



POUVOIR JUDICIAIRE

C/13585/2016 - 5

CAPH/79/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 2 MAI 2019

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [NE], partie appelante, intimé sur reconvention, comparant par Me Alexandre CURCHOD, avocat, rue Centrale 5, case postale 7188, 1002 Lausanne, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____ **Sàrl**, ayant son siège social _____ [AG], partie intimée, demanderesse sur reconvention, comparant par Me Serge PANNATIER, avocat, rue Pedro-Meylan 5, 1208 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 2 mai 2019.

EN FAIT

- A. a.** Par jugement JTPH/127/2018 du 24 mai 2018, expédié par plis recommandés du même jour, et reçu des parties le 25 mai 2018, le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, a, à la forme, déclaré recevable la demande principale formée le 7 juillet 2016 par A_____ contre B_____ Sàrl (ch. 1 du dispositif), et statuant au fond, a condamné B_____ Sàrl à verser à A_____ la somme brute de 1'301,40 fr. avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 1^{er} février 2016, et débouté les parties de toute autre conclusion.
- b.** Statuant sur demande reconventionnelle formée, le 2 février 2017, par B_____ Sàrl, le Tribunal l'a déclarée irrecevable (ch. 2 du dispositif).
- c.** Statuant sur les frais, le Tribunal a arrêté ces derniers à 3'840 fr. (ch. 6 du dispositif), les a repartis à raison de 3'500 fr. à charge de A_____ et de 340 fr. à charge de B_____ Sàrl (ch. 7 du dispositif), puis les a compensés partiellement avec l'avance de frais de 3'760 fr. effectuée par A_____ – celle-ci restant acquise à l'Etat de Genève (ch. 8 du dispositif); il a ensuite condamné B_____ Sàrl à verser la somme de 80 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève (ch. 10 du dispositif), et condamné B_____ Sàrl à verser à A_____ la somme de 260 fr., dit qu'il n'est pas alloué de dépens (ch. 11 du dispositif), et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 12 du dispositif).
- d.** Par acte expédié par pli recommandé le 25 juin 2018 et adressé au greffe de la Cour de Justice, A_____ appelle de ce jugement, et ce par la plume de son conseil. Il conclut, au fond, à ce que le jugement entrepris soit réformé en ce sens que B_____ Sàrl soit condamnée à lui verser 31'105,560 fr. brut avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2015, sous déduction des charges sociales, qu'elle soit condamnée en outre à lui verser une indemnité de 186'246 fr. avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 1^{er} février 2016, et, enfin, qu'elle soit condamnée à lui verser une indemnité de 40'000 fr. avec intérêt moratoires 5% l'an dès le 1^{er} février 2016. Il a implicitement conclu à la confirmation du jugement pour le surplus.
- e.** Par mémoire-réponse à l'appel du 14 septembre 2018, reprenant ses conclusions prises en première instance, B_____ Sàrl a, sur demande principale, conclu au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions; formant, dans cette même écriture, appel joint sur reconvention, elle a conclu à l'annulation chiffre 2 du dispositif du jugement attaqué et à la recevabilité de sa demande reconventionnelle, et sur le fond, à ce que sa partie adverse fût condamnée à lui rembourser le montant de 5'319,25 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} février 2016. Pour le surplus, elle a conclu à la confirmation du jugement.
- f.** Par réplique du 8 octobre 2018, A_____ a conclu au rejet de l'appel joint à la confirmation du jugement s'agissant de la demande reconventionnelle.

g. Déférant à la décision de la Cour du 27 juin 2018, l'appelant a versé, dans le délai imparti, une avance de frais pour la procédure d'appel de 2'000 fr.

B. La Cour retient, sur le vu du dossier, et des conclusions restées litigieuses en appel, les éléments de fait pertinents suivants:

a. B_____ Sàrl est une société de droit suisse dont le but est la vente, le développement et la promotion des ventes des produits du groupe B_____ dans le domaine de l'informatique, en particulier logiciels; son siège social est à C_____. Elle a une succursale au _____, route 1 _____, à Genève.

b. A_____, né le _____ 1961, a travaillé, depuis le 3 mars 2003, en qualité de vendeur de logiciels pour la société D_____ Ltd. Fin 2006, l'unité de production pour laquelle A_____ travaillait a été cédée à B_____ Sàrl. Le 1^{er} janvier 2007, suite à un accord trilatéral, les rapports de travail de A_____ ont été transférés – sans perte de droits d'ancienneté – à B_____ Sàrl.

c. Par contrat du 4 avril 2007, B_____ Sàrl et A_____ ont fixé les termes et conditions de leurs rapports de travail comme suit: l'employé était engagé, pour une durée indéterminée, en qualité de *Applications Sales Representative*, à partir du 1^{er} avril 2007. L'activité de l'employé était censée se dérouler à Genève.

d. La rémunération se composait d'une partie fixe et d'une partie variable. La partie fixe s'élevait à 178'231 fr. payable en 12 mensualités; elle était censée représenter le 54,45% du revenu annuel escompté. La partie variable se basait sur des commissions individuelles, calculées, mois par mois, en fonctions de résultats de ventes individuelles et en fonction du degré d'atteinte d'objectifs annuels chiffrés fixés par l'employeur (cf. pièce 1 dem et 8 déf).

e. La période de référence, pour ces calculs, était l'année commerciale, telle que pratiquée par l'entreprise; celle-ci courait du 1^{er} juin au 31 mai. Les objectifs annuels chiffrés pour A_____ variaient d'une année à l'autre. Il pouvait, dans une année commerciale donnée, les dépasser, auquel cas il réalisait une partie variable de son salaire supérieure à la part variable escomptée dans le contrat.

f. Par ailleurs, à teneur du contrat, l'employé avait droit à un montant de 1'000 fr. par mois à titre de "*car allowance*" et à un montant de 100 fr. par mois à titre de participation à la prime caisse-maladie. Ultérieurement, les parties sont encore convenues d'un montant de 800 fr. par mois à titre de "*frais de formation*" (pièce 33 déf).

g. Dès l'année commerciale 2008, les parties se sont mises d'accord sur une répartition 50% - 50% entre les composantes fixe et variable de la rémunération.

h. B_____ Sàrl a conclu, en faveur de A_____, une assurance perte de gain en cas de maladie LCA, couvrant, à primes partagées, le 90% du salaire assuré, et ce

durant 730 jours consécutifs (pièce 24 déf). Le montant du salaire assuré s'élevait à 267'050 fr., c'est-à-dire à 100% du salaire annuel fixe (178'231 fr.) et à env. 50% de la part variable théorique de la rémunération (cf. pièce 22 déf). En cas d'incapacité de travail totale, l'assuré était donc censé toucher 20'028,75 fr. par mois (267'050 fr. : 12 X 0,9) (cf. PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2).

- C. a. Du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2013, A_____ a réalisé, s'agissant de la composante variable de sa rémunération, les résultats suivants (pièce 5 déf; non-contesté, cf. PV d'audience du 14 mars 2019 p. 3):

Année commerciale	Commissions gagnées	Ventes réalisées	Buts fixés	Degré d'atteinte
2009	273'656	3'419'452	2'596'000	131,72%
2010	6'339	96'650	2'717'587	3,56%
2011	230'948	3'834'327	3'257'400	117,71%
2012	29'410	402'527	2'439'430	16,50%
2013	46'168	815'117	2'097'834	38,86%

b. Dans la période du 1^{er} mars 2012 au 28 février 2013, A_____ a gagné les commissions suivantes: 20'329,30 fr. + 25'838,70 fr., soit au total 46'168 fr. (cf pièce 21 déf).

c. Le 29 juin 2012, suite à une restructuration, B_____ Sàrl a résilié les rapports de travail de A_____ pour fin septembre 2012. Dès le 2 juillet 2012, il a été libéré d'effectuer le préavis (pièces 11 et 14 déf).

Sur ce, les parties ont engagé des pourparlers en vue d'une liquidation à l'amiable des rapports de travail.

Le 30 août 2012, B_____ Sàrl et A_____ ont conclu un "*Termination Agreement*", à teneur duquel l'employé s'est vu promettre, à son art. 3, le paiement du salaire mensuel fixe pour la période de juin à septembre 2012 (4 x 14'852,25 fr.), et des commissions dues jusqu'au 31 mai 2012, ainsi que le versement d'un montant de 59'410 fr. à titre de 100% de la part variable théorique [i. e. commissions] de sa rémunération pour les mois de juin à septembre 2012 (4 x 14'852,25 fr.) (cf. pièce 13 déf).

En outre, l'employé s'est vu promettre le versement d'un "*lump sum*" (= montant forfaitaire) de 89'730 fr. brut en guise d'un "règlement solde de tous comptes".

Enfin, il y était stipulé que si l'employé devait retrouver, durant le préavis, un emploi au sein de la société, le "*Termination Agreement*" deviendrait caduc et que le montant forfaitaire (art. 6) ne serait plus dû.

d. Dans le délai imparti, A_____ a retrouvé un nouvel emploi à l'interne de la société, dans un autre département.

Par accord du 20 septembre 2012, les parties ont annulé le "*Termination Agreement*", à l'exception de son art. 3 (salaire fixe + commissions à 100% durant le préavis libéré), et elles ont reconduit les rapports de travail aux conditions salariales inchangées (pièce 15 déf). L'employé a pu garder les 59'410 fr. qui lui avaient été versés, en vertu de ce "*Termination Agreement*", à titre de 100% de commissions pour la période de juin à septembre 2012 (cf. pièce 20 déf, PV d'audience du 14 mars 2019, p. 3).

e. Le 1^{er} novembre 2012, A_____ s'est vu confier, outre ses tâches qui avaient été reconduites le 1^{er} octobre 2012, la fonction de "*Sales Team Leader*" (STL) du compte F_____.

