée est d'environ 1 à 2 mois.
- par certificat du 15 novembre 2002, la durée de l'incapacité indiquée est environ mi janvier
- par certificat du 22 janvier 2002, la reprise du travail a été fixée au 15 janvier 2002.

D\_\_\_\_\_, déclarant se fonder sur les avis concordants de son médecin expert et du Dr Q\_\_\_\_\_, a retenu que l'appelant était apte à travailler dès le 16 janvier 2003.

Entendu par la Cour, le Dr Q\_\_\_\_\_ a toutefois indiqué qu'à son avis tel n'était pas le cas, et que l'incapacité de travail de l'appelant avait perduré jusqu'au 22 avril 2003, date à laquelle le problème médical n'était toutefois pas encore résolu (tém. Q\_\_\_\_\_).

Le 20 janvier 2003, constatant que l'appelant ne s'était pas présenté à son poste de travail, les intimées ont considéré qu'il y avait abandon d'emploi. Déclarant renoncer à résilier le rapport de travail avec effet immédiat, elles ont déclaré dispenser T\_\_\_\_\_ de son obligation de travailler jusqu'à « l'expiration du délai de congé, soit jusqu'au 31 janvier 2003 ».

L. Les salaires d'octobre et novembre 2002 n'ont pas été versés.

Ultérieurement, et pour la période échant au 31 janvier 2003, l'employeur a versé à l'appelant divers montants totalisant fr. 24'227.80 net, à titre de salaire, trei-

zième salaire et indemnité perte de gains, ces versements tenant compte des mensualités dues par l'appelant en remboursement du prêt consenti en juin 2002.

Il n'est pas contesté qu'à ce jour, le solde impayé du prêt représente fr. 4'119.-.

M. Par demande déposée le 16 janvier 2003 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T\_\_\_\_\_ a assigné E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_, pris conjointement et solidairement, en paiement de fr. 179'272.75, plus intérêts à 5% l'an dès le 15 novembre 2002, montant se décomposant comme suit :

- fr. 33'200.00 salaire des mois d'octobre 2002 à janvier 2003;
- fr. 8'992.00 treizième salaire *pro rata temporis*;
- fr. 5'312.00 indemnité pour vacances non prises;
- fr. 31'968.75 indemnité pour heures supplémentaires;
- fr. 49'800.00 indemnité fondée sur les art. 336a, 337b et c CO;
- fr. 50'000.00 indemnité pour tort moral,

le tout sous déduction de fr. 12'615.80 d'ores et déjà versés et de fr. 6'170.45, représentant le solde du prêt consenti en sa faveur.

A l'appui de sa demande, T\_\_\_\_\_ a fait valoir qu'il avait été contraint de résilier son contrat de travail avec effet immédiat, en raison des pressions incessantes et du dénigrement de ses qualités professionnelles qu'il devait subir de la part de son employeur, même durant son incapacité de travail. Le harcèlement qu'il avait subi était le fait de B\_\_\_\_\_, administratrice et principale animatrice des deux sociétés défenderesses, qui était à ce titre sa supérieure hiérarchique. Celle-ci était d'ailleurs coutumière de mauvais traitements infligés à ses subordonnés, ce qui avait été constaté par l'OCIRT.

Sans contester leur légitimation passive, les sociétés défenderesses ont conclu au rejet de la demande. A leurs yeux, les conflits ayant opposé T\_\_\_\_\_ à B\_\_\_\_\_ avaient pour source le manque de professionnalisme du premier nommé. En particulier, l'incident du 19 août 2002 avait été provoqué par le fait que T\_\_\_\_\_ avait ignoré des instructions importantes de sa supérieure hiérarchique. T\_\_\_\_\_ avait d'une manière générale démontré son incapacité à assumer ses fonctions, tant dans le suivi administratif des dossiers que dans l'appréhension du rôle des différents intervenants sur les marchés locaux dont il avait la responsabilité. Les heures supplémentaires alléguées étaient pour le surplus contestées : T\_\_\_\_\_ n'avait jamais réclamé leur paiement et, si son poste nécessitait certains « dépassements d'horaire », il avait pu compenser ceux-ci.

N. Le Tribunal a procédé à l'instruction écrite de la cause, à l'audition des parties et de divers témoins.

Sur quoi fut rendu le jugement présentement soumis à la Cour d'appel.

En substance et en résumé, les premiers juges ont retenu ce qui suit :

La légitimation passive des deux sociétés défenderesses n'était pas contestée et devait être admise. Le dossier (en particulier les témoignages émanant de ses collègues de travail, et les constatations de l'OCIRT, confirmées sous serment par son auteur) faisait clairement ressortir des violations graves à la personnalité du demandeur au sens de l'art. 328 CC. La prétention à recevoir une indemnité pour tort moral devait dès lors être admise, sa quotité étant fixée à fr. 15'000.– net en raison des circonstances. En revanche, le demandeur ne pouvait prétendre à des dommages-intérêts et à une indemnité au sens de l'art. 337b al. 1 CC, sa résiliation des rapports de travail, survenue le 15 novembre 2002, étant injustifiée pour être intervenue tardivement, au regard de l'incident l'ayant suscitée et qui datait du 19 août 2002. Même injustifiée, cette résiliation avait cependant mis fin aux rapports de travail pour le 15 novembre 2002.

S'agissant des prétentions salariales, et l'assurance conclue auprès de D\_\_\_\_\_ ne respectant pas le principe de l'équivalence, motif pris de son délai d'attente de 90 jours, le demandeur pouvait prétendre, en application de l'art. 324a CO, à être rémunéré durant un mois et trois semaines pendant son incapacité de travail. Ayant été rémunéré pendant un mois et deux semaines seulement, il avait droit à une semaine de salaire ou fr. 1'454.95 brut. Il pouvait également prétendre recevoir son treizième salaire au prorata, pour la période ultérieure au 1er janvier 2002, lequel devait être calculé sur la base d'un salaire mensuel brut de fr. 6'300.–, donc sans tenir compte des frais forfaitaires contractuels. Il lui était dès lors dû à ce titre fr. 5'512.50. Le demandeur avait en outre été complètement indemnisé pour les vacances non prises, ce poste de sa demande devenant sans objet. Enfin, le demandeur n'avait pas rapporté la preuve des heures supplémentaires alléguées, ce qui conduisait au rejet de ses prétentions sur ce point. Venaient en déduction des montants ainsi alloués les sommes que les défenderesses avaient versées en trop pour la période du 16 au 31 janvier 2003 (pour lequel rien n'était dû), soit fr. 3'590.10 brut, ainsi que le solde du prêt consenti à l'employé, soit fr. 6'170.45.