A ce titre, il était éligible pour bénéficier, en sus de sa rémunération contractuelle (salaire fixe + salaire variable), d'un plan bonus discrétionnaire ("*SPIF*") (pièce 5 dem; pièce 45 déf; PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2).

A teneur de ce plan bonus, l'évaluation n'est pas faite en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le cadre STL, mais en fonction d'une grille d'évaluation, par un comité SPIF, de "*l'account management*", de la "*connaissance du compte*", de "*l'existence d'un account planning*" du "*customer satisfaction*" (cf. pièce-liasse 18 déf p. 12).

D. a. Le 17 janvier 2013, A_____ a informé B_____ Sàrl du fait qu'un cancer des _____ lui avait été diagnostiqué, nécessitant, sous peu, une hospitalisation et un traitement lourd (pièce 16 déf). Il a encore travaillé jusqu'au début mars 2013 (pièce 17 déf).

Du 4 mars 2013 jusqu'au 6 octobre 2015, A_____ se trouvait en incapacité de travail totale. Elle était d'abord liée au traitement de son cancer, puis, à partir du printemps 2015, à un problème de _____ (pièces 17 déf, et 10 dem; pièce 29 déf).

Durant cette période d'incapacité, A_____ a régulièrement échangé avec son supérieur direct, E_____, tantôt sur l'évolution de sa santé, des questions liées au bonus SPIF, et ses perspectives de retour en emploi (pièces 21 – 23, 37 dem; pièces 18, 19, 44 déf; témoin E_____, PV d'audience du 15 novembre 2017 p. 4).

Incidentement – par un e-mail du 14 mai 2013 – A_____ a révélé à son employeur qu'il avait déjà eu un cancer _____ "il y a quatre ans" (pièce-liasse 18 déf).

b. Le 3 octobre 2013, A_____ a appris que son bonus SPIF serait inférieur au montant auquel il s'attendait (pièce 23 déf). Estimant avoir fourni, depuis le 1^{er} décembre 2012, un excellent travail en sa qualité de "*Sales Team Leader*", il a protesté, par un e-mail du 4 octobre 2013, contre l'évaluation, à son avis incorrecte, faite, par ses supérieurs, de la qualité de ses prestations pour le compte F_____ (cf. pièces 5-9 dem; pièce-liasse 18 déf).

c. Le 2 mars 2015, E_____, informé de la fin imminente de l'incapacité de travail a annoncé à A_____, par téléphone, ne pas disposer d'un poste ouvert dans son équipe, mais qu'on lui accordait trois mois de vacances afin qu'il trouve des opportunités d'emploi soit à l'interne soit à l'externe. A_____ lui a fait part du fait qu'il appréciait que son contrat de travail n'ait pas été résilié (pièce 42 déf; témoin E_____, 15. 11. 2017, p. 4).

Par e-mail du 7 avril 2015, E_____ a annoncé à A_____ qu'à son retour au travail – prévu à l'époque pour le 31 mai 2015 – l'employeur lui proposerait soit un autre "job" en interne au 1^{er} juin ou un "*Termination Agreement*" (pièce 26 déf).

L'incapacité de travail de A_____ s'étant prolongée au-delà du 31 mai 2015, B_____ Sàrl a fini par recruter, en juillet 2015, pour son poste, un nouveau collaborateur, G_____, lequel devait commencer son travail le 1^{er} novembre 2015 (pièce 7 dem; pièce 28 déf).

d. Par e-mail du 1^{er} septembre 2015, A_____ a annoncé à B_____ Sàrl, son retour en emploi à partir du 7 octobre 2015, et, s'affirmant "super motivé à retourner au travail", a souhaité pouvoir réintégrer l'équipe dirigée par E_____ (pièce 11 dem; pièce 27 déf).

e. Durant son incapacité de travail, A_____ s'est vu verser, par l'assurance perte de gain de son employeur, mois par mois, le montant de 20'028,15 fr., soit, le 90% salaire annuel assuré, rapporté au mois (267'050 fr. : 12 x 0,9).

E. a. Le mercredi 7 octobre 2015, de retour à son emploi, A_____ s'est vu notifier la résiliation de ses rapports de travail pour fin janvier 2016, avec dispense d'effectuer le préavis – le tout sans toucher un salaire afférent au délai de résiliation. La lettre de licenciement n'indiquait pas le motif du congé (pièces 12, 13 dem). Celui-ci lui avait été communiqué oralement, lors de l'entretien de licenciement.

b. Par e-mail à son employeur du 8 octobre 2015, A_____ lui a fait part de sa grande déception, rappelant qu'il comptait reprendre, "avec plein d'enthousiasme", son activité; il a ajouté: "Je pensais que, dans le meilleur des cas, E_____ [prénom] aurait un emploi pour moi et dans le pire des cas, l'on m'offrirait un "*Termination Agreement*" (pièce 12 dem).

c. Par e-mail à son employeur du 15 octobre 2015, A_____ a postulé pour une mutation en interne, et ce en ces termes (pièce 31 déf):

"Il y a deux ans, on m'a diagnostiqué une maladie mortelle. Heureusement, je me suis complètement rétabli et j'ai désormais hâte de reprendre une vie plus active. *Etant donné que j'ai naturellement été remplacé au cours de mon absence, mon ancien poste n'est plus disponible.* Quand j'ai rencontré mon manager, E_____, il y a quelques jours, il m'a informé que H_____ [prénom] avait décidé de quitter B_____ Sàrl. Bien que je comprenne que c'est un grand défi à relever (j'ai travaillé avec H_____ sur F_____), je souhaite néanmoins présenter ma candidature pour le poste de *Technology Account Manager*".

B_____ Sàrl n'a pas réagi à cette postulation.

Par e-mail à son employeur du 10 novembre 2015, A_____ a sollicité, pour le cas où ne pourrait reprendre en emploi en interne, d'être mis au bénéfice d'un délai de congé prolongé jusqu'à fin avril 2016, le tout dans le cadre d'un "*Termination Agreement*" prévoyant des prestations similaires à celles prévues dans le "*Termination Agreement*" du 30 août 2012. Il en a joint copie (pièce 38 dem).

d. Le 12 janvier 2016, B_____ Sàrl a fait parvenir à A_____ un "*Termination Agreement*", lequel, en substance, lui confirmait la libération de sa place de travail, lui promettait le règlement de son salaire mensuel fixe et de la "*Car allowance*" mensuelle jusqu'au 31 janvier 2016, ainsi que l'indemnisation de 132 jours de vacances. L'offre se voulait solde de tous comptes (pièce 32 déf).

A_____ n'a pas signé ce document.

e. Par courrier à son employeur du 26 janvier 2016, A_____ a formellement formé opposition au congé, le considérant abusif dès lors qu'il lui avait été donné alors que des postes qu'il aurait pu pourvoir étaient vacants, et qu'en outre, il avait été libéré sans salaire afférent au préavis. Il a sollicité sa réintégration, et réclamé, en outre, le plein des commissions auxquelles il aurait pu prétendre durant le délai de congé (pièce 18 dem).

f. Le 18 février 2016, B_____ Sàrl a fait parvenir une version améliorée du "*Termination Agreement*" proposé; le nouveau texte contenait, à présent, l'offre d'un montant de 20'000 fr. brut à titre de commissions "en considération de toute commission que vous pourriez gagner pour le reste de votre emploi" (pièce 15 dem).

Par e-mail à son employeur du 18 février 2015, A_____ a estimé avoir été licencié suite à sa maladie, et partant, avoir fait l'objet d'une discrimination. Il a encore précisé – que si l'on voulait éviter une procédure – un "*Termination Agreement*" devait, à tout le moins, en sus du salaire de base, prévoir le versement d'un montant de 59'410 fr. à titre des commissions (pièce 35 déf).

A_____ n'a pas non plus signé cette deuxième version du "*Termination Agreement*".

Les rapports de travail ont pris fin le 31 janvier 2016.

g. B_____ Sàrl a payé à A_____, pour les mois d'octobre 2015 à janvier 2016, les salaires mensuels de base, soit 4 x 14'852,80 brut par mois; elle y a ajouté un montant de 5'176,20 fr. brut, par mois, rubricé "*Différence I_____ – 90%*". (pièce 33 déf).

Dans l'idée de l'employeur, le montant de Fr. 20'704,80 (4 x 5'176,20 fr.) représentait la commission qu'il estimait être due durant le préavis (octobre 2015 à janvier 2016). Son raisonnement était le suivant: le salaire annuel assuré perte de gain (part fixe et part variable) était de 267'050 fr., soit donc 22'254,16 fr. par mois. Le 90% de ce montant correspond à 20'028,75 fr. Le montant de 5'176,20 fr. versé représenterait la différence entre le poste salaire fixe (14'852,60 fr. par mois) et le montant de 20'028,75 fr. (cf. PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2).

h. Du 1^{er} novembre 2015 au 31 janvier 2016, soit durant les trois mois du préavis proprement dit, B_____ Sàrl a, conformément à la loi, versé à l'institution de prévoyance professionnelle à laquelle elle est affiliée, les cotisations LPP afférentes aux salaires versés à A_____ (cf. pièce 37 déf).

Cependant, par mégarde, B_____ Sàrl a omis de procéder à la déduction de la part salarié de ces cotisations LPP (pièce 33 déf; non-contesté).