Devant la Cour, l'appelant reprend les réclamations suivantes, qu'il motive ainsi :

- fr. 50'000.– net à titre de tort moral, en raison des violations caractérisées à l'art. 328 CC, le montant de 15'000 fr. alloué à ce titre par les premiers juges étant insuffisant au vu des circonstances.
- fr. 49'800.– net ou six mois de salaire à titre d'indemnité de résiliation, fondée sur les art. 336a et 337b CO, sa résiliation immédiate du 15 novembre 2002 étant parfaitement justifiée.
- fr. 33'200.– brut à titre de salaire pour la période du 1er octobre 2002 au 30 (recte 31) janvier 2003, montant auquel s'ajoute un manque à gagner de fr. 6'869.– brut pour la période du 1er février 2003 au 22 avril 2003, date à laquelle il a été déclaré apte à 100% au travail par son médecin-traitant.

- fr. 5'312.- à titre d'indemnité-vacances  
et fr. 8'992.- brut à titre de 13ème salaire au prorata temporis,  
ces deux montants « sous réserve d'ajustements de la Cour ».

Des montants ci-dessus viennent en déduction les sommes d'ores et déjà reçues, soit fr. 24'227.80 et le solde du prêt consenti en sa faveur, soit fr. 4'119.-, les premiers juges ayant à cet égard omis de tenir compte d'une retenue de fr. 2'057.55 opérée sur son salaire par les intimées.

- fr. 31'968.75 à titre d'indemnité pour heures supplémentaires, les premiers juges ayant à tort considéré que leur preuve n'était pas rapportée.

En outre, l'appelant fait de manière nouvelle devant la Cour valoir qu'à ce jour, il n'a pas retrouvé du travail, que son délai-cadre de chômage vient à échéance le 2 février 2005, et qu'il a subi une rechute dans son état de santé, ce qui rend sa réinsertion difficile. Pour la période du 22 avril 2003 - fin de son incapacité médicale de travail - au 2 février 2005 - fin du chômage, son préjudice se chiffre à fr. 54'600.-, somme de toute manière supérieure aux fr. 50'000.- réclamés à titre de tort moral; en effet, il estime son manque à gagner à fr. 2'500.- mensuellement, montant qui correspond à la différence entre le salaire réalisé précédemment fr. 108'000.- brut annuellement) et les indemnités de chômage perçues (ou fr. 68'400.- annuellement). En outre, comme il n'a pas retrouvé du travail, il continuera à subir un important préjudice économique pendant plusieurs années, voire jusqu'à sa retraite, lequel peut être évalué à fr. 1'500.- sur 108 mois, ou fr. 162'000.-. A cela s'ajoutent enfin les honoraires de son conseil, qui s'élèvent « à l'heure actuelle » à fr. 40'000.-. En conséquence de quoi, l'appelant déclare augmenter sa demande en dommages-intérêts de fr. 202'000.-.

Pour étayer cette prétention, il produit à la procédure un rapport médical destiné à D\_\_\_\_\_ du 12 août 2003, dans lequel le Dr. Q\_\_\_\_\_ fait état d'un « état dépressif sommatoforme » depuis le 19 août 2002 et prévoit une reprise de travail à 100% dès le 22 avril 2003; ledit rapport précise que le patient est au chômage et qu'il recherche activement un emploi, ainsi qu'une facture médicale relative à une intervention en urgence de X\_\_\_\_\_ en date du 9 décembre 2002, enfin une note établie par ses soins et relative à ses états d'anxiété, voire d'angoisse, faisant état d'une « rechute » en mai 2004 .

Enfin, il réclame, pour la première fois en appel, un certificat de travail conforme à l'art. 330 CO.

Les intimées relèvent que le conflit opposant l'appelant à B\_\_\_\_\_ n'a duré que peu de temps, puisque son début se situe à fin avril/début mai 2002. L'indemnité pour tort moral allouée par les premiers juges est ainsi suffisante au regard des circonstances. Pour le surplus, les premiers juges ont à juste titre écarté les prétentions tendant à l'octroi d'une indemnité de résiliation, l'art. 337b CO n'étant de toute manière pas applicable *in casu*. S'agissant des prétentions salariales pour la période antérieure au 31 janvier 2002, les premiers juges ont cor-

rectement apprécié la situation et appliqué le droit. Enfin, les conclusions formées nouvellement devant la Cour sont irrecevables et il en est de même des pièces nouvelles produites en appel et dont l'appelant avait connaissance avant la fin de la procédure en première instance.

### **EN DROIT**

1. L'appel est formellement recevable pour avoir été formé dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi.

Sont en revanche irrecevables les conclusions qui n'ont jamais été soumises aux premiers juges, à savoir celles tendant à l'octroi de dommages et intérêts en relation avec la perte de gain pour la période postérieure au 31 janvier 2002 (fr. 202'000.-) et celles tendant à la délivrance d'un certificat de travail. Elles ne sont en effet pas fondées sur des faits nouveaux, qui n'auraient pas pu être invoqués en première instance; en particulier, l'appelant pouvait invoquer le caractère durable de son incapacité de travail avant la clôture des débats devant les premiers juges, soit le 26 avril 2004. La Cour n'entrera dès lors pas en matière sur lesdites conclusions. Point n'est dès lors besoin de se prononcer sur la recevabilité de deux des pièces nouvelles produites par l'appelant à l'appui de ces prétentions.

Sont également irrecevables les conclusions formées en relation avec l'indemnité pour vacances non prises (fr. 5'312.- brut). L'appelant admet en effet avoir reçu ce montant et n'a, partant, plus d'intérêt à agir.

Sous ces réserves, la Cour connaît de l'appel avec une pleine cognition.

2. Devant la Cour, l'appelant réclame une indemnité de fr. 50'000.- à titre de réparation morale, estimant insuffisante celle allouée par les premiers juges (fr. 15'000.-).

L'indemnité allouée par les premiers juges est fondée sur une violation, du fait des intimées, de l'art. 328 CC.

- 2.1 Aux termes de cette disposition légale, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Sans aller au-delà de ce que prévoient les art. 27 et 28 CC, cette disposition concrétise pour l'employeur un devoir de respect et de protection de la personne du travailleur (Arrêt du Tribunal fédéral du 19.12.94 publié in SJ 1995 p. 669; SJ 1984 p. 556; JAR 1992 p. 168).

L'art. 328 CO interdit donc à l'employeur de porter atteinte aux droits de la personnalité du travailleur et lui impose en particulier une obligation de faire, soit celle de protéger activement la personnalité du travailleur (JAR 1992 p. 168). Partant, il doit éviter tout comportement mettant en péril la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et sa considération dans l'entreprise (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 83; SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 72 ss).

L'employeur répond de toute atteinte à la personnalité ou à la santé du travailleur, qu'elle soit son fait, celui de ses organes ou auxiliaires, voire même d'un tiers, lorsqu'il n'a pas respecté son obligation de diligence (JAR 1992 p. 169; REHBINDER, op. cit. ibidem; SAILLEN, op. cit. p. 63). L'employeur qui n'empêche pas que son employé subisse un mobbing contrevient à l'art. 328 CO (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 73).

Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (arrêt du Tribunal fédéral non publié 2C.2/2002 du 4 avril 2003, consid. 2.3). Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, qu'un membre du personnel serait invité, même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard du personnel. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées (arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2002 cons. 4.2).

De tels comportements constituent un acte illicite, à l'encontre duquel le travailleur peut invoquer non seulement l'art. 328 CC, mais aussi les art. 6 LTr et 82 LAA.

La personne victime de tels agissements doit les porter à la connaissance de l'employeur, lorsqu'elle peut supposer que celui-ci les ignore. Si elle s'en abstient, il ne pourra pas être reproché à l'employeur la méconnaissance des faits incriminés (art. 328 al. 2 CO), sauf si l'auteur de l'atteinte est un organe au sens de l'art. 55 CC (WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 237 et ss).

- 2.2 Dans le cas d'espèce, les premiers juges ont retenu avec raison l'existence de violations graves de la part de l'employeur de l'art. 328 CO.

Les témoins entendus en première instance, et dont certains travaillent encore pour l'une ou l'autre des intimées, ont en effet confirmé de manière concordante l'attitude agressive et empreinte de manque de respect dont faisait régulièrement et de manière répétée preuve B\_\_\_\_\_ à l'endroit de ses subordonnés et en particulier envers l'appelant. Les collègues de travail de l'appelant ont relevé que l'atmosphère au bureau était stressante, du fait de la pression que B\_\_\_\_\_ exerçait sur le personnel. Cette pression a par ailleurs été constatée par l'inspecteur de l'OCIRT, qui la mentionne explicitement dans le courrier adressé aux intimées en date du 23 août 2003.

En particulier, au vu des témoignages recueillis et du rapport circonstancié de l'OCIRT, confirmé sous serment par son auteur et établi après plusieurs mois d'enquête minutieuse, il doit être retenu que B\_\_\_\_\_ – organe des intimées – déstabilisait ses subordonnés, en particulier en les menaçant de manière répétitive de licenciement, et qu'elle les traitait avec mépris, en particulier en leur faisant des remarques de manière blessante, un tel comportement n'étant pas dirigé contre une personne en particulier, mais pratiquement érigé en « système ». S'agissant plus spécifiquement de l'appelant, l'instruction de la cause a en outre permis d'établir que B\_\_\_\_\_ le soumettait à un contrôle excessif et infantilisant, qui de facto le privait de toute autonomie dans l'accomplissement de son travail, puisque tous ses actes devaient être soumis au préalable à B\_\_\_\_\_, enfin que cette dernière avait donné des instructions à certaines collaboratrices de ne pas lui remettre certains dossiers ou documents, pourtant nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

Ces constatations doivent être confirmées, même si, comme le demandent les intimées, on écarte du dossier les déclarations de L\_\_\_\_\_ dans le cadre de l'enquête de l'OCIRT, non confirmées sous serment.

C'est enfin le lieu de préciser que la Cour ne tiendra pas compte des déclarations des témoins I\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, postérieures à leur première audition devant les premiers juges, compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci ont été rédigées, à savoir dans l'étude du conseil des intimées.

Certes, les intimées ont fait valoir que T\_\_\_\_\_ ne remplissait pas correctement ses fonctions et qu'il avait du désordre dans ses dossiers; la Cour relève toutefois que des manquements allégués n'ont pas été établis à satisfaction; en particulier, le collaborateur R\_\_\_\_\_ a émis à l'égard de l'appelant une appréciation positive, partagée par le témoin I\_\_\_\_\_. Si certaines personnes se sont plaintes du fait que les dossiers traités par T\_\_\_\_\_ n'étaient pas classés par ordre chronologique, il a aussi été relevé que celui-ci conservait ses notes et rapport de manière informatisée sous « outlook », ce qui facilitait leur consultation (tém. I\_\_\_\_\_). Le témoignage contraire de S\_\_\_\_\_ n'emporte à cet égard pas à lui seul la conviction.

Enfin, il ne peut être reproché à l'appelant de ne pas avoir informé les autres administrateurs des intimées du traitement dont il faisait l'objet, compte tenu de la position d'organe de B\_\_\_\_\_ au sein des deux intimées.

- 2.3 L'indemnité pour tort moral réclamée par l'appelant est fondée sur l'art. 49 CO, applicable en l'espèce, au vu de la violation par les intimées de l'art. 328 CC, constatée ci-dessus (SJ 1984 p. 556; ATF 102 II 224 consid. 9; 87 II 143 et ss; AUBERT, Jurisprudence sur le contrat de travail in SJ 1993 p. 352; SAILLEN, op. cit. p. 104).

Pour critiquer la quotité de l'indemnité allouée à ce titre par les premiers juges, l'appelant fait valoir la gravité des agissements de B\_\_\_\_\_ d'une part et « l'évolution récente de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière » et produit, sur le sujet, la copie d'un extrait de presse du 8 novembre 2004. Cette référence à un extrait d'article de presse par un plaideur assisté d'un avocat breveté n'est pas sérieuse et il n'incombe pas à la Cour de se livrer à de minutieuses recherches pour déterminer à quelle décision du Tribunal fédéral ledit article ferait référence.

L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 129 IV 22 consid. 7.2; 125 III 269 consid. 2a). En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 129 IV 22 consid. 7.2). S'agissant du montant alloué en réparation du tort moral, toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, puisque le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. Cela étant, une comparaison n'est pas dépourvue d'intérêt et peut être, suivant les circonstances, un élément utile d'orientation (arrêts du Tribunal fédéral 4C.118/04; 6S.334/2003).

Récemment, le Tribunal fédéral a ainsi considéré comme équitables :

- une indemnité pour tort moral de fr.12'000.–, allouée à une jeune fille au pair, qui avait fait l'objet de violations graves et répétées pendant de nombreux mois à sa personnalité (arrêt 4C.94/03)
- une indemnité de fr.10'000.–, allouée à un juriste licencié abusivement et stigmatisé en public et par voie de presse en relation avec son appartenance à une secte (ATF 130 III 699)
- une indemnité de fr. 4'000.– pour des femmes objet d'une campagne d'affichage (ATF 128 IV 53)

En arrêtant à fr. 15'000.– net l'indemnité pour tort moral allouée en l'espèce, les premiers juges ont tenu compte de la gravité des actes reprochés à B \_\_\_\_\_, de leur caractère répétitif durant plusieurs mois, enfin du fait qu'ils ont entraîné, pour l'appelant, une dépression et une incapacité de travail de relative longue durée. Leur appréciation doit être confirmée et l'appel est infondé en ce qui concerne cette question.

3. L'appelant reprend devant la Cour ses conclusions tendant à l'octroi d'une indemnité pour licenciement correspondant à 6 mois de salaire, soit fr. 49'800.–, prétention qu'il fonde sur l'art. 337a al. 1 CO et/ou 336a al. 1 CO. Sur le sujet, il reproche aux premiers juges de n'avoir pas retenu que la résiliation immédiate du contrat de travail du 15 novembre 2002 était justifiée et notifiée en temps utile.
- 3.1 L'application de l'art. 336a al. 1 CO est ici exclue, l'appelant n'ayant pas fait l'objet d'un licenciement qui pourrait être qualifié d'abusif, mais ayant lui-même rompu les relations de travail avec effet immédiat.

Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs, soit pour des faits qui, en vertu des règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui donne le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 CO).

Les circonstances invoquées à l'appui d'une résiliation immédiate du contrat de travail doivent être objectivement de nature à ruiner le rapport de confiance qui est une base essentielle du contrat de travail, à un point tel qu'on ne saurait exiger de la partie qui résilie la continuation du rapport de travail jusqu'à l'échéance ordinaire d'un contrat de durée déterminée ou jusqu'au plus prochain terme de congé ordinaire pour un contrat de durée indéterminée (ATF 116 II 145 = JdT 1990 I 581; 112 II 50).

Lorsqu'il statue sur l'existence de justes motifs, le juge, qui dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, se prononce à la lumière de toutes les circonstances, en particulier la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements invoqués, étant rappelé qu'il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC).

La partie qui entend se prévaloir de justes motifs doit le faire en principe sans délai, par quoi il faut entendre une manifestation de volonté intervenant après un bref temps de réflexion; une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen (SJ 1987 p. 559 et réf. citées; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.419/1995). La durée dépend des circonstances, mais un délai de un à trois jours est généralement considéré comme admissible, week-ends et jours fériés non compris (SJ 1995 p. 806; ATF 93 II 19; arrêt du Tribunal fédéral 4C.323/99).

- 3.2 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que la résiliation du contrat de travail du fait du travailleur, le 15 novembre 2002, était tardive au regard de l'altercation qui avait opposé ce dernier à B\_\_\_\_\_ en date du 19 août 2002; partant, son caractère justifié ne pouvait être admis, au regard de l'art. 337 CO.

Ce faisant, ils ont perdu de vue que la résiliation du contrat de travail n'était *in casu* pas motivée par ce seul fait isolé, mais par un ensemble de circonstances, survenues pour l'essentiel postérieurement à cette date.

En effet, alors que l'appelant se trouvait en incapacité de travail, les intimées ont simultanément refusé le versement de son salaire d'octobre 2002 et exigé le remboursement du prêt consenti à l'appelant, alors que ce prêt était en principe remboursable par mensualités.

Pour justifier leur position, elles ont invoqué l'art. 324a CO, faisant valoir que « l'échelle bernoise » ne les obligeait plus au versement du salaire.

Certes, ainsi que l'ont retenu les premiers juges, aux termes de l'art. 324a al. 2 CO, la durée du droit au salaire pendant une incapacité de travail non fautive est de trois semaines pendant la première année de service (art. 324a al. 2 CO); conformément à l'échelle bernoise généralement appliquée à Genève, elle est ensuite d'un mois dès la deuxième année de service, de deux mois pour la troisième et la quatrième année de service, de trois mois de la cinquième à la neuvième année de service (AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, vol. 4, p. 103). Certes encore, l'assurance perte de gain conclue par les intimées ne respecte pas le principe d'équivalence prescrit à l'art 324a al. 4 CO, compte tenu du délai de carence de nonante jours (JAR 1992 p. 141; JAR 1990 p. 167; JAR 1982 p. 117), ce qui ne permet pas d'exclure l'application de l'art. 324a CO *in casu* (ATF 96 II 139 = JdT 1971 I 39 a contrario; CAPH IV/826/86).

En retenant que l'obligation de payer le salaire des intimées se limitait aux délais prévus par « l'échelle bernoise », du fait qu'elles s'acquittaient elles-mêmes de la totalité des primes d'assurance sans participation de la part de l'employé, les premiers juges ont toutefois perdu de vue que l'incapacité de travail dont l'appelant a été affecté, dès le 22 août 2002, est la conséquence d'une violation par l'employeur de l'art. 328 CO.

Rien ne permet en effet de mettre en doute les constatations du médecin traitant de l'appelant, confirmées sous serment, aux termes desquelles l'appelant a été affecté, dès le 19 août 2002, d'une dépression sévère liée à ses conditions de travail, autrement dit d'un syndrome post-traumatique (tém. Q\_\_\_\_\_). Il n'a par ailleurs pas été soutenu dans la procédure que l'intervention que l'appelant dit avoir subie à une jambe aurait conduit à une incapacité de travail supérieure au laps de temps durant lequel les intimées admettent devoir payer le salaire en application de l'art. 324a CO.

- 3.3 La dégradation de l'état de santé de l'appelant qui a conduit à une incapacité de travail totale dès le 22 août 2002 étant consécutive, pour l'essentiel, aux violations constatées de l'art. 328 CO par les intimées, ces dernières ne peuvent se prévaloir de l'art. 324a CO : elles sont tenues, en vertu des règles générales des art. 41 et ss CO, par renvoi de l'art. 97 CO, de l'indemniser entièrement.

Il en résulte que, dès le 1er novembre 2002, les intimées étaient en demeure de verser à l'appelant son salaire d'octobre 2002 et ne lui ont offert aucune sûreté garantissant son paiement futur, circonstance qui justifiait en soi une résiliation immédiate du rapport de travail (art. 337a CO). A cela s'ajoute que les intimées, en dénonçant le prêt consenti à leur employé en le privant simultanément de son salaire et alors même que ledit prêt était remboursable par mensualités, d'une part devaient savoir qu'elles le confrontaient à une sérieuse difficulté financière, d'autre part laissaient entendre que le rapport de travail n'était pas destiné à durer, puisque la dénonciation du prêt excluait la possibilité de différer le remboursement des mensualités par compensation avec des salaires futurs; enfin les intimées, en dernier lieu dans leur courrier du 11 novembre 2002, ont persisté à rendre l'appelant responsable de la situation, refusant par là d'examiner sérieusement sa plainte pour mobbing; ce faisant, et alors même que B\_\_\_\_\_ avait déjà été auditionnée dans le cadre de l'enquête pour mobbing diligentée par l'OCIRT, elles ont clairement manifesté qu'elles n'entendaient pas prendre les mesures propres à assurer pour l'avenir le respect de la personnalité de l'appelant, conformément à l'obligation qui leur était à cet égard imposée par l'art. 328 CO.