Pour la période du 1^{er} novembre 2015 au 31 janvier 2016, le total de la part employé des cotisations LPP non retenues s'est élevé à 5'319,25 fr. (pièce 38 déf; non-contesté).

PROCEDURE

A. Par requête de conciliation déposée à l'office postal le 1^{er} juillet 2016, A_____ a assigné B_____ Sàrl, par devant la présente juridiction, en paiement des montants suivants, avec intérêts chaque fois à compter du 1^{er} février 2016: 186'246 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif, de 84'730 fr. brut à titre d'indemnité de départ, et de 64'757 fr. brut à titre de commissions afférentes à la période de préavis.

Le 9 août 2016, l'Autorité de conciliation n'ayant pu concilier les parties, a délivré à A_____ l'autorisation de procéder (dossier judiciaire).

B. a. Par mémoire déposé à l'office postal le 10 novembre 2016 et adressé au Tribunal des prud'hommes, A_____ a actionné B_____ Sàrl de la somme totale de 375'733 fr. avec intérêts à 5% l'an à compter du 1^{er} février 2016. Ladite somme se décompose comme suit (Tribunal, liasse 1):

-
- a. 64'757 fr. brut, à titre de commissions afférentes au préavis d'octobre 2015 à janvier 2016;
 - b. 186'246 fr. net, à titre d'indemnité pour licenciement abusif;
 - c. 40'000 fr. net., à titre d'indemnité pour tort moral;
 - d. 84'730 fr. brut à titre d'indemnité de départ.

b. A l'appui de ses conclusions, le demandeur a, en substance allégué avoir été au bénéfice d'un contrat de travail prévoyant un salaire fixe de 178'231 fr. représentant initialement le 54,45 %, de la rémunération totale, et d'une part variable, représentant le 45,55% de la rémunération totale. En 2008, cette répartition avait été modifiée à 50% - 50%, chaque part ascendant à 178'231 fr. La part variable, selon le degré d'atteinte des objectifs, pouvait même dépasser le montant de 178'231 fr.

Il avait donné entière satisfaction à son employeur au cours des années ayant suivi le rachat et son travail n'avait jamais été remis en cause. Ainsi, il avait réalisé les performances suivantes: en 2007, 184% de sa part variable; en 2008, 191%; en 2009, 65%; en 2010, 131%; en 2011, 29% et en 2012, 55%, soit une moyenne de 109% sur la période.

N'ayant pas bénéficié de son droit aux commissions pour les mois d'octobre 2015 à janvier 2016, il a calculé le montant réclamé à ce titre, soit 64'757 fr., comme suit: 178'231 fr. [salaire annuel fixe] x 109% x 4/12.

Un cancer lui avait été diagnostiqué au mois de janvier 2013 ne lui laissant "qu'une chance sur trois pour s'en sortir". Il en avait informé son employeur lequel avait eu une réaction froide et peu empreinte d'empathie à son égard, allant jusqu'à lui demander de poursuivre son travail pendant deux mois afin de coordonner la transition ce qu'il avait accepté malgré ses traitements hebdomadaires. Son congé maladie avait débuté le 3 mars 2013.

Durant les premiers mois de son congé maladie, B_____ Sàrl avait tenté de profiter de la situation en réduisant son droit aux commissions en tant que *Sales Team Leader* (STL), invoquant le principe du paiement au prorata dans la mesure où elle n'avait pas travaillé durant toute l'année fiscale (recte: "commerciale") 2012 – 2013. Au vu de son poste de STL pour le compte de F_____, il aurait dû toucher des commissions, lesquelles étaient multipliées par un coefficient représentant la qualité du travail en tant que STL. L'évaluation était faite par un comité devant lequel le STL se présentait, comité devant lequel il avait obtenu une note de 85% en décembre 2012. Il avait contesté la méthode de calcul au prorata et avait déploré ne pas avoir été associé à la décision. Il n'avait appris qu'au courant du mois d'octobre 2013 qu'il ne percevrait pas les commissions auxquelles

il s'attendait en raison d'un prétendu mauvais travail de sa part et qu'il avait obtenu une note de 60% sans avoir pu se présenter face au comité. Or, il n'avait jamais obtenu de note inférieure à 85% et aurait dû obtenir une note entre 90% et 100%, ce d'autant plus que son successeur avait indiqué être impressionné par la qualité du travail fourni et que F_____ avait également toujours reconnu cette qualité.

Il avait ainsi été pénalisé volontairement en raison notamment de son absence pour maladie et n'avait pas pu faire modifier son évaluation malgré les sollicitations. B_____ Sàrl était parfaitement consciente de son état de santé dès lors que cette dernière avait été avertie au mois de mai 2013 qu'elle allait subir une greffe de cellules souche dont l'issue était très incertaine. Ces procédés étaient donc illicites, mais dénotaient par ailleurs également une éthique douteuse au sein de l'entreprise.

B_____ Sàrl ne s'était jamais manifestée et n'avait jamais pris activement de ses nouvelles lorsqu'il était hospitalisé contrairement à F_____ ou à ses collègues de travail.

Il avait annoncé son retour au sein de l'entreprise pour le printemps 2015; toutefois, en raison d'une nouvelle maladie, son arrêt de travail avait été prolongé plusieurs fois jusqu'au mois d'octobre 2015. Malgré sa disposition à occuper un poste autre que le sien au sein de l'entreprise et le fait que la société était en plein recrutement un mois avant son retour, il avait été licencié au motif qu'aucun poste n'était disponible. Lors de l'entretien de licenciement, il lui avait été indiqué qu'il était libéré de son obligation de travailler mais qu'aucun salaire ne lui serait versé durant sa période de préavis, ce qui l'avait choqué ainsi que son collègue E_____. Le salaire lui avait cependant été payé pendant le délai de congé, mais sans les commissions. Dans un "*Termination Agreement*" en 2012, l'employeur avait convenu que le droit aux commissions subsistait pendant le délai de congé; du reste, le contrat de travail prévoyait un salaire composé d'une part fixe et d'une part variable, raison pour laquelle il devait également y avoir droit dans le cas d'espèce, ce qui lui avait été refusé. Qui plus est, en 2012, la défenderesse lui avait offert un montant de 59'410 fr. à titre de commissions.

Le mémoire-demande était accompagné d'un chargé de 25 pièces (Tribunal, liasse 2).

c. Par mémoire-réponse déposé à l'office postal le 2 février 2017, B_____ Sàrl a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions et, reconventionnellement, elle a conclu à la condamnation du demandeur au paiement de la somme de Fr. 5'319,25 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} février 2016.

La défenderesse a notamment exposé que la rémunération de A_____ pouvait atteindre Fr. 327'329,66 laquelle comprenait une composante fixe de 178'231 fr.,

représentant le 54,45% de la rémunération potentielle totale, et une composante variable pouvant s'élever à 45,55% de la rémunération potentielle totale, dans l'hypothèse où il remplissait les objectifs de ventes qui lui étaient fixées. Récapitulant les résultats du demandeur annuels tels qu'exposés dans sa pièce 5 déf [cf. *supra* C.a], elle a estimé que la variation des résultats démontrait que le demandeur n'était pas toujours à la hauteur des attentes.

En 2012, le demandeur avait été licencié en raison de l'élimination de son poste, c'est pourquoi elle lui avait notamment proposé une indemnité de licenciement de 84'730 fr. pour solde de tous comptes ainsi que le paiement du montant des commissions au prorata en fonction d'un taux d'accomplissement des objectifs de 100%. Toutefois, dès lors que le demandeur avait accepté un nouveau poste en son sein, l'accord avait été annulé conformément à ce qui avait été convenu. Le demandeur conservait le même salaire et les mêmes avantages qu'à son poste précédent, mais avait repris la responsabilité de *Sales Team Leader* (STL) du compte client F_____. Il pouvait, à ce titre, percevoir un bonus spécial et discrétionnaire.

Le demandeur l'avait informée de ce qu'il souffrait d'un cancer, qu'il allait commencer un traitement à partir du 22 janvier 2013 et avait confirmé qu'il souhaitait continuer à travailler aussi longtemps que son traitement le lui permettrait. Elle ne lui avait jamais demandé de poursuivre son travail pendant deux mois, contrairement à ce que le demandeur alléguait.

L'incapacité de travail du demandeur avait commencé le 4 mars 2013 et avait pris fin le 5 octobre 2015. Durant cette période, le supérieur hiérarchique du demandeur était resté en contact avec lui et ils échangeaient régulièrement. De même, elle avait pris régulièrement de ses nouvelles et ne manquait pas de lui adresser de petites attentions. L'incapacité de travail liée au cancer avait pris fin le 3 mars 2015, mais une nouvelle incapacité était survenue par la suite, laquelle avait pris fin le 6 octobre 2015. Dans l'intervalle, elle avait engagé un nouveau collaborateur lequel avait pris son emploi le 1^{er} novembre 2015, raison pour laquelle elle ne disposait plus de poste à offrir au demandeur.

Au cours de son incapacité de travail, le demandeur avait perçu la rémunération conformément aux conditions de l'assurance perte de gain en cas de maladie. Il n'avait pas droit au paiement des commissions dès lors que celles-ci étaient incluses dans le salaire assuré. Au cours du mois d'octobre 2013, le demandeur avait été informé de ce qu'il recevrait un bonus SPIF pour les efforts déployés en qualité de STL pour le compte F_____, soit pour la période allant du 1^{er} décembre 2012 au 4 mars 2013, bien que le client ne fût pas toujours satisfait de son comportement. L'évaluation dite "SPIF" se faisait devant un comité d'une dizaine de personnes présentes physiquement ou par vidéo-conférence. Le comité avait rendu sa décision au début du mois d'octobre 2013 s'agissant du demandeur.