L'ensemble de ces circonstances permet de retenir que début novembre 2002, le rapport de confiance entre les parties était objectivement rompu, au point qu'une continuation des rapports de travail ne pouvait être imposée à l'appelant, ce qui justifie la résiliation immédiate des rapports de travail par ce dernier, au sens des art. 337 et 337a CO.

La dernière prise de position des intimées a été expédiée au conseil de l'appelant par courrier du 11 novembre 2002, lequel n'a pu être reçu que le lendemain par ledit conseil. Compte tenu du temps nécessaire à la communication de cette position à l'appelant lui-même et du délai de réflexion admissible, la résiliation du 15 novembre 2002 n'apparaît pas tardive, contrairement à l'avis des premiers juges.

Les premiers juges ont en revanche retenu avec raison que cette résiliation avait mis fin aux rapports de travail dès sa réception par les intimées, soit très vraisemblablement dès le 16 novembre 2002.

- 3.4 Selon l'art. 337b al. 1 CO, si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions décou-

lant des rapports de travail. Aucune indemnité punitive ou réparatrice n'est expressément prévue par cette disposition. L'article 337c CO prévoit quant à lui une double indemnisation du travailleur licencié avec effet immédiat sans juste motif : la réparation du dommage causé (al. 1), sous imputation du gain réalisé (al. 2) et le paiement d'une indemnité destinée tant à punir l'employeur qu'à réparer le tort moral subi par le travailleur (al. 3).

A teneur du texte de ces dispositions, un employé licencié avec effet immédiat de manière injustifiée paraît mieux traité qu'un employé ayant été amené à résilier son contrat avec effet immédiat en raison d'un juste motif imputable à l'employeur. Il convient dès lors de déterminer d'une part si la « réparation intégrale du dommage causé » prévue à l'article 337b al. 1 CO permet au juge d'accorder à la partie ayant résilié le contrat une indemnité d'une nature semblable à l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO, d'autre part si, à défaut d'application de l'article 337c al. 3 CO en cas de résiliation immédiate justifiée du fait du travailleur, une autre disposition permettrait de palier à cette différence de traitement pouvant paraître inéquitable suivant les circonstances, notamment en recourant à l'application des articles 328 et 49 CO.

Dans un arrêt du 25 novembre 1997 (publié in AUBERT, Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, 1999, p. 122/123), le Tribunal fédéral a rejeté un recours de droit public dirigé contre une sentence arbitrale ayant fait application analogique de l'article 337c al. 3 CO pour accorder une indemnité à une employée ayant résilié avec effet immédiat et de justes motifs son contrat de travail, en raison de l'inexécution fautive dudit contrat par l'employeur. Aux termes d'un arrêt rendu le 25 mars 2003 (cause 4C.2/2003, cons. 7 et 8.2), le montant dû en réparation du dommage au sens de l'article 337b al. 1 CO est équivalent au montant pouvant être octroyé au travailleur licencié avec effet immédiat sans juste motif, en application de l'article 337c al. 1 et 2 CO. Sans que la question d'une application analogique de l'alinéa 3 de cette dernière disposition ait été évoquée, la formulation retenue pourrait l'exclure. Enfin, dans un arrêt du 8 avril 2004 (4c.36/2004 cons. 4), sur recours en réforme, la question d'une application analogique de l'art. 337c al. 3 CO a été laissée indécise.

Pour sa part, la Cour d'appel n'a à ce jour pas eu à trancher cette question. Invitée à plusieurs reprises à déterminer l'étendue du dommage à réparer ensuite de la résiliation immédiate justifiée, elle a avant tout rappelé que ledit dommage correspondait à l'intérêt positif de la partie lésée à la poursuite des rapports de travail et englobait en conséquence toutes les créances de nature salariale qui auraient dû être octroyées jusqu'au prochain terme ordinaire du contrat. Dans un arrêt du 13 mars 2002 (cause C/6783/2001, cons. 3a), elle a toutefois précisé que la résiliation immédiate justifiée du contrat de travail par l'employé, au sens de l'article 337b CO, « entraîne, en principe, des conséquences (...) moins lourdes pour l'employeur que si ce dernier résilie le contrat immédiatement de manière injustifiée, auquel cas, c'est l'article 337c al. 1 et 3 CO qui est applicable », for-

mulation qui, si elle laisse une certaine marge de manœuvre, paraît toutefois exclure une application analogique de cette dernière disposition.

Appelé à connaître d'un litige opposant un employeur à une ancienne employée, laquelle avait résilié le contrat de travail avec effet immédiat en raison des avances dont elle faisait l'objet, le Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt du 26 novembre 1991 (JAR 1993 p. 214/215) a considéré qu'il était inadmissible de traiter moins favorablement cette employée que si elle avait été licenciée avec effet immédiat par l'employeur pour avoir refusé ses avances. Il a précisé que le recours aux articles 328 et 49 CO était indispensable pour remédier à cette situation. Retenant que les conditions posées par la loi à l'octroi d'une indemnité pour tort moral étaient réunies, il a fixé la quotité de l'indemnité en « s'inspirant de l'article 337c al. 3 CO, bien que celui-ci ne soit pas directement applicable » .

AUBERT, commentant la décision du Tribunal fédéral du 25 novembre 1997 (Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, 1999 p. 122/123), approuve la solution retenue, relevant que l'employeur viole fautivement ses obligations contractuelles dans les deux cas et que le préjudice subi par le travailleur est identique dans les deux hypothèses; il précise qu'une solution inverse pourrait pousser un employeur désireux de se débarrasser d'un travailleur à violer ses obligations contractuelles dans le but de provoquer une démission avec effet immédiat. Il ne paraît en revanche pas avoir abordé la question dans son récent Commentaire romand.

BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Commentaire du Contrat de travail, 2004, no. 1 ad art. 337b CO) se réfèrent à l'avis précité d'AUBERT et à l'arrêt du tribunal cantonal vaudois pour affirmer que la créance en dommages-intérêts fondée sur l'art. 337b al. 1 CO, correspondant à l'intérêt positif à la poursuite du contrat, permet à l'employeur de demander le gain manqué et le remboursement des frais supplémentaires occasionnés par la rupture prématurée du contrat, et au travailleur de réclamer la perte de gain, soit l'équivalent du salaire au sens large jusqu'au prochain terme du contrat, ainsi qu'une indemnité découlant d'une application analogique de l'article 337c al. 3 CO

En revanche, pour DUC/SUBILIA (Commentaire du contrat individuel de travail, 1998, no. 6 ad art. 337b CO et no.979 p. 480), le travailleur ayant résilié son contrat de manière anticipée avec juste motif n'a droit qu'à la réparation de son dommage, mais ne peut prétendre au paiement des indemnités prévues à l'article 337c CO. Ces auteurs, critiquant la solution retenue par le Tribunal cantonal vaudois, relèvent qu'une éventuelle prétention du travailleur en paiement d'une indemnité pour tort moral devrait être fondée sur l'article 49 CO.