Elle avait licencié le demandeur lors d'un entretien le 7 octobre 2015. Lors de cet entretien, elle lui avait expliqué les raisons de cette décision et lui avait confirmé la libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé. Elle lui avait également indiqué qu'un "*Termination Agreement*" était en cours de préparation. Le demandeur avait par la suite admis qu'il s'attendait à ce que l'employeur lui propose soit un nouveau poste, soit un "*Termination Agreement*". Il avait postulé en interne pour un poste de *Technology Account Manager* en indiquant l'origine de son licenciement. Le demandeur avait refusé l'accord proposé. Elle ne lui avait proposé aucune indemnité de licenciement dès lors que celle-ci n'était pas due.

S'agissant des cotisations au 2^{ème} pilier (LPP), celles-ci avaient été suspendues conformément au Règlement de prévoyance professionnelle et l'obligation de payer ces contributions avait été à nouveau en vigueur au 1^{er} novembre 2015. Elle avait payé ces cotisations pour la période du 1^{er} novembre 2015 au 31 janvier 2016, en omettant de déduire la part employé du salaire versé au demandeur, part salarié dont le total s'élève à Fr. 5'319,25 net et dont elle en réclamait la restitution.

Le mémoire-réponse était accompagné d'un chargé de 38 pièces (Tribunal, liasse 7).

d. Les parties ont encore pu répliquer et dupliquer par des écritures respectives du 23 mai 2017 et du 14 juillet 2017. Elles ont persisté dans leurs allégués et conclusions de départ. Dans sa réplique au mémoire-réponse de la défenderesse, le demandeur a encore conclu au "rejet" de la demande reconventionnelle – sans se prononcer si le Tribunal devrait la rejeter pour irrecevabilité ou absence de fondement.

Le mémoire-réplique était accompagné d'un chargé de pièces complémentaire (pièces 26 – 28 bis dem) (Tribunal, liasse 15), et, de même, le mémoire-duplique d'un chargé de pièces complémentaire (pièces 39 – 42 déf) (Tribunal, liasse 17).

Les parties ont déposé des listes de témoins.

e. A l'audience de débats d'instruction du 19 septembre 2017, les parties ont confirmé leurs conclusions. Le Tribunal a rendu une ordonnance d'instruction et de preuves. La défenderesse a été acheminée à produire des éléments de preuve en rapport avec la thématique "bonus SPIF" (PV d'audience du 19 septembre 2017, p 2).

Le 20 octobre 2017, dans le délai imparti, la défenderesse a fait parvenir au Tribunal un bordereau de pièces complémentaire (pièces 43 – 52 déf) (Tribunal, liasse 21). Le demandeur, qui en a reçu copie, a pu se déterminer par écrit (Tribunal, liasse 23).

f. A l'audience de débats principaux du 15 novembre 2015, les parties ont persisté dans leurs allégués et conclusions respectifs. Le Tribunal, à cette occasion, entendu deux témoins, à savoir J_____, directeur commercial "senior", et E_____, supérieur direct du demandeur

Les parties les ont notamment fait entendre par rapport au "bonus SPIF", sa nature et sa détermination (PV 15. 11. 2015 p. 8). Le témoin E_____ a confirmé le caractère entièrement discrétionnaire de ce bonus.

Selon ce témoin, il était exact que le demandeur avait annoncé en janvier 2013 souffrir d'un cancer. Il a précisé n'avoir pas demandé au demandeur de continuer à travailler; c'était au contraire ce dernier qui avait demandé à travailler jusqu'à fin mars 2013.

Il a ajouté avoir assisté à l'entretien de licenciement du 7 octobre 2015. Il n'avait pas été choqué par le licenciement du demandeur, même si humainement, la décision avait été dure à prendre. Il ignorait si certaines personnes avaient été choquées; jamais il ne s'était dit qu'on craignait que le demandeur ne soit guéri.

Il a déclaré que G_____ n'avait pas *remplacé* le demandeur, car durant l'incapacité du demandeur, ce dernier avait été remplacé par K_____. Il a ajouté que G_____ avait été engagé durant l'arrêt-maladie du demandeur et ce dans le cadre de la croissance de l'équipe. Cet employé avait débuté son activité le 1^{er} novembre 2015. Comme tous les collaborateurs de son équipe, celui-ci avait un cahier des charges similaire à celui du demandeur.

Il a précisé avoir eu une discussion en mars 2015 avec le demandeur lors de laquelle il lui avait indiqué qu'il n'avait pas de place dans son équipe si celui-ci revenait travailler. Le demandeur lui avait alors indiqué souhaiter prendre trois mois de vacances à la suite de son arrêt-maladie pour revenir en pleine forme. Le témoin lui avait également indiqué qu'il y avait un risque que la défenderesse n'ait pas de poste pour lui à son retour de vacances.

En avril 2015, le demandeur l'avait informé d'un nouvel arrêt-maladie en raison d'un autre problème de santé. Ils avaient alors annulé les vacances en raison dudit arrêt. Il ne pensait pas avoir eu de nouvelles discussions avec le demandeur durant l'été 2015, car la société avait pris la décision de recruter G_____.

Durant l'absence du demandeur, il avait eu beaucoup d'échanges par e-mails avec lui sur son état de santé. C'était le demandeur qui lui donnait des nouvelles auxquelles il répondait. La défenderesse - à l'initiative de son vice-président de la région Europe du Nord -, avait envoyé au demandeur un message de bon rétablissement avec des fleurs.

g. A son audience du 28 novembre 2017, le Tribunal a entendu, en qualité de témoin, L_____, employé de la défenderesse de 1996 à 1999, puis de 2007 à fin

2012, ancien supérieur direct du demandeur. Ce témoin a notamment été entendu par rapport au "bonus SPIF", mais ne se souvenait plus des règles régissant son octroi (PV d'audience du 28 novembre 2017, p. 2).

A l'issue de l'audience, et après la plaidoirie des conseils des parties, le Tribunal a gardé la cause à juger (PV d'audience du 28 novembre 2017, p. 4).

- C. a.** Examinant d'entrée la recevabilité de la demande reconventionnelle, le Tribunal l'a rejetée, motif pris à l'art. 224 al. 1 CPC. Pour être recevable, la demande reconventionnelle suppose que la prétention invoquée soit soumise à la même procédure que la demande principale. Or, une demande, fût-elle reconventionnelle, d'une valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr. est régie par la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC). En l'espèce, la demande principale, vu sa valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr., étant régie par la procédure ordinaire, la demande reconventionnelle, parce que régie, elle, par la procédure simplifiée, s'avère irrecevable.

Le Tribunal n'a pas examiné la recevabilité de la conclusion du demandeur en paiement d'une indemnité de 40'000 fr. pour tort moral, alors même que ce chef de conclusion n'avait pas été soumis en conciliation.

b. Sur le fond, le Tribunal a ensuite considéré que la prétention en paiement de 64'757 fr. à titre de commissions pour les mois d'octobre 2015 à janvier 2016 était pour l'essentiel, infondée. En effet, pour calculer le droit à ces commissions durant les quatre mois de préavis libérés, le Tribunal s'est référé au salaire annuel assuré perte de gain, soit 267'050 fr., lequel, à son avis, couvrait également la part afférente aux commissions. Rapporté au mois, cela débouche sur un salaire mensuel, part fixe et variable, de 22'255 fr. Il a estimé, sur le vu des bulletins de salaires (pièce 33 déf.), que le demandeur avait touché, d'octobre 2015 à janvier 2016, un salaire mensuel de 21'928,80 fr., il a constaté une différence mensuelle de 325,35 fr. par rapport au salaire dû. C'était donc un montant de 1'301,20 fr. (325,35 fr. x 4) qu'il revenait encore de verser au demandeur à titre de commissions.

Le Tribunal n'est pas revenu sur le revenu sur le bonus "SPIF".

c. S'agissant de la prétention du demandeur en paiement de 186'246 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, le Tribunal l'a écartée comme non fondée. Il a considéré, en substance, que le demandeur, contrairement à ses allégués, n'a pas été licencié "en raison de sa maladie", mais du fait que, suite à sa longue absence, la défenderesse avait été amenée à le remplacer. Du reste, il l'avait admis lui-même à l'époque. Par ailleurs, l'employeur aurait pu le licencier déjà bien avant le 7 octobre 2015, à savoir à l'issue du délai de protection des 180 jours prévus à l'art. 336 c al. 1 let. b CO – ce qu'il n'a pas fait.

d. Examinant ensuite la prétention du demandeur en paiement d'une indemnité de 40'000 fr. à titre de tort moral subi, le Tribunal l'a rejetée pour absence de fondement. En effet, à supposer que le demandeur ait subi une atteinte, il faudrait encore que celle-ci soit d'une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie, par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte. Or, le simple fait – non démontrée du reste – que l'employeur aurait, notamment, fait preuve d'une "froideur particulière" durant sa période d'incapacité de travail due au cancer, ne justifie pas l'octroi d'une indemnité, ni du reste le fait que, par erreur, l'employeur l'avait licencié en lui disant qu'il ne percevrait pas le salaire pendant le délai de congé.

e. S'agissant de la prétention du demandeur en paiement d'un montant de 84'730 fr. à titre d'indemnité de départ, celle-ci, à son tour, s'avère dépourvue de tout fondement légal ou contractuel.

f. Enfin, le Tribunal a arrêté les frais judiciaires à Fr. 3'840 fr. ; considérant l'issue du litige, il les a répartis à raison de 3'500 fr. à charge du demandeur et de 340 fr. à charge de la défenderesse; il les a ensuite compensés partiellement avec l'avance de frais de 3'760 fr. effectuée par le demandeur, et statué que celle-ci reste acquise à l'Etat de Genève, puis a condamné la défenderesse à verser 80 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève, et 260 fr. au demandeur.

g. Saisie de l'appel, la Cour de Justice (Chambre des prud'hommes), motif pris à l'art. 56 et à l'art. 316 al. 1 CPC, a ordonné des débats.

Lors de l'audience du 14 mars 2019, les parties ont fourni, sur questions précises de la Cour, des réponses par rapport à des points restants *peu clairs* (PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2 – 3).

L'appelant a confirmé avoir abandonné le poste indemnité de départ. Il a également confirmé avoir réduit le poste commissions à 31'105,60 fr. (PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2).

Interrogé sur le comment et le pourquoi de cette réduction, il a exposé qu'il aurait dû toucher, durant les quatre mois du préavis, chaque mois, un montant de 29'705,20 fr. brut, représentant le salaire mensuel fixe de 14'852 fr. et 14'852 fr. à titre de 100% de la commission théorique mensuelle. Il a ajouté avoir touché, durant le préavis, un salaire mensuel de 21'982,80 fr. brut, dont une partie représenterait une partie des commissions. Le montant de 31'105,60 fr. constituerait la différence encore due, à titre de commissions, pour les mois du préavis (PV d'audience 14 mars 2019, p. 2).

Interrogée sur le sens de la rubrique, figurant dans les bulletins de salaires d'octobre 2015 à janvier 2016, intitulée "différences I_____ < > 90%", l'intimée a exposé que poste correspondait à la commission (partie variable du salaire)

qu'elle avait versée pour ces quatre mois de préavis. Elle avait pris en considération la partie assurée perte de gain. En effet, la rémunération de l'appelant, part variable et fixe, était assurée perte de gain à hauteur de 267'05 fr. Si on divisait ce montant de 267'050 fr. assuré par 12, l'on arrivait à 22'254,16 fr. par mois. Si ensuite l'on calculait le 90% de ces 22'254,16 fr., l'on arrivait à 20'028,75 fr., et si on reprenait la pièce 33 déf, c'est-à-dire les bulletins de salaire d'octobre 2015 à janvier 2016 et qu'on additionnait les postes de 14'852,60 fr. (salaire mensuel fixe) avec le poste de 5'176,20 fr. (salaire variable), l'on arriverait à ces 20'028,75 fr., ce qui correspondait aux 90% susmentionnés (PV d'audience du 14 mars 2019, p. 2).

Elles ont également confirmé que la commission (part variable du salaire) n'avait rien de commun avec le bonus "SPIF", instruit par le Tribunal (PV d'audience 14 mars 2019, p. 2).

A l'issue de ladite audience, les parties ont pu plaider et elles ont persisté dans leurs conclusions respectives (PV 14. 3. 2019, p. 4).

h. Les arguments des parties en appel seront examinés ci-après dans la partie "En Droit", dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté contre une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) dans le délai utile de trente jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 142 al. 1 et 3, art. 145 al. 1 let. c, arts. 331 et 313 al. 1 CPC), l'appel est recevable.
2. **2.1.** Le juge d'appel dispose d'un pouvoir d'examen complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le Tribunal et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC; ATF 138 III 374 consid 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).
2.2. A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Cour cantonale doit établir un état de fait; elle ne saurait se borner à relater les allégués des parties (cf. TF 8C_577/2014 du 8. 10. 2015 consid. 6.2). Sans aucun doute, cette règle s'applique également à une juridiction cantonale de première instance. En effet, un état de fait insuffisant entrave la bonne application des règles juridiques et un tel manquement doit être considéré comme une violation du droit (CORBOZ, in: CORBOZ/ WURZBURGER/FERRARI/FRESARD/ AUBRY GIRARDIN (éd), Commentaire de la LTF, Berne, 2^e éd., 2014, n. 26 ad art. 112 LTF; Ehrenzeller in: NIGGLI/ UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER/KNEUBÜHLER, (éd), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd., 2018, N. 8 art. art. 112 LTF; DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne, 2008, N. 4467 *in fine* ad art. 112 LTF).

2.3. En l'espèce, le jugement pêche par l'absence d'un état de fait pour l'essentiel, il relate, en détail, les allégués des parties, les déclarations des témoins, sans qu'on sache ce que le Tribunal a retenu comme faits constants, établis et pertinents. Ce n'est qu'en lisant la partie "En droit" du jugement que le justiciable parvient à comprendre, mais sans certitude, ce qui a été retenu comme faits.

2.4. La Cour se voit donc amenée d'établir elle-même un état de fait.

3. Le juge applique le droit d'office (art. 57 CPC).

4. L'appelant réclame un montant de 31'105,60 fr. brut à titre de solde de commissions afférentes à la période du préavis, c'est-à-dire aux mois d'octobre 2015 à janvier 2016.

4.1. L'employeur et le travailleur peuvent convenir d'une rémunération dont tout ou partie est constitué par des commissions (cf. art. 322 b CO; la loi parle de "provisions").

4.1.1. S'agissant des commissions, il est admis que les parties au contrat de travail peuvent prévoir que leur versement dépend de l'atteinte ou du degré d'atteinte d'objectifs chiffrés et fixés, d'entente ou unilatéralement par l'employeur, au début de chaque année. L'on parle alors de rémunération sur objectifs quantitatifs (HIRSIGER, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne, 2011, p. 172 ss; WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, 2015, p. 188 ss).

4.1.2. En l'occurrence, les parties sont convenues d'une rémunération composée, d'une part, d'un salaire annuel fixe de 178'231 fr., soit donc d'un salaire mensuel fixe de 14'852,58 fr., et d'autre part, d'une commission variable, dont le montant, en cas d'atteinte à 100% des objectifs chiffrés fixés, ascendait, lui-aussi, à 14'852,58 fr. Enfin, la pratique suivie par les parties a montré que l'employé était libre de dépasser les objectifs fixés, auquel cas la part de la commission dépassait proportionnellement la limite des 14'852,58 fr.

4.2. Lorsque, comme en l'espèce, l'employeur choisit de libérer le travailleur durant le délai de congé, il se met en demeure d'acceptation volontaire (art. 324 CO). Il reste tenu de continuer à verser au travailleur le salaire – et ce dans toutes ses composantes (part fixe, part variable) (BLESIGER, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Zurich, 2^e éd., 2010, p. 102; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, N. 18 ad art. 324 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2012, N. 11 ad art. 324 CO p. 392).

4.2.1. La question à résoudre en l'espèce est celle de savoir comment il convient de calculer le droit aux commissions durant une période de préavis non travaillée, le travailleur, apte à travailler, ayant été dispensé de l'effectuer.

4.2.1.1. Le Tribunal a considéré, en substance qu'il convenait de s'orienter vers les revenus mensuels réalisés durant la longue période d'incapacité de travail qui avait

précédé le préavis du demandeur; ce dernier, assuré perte de gain pour un salaire annuel de 267'050 fr., avait obtenu, durant sa période d'incapacité de travail, un montant mensuel de 21'928,80 fr. Dès lors qu'à son avis, ce montant englobait également la part "commissions", il convenait d'appliquer cette solution à la période du préavis.

4.2.2. La Cour ne saurait confirmer cette solution, car elle contrevient à l'art. 324 CO.

4.2.2.1. Certes, en cas de détermination de la part variable d'un salaire *en cas d'incapacité de travail*, il est d'usage, et admis par la doctrine et la jurisprudence, que, l'employeur, tenu de continuer à payer le salaire durant la période fixée selon l'"échelle bernoise", puisse, pour déterminer le salaire-maladie dû, se fonder sur la moyenne des salaires variables des douze derniers mois (et à défaut: sur une période plus courte) précédant l'incapacité de travail (TF 4C_173/2004 du 7. 9. 2004 consid. 4.3 = JAR 2005 p. 265; ATF 125 III 14 consid. 2b; CAPH GE 12. 12. 1988 in: JAR 1990 164; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 9 ad art. 324 a/b CO p. 414; AUBERT GABRIEL, in: THÉVENOZ/WERRO, éd, Commentaire Romand CO I, 2^e éd., 2012, N. 46 ad art. 324 a CO; AUBERT DAVID, in: DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 12 ad art. 349 c CO; SENTI, "Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen. Rechtsfolgen", in: PORTMANN/ VON KAENEL, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich, 2018, p. 104; cf. pour la détermination du gain assuré en cas de revenus variables, en droit de l'assurance-accident: ATF 139 V 464 consid. 2.6 et art. 22 al. 4 OLAA [RS 832.202]).

4.2.2.2. Il est même concevable d'appliquer la règle du salaire moyen des douze mois précédents au cas où l'employé, payé à la commission, ait été licencié avec effet immédiat sans justes motifs et où ce dernier réclame la rémunération afférente au préavis non respecté (art. 337 c al. 1 CO; cf. TF 4A_556/2012 du 9. 4. 2013 consid. 6. 1.).

4.2.3. L'application linéaire de ces principes à un cas de demeure d'acceptation de l'employeur au sens de l'art. 324 CO paraît délicate.

4.2.3.1. Une incapacité de travail représente la survenance d'un risque dans la sphère du travailleur; il est donc défendable de lui faire subir, lorsqu'il rémunéré par un salaire variable, un salaire-maladie calculé sur la base d'une moyenne des 12 derniers mois. Ce même calcul se justifie en cas d'application de l'art. 337 c al. 1 CO; en effet, en cas de licenciement immédiat qui s'avère, après coup, injustifié, il est, à tout le moins, en règle générale, à présumer que le travailleur a fourni un motif conduisant l'employeur à la sur-réaction d'un renvoi immédiat.