STAEHELIN/FISCHER (Commentaire zurichois, 1998 no. 3 et 10 ad art. 337b CO) considèrent qu'une application analogique de l'article 337c al. 3 CO est inutile, la partie amenée à résilier son contrat de manière anticipée pouvant, no-

tamment lorsque la violation fautive du contrat consiste en un harcèlement sexuel, réclamer une indemnité pour tort moral en application de l'article 49 CO, par renvoi de l'article 99 al. 3 CO.

BRUHWILER (Komm, zum Einzelarbeitsvertrag, 1996) partage cette opinion.

Enfin, REHBINDER (Schw. Arbeitsrecht, Stämpfli 2002 no. 362 p. 171 et éditions précédentes), relève, se référant à l'arrêt vaudois rappelé supra, que le travailleur ayant résilié de manière anticipée son contrat de travail en raison d'une violation de l'employeur doit pouvoir prétendre à la complète réparation du dommage, ainsi qu'au paiement d'une indemnité en application analogique de l'article 337c al. 3 CO. Cet auteur soutient toutefois une opinion différente dans le Commentaire bernois (édition 1992) et, avec PORTMANN, dans le Commentaire bâlois (édition 2003). Dans le Commentaire bernois (no 3 et 4 ad art. 337b CO), REHBINDER constate certes que les articles 337b et 337c CO prévoient des sanctions différentes pour un même état de fait, soit la violation fautive et grave d'une obligation contractuelle, mais justifie cette disparité au motif que l'indemnité de l'article 337c al. 3 CO aurait été accordée au travailleur pour compenser l'impossibilité, voulue par le législateur, de contraindre l'employeur qui met fin aux relations de travail ayant résilié le contrat de manière injustifiée à poursuivre le contrat de travail, alors que, dans l'hypothèse de l'article 337b CO, le travailleur a décidé lui-même de mettre fin au contrat. PORTMANN/REHBINDER développent ce raisonnement dans le Commentaire bâlois (no. 4 ad art. 337b CO), précisant que l'application analogique de l'article 337c al. 3 CO en cas de résiliation immédiate justifiée par le travailleur est exclue d'une part parce que l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO a un caractère pénal et que le principe « pas de peine sans loi » exclut que l'on applique cette sanction par analogie, d'autre part parce que l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO a un caractère réparateur de l'atteinte à la personnalité et qu'une telle atteinte fait défaut dans l'hypothèse prévue à l'article 337b al. 1 CO, dès lors que c'est le travailleur qui prend l'initiative de la résiliation.

De l'avis de la Cour, l'opinion consistant à permettre l'octroi au travailleur qui a résilié le contrat de travail d'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO appliqué par analogie (ou à tout le moins de considérer que la réparation intégrale du dommage au sens de l'art. 337b CO correspond à ce que le travailleur peut prétendre recevoir sur la base de l'art. 337c al. 1, 2 et 3 CO), tient compte du fait que, comme le relève le Tribunal cantonal vaudois et AUBERT, le travailleur subit un préjudice comparable, qu'il soit licencié avec effet immédiat de manière injustifiée, ou qu'il soit contraint à la démission avec effet immédiat en raison du comportement fautif l'employeur; le seul fait qu'il prenne l'initiative de la résiliation ne peut, à cet égard, justifier un traitement moins favorable. D'autre part, doctrine et jurisprudence comparent d'ores et déjà les deux situations, puisque l'application analogique de l'article 337c al. 1 et 2 CO en cas de résiliation immédiate justifiée par le travailleur est admise. D'autre part, l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO a certes une fonction punitive, mais il paraît excessif de

parler – comme REHBINDER/PORTMANN – de sanction de « nature pénale », nécessitant une base légale expresse, et la disposition visant également une fonction réparatrice (cf. Message du Conseil fédéral, FF 1984 II p. 363). Il doit encore être précisé que les articles 328 et 49 CO permettent de réparer le tort moral consécutif au comportement fautif ayant provoqué la résiliation (ATF 123 II 257), mais non le dommage résultant de la résiliation elle-même. A ces considérations s'ajoute un argument historique, puisque l'art. 337c al. 3 CO, dans sa teneur actuelle, n'a été introduit qu'avec effet en janvier 1989 et que jusqu'à son introduction, les art. 337b CO (introduit en 1971) et 337c al. 1 et 2 CO (datant de l'adoption du CO) traitaient de manière semblable la résiliation immédiate injustifiée du fait de l'employeur et la résiliation immédiate justifiée du fait du travailleur, sans que les travaux préparatoires de 1984 (FF 1984 II p. 363) démontrent une volonté délibérée de distinguer, du point de vue de la réparation due au travailleur, ces deux situations.

Au vu de ce qui précède, la Cour, se ralliant à l'avis du Tribunal cantonal vaudois et d'AUBERT, considère que l'indemnisation complète à laquelle peut prétendre le travailleur qui résilie avec effet immédiat les rapports de travail, de manière justifiée et en raison de violation par l'employeur de ses obligations, peut comprendre une indemnité correspondante à celle prévue à l'art. 337c al. 3 CO.

La question de savoir si l'octroi d'une indemnité dans une telle hypothèse doit être systématique, sous réserve de circonstances particulières exceptionnelles (cf. sur le sujet en particulier JAR 2002 p. 2002 et arrêt du Tribunal fédéral cause 4C.242/2003), peut en l'état demeurer indéterminée, le refus d'une telle indemnité ne se justifiant en tout cas pas *in casu*.

- 3.5 Au vu de la relative courte durée des rapports de travail (15 mois, si l'on tient compte de l'activité déployée successivement pour les deux sociétés intimées), de la gravité du comportement reproché à l'employeur (mobbing, suivi du refus d'examiner avec sérieux les plaintes de l'appelant sur le sujet, demeure dans le versement du salaire dès fin octobre 2002), enfin des conséquences économiques de la fin des rapports de travail (difficultés de retrouver un emploi, en raison en particulier de la dépression perdurant, plusieurs mois, aux termes des attestations médicales produites), et de l'engagement des intimées de verser le salaire jusqu'à fin janvier 2003, cf. infra), une indemnité de 20'000 fr. net paraît justifiée.

L'appel est ainsi partiellement fondé sur ce point, ce qui conduit à une modification du jugement entrepris.

4. L'appelant réclame en outre son salaire pour la période d'octobre à janvier 2003, ainsi qu'une indemnité pour perte de gain pour la période du 1er février au 22 avril 2003.

- 4.1 Comme indiqué ci-dessus, l'employeur, responsable de la dégradation de l'état de santé de l'appelant, ne peut *in casu* se soustraire à son obligation de payer à l'appelant ses salaires pour la période courant du 1er octobre au 15 novembre 2002, date de la cessation des rapports de travail.