4.2.3.2. Tel n'est pas le cas en cas de demeure d'acceptation de l'employeur. Le risque de l'empêchement de travailler ne survient pas dans la sphère du travailleur,

ni ce dernier a-t-il à se laisser reprocher une éventuelle faute concomitante ayant causé son renvoi immédiat.

4.2.4. En dispensant le travailleur qu'il vient de licencier, *sans avoir été provoqué*, d'effectuer le préavis, l'employeur empêche, dans son propre intérêt, que ce collaborateur puisse réaliser ses objectifs contractuels (cf. art. 156 CO, mais également l'art. 152 al. 1 CO). L'application de l'art. 156 CO, du reste, ne suppose pas un acte intentionnel visant à léser le partenaire contractuel; ce qui est déterminant, c'est l'empêchement imputable à la partie qui s'en prévaut (ATF 109 II 20). Dès lors, l'employeur ne saurait vouloir invoquer son propre choix pour en déduire le droit d'amputer, ou de l'amputer à sa guise, la commission théoriquement atteignable du travailleur durant le préavis libéré; celle-ci est due dans toute son ampleur théorique (cf. WITZIG, op. cit. p. 204 [ss], et, par analogie, le cas du footballeur professionnel mis sur le banc de touche: ATF 137 III 303 consid. 2.1.2; CAPH/38/2019 du 6 février 2019 consid. 2 let. e).

4.2.5. Mais il y a plus. Lorsque, comme en l'espèce, l'employeur eût été contractuellement tenu de fixer au travailleur, au début de chaque année (civile ou commerciale), les objectifs chiffrés à atteindre, il est malvenu de soutenir que le travailleur libéré aurait *de toute façon* pas atteint le revenu théoriquement atteignable, rapporté au mois, durant le préavis. Dans ce cas-là, il convient de mettre le travailleur, pour la période considérée, au bénéfice du *100% du gain théorique atteignable* (cf. Bundesarbeitsgericht allemand, arrêt du 12. 12. 2007 – 10 AZR 97/07 consid. 2, in: www.bundesarbeitsgericht.de; dans le même sens: ArGer ZH, 24. 11. 2009 in: *Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2009*, p. 7; cf. pour une situation similaire: TF 4A_23/2007 du 8. 5. 2007 consid. 4.3. *in fine* = ARV/DTA 2007 p. 160).

4.2.6. Enfin, l'on ne saurait faire abstraction du fait qu'en été 2012, lors du préavis libéré précédent, dans une situation comparable, l'intimée avait offert, dans le "*Termination Agreement*" du 30 août 2012, de verser à l'appelant le 100% de la part variable théorique afférents aux mois de juin à septembre 2012 (4 x 14'852,60 fr. = 59'410,40 fr.). Ce montant a été versé et, bien qu'en définitive, ledit "*Termination Agreement*" ait été annulé – parce que l'appelant avait retrouvé un poste à l'interne – il n'aurait pas dû être restitué.

4.2.6.1. L'intimée objecte qu'à l'époque on avait affaire à un licenciement *économique*, alors qu'en octobre 2015, il ne s'agissait plus d'un licenciement économique.

4.2.6.2. Cette objection tombe à faux. Car, à l'évidence, et vu de près, le licenciement de l'appelant du 7 octobre 2015 était bel et bien un licenciement procédant d'un raisonnement économique sous-jacent. Il importe peu que la chose n'ait pas été communiquée à l'intéressé comme telle. Du fait de sa longue absence

due à son incapacité de travail, l'entreprise avait repourvu son poste de travail; elle n'a pu l'affecter ailleurs. Le maintenir en emploi, nonobstant l'absence d'un travail à offrir eût été, économiquement parlant, "non – rentable".

4.2.6.3. Le versement du 100% de la part variable théorique de la rémunération de l'appelant, durant le préavis, en été 2012, fondait ainsi un fait de confiance ("Vertrauenstatbestand"); en l'absence d'éléments disruptifs, imputables à faute de l'appelant, il ne convenait pas de le démentir, dans une situation analogue, trois ans plus tard. L'attente de l'appelant de pouvoir bénéficier, durant le second préavis, d'un traitement analogue, s'avère ainsi légitime, et partant, fondée.

4.3. Le montant dû se calcule comme suit, compte tenu du fait que l'appelant se trouvait en incapacité de travail jusqu'au 6 octobre 2015 inclus, et compte tenu des montants déjà versés, pour cette période, à titre de commission:

4.3.1. Nombre de jours ouvrables en octobre 2015: 22

Nombre de jours ouvrables, en octobre 2015, depuis le retour en emploi de l'appelant: 20

Commission mensuelle à 100%: 14'852,60 fr.

Commission mensuelle à 100%, au prorata sur 20 jours ouvrables: 13'502,36 fr.

Commissions mensuelles à 100% pour novembre 2015 à janvier 2016: 3 x 14'852,60 fr. = 44'557,80 fr.

Total commissions mensuelles à 100% pour la période du 07.10.2015 au 31.01.2016: 13'502,36 fr. + 44'557,80 fr. = 58'060,16 fr.

4.3.2. De ce montant de 58'060,16 fr., il convient de déduire le total des montants versés, pour cette même période, à titre de commissions. Ce total correspond à 20'704,80 fr. (4 x 5'176,20 fr.).

4.3.2.1. A noter, à ce propos, que tant le Tribunal (dans ses réflexions implicites), que les parties, dans leurs écritures en appel, ont – sans doute par inadvertance - intégré, dans le poste "commissions" déjà versées, les montants de 100 fr. (contribution caisse maladie), de 1'000 fr. (forfait voiture) et de 800 fr. (allocation de formation). Ainsi, ils ont considéré que l'intimée aurait déjà versé à l'appelant, durant cette période, à titre de commissions, un montant mensuel de 7'076,20 fr. (5'175,20 fr. + 100 fr. + 1'000 fr. + 800 fr.). Or, cette intégration des trois postes susmentionnés dans le poste commissions a été faite *à tort*. A l'évidence, il s'agit là d'autres prestations contractuelles mensuelles, qui étaient dues et versées à un autre titre.

4.3.3. L'on parvient ainsi à un montant – théoriquement dû –, à titre de solde de commissions, de 37'355,36 fr. (58'060,16 fr. – 20'704,80 fr.).

4.4. L'appelant n'a réclamé, en appel, à titre de solde de commissions qui lui seraient encore dues, que le montant de 31'050,60 fr. brut.

4.4.1 Or, le juge ne saurait allouer à une partie un montant supérieur à celui qu'elle a réclamé. *Ne eat iudex ultra petita* (cf. art. 58 al. 1 CPC; OBERHAMMER, in Kurzkomentar ZPO, op. cit., N. 2 ad art. 58 CPC); cette règle est certes, relativisée en ce sens que le juge peut, s'agissant d'un type identique de postes – p. ex. postes de dommage – se fonder sur le montant global réclamé et allouer davantage pour un des éléments de ce type de postes, et moins pour un autre, sans violer le principe de disposition (cf. ATF 143 III 254 consid. 3.3; TF 4A_535/2018 du 17. 1. 2018 consid. 5.2). Encore faudrait-il que les différentes conclusions, au sein d'un type de postes, soient fondées.

4.4.2. Or, en l'espèce, le type de poste en question ici est un poste qui relève de la thématique "rémunération", et non pas d'un type de poste relevant de la thématique "dommage" ou "indemnité". Par ailleurs – et comme on verra ci-après – il n'y a pas d'autres postes de prétention qui auraient été retenus comme fondés.

4.4.3. Il n'y a dès lors pas lieu de faire une exception à la règle *ne eat iudex ultra petita*. L'intimée sera donc condamnée à verser à l'appelant ce montant de 31'050,60 fr. brut, à titre de solde de commissions encore dues.

4.5. Quant au bonus "SPIF", il convient de relever que l'appelant n'avait pas pris une *conclusion en paiement* à cet égard – ce qui, dans un premier temps, semble avoir échappé au Tribunal. En effet, ce dernier avait longuement instruit le plan "SPIF", ne se rendant compte qu'en cours de route et sur la base des éléments produits, que le bonus fondé sur ce plan se caractérisait comme prestation entièrement discrétionnaire; il s'est probablement aussi rendu compte que le demandeur n'avait pas formulé de conclusion en paiement fondée sur ce bonus. C'est donc à juste titre que, dans son jugement, le Tribunal a omis de revenir sur ce sujet. Dans son écriture d'appel, l'appelant a l'a brièvement évoqué, mais, à nouveau, sans prendre une conclusion à ce propos. L'eût-il fait, elle aurait été irrecevable, faute d'avoir déjà été soumise en première instance.

5. L'appelant réclame, comme en première instance, un montant de 186'246 fr. net à titre d'indemnités pour licenciement abusif.

5.1. Il soutient, en substance, avoir été licencié du fait de sa maladie, liée à son cancer – ou plus précisément, parce que l'intimée aurait craint une rechute. Le congé serait également abusif compte tenu de la manière dont il a été mis en route.

5.2. Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque

cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115, consid. 2.1; 131 III 536 consid. 4. 1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive.

5.2.1. Est ainsi abusif le congé donné par une partie pour une "*raison inhérente à la personnalité de l'autre, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise*" (art. 336 al. 1 let. a CO).

5.2.2. La *maladie* fait partie, à l'instar de la race, de la religion, de l'âge, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, des éléments inhérents à la personnalité du travailleur (ATF 130 III 699 consid. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152; 127 III 86 consid. 2 a = JdT 2001 I 160; 123 III 254 consid. 5; DUNAND, in: DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 25 ad art. 336 CO).

5.2.3. En principe, le congé donné au travailleur en raison d'un empêchement de travailler prolongé dû à une maladie n'est pas abusif (cf. ATF 107 II 169 consid. 2a). Cela ressort implicitement de l'art. 336 c al. 1 let. b CO qui prévoit un délai de protection, *limitée dans le temps*, contre le congé en temps inopportun, c'est-à-dire, notamment, durant une incapacité de travail due à une maladie ou à un accident (cf. TROXLER, Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Bâle, 1992, p. 54 ss; critique: NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Bâle, 1998, p. 89).

5.2.3. Il est notoire qu'une absence d'un collaborateur due à une incapacité de travail peut avoir, lorsqu'elle dure, une incidence négative sur la production, et partant, présenter *un lien avec le rapport de travail* (ATF 136 III 510 consid. 4.4; 123 III 246 consid. 5 = JdT 1998 I 300 = JAR 1998 p. 187; TF 4A_554/2008 du 26. 5. 2009 consid. 2.2. = ARV/DTA 2009 p. 307 = JAR 2010 p. 318; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 5 ad art. 336 CO, p. 1011).

5.2.4. En effet, l'employeur, inévitablement, se verra placé devant le choix soit de remplacer l'employé absent, provisoirement, voire durablement, par un autre travailleur, ou par une mesure de rationalisation, s'il entend maintenir le volume et rythme de sa production, soit de supprimer – momentanément ou durablement – le poste de travail en question, et d'accepter, cas échéant, une diminution de sa capacité de production. Un congé donné, dans une telle situation, ne serait pas abusive (DUNAND, op. cit. N. 30 ad art. 336 CO; 123 III 246 consid. 5; TF 4C_174/2004 du 5. 8. 2004 c. 2.2.2; ATF 123 III 259 consid. 5).

5.2.5. Par contre, il est admis qu'une incapacité de travail *provoquée par la faute de l'employeur* ne saurait justifier que ce dernier, une fois le délai de protection

venu à terme, se précipitât à licencier derechef le travailleur. Il lui eût incombé de protéger la personnalité, et notamment la santé, du travailleur (art. 328 al. 1 CO). Un tel congé serait clairement abusif, si ce n'est à la lumière de l'art. 336 al. 1 let. a CO, à tout le moins à la lumière de la norme générale de l'art. 2 al. 2 CC; car survenu, après une atteinte fautive à la santé, sans proposition préalable d'une mutation interne, sans ménagement et dans des circonstances choquantes (cf. TPH JAR 1992 p. 166; TF 4C_320/2005 du 20. 3. 2006 consid. 3.2; TF 4A_2/2014 du 19. 2. 2014).

5.3. En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que licenciement de l'appelant du 7 octobre 2015 aurait été décidé à *cause de sa maladie*; d'abord, la maladie en question n'était pas imputable à la faute de l'intimée; ensuite, elle venait d'être surmontée; enfin, rien ne démontre que l'intimée aurait prononcé ce congé par crainte d'une rechute. A l'appui de ses thèses, l'appelant n'a apporté ni la preuve (art. 8 CC), ni, à tout le moins, des indices suffisants pour faire présumer au juge l'existence d'un motif abusif.

5.3.1. A l'évidence, l'intimée a licencié l'appelant pour un motif *économique*: compte tenu de la longue absence-maladie de l'appelant, l'intimée se trouvait dans l'incertitude quant à la date de son retour en emploi; ce dernier lui avait annoncé son retour pour le printemps 2015 – mais, victime d'une nouvelle affection à santé, il n'a pu reprendre son travail. De ce fait, et à bout de patience, l'intimée a été amenée, en été 2015, à engager, pour son poste de travail, un nouveau collaborateur. Ce qui apparaît compréhensible. Suite à l'entrée en service de ce dernier, l'appelant ne pouvait plus être occupé et il n'y avait pas d'autre poste disponible.

5.3.2. Du reste, l'appelant avait lui-même parfaitement anticipé et compris que sa place serait, pour finir, confiée à une autre personne et qu'une fois de retour en emploi, il lui fallait se réorienter, voire, envisager être licencié – auquel cas il s'attendait à pouvoir bénéficier d'un bon "*Termination Agreement*".

5.3.3. Enfin, l'appelant paraît malvenu de plaider, lorsqu'il s'agit de son droit aux commissions, la thèse d'un *licenciement économique* – à l'instar du licenciement survenu le 27 juin 2012 qui avait débouché, parce que licenciement économique, sur l'octroi du 100% des commissions théoriques – et, de plaider, simultanément, un *motif de congé abusif* (et partant: non économique), pour fonder sa prétention en paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 336 a CO.

5.4. Un licenciement peut se révéler abusif non seulement par ses motifs, mais également par la *façon* dont l'employeur a exercé son droit (ATF 132 III 115 consid. 2.2. = JdT 2006 I 152; 131 III 535 consid. 4.2 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29; TF 4A_42/2018 du 5. 12. 2018 consid. 3.1.; DUNAND, op. cit. N. 78 ad art. 336 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 4 ad art. 336 CO p. 997).

5.4.1. Ainsi, une grave atteinte à la personnalité du travailleur, à l'occasion de la résiliation, peut fonder l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif. En revanche, un comportement de l'employeur qui serait simplement inconvenable ou indigne ne suffirait pas. En effet, il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 132 III 115 consid. 2.3; TF 4A_663/2010 du 28. 2. 2011 consid. 3.2.1; CAPH GE, 4. 2. 2010 consid. 6.1.3 in: JAR 2011 p. 351).

5.4.2. En l'occurrence, l'intimé a certes et par mégarde, annoncé à l'appelant, lors de son licenciement que, parce que libéré durant le préavis, il ne toucherait pas de salaire. Cela a rapidement été corrigé et n'a pas prêté à des tourments particuliers, ni surtout, porté une grave atteinte à la personnalité de l'appelant.

5.5. A l'instar du Tribunal, la Cour rejette la prétention de l'appelant en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

6. L'appelant réclame encore la condamnation de l'intimée au paiement d'un montant de 40'000 fr. net à titre de réparation pour tort moral.

6.1. La *recevabilité* de cette conclusion appelle un examen. En effet, elle ne figurait pas dans la Requête de conciliation, ni dans l'Autorisation de procéder. Ce fait semble avoir échappé à la vigilance du Tribunal.

6.1.2. Il incombe au juge d'examiner d'office, et à tous les stades de la procédure, si les conditions de recevabilité d'une action ou d'une conclusion sont remplies (art. 59, 60 CPC; ATF 130 III 430 consid. 3.1; DOMEJ, in: Oberhammer/Domey/ Haas (éd), Kurzkomentar ZPO, Bâle, 2e éd., 2013, N. 2 ad art. 60 CPC).

6.1.3. En principe, les conclusions de la demande doivent correspondre à celles mentionnées dans l'autorisation de procéder. Elles ne peuvent s'en écarter qu'aux conditions de l'art. 227 CPC, à savoir si la prétention *nouvelle* ou modifiée relève de la même procédure (art. 227 al. 1 CPC) et si elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention (art. 227 al. 1 let. a CPC) ou si la partie adverse consent à la modification (art. 227 al. 1 let. b CPC) (TF 5A_588/2015 du 9. 2. 2016 consid. 4.3.1; CAPH/123/2017 du 28. 8. 2017 consid. 3.1).

6.1.3. En l'espèce, la conclusion litigieuse est nouvelle, certes, mais elle relève de la même procédure que les autres conclusions (i. e. procédure ordinaire), et elle relève du même complexe de faits ("Lebenssachverhalt") que ces dernières. Et qui plus est, la partie défenderesse (ci-devant intimée) n'a gardé le silence, et partant, est réputée avoir accepté le fait que qu'elle n'ait pas été présentée en conciliation déjà.

6.2. Partant, il convient d'examiner le bien-fondé de cette prétention.

6.2.1. Aux termes de l'art. 328 al. 1 CO, 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.

6.2.1.1. L'art. 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les arts. 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321 d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., 2012, n. 2 ad art. 328 CO), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (TF 4C_253/2001 du 18. 12. 2001 consid. 2c).

6.2.1.2. En cas d'atteinte illicite à sa personnalité du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. art. 97 al. 1, 101 al. 1, 99 al. 3 et 49 CO).

6.2.1.3. L'existence d'un tort moral suppose que le travailleur ait non seulement subi *objectivement* une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait *subjectivement* ressentie sous forme de souffrance morale suffisamment forte qu'il apparaisse légitime qu'une personne, placée dans ces mêmes circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1; 102 II 211 consid. 9).

6.2.1.4. Les conditions de la *réparation* du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes: la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité, un tort moral, un lien de causalité naturelle et adéquat entre la violation du contrat et le tort moral, et une faute imputable à l'employeur. Il incombe au travailleur d'apporter la preuve de la réunion de ces conditions (art. 8 CO; DUNAND, op. cit. N. 83 ad art. 328 CO).

6.2.2. En l'espèce, l'appelant se borne à exposer, dans un seul et unique paragraphe de cinq lignes, que l'octroi d'une indemnité pour tort moral se justifie "compte tenu de la froideur du comportement de l'employeur à l'égard d'un employé gravement malade et son inélégance lors du licenciement".

6.2.2.1. En principe, il incombe à la partie appelante de formuler un *grief*, c'est-à-dire d'indiquer, fût-ce de façon succincte, *dans quelle mesure* et *en quoi* ("inwiefern") la décision entreprise repose sur une constatation inexacte des faits ou repose sur une application erroné du droit (SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zurich, 2013, p. 384).

6.3. Quoi qu'il en soit, le moyen est infondé – même si l'on devait se fonder sur les griefs que l'appelant, à ce propos, avait développés en première instance.

6.3.1. En effet, à l'instar du Tribunal, il convient de retenir qu'il était inélégant de la part de l'intimée, plus particulièrement des ressources humaines, d'indiquer à l'appelant qu'il ne percevrait pas son salaire pendant le délai de congé; mais il s'agissait d'une erreur. Cette erreur a par ailleurs rapidement été rétablie sans que cela ne cause de préjudice à l'appelant.

6.3.2. S'agissant de l'activité de l'appelant durant les premiers mois à compter, l'on ne saurait retenir que l'intimé l'aurait forcée à poursuivre son activité malgré son cancer jusqu'au début de son arrêt-maladie du 4 mars 2013. L'intimée pouvait penser de bonne foi que l'appelant était encore, en dépit du diagnostic d'un cancer, en mesure de poursuivre son activité.

6.3.3. D'autre part, il ressort de l'administration des preuves que durant l'arrêt maladie de l'appelant, l'intimée ou ses collaborateurs avaient pris, à plusieurs reprises, de ses nouvelles allant même jusqu'à lui offrir des présents.

6.3.4. Enfin, les divers témoins entendus au cours de la procédure ont indiqué que, quand bien même la décision de licencier l'appelant avait été une décision humainement difficile à prendre, ils n'avaient pas été choqués par ce licenciement.

6.4. Force est dès lors de constater que l'intimée n'a pas violé l'art. 328 CO relatif à la protection de la personnalité du travailleur. On ne saurait retenir qu'elle aurait agi avec froideur ni même que son comportement aurait entraîné une atteinte tellement grave qu'elle nécessiterait l'allocation d'une indemnité pour tort moral. L'intimée n'apporte par ailleurs pas la preuve de l'atteinte, de son intensité ou de sa gravité.

6.5. Au vu de ce qui précède, la Cour, à l'instar du Tribunal, déboutera l'appelant de sa demande en paiement d'une indemnité pour violation de la protection de la personnalité.

7. L'intimée, de son côté, reprend, dans son appel joint, sa conclusion reconventionnelle, prise en première instance, en condamnation de sa partie adverse au paiement de 5'319,25 fr. net avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 1^{er} février 2016, et ce à titre de remboursement de la part employé de cotisations LPP durant la période de novembre 2015 à janvier 2016.

7.1. Elle considère en substance que le Tribunal avait tort de qualifier d'irrecevable cette conclusion, au seul motif qu'à teneur de l'art. 224 CPC la prétention invoquée reconventionnellement devait être soumise à la même procédure que la demande principale.

7.2. Cette critique est fondée.

7.2.1. Il est certes exact qu'à teneur de l'art. 224 CPC, "le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle dans sa réponse *si la prétention qu'il invoque est soumise à la même procédure que la demande principale*".

7.2.2. En l'occurrence, la demande reconventionnelle ne dépasse pas le montant de 30'000 fr., elle est, donc, à la différence de la demande principale, régie par la procédure simplifiée (cf. art. 243 al. 1 CPC).

7.2.3. Par conséquent, d'un point de vue strict, force serait de déclarer la demande reconventionnelle irrecevable.

7.2.4. Une partie de la doctrine partage ce point de vue et prône une application à la lettre de l'art. 224 al. 1 CPC quelles que soient les circonstances du cas concret – tout en reconnaissant l'existence d'un problème qui a pu échapper au législateur. Une demande reconventionnelle, régie par la procédure simplifiée, ne saurait jamais être déclarée recevable lorsque la demande principale relève de la procédure ordinaire (cf. PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich, 2^e éd., 2016, N. 15 ad art. 224 CO; HEINZMANN, La procédure simplifiée, Zurich, 2018, p. 145 – 146; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 3^e éd., 2017, N. 43 ad art. 224 CPC).

7.2.5. La doctrine majoritaire considère toutefois que l'art. 224 al. 1 CPC, s'il est appliqué strictement, a pour inconvénient de voir violé dans un nombre important de cas le principe d'économie de procédure. Elle considère que la disposition – interprétée selon bon sens – permet à la partie défenderesse, demanderesse sur reconvention pour une prétention soumise à la procédure simplifiée, d'y *renoncer* et d'accepter que sa prétention reconventionnelle, bien qu'inférieure à 30'000 fr., soit également instruite selon les règles de la procédure ordinaire (DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle, 2011, p. 222; TAPPY, in: BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY (éd), Code de procédure civile. Commentaire romand. 2^e éd., Bâle, 2019, N. 14 ad art. 224 CPC; GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bâle, 2016, p. 236; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zurich, 2e éd., 2014, N. 3 ad art. 224 CPC; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd., Zurich, 2016, N. 12 ad art. 14 CPC; KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, N. 25 ad art. 224 CPC; NÄGELI/RICKERS, in: OBERHAMMER/ DOMEJ/ HAAS, Kurzkomentar ZPO, 2e éd., Bâle, 2014, N. 3 ad art. 224 CO; RAPOLD/ FERRARI-VISCA Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP/PJA 2013, p. 391).

7.2.6. Dans une affaire jugée en 2017, le Tribunal fédéral a évoqué la question dans un *obiter dictum*; il n'avait pas à la trancher et l'a donc laissée ouverte (ATF 143 III 506 consid. 3.2.4). Mais, tout porte à penser qu'il l'aurait tranchée dans le sens de la doctrine majoritaire y citée abondamment. Dans une toute

récente affaire, le Tribunal fédéral a, à nouveau, laissé ouverte la question, dès lors qu'une révision de l'art. 224 al. 1 CPC serait en cours (TF 4A_32/2019 du 2. 4. 2019 consid. 1.3.; Conseil fédéral, Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile, du 2. 3. 2018, p. 68).

7.2.7. En l'espèce, il convient de se rallier à la doctrine majoritaire. En effet, le bon sens et l'économie de la procédure commandent que l'intimée puisse faire valoir sa prétention, inférieure à 30'000 fr., à titre reconventionnel dans le cadre de la procédure principale, régie par la procédure ordinaire.

7.3. La prétention l'intimée en remboursement des 5'319,25 fr. net à titre de part employé des cotisations LPP pour la période de novembre 2015 à janvier 2016 est *fondée*.

7.3.1. Elle est fondée tant *ex contractu* (contrat de travail, art. 97 ss CO, 319 CO, art. 339 CO) qu'*ex condictione indebiti* (enrichissement illégitime, art. 62 CO).

7.3.2. Du reste, l'appelant, et ici, défendeur reconventionnel, n'a jamais contesté, dans le cadre de cette procédure, que ce soit à titre principal ou à titre subsidiaire ou éventuel, le bien-fondé de cette créance en restitution.

7.4. Par conséquent, la Cour condamnera l'appelant à payer à l'intimée le montant de 5'319,25 fr. net avec intérêts 5% l'an à compter du 1^{er} février 2016.

8. La Cour renonce à prononcer la compensation à due concurrence des montants alloués, faute de disposer d'éléments suffisants pour y procéder. En effet, le montant alloué à l'appelant est assujéti aux cotisations sociales; en l'état, son montant net n'est pas connu. Il incombe donc à l'intimée, si elle entend exercer un droit de compenser avec sa propre créance en remboursement de 5'319,25 fr. net, de procéder, au préalable, à la déduction des charges sociales sur le montant de 31'050,60 fr. brut présentement alloué à l'appelant.

9. 9.1. Vu l'issue du litige, la Cour met les frais de justice en appel à la charge de l'appelant. Vu la complexité de la cause, elle fixe ces frais à 2'750 fr.; il en sera déduit l'avance de frais que l'appelant a déjà versé, à savoir 2'000 fr.

9.2. En procédure d'appel, les parties n'ont pas remis en cause la répartition des frais de première instance prononcée par le Tribunal. Il convient donc de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

9.3. Dans le canton de Genève, il n'est pas alloué des dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (cf. art. 22 al. 2 de la loi d'application du code civil et d'autres lois fédérales, [LaCC], du 11 octobre 2012 [RS/GE E 1.05]).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____, le 25 juin 2018 contre le jugement JTPH/127/2018 rendu le 24 mai 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/13585/2016-5;

Déclare recevable l'appel joint formé par B_____ Sàrl, le 14 septembre 2018, contre ce même jugement;

Cela fait,

Annule le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris, et, statuant à nouveau, déclare recevable la demande reconventionnelle de B_____ Sàrl.

Au fond :

Annule le chiffre 3 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau,

1. Condamne B_____ Sàrl à payer à A_____ le montant de 31'050,60 fr. brut, sous déduction des charges sociales, avec intérêt 5% l'an à compter du 1^{er} février 2016;
2. Condamne A_____ à payer à B_____ Sàrl le montant de 5'319,25 fr. net, avec intérêts 5% l'an à compter du 1^{er} février 2016.
3. Laisse à l'intimée le soin de procéder à la compensation à due concurrence.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus;

Sur les frais:

Arrête les frais judiciaires à 2'750 fr.

Les met à la charge de A_____;

Les compense avec l'avance de 2'000 fr. fournie par A_____ qui restent acquis à l'Etat;

Condamne A_____ à verser la somme de 750 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève;

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeants :

Monsieur Werner GLOOR, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, 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.