Il n'est pour le surplus pas contesté que les rapports de travail, s'ils avaient pris fin de manière ordinaire, auraient persisté jusqu'au 31 janvier 2003. L'appelant réclame à juste titre son salaire pour cette période en application de l'art. 337b al 2 et 337c al. 1 et 2 CO par analogie. Les intimées se sont par ailleurs engagées à « respecter leurs obligations » jusqu'à cette date, en réponse à la résiliation immédiate du 15 novembre 2002.

- 4.2 L'appelant calcule ses prétentions salariales sur un salaire mensuel brut de fr. 8'300.-.

Si l'on se fonde sur le texte du contrat de travail conclu le 21 décembre 2001 (et qui, de l'avis concordant des parties, est venu remplacer le contrat précédant, du 29 août 2001), le salaire mensuel brut de l'appelant est de fr. 6'300.-, montant auquel s'ajoute un montant – qualifié d'incongru par les premiers juges – de fr. 2'167.- à titre de frais professionnels. Sur le sujet, les intimées ont fait valoir en première instance que cette modification contractuelle avait été sollicitée par l'appelant et acceptée par elles (mémoire de réponse ch. 5 p. 2). Aucune explication n'a pour le surplus été fournie sur les circonstances et motifs ayant entouré la conclusion de ce second contrat.

Les premiers juges ont, quant à eux, retenu de manière convaincante (cons. 7 du jugement entrepris) que les parties avaient décidé de conserver à l'appelant, en 2002, le même salaire de précédemment (soit fr. 8'300.-), l'indemnité pour frais professionnels revêtant un caractère « fictif »; ils ont toutefois contradictoirement ensuite fondé leur calcul du 13ème salaire au prorata sur un salaire mensuel brut de fr. 6'300.- seulement.

Le caractère absurde du montant des frais professionnels (fr. 2'167.-) n'est aucunement expliqué, comme le relèvent les premiers juges; en outre, la rémunération effective de l'appelant en 2002 est demeurée identique à celle perçue en 2001; enfin, il résulte des montants versés à l'appelant à titre d'indemnités perte de gain pour novembre, décembre 2002 et janvier 2003, ainsi que du montant versé à titre de salaire pour la seconde quinzaine de janvier 2003, qu'il a été tenu compte dans le calcul de ceux-ci non seulement du salaire de base convenu, mais également de l'indemnité pour frais professionnels. Il soit dès lors être admis que dans l'esprit de l'employeur, ladite indemnité était due que l'employé travaille ou ne travaille pas, et qu'elle constitue, partant, un élément du salaire.

Il se justifie ainsi de se fonder sur le salaire mensuel brut de fr. 8'300.- réclamé par l'appelant.

Pour la période du 1er octobre 2002 au 31 janvier 2003, c'est ainsi bien un montant de fr. 33'200.– brut qui est dû à l'appelant à ce titre, la question des imputations étant traitée infra.

S'agissant de la période postérieure allant jusqu'au 22 avril 2003, le dossier ne contient pas d'attestations médicales, permettant de retenir que l'incapacité de travail en relation de causalité avec les violations reprochées aux intimées ait perduré au-delà du 15 janvier 2003. Le certificat médical établi le 22 janvier 2003 par le médecin-traitant de l'appelant fait lui-même état d'une capacité de travail de 100% à dater du 15 janvier 2003 et le rapport établi en octobre 2003, ex post, à l'attention de l'assurance, ne permet pas de retenir qu'il en aurait été autrement. L'appelant n'indique en outre aucunement quelles démarches il aurait entreprises pour retrouver du travail dès le 1er février 2003.

Il ne peut partant pas être retenu que le manque à gagner dont l'appelant se prévaut pour la période postérieure au 31 janvier 2003 soit imputable aux intimées. Rien ne sera dès lors alloué à l'appelant de ce chef.

5. L'appelant réclame encore fr. 8'992.– à titre de treizième salaire calculé au prorata pour 13 mois, soit un treizième salaire calculé sur la base d'un salaire mensuel de fr. 8'300.–, les premiers juges ne lui ayant alloué que fr. 5'512.50 à ce titre.

Il n'est pas contesté que le salaire mensuel de l'appelant devait lui être versé treize fois l'an et que les intimées n'ont rien versé à ce titre depuis le 1er janvier 2002, sous réserve d'un montant de fr. 4'725.– le 20 décembre 2002, imputation dont il sera tenu compte plus avant.

Comme indiqué ci-dessus, le salaire déterminant à prendre en compte est de fr. 8'300.– brut par mois, alors que les premiers juges se sont fondés sur un salaire de fr. 6'300.– brut par mois. Par ailleurs la période déterminante est celle du 1er janvier 2002 au 31 janvier 2003, et non du 1er janvier au 15 novembre 2002 comme retenu par les premiers juges. En effet, l'appelant peut prétendre recevoir, en application de l'art. 337b CO, un treizième salaire au prorata pour toute la durée du délai ordinaire de congé, même si les rapports de travail ont effectivement pris fin au 15 novembre 2002. A cela s'ajoute que l'employeur, comme déjà indiqué ci-dessus, s'est engagé à respecter ses obligations salariales jusqu'au 31 janvier 2003, engagement qui le lie et qui lui est opposable.

Le calcul des premiers juges doit être corrigé conformément à ce qui précède.

Il est ainsi dû au prorata temporis durant la période du 1er janvier 2002 au 31 janvier 2003 un montant brut de fr. 8'300.–  $\cdot$  12 x 13 mois = fr. 8'991.65. La question des imputations sera, comme indiqué, traitée infra.

6. L'appelant réclame enfin un montant de fr. 31'968.75 à titre d'indemnité pour heures supplémentaires, poste que les premiers juges ont écarté, considérant que la preuve des heures supplémentaires alléguées n'avait pas été établie.

Selon un décompte dressé par ses soins, l'appelant réclame ainsi une rémunération pour 465 heures supplémentaires qu'il aurait effectuées pendant la durée complète de son emploi, donc 51h50 en 2001 et 189h en 2002 en sus de son horaire de travail normal (soit en moyenne une demi heure à trois quart d'heure par jour ouvrable pendant toute la durée de l'emploi, les week-ends, et au cours de ses différents voyages d'affaires).

- 6.1 A teneur de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que le 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 s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2).

Certes, cette disposition ne s'applique pas nécessairement à des cadres de haut niveau. L'appelant, toutefois, bien que directeur commercial, ne saurait être considéré comme tel : il ne disposait en effet d'aucun pouvoir de décision dans la société, ni au niveau financier, ni au niveau de la politique générale de l'entreprise; bien au contraire, même son activité quotidienne était strictement contrôlée par B\_\_\_\_\_, qui exigeait que tout son travail lui soit soumis pour approbation préalable.

L'appelant peut ainsi prétendre au paiement des heures supplémentaires effectuées, dans la mesure où elles n'ont pas été compensées en temps libre.

La preuve des heures supplémentaires effectuées incombe au travailleur, qui s'en prévaut (art. 8 CC). Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 alinéa 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I 629), le recours à cette disposition n'étant toutefois permis que si les circonstances le permettent (CAPH cause VI/853/92).

*In casu*, la preuve que doit rapporter l'appelant est rendue plus difficile, en l'absence de tous relevés horaires conformes à la LTr, relevée à l'encontre des intimées par l'OCIRT.

Certes, ainsi que le relèvent les premiers juges, le courrier de l'OCIRT aux intimées, du 14 août 2002, ne fait pas état de l'existence de telles heures, effectuées par l'appelant. Certes encore, l'appelant n'a jamais remis aux intimées de dé-

compte en relation avec ses heures supplémentaires, et il ne résulte pas du dossier qu'il se soit plaint de ses horaires ou d'une surcharge de travail avant l'été 2002. Le décompte établi par ses soins pour les besoins de la présente procédure est enfin dépourvu de force probante.

D'autres éléments de preuve conduisent toutefois à admettre que l'appelant a été amené à effectuer de telles heures supplémentaires, à la demande des intimées et plus particulièrement de B\_\_\_\_\_.

D'une part, les intimées ont, dans la correspondance échangée avec le conseil de l'appelant, fait valoir que faire des voyages ne le « dérangeait pas du tout » et dans leur mémoire de réponse de première instance, elles ont admis que le travail de l'appelant impliquait des dépassements d'horaire. B\_\_\_\_\_ a expliqué, devant les premiers juges (pv du 12 mai 2003), que le poste de l'appelant (directeur commercial) exigeait « quelques heures supplémentaires »; sur le sujet, elle a admis, dans le cadre de l'enquête de l'OCIRT, que les horaires de travail dans l'entreprise étaient « flexibles » et qu'en période de surcharge, notamment en novembre, les employés faisaient des heures supplémentaires, qui selon elle, étaient toutefois compensées. S'agissant plus particulièrement de l'appelant, il est établi que, le 14 février 2002, B\_\_\_\_\_ lui a par écrit rappelé qu'il lui incombait de ne pas quitter son travail en cas de travail urgent à terminer; sur le sujet, B\_\_\_\_\_ a expliqué à l'inspecteur de l'OCIRT qu'elle avait demandé à l'appelant de faire preuve de « souplesse et d'adaptation » en restant travaillant au-delà de 17h30 lorsque la rédaction des rapports l'exigeait. Enfin, plusieurs des témoins entendus ont confirmé qu'il leur arrivait régulièrement de travailler le soir après les heures.

Ces éléments rendent vraisemblable, d'une manière confinante à la certitude, que l'appelant – à l'instar de ses collègues - était régulièrement requis de travailler le soir après les heures de bureau, et cela même si les témoins entendus n'ont pas expressément confirmé l'avoir vu dans les locaux le soir ou lui avoir prêté leur clef, puisqu'il n'en possédait pas.

S'agissant des voyages d'affaires, l'examen de leurs dates telles que figurant sur le planning de voyages de l'appelant (non contesté) révèle que certains avaient bien lieu le week-end et, plus spécifiquement, que l'appelant a en juillet 2002 travaillé 17 jours d'affilée, donc deux week-ends successifs. Le témoin G\_\_\_\_\_, qui a accompagné l'appelant lors du voyage en Israël au printemps 2002, a en outre confirmé d'une part que, lors de celui-ci, ils avaient travaillé non seulement la journée, mais également le soir, ceci également durant le week-end et qu'à leur retour, il leur avait été refusé de récupérer le samedi (jour du départ) en temps libre. Enfin, lorsque l'appelant a souhaité prendre libre un jeudi et un vendredi, à son retour de Hongrie et d'Israël, il résulte des explications fournies à un collègue de travail qu'il a dû revenir à son travail dès le jeudi après-midi et qu'il a encore rédigé des rapports pendant le week-end suivant, circonstances qui rendent hautement vraisemblable que, contrairement à ce que les in-

timées affirment, l'appelant n'a pas eu l'occasion de compenser toutes ses heures supplémentaires par du temps libre.

S'agissant encore des voyages à l'étranger, il y a lieu de tenir compte que, si occasionnellement l'appelant a également pu prendre des vacances sur place (en particulier en Afrique du Sud et, selon le dire des intimées, en Hongrie), le temps passé en voyage était pour l'essentiel mis à disposition de l'employeur, alors qu'il est par ailleurs arrivé à l'appelant de consacrer du temps, pendant ses vacances d'août 2003, à la rédaction de traductions.

Ainsi, l'existence d'heures supplémentaires non compensées est, sinon prouvée, du moins rendue vraisemblable d'une manière confinante à la certitude.

*Ex aequo et bono* et en application de l'art. 42 CO, la Cour allouera un montant de fr. 15'000.- brut de ce chef à l'appelant.

8. Au vu de ce qui précède, les intimées seront en définitive condamnées conjointement et solidairement à verser les montants suivants à l'appelant :

- fr. 15'000.- net à titre de tort moral,
- fr. 20'000.- net à titre d'indemnité de résiliation,  
soit 35'000 fr. net et
- fr. 33'200.- brut à titre de salaire pour la période du 1er octobre 2002 au 31 janvier 2003,
- fr. 8'991.65 brut à titre de 13ème salaire au prorata temporis,
- fr. 15'000.- brut à titre d'indemnité pour heures supplémentaires  
soit fr. 57'191.65 brut

le tout sous imputation de fr. 24'227.80 net déjà versés et de fr. 4'119.- représentant le solde du prêt consenti en sa faveur.

Le jugement attaqué sera modifié en conséquence.

L'appel est partiellement fondé, ce qui justifie de condamner les intimées, conjointement et solidairement, à rembourser à l'appelant la moitié de l'émolument d'appel dont il s'est acquitté, soit 500 fr., ledit émolument demeurant pour le surplus acquis à l'Etat.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 17 juin 2004 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, dans la cause C/1058/2003-3.

Déclare en revanche irrecevable les conclusions de T\_\_\_\_\_ prises pour la première fois en appel.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

Condamne E1\_\_\_\_\_ SA et E2\_\_\_\_\_ SA, prises conjointement et solidairement, à verser à T\_\_\_\_\_ fr. 35'000.– net et fr. 57'191.65 brut, le tout sous imputation de fr. 24'227.80 net et de fr. 4'119.–.

Invite la partie qui en a la charge à effectuer les déductions légales et sociales usuelles.

Les condamne conjointement et solidairement à rembourser à T\_\_\_\_\_ fr. 500.– représentant la moitié de l'émolument d'appel et dit que celui-ci est acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente