



Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Olivier CRAMER  
Rue de la Fontaine 9  
Case postale 3781  
1211 Genève 3

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Olivier LEVY  
Fédération des Syndicats Patronaux  
Rue de Saint-Jean 98  
1201 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du lundi 21 mars 2005

M. Louis PEILA, président

Mme Suzanne BORGSTEDT VOGT et M. Jacques-Daniel ODIER, juges  
employeurs

Mmes Agnès MINDER et Andrée HOPPE, juges salariées

M Henri GANGLOFF, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 10 juillet 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de 88'812 fr. 50 à titre d'heures supplémentaires, 25'000 fr. à titre de gratification pour chacun des exercices 2001 et 2002, 10'084 fr. 80 à titre de vacances non prises, 9'450 fr. à titre de remboursement de frais, notamment de nourriture, le tout plus intérêts à 5 % dès le 1er mars 2003, et 33'333 fr. 40 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, plus intérêts à 5 % dès le 9 juillet 2003.

A l'appui de ses conclusions, T\_\_\_\_\_ a allégué avoir accompli 1'450 heures supplémentaires au service de son employeur du 14 mai 2001 au 31 décembre 2002, chiffre résultant pour partie d'une estimation. Toutefois, il requérait la production des relevés d'heures par son employeur pour établir un décompte précis de ces heures supplémentaires. Il considérait par ailleurs que ses frais de nourriture n'avaient pas été intégralement couverts lorsqu'il travaillait à Zürich, réclamant à ce titre 75 fr. par jour sur 126 jours, le premier de ces chiffres procédant d'une appréciation. Enfin, ses vacances non prises ne lui avaient pas été payées en 2002 et 2003 et un jour férié travaillé (1<sup>er</sup> août 2002) n'avait pas été compensé. T\_\_\_\_\_ excipait en outre de son licenciement abusif, le considérant comme la conséquence des oppositions qu'il avait élevées contre certaines pratiques de l'entreprise et de son insistance à formuler de justes prétentions, s'agissant principalement des gratifications convenues.

E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement intégral de T\_\_\_\_\_ et à sa condamnation à une amende de 2'000 fr. pour téméraire plaideur, contestant en bloc son argumentation. Elle a par ailleurs formé une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de T\_\_\_\_\_ au paiement de divers montants, en remboursement de dommages causés par l'incurie de celui-ci à elle-même en violation de ses obligations légales (art. 321a al. 1 et 321 e CO), soit 351'750 fr. (facturation mal transmise), 40'080 fr. (surcharge de la minute facturée par X\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_), 28'270 fr. (approbation de crédits sans autorisation adéquate) et 31'000 fr. (vente de cartes sans paiement à un autre revendeur), le tout assorti d'un intérêt à 5 % dès le 22 septembre 2003.

- B. Par jugement du 11 mars 2004, notifié par plis recommandés du 16 juin 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 8'716 fr. 50 brut plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> mars 2003 correspondant à quatre semaines de vacances et à un jour férié et 25'000 fr. net plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> mars 2003 à titre de bonus pour 2001.

Le Tribunal, après avoir admis sa compétence, a considéré que T\_\_\_\_\_ avait démontré avoir droit aux vacances non prises (2002, 2003 et le 1<sup>er</sup> août 2002) et à une gratification (2001) dans la mesure où l'existence d'un accord oral parfait à ce sujet avait été prouvé. En revanche, T\_\_\_\_\_ n'avait pas démontré l'existence d'un tel accord pour l'année suivante, ni au sujet de la prise en charge des frais de repas à Zürich non documentés, et n'avait donc aucun droit en conséquence. Par ailleurs, son contrat relevant étant celui du 23 septembre 1999, qui excluait expressément, avec l'accord du travailleur, la prise en compte des heures supplémentaires, E\_\_\_\_\_ n'avait pas à payer celles-ci. Les autres prétentions des parties devaient enfin être rejetées, le congé n'étant pas abusif et la faute ou les négligences de l'employé n'étant pas démontrées.

- C. Par courrier du 19 juillet 2004, T\_\_\_\_\_ appelle de cette décision ; il conclut à sa confirmation s'agissant du paiement des vacances non prises et du bonus pour l'exercice 2001 et reprend ses conclusions de première instance pour les autres postes, soit le paiement de 88'812 fr. 50 à titre d'heures supplémentaires, 25'000 fr. à titre de gratification pour 2002, 9'450 fr. à titre de remboursement de frais de nourriture et 33'333 fr. 40 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, le tout plus intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> mars 2003, respectivement 9 juillet 2003.

Par mémoire du 8 septembre 2004, E\_\_\_\_\_ conclut au déboutement de l'appel principal et forme un appel incident tendant à l'annulation des condamnations en paiement prononcées par le Tribunal à son encontre. Elle renonce à ses conclusions reconventionnelles.

- D. Au regard des conclusions prises en appel, les éléments pertinents suivants seront retenus :
- a. E\_\_\_\_\_ est une société anonyme sise à Genève. Son but est la fourniture de services de télécommunication et de radiocommunication ainsi que le commerce des produits et services connexes y relatifs. Le président du conseil d'administration, A\_\_\_\_\_, signe individuellement alors que les autres membres du conseil, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, signent collectivement à deux.

Un des membres fondateurs, F\_\_\_\_\_, a quitté la société à la fin de l'an 2000, ne supportant plus de travailler avec A\_\_\_\_\_.

- b. T\_\_\_\_\_ a d'abord travaillé pour E\_\_\_\_\_ en qualité d'agent indépendant selon contrat ad hoc du 9 octobre 1998.

- c. E\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_ ont conclu un contrat de travail le 23 septembre 1999, à teneur duquel T\_\_\_\_\_ était engagé à 50 % en qualité de chef de vente, pour un salaire initial brut de 2'500 fr. par mois, payable douze fois l'an, auquel s'ajoutaient diverses participations aux résultats de la société ainsi qu'un montant mensuel forfaitaire de 500 fr. pour les frais de déplacement de l'employé.

Selon ce contrat, rédigé de façon détaillée sur 4 pages et contenant trois annexes, également précises, réparties sur 4 pages (conditions d'engagement, cahier des charges et objectifs assignés au travailleur, interdiction de faire concurrence), le temps de travail hebdomadaire était fixé à quarante-deux heures et demie, étant précisé que « *compte tenu de sa fonction, le travailleur [s'efforcera] de manifester la plus grande disponibilité toutes les fois que l'intérêt de l'employeur [l'exigerait], le cas échéant en consacrant plus de temps sans pour autant être compensé à ce titre* ».

Le paragraphe suivant (3.12) stipulait en outre que le travailleur « *ne saurait prétendre en aucun cas, ce qu'il accepte, au paiement ou à la compensation des heures supplémentaires qu'il pourrait être amené à effectuer dans le cadre de son activité professionnelle* ».

- d. Par courrier du 4 avril 2000, les administrateurs de E\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, ont écrit à T\_\_\_\_\_ pour lui confirmer sa promotion au poste de « Director Sales & Marketing » et lui faire une proposition d'adaptation de salaire, porté à 72'000 fr. par année, en ajoutant entre autres que « *Cette proposition est valable rétroactivement à partir du 1<sup>er</sup> mars 2000 et tant que le contrat de travail est valable.* ». T\_\_\_\_\_ a contresigné cette lettre, qui n'a aucun intitulé quelconque et qui tient sur une page.

T\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ ont signé le 5 mai 2000 une « *annexe au contrat de travail (sans référence de date) (...) concernant le paiement de commissions valable dès le 1<sup>er</sup> mars 2000 conclu en date du 4 mai 2000.* » Ce courrier poursuit en précisant le mode de paiement des commissions « *tel que exprimé dans la lettre du 4 avril 2000...* ».

- e. Il ressort des enquêtes que T\_\_\_\_\_ était dès lors désigné en qualité de directeur général, titre qu'il se donnait d'ailleurs, qu'il avait plusieurs personnes sous ses ordres, qu'il bénéficiait d'une certaine liberté d'organisation et qu'il pouvait engager du personnel. C'est notamment lui qui procédait aux entretiens d'engagement. Il n'a toutefois jamais bénéficié d'une signature sociale et les décisions finales d'engagement appartenaient à A\_\_\_\_\_, qui signait les contrats (cf. témoins G\_\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_).
- f. Par courrier du 27 novembre 2000, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ que son

salaires annuels seraient portés à 100'000 fr. dès le 1<sup>er</sup> octobre 2000. Cette lettre faisait référence au « bon travail et engagement des derniers mois » de T\_\_\_\_\_.

- g. T\_\_\_\_\_ travaillait beaucoup, souvent le soir jusqu'à 19 ou 20 heures, voire plus. Il lui arrivait de travailler le week-end, principalement lorsqu'il était à Zürich, soit entre le 10 septembre 2001 et le 13 septembre 2002 (cf. témoins P\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_). Il n'a jamais, tout au long de son activité pour E\_\_\_\_\_, sollicité le paiement de ces heures supplémentaires ; il les a en revanche mentionnées à plusieurs reprises dans les échanges de mail au niveau de la direction.
- h. D'une manière générale, au sein de E\_\_\_\_\_, les heures supplémentaires n'étaient pas prises en charge, conformément à la teneur du contrat de travail, et les employés n'en réclamaient pas le paiement (cf. témoins L\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_).
- i. Les frais de déplacements et de repas étaient payés sur quittance, après contrôle (cf. témoins M\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_ ; déclaration A\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ reconnaît que les justificatifs présentés à ce sujet ont été honorés, fût-ce tardivement. Il n'a pas réellement contesté les pièces 20 à 29 du chargé du 4 décembre 2003 de E\_\_\_\_\_, soit des demandes de remboursement de T\_\_\_\_\_ échelonnées du 5 octobre 2001 au 2 décembre 2002 d'un montant total de 17'993 fr. 50. Ces demandes couvrent la période durant laquelle T\_\_\_\_\_ s'est rendu fréquemment à Zürich (septembre 2001 – septembre 2002). Les seuls frais de nourriture pour cette période se montent à 2'693 fr. 95.
- j. T\_\_\_\_\_ a versé à la procédure un tableau faisant état de ses activités de la semaine 20 de 2001 à la semaine 52 de 2002 (pce 11). Ce tableau, que E\_\_\_\_\_ n'a pas sérieusement contesté au sujet des jours travaillés, démontre que T\_\_\_\_\_ s'est trouvé pendant 126 jours à Zürich de septembre 2001 à septembre 2002, y compris quatre samedis et deux dimanches.
- k. Le contrat de travail stipule un salaire versé en douze mensualités et ne prévoit rien au sujet d'un bonus, d'une gratification ou de stock options.

La seule personne non directement impliquée dans le présent litige à s'être exprimée à ce sujet, F\_\_\_\_\_, a affirmé que plusieurs propositions avaient été faites dans ce sens, mais n'avaient jamais été concrétisées. Il sied toutefois de garder à l'esprit que cette personne a quitté E\_\_\_\_\_ à fin 2000.

Aucun document signé par les deux parties n'a été produit sur cette question. Toutefois, des négociations ont eu lieu à leur sujet et des propositions ont été mises en forme (pièces 9 et 10 T\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ en

a fait ensuite mention dans plusieurs courriels. Ainsi, en date du 27 mai 2002, il demandait à A\_\_\_\_\_ et à C\_\_\_\_\_ de lui verser « *le montant de CHF 25'000.- en lieu et place des actions ou éventuellement de me payer les vacances 2002.* ». Le lendemain, il sollicitait une réponse rapide. C\_\_\_\_\_ a répondu le 29 mai 2002 en disant qu'il serait juste de payer à T\_\_\_\_\_ ses vacances 2002. Le 12 août 2002, T\_\_\_\_\_ a à nouveau parlé du bonus de 25'000 fr. accordé dès 2001 et a parlé de bonus au prorata pour 2002. Sa direction n'a pas répliqué à cette affirmation.

1. Au cours de l'année 2002, les relations entre T\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ se sont détériorées, sans qu'un élément précis ne puisse être mis en exergue pour fixer dans le temps l'origine de cette dégradation. Les échanges de courriels démontrent que les relations entre ces deux personnes n'étaient pas nécessairement accortes et que la confiance mutuelle qu'ils se prêtaient était peu évidente. Ainsi :

- En août 2002, T\_\_\_\_\_ écrivait à C\_\_\_\_\_, autre membre fondateur de E\_\_\_\_\_, pour lui dire que la conversation qu'il avait eue avec lui était plus franche et claire que celle qu'il avait eue avec A\_\_\_\_\_. A cette occasion, T\_\_\_\_\_ faisait état de ses réflexions pour l'avenir, la situation actuelle n'étant pas « *vivable* ». Il envisageait ainsi la possibilité d'un congé, situation dans laquelle il demandait d'ores et déjà le versement de son bonus. Si la collaboration devait se poursuivre, il souhaitait que sa position soit clairement définie, de même que les attentes à son sujet (cf. pièce 84).
- Un autre litige a occupé les parties, s'agissant de la gestion des arriérés. A\_\_\_\_\_ a ainsi reproché à T\_\_\_\_\_, par courriel du 22 octobre 2002, d'avoir négligé ses responsabilités et de ne pas avoir suivi ses instructions sur certains dossiers, notamment celui du client Q\_\_\_, dont les découverts récurrents s'étaient accrus au-delà de ce qui avait été admis.

T\_\_\_\_\_ a répondu le même jour en ces termes : « SVP arrêtons ce jeu stérile qui fait beaucoup de tort à E\_\_\_\_\_. Je n'ai rien caché. Nous avons en principe conclu un accord dimanche avec \_\_\_\_\_ (...). J'ai plusieurs e-mails adressés à vous et à C\_\_\_\_\_ qui montrent que je vous ai mis en garde sur les dépassements de \_\_\_\_\_ ». Il priait A\_\_\_\_\_, en conclusion, de prendre une décision définitive et de la lui communiquer, voulant savoir si on lui faisait toujours confiance et ne désirant pas être un directeur « *fantôme* ».

Le même jour, A\_\_\_\_\_ a dressé une liste de reproches qu'il a adressés à T\_\_\_\_\_, lequel lui a répondu qu'il interprétait son message comme une accusation de fraude, se réservant le droit de déposer une plainte en diffamation et harcèlement.

- En décembre 2002, T\_\_\_\_\_ a reçu un compte-rendu d'une séance de

direction du 4 décembre 2002, lequel insistait sur les mauvais chiffres de T\_\_\_\_\_ pour la période d'août à novembre 2002.

Par courriel du 9 décembre 2002, T\_\_\_\_\_ s'est plaint de ce rapport auprès de son auteur, déplorant la persistance de la direction à mettre en avant les points négatifs de son activité tout en taisant les très bons résultats de son travail durant la première partie de l'année 2002, où la progression de son département avait été de 30 %.

- m. Par courrier du 24 décembre 2002 remis en mains propres, E\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ avec effet au 28 février 2003, respectant ainsi le délai de résiliation contractuel.

T\_\_\_\_\_ a cessé son activité au sein de la société à fin janvier 2003.

Par courrier du 15 janvier 2003, il a contesté le motif de congé qui lui avait été donné oralement, soit qu'il n'avait pas accepté la nouvelle équipe mise en place et qu'il avait ainsi créé une mauvaise ambiance de travail.

Il a exposé sa propre version des faits : « je tiens à préciser qu'en tant que Directeur général, il est de mon devoir de mettre en garde l'organe directeur sur les carences d'un département et les risques que celles-ci font encourir à la compagnie et il est vrai que je ne me suis pas privé de ces prérogatives à de nombreuses reprises. J'ai proposé toute mon aide aux personnes concernées et donné des conseils pour résoudre les erreurs de parcours. Hélas ceux-ci n'ont pas été pris en compte et il était dès lors de mon devoir de porter à votre connaissance et à celle de Monsieur A\_\_\_\_\_ les problèmes majeurs. Vous avez interprété ceci comme un refus de l'équipe mise en place et je le regrette. Comme le futur de E\_\_\_\_\_ me tient à cœur même après mon départ, je vous adresse une dernière mise en garde sur les compétences du service financier dans son ensemble ».

S'en suivaient des reproches quant à la tenue peu rigoureuse de la comptabilité de la société et quant à la façon négligente de gérer les comptes des clients.

- n. En février 2003, via son assurance de protection juridique, T\_\_\_\_\_ a cherché à négocier une indemnité de départ qu'il chiffrait à 100'000 fr.
- o. Par courrier du 27 février 2003, E\_\_\_\_\_ a développé les motifs invoqués à l'appui du congé, soulignant le fait que T\_\_\_\_\_ avait lui-même fait part de son intention de quitter la société.

Elle a également manifesté son insatisfaction, entre autres griefs, relative à la gestion du département dont T\_\_\_\_\_ avait eu la charge (perte de clients, etc.), estimant avoir perdu patience quant à sa capacité à assumer les

responsabilités liées à sa position.

p. La Cour retient encore ceci, relativement aux enquêtes :

- relativement à la question du harcèlement moral, le témoin G\_\_\_\_\_ n'a pas eu l'impression que T\_\_\_\_\_ ait fait l'objet d'une telle pratique de la part d'A\_\_\_\_\_.
- le témoin H\_\_\_\_\_ a trouvé T\_\_\_\_\_ occupé à chercher quelque chose sur l'ordinateur de l'assistante d'A\_\_\_\_\_, manipulation par laquelle il avait activé un virus informatique ; cette infection, qui avait affecté plusieurs postes de travail, avait nécessité une journée de travail pour la remise en conformité et T\_\_\_\_\_ ne s'était pas excusé auprès de H\_\_\_\_\_, se montrant plutôt désobligeant. T\_\_\_\_\_ a nié avoir agi ainsi pour fouiller dans des fichiers, cherchant des informations utiles à sa fonction ; il n'a pas contesté avoir pu être à l'origine de la transmission d'un virus.
- F\_\_\_\_\_ a été longuement entendu par les premiers juges, en qualité de témoin, malgré le fait qu'il avait été administrateur de E\_\_\_\_\_ de mai 1998 à mai 2000 ; il a exposé les difficultés et le litige qui l'avaient opposé à A\_\_\_\_\_. Bien que reconvoqué devant la Cour, F\_\_\_\_\_ ne s'est pas présenté ; T\_\_\_\_\_ aurait voulu qu'il soit réentendu au sujet de la lettre du 5 mai 2000 en rapport avec celle du 4 avril précédent et avec le contrat de travail du 23 septembre 1999.
- R\_\_\_\_\_, dirigeant d'une tierce entreprise, a vainement cherché à engager T\_\_\_\_\_, celui-ci ayant reçu des propositions de rémunération intéressantes de son employeur.

### EN DROIT

1.1. Interjetés dans les formes et délais prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après : LJP) les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.

1.2. Il ne sera pas donné suite à la conclusion de T\_\_\_\_\_, tendant à la poursuite des enquêtes en seconde instance.

D'une part, en effet, le témoin devant encore être entendu ne s'est pas présenté et rien n'indique que sa présence pourrait être assurée pour une prochaine audience, d'autre part ce témoin a déjà été longuement entendu en première instance et les questions qui devraient lui être soumises auraient pu lui être adressées en cette circonstance et, enfin, au vu de l'instruction écrite de la cause en première instance, de l'audition des parties et de plusieurs témoins, la Cour considère que le dossier est en état d'être jugé sur les questions qui lui sont soumises.

2. T\_\_\_\_\_ conclut tout d'abord au paiement de 88'812 fr. 50 à titre de rémunération des heures supplémentaires.

2.1. 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 est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

2.2. En l'espèce, la discussion consiste à déterminer si les parties sont liées par le contrat de travail du 23 septembre 1999, qui exclut la rémunération des heures supplémentaires, ou par la lettre du 4 avril 2000, qui ne prévoit rien de spécifique à ce sujet.

Selon T\_\_\_\_\_, qui a admis la validité du contrat du 23 septembre 1999, y compris sa renonciation écrite au paiement des heures supplémentaires, la situation était différente dès le 1<sup>er</sup> mars 2000, les parties ayant signé un nouveau contrat le 4 avril 2000, qui ne stipulait rien au sujet des heures

supplémentaires. Il avait donc droit au paiement desdites heures à compter de la date à laquelle rétroagissait ce nouveau contrat.

Le Tribunal et E\_\_\_\_\_ ne partagent pas ce point de vue et il convient en conséquence d'interpréter les textes en cause.

- 2.3. Les parties ont signé trois documents qui définissent leurs obligations réciproques (pièces 3 à 5 chargé T\_\_\_\_\_). La première pièce est intitulée « **CONTRAT DE TRAVAIL** » ; elle a été signée par les parties le 23 septembre 1999 et comporte 8 pages stipulant de manière détaillée l'emploi, les tâches, l'entrée en fonction, les obligations de l'employé, celles de l'employeur, le temps d'essai, la fin des rapports de travail et, dans les annexes, les conditions d'engagement, le cahier des charges et les objectifs assignés au travailleur et l'interdiction de faire concurrence. La seconde pièce est la lettre du 4 avril 2000 de E\_\_\_\_\_ à T\_\_\_\_\_ confirmant sa promotion au rang de directeur et lui adressant une proposition d'adaptation du salaire. La troisième est une annexe au contrat de travail, sans préciser la date de celui-ci, développant la manière dont les commissions devraient être payées, datée du 4 mai 2000.

Le contrat de travail écrit prévoit expressément que les heures supplémentaires ne sont ni rémunérées ni compensées, ce que le travailleur accepte. Les autres pièces ne disent mot de cette question. A rigueur de texte et de logique, il n'est pas possible de considérer que la lettre du 4 avril 2000 constitue un nouveau contrat de travail qui se suffirait à lui-même et qui exclurait toute référence à un autre acte. D'une part, ceci n'est pas exprimé en autant de termes et, surtout, il serait pour le moins incongru de signer un contrat de travail quasi exhaustif pour un poste à mi-temps de chef de vente rémunéré 30'000 fr. par an et de se référer à une banale lettre tenant sur une page ne définissant rien d'autre que le titre de la fonction et la rémunération de 72'000 fr. par an, pour l'engagement d'un directeur général. La lettre du 4 avril 2000, dépourvue des essentialia negotii, ne peut donc se concevoir que comme une modification du contrat du 23 septembre 1999, modification qui ne porte que sur les éléments mentionnés dans ledit courrier. Cela est conforme de plus au texte adopté et signé par toutes les personnes concernées, qui parle de **promotion**, laquelle ne peut s'entendre qu'au regard d'une situation préalable, et d'une **proposition d'adaptation de salaire**, laquelle se réfère nécessairement à un salaire préexistant. Au surplus, la lettre du 4 avril 2000 stipule précisément que la validité de la proposition perdure **tant que le contrat de travail est valable**, ce qui fait manifestement référence à un contrat que n'inclut pas le courrier qui y fait allusion.

Il est donc évident que les droits et obligations des parties qui n'ont pas été modifiés par la lettre du 4 avril 2000 demeurent ceux qui étaient prévus

dans le contrat de travail du 23 septembre 1999. Ainsi, selon celui-ci, dont T\_\_\_\_\_ a à plusieurs reprises reconnu vouloir respecter les termes, les heures supplémentaires ne sont pas rémunérées. De surcroît, les enquêtes ont démontré que cette clause était appliquée à l'ensemble du personnel, qui en était parfaitement conscient ; aucune discrimination n'existe donc à ce sujet.

Les prétentions en paiement des heures supplémentaires doivent donc être écartées, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le nombre d'heures supplémentaires réellement effectuées, et la quantité de celles-ci qui était compatible avec les fonctions dirigeantes de T\_\_\_\_\_. Il sera néanmoins observé que les extrapolations de l'employé pour le travail effectué à Zürich, qui paraissent d'emblée excessives, ne sauraient constituer, sans autre confirmation pertinente inexistante en l'espèce, des preuves suffisantes pour leur calcul, et que les fonctions dirigeantes de T\_\_\_\_\_, impliquant la nécessité d'accomplir des heures supplémentaires non rétribuées, ont été établies par les enquêtes.

3. L'objet du litige porte ensuite sur l'éventuelle existence du bonus attribué à T\_\_\_\_\_ et, dans l'affirmative, si celui-ci s'étendait sur un an ou deux.
- 3.1. La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale accordée à des occasions particulières et dépendant, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. N'est, dès lors, pas une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tel le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c).

L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 5 ad art. 322d CO, p. 55); il est ainsi admis qu'une gratification est due lorsque l'employeur l'a versée au moins trois fois sans interruption, c'est-à-dire trois années consécutives, et sans réserve (arrêt 4P. 284/1996 du 7 octobre 1997, consid. 2a in fine; Staehelin, Commentaire Zürichoïse, n. 9 ad art. 322d CO, Rehbinder, Commentaire bernois, n. 6 ad art. 322d CO; Rémy Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 120). Si les parties se sont entendues uniquement sur le principe, le montant de la gratification pourra dépendre de la qualité des prestations du travailleur (Staehelin, op. cit., n. 24 ad art. 322d CO; Rehbinder, op. cit., n. 16 ad art. 322d CO). Les parties peuvent également

soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions (Stahelin, op. cit., n. 25 ad art. 322d CO).

- 3.2. Dans un arrêt récent (ATF 129 III 276 = JT 2003 I p. 346, consid. 2.1), le Tribunal fédéral a notamment exposé qu'une gratification, qui représente normalement une rétribution supplémentaire ou une partie accessoire du salaire, peut être considérée, lorsque son montant dépasse une certaine mesure, comme un élément du salaire. La signification proportionnelle du montant versé à titre de gratification est importante ; en cas de bas salaire et d'une gratification élevée, la gratification s'avère être un véritable dédommagement pour le travail effectué et doit être considérée, au moins partiellement, comme un salaire au sens juridique de ce terme. La frontière est toutefois difficile à tracer et il n'est pas possible de fixer une limite supérieure pour le montant de la gratification. Mais, dans tous les cas, le caractère accessoire de la prestation ne semble plus garanti si le montant de la gratification est régulièrement plus élevé que celui du salaire.
- 3.3. En l'espèce, il est établi que des négociations ont animé les parties au sujet d'un bonus ou d'une participation aux résultats genre stock options. E\_\_\_\_\_ n'a pas contesté le contenu de la pièce 85 dem., à teneur de laquelle T\_\_\_\_\_ demandait « comme cela était convenu, le paiement des bonus de 2001 et 2002 au lieu des actions ». Toutefois, elle considère que l'accord recherché n'a jamais été trouvé. A l'instar du Tribunal, la Cour relève cependant que la pièce susvisée mentionne le paiement du bonus « comme cela était convenu » et que ladite pièce n'a pas été formellement contestée.
- 3.3.1. Le silence vaut acceptation lorsque la bonne foi ou la raison pratique exigerait que le désaccord soit manifesté dans le cas où le consentement apparent n'existe en réalité pas. Le courrier qui confirme un accord passé oralement a fondamentalement pour seule fonction de prouver le contrat déjà parvenu à chef ; s'il n'est pas contredit, il est présumé exact. Le destinataire doit donc avoir conscience de la portée d'un tel courrier comme moyen de preuve dans le cadre d'un éventuel litige futur ; s'il se tait, il supporte le fardeau de la preuve du fait que le contenu de la confirmation écrite ne correspond pas à l'accord effectivement passé (SJ 2002 I, p. 363, consid. 2b et les références citées).
- 3.3.2. Dans le cas particulier, E\_\_\_\_\_, qui a reçu le courriel de T\_\_\_\_\_ du 27 mai 2002 lui demandant le versement de 25'000 fr., n'y a pas répondu. En conséquence, E\_\_\_\_\_ doit se voir opposer les conséquences de son silence, puisqu'elle ne pouvait de bonne foi se taire si elle entendait contester le droit de l'employé ou l'accord intervenu.

Il s'ensuit qu'un accord a bien été convenu à ce sujet, une confirmation écrite n'étant pas nécessaire lorsque les parties s'expriment de manière concordante, fût-ce au vu de la juxtaposition de plusieurs documents ou en fonction d'un échange oral.

Cette conclusion est conforme aux autres preuves rapportées, qui constituent des indices concordants. Il en va ainsi de la déposition du témoin F\_\_\_\_\_, qui a expliqué que E\_\_\_\_\_ avait fait des propositions à différentes personnes ; de même, il est établi que T\_\_\_\_\_ a effectué de nombreuses heures supplémentaires, dont la rémunération était contractuellement proscrite. Or, dans le traitement des cadres d'une société, il est fréquent d'avoir recours au moyen de la gratification pour récompenser l'engagement de ces derniers. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'en 2001, T\_\_\_\_\_ s'engageait pleinement pour E\_\_\_\_\_ sans bénéficier d'un treizième salaire ou d'une quelconque prime de fidélité.

Il en résulte que T\_\_\_\_\_ a droit à un bonus de 25'000 fr. pour l'exercice 2001, où l'existence d'un accord réaffirmée par l'employé n'a pas été démentie par l'employeur. Pour l'année suivante, les pièces produites ne permettent pas de conclure à l'existence d'un accord parfait. Il en ressort notamment que T\_\_\_\_\_ a modifié sa position et a spontanément parlé d'un bonus inférieur, ce qui suffit à démontrer l'inachèvement des transactions.

4. T\_\_\_\_\_ admet les chiffres retenus par les premiers juges s'agissant du paiement des vacances non prises en nature. E\_\_\_\_\_, sans étayer excessivement sa position, conteste ce poste. Pourtant, elle n'a jamais contesté que T\_\_\_\_\_ avait travaillé le 1<sup>er</sup> août 2002 ni qu'il avait cessé son activité à fin janvier 2003 sans avoir pris de vacances l'année en cours ni l'année précédente.

On ne saurait en l'espèce demander au travailleur de prendre ses vacances lors du délai de congé en raison de son obligation de chercher un autre emploi, ce qu'il n'a pu faire dans le laps de temps dont il disposait (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche était en effet incompatible avec la prise effective de vacances et, au vu de l'ensemble des circonstances du cas présent, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail avérée par la période de chômage qui s'ensuivit, du fait qu'il s'agissait d'un emploi important au vu des qualifications de l'employé, l'employeur devait payer les vacances non prises en espèces à la fin des rapports de travail (ATF du 24 novembre 1992, cité par Aubert in SJ 1993, p. 354 ; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, ad art. 329d CO n. 4 ; Aubert, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129/130).

Au surplus, les calculs effectués par les premiers juges pour les jours à compenser (vacances non prises et jour férié) ne sont pas contestés et seront donc confirmés.

5. T\_\_\_\_\_ conclut au paiement d'un montant de 9'450 fr. à titre de frais de nourriture qui ne lui auraient pas été remboursés par E\_\_\_\_\_. Ce chiffre correspond à une extrapolation dont T\_\_\_\_\_ ne donne pas les clés ; il retient sans référence à un tarif quelconque une charge de 75 fr. par jour (petit déjeuner 10.-, repas de midi 25.-, repas du soir 35.-, divers 5.-) qu'il multiplie par 126 jours, soit l'intégralité des jours qu'il a passés à Zürich selon son propre décompte. Or, pour cette période, il est établi par pièces qu'il a déjà perçu plus de 17'000 fr., dont près de 3'000 fr. rien que pour la nourriture. De plus, les jours en question comprennent ceux nécessaires aux trajets, ce qui diminue d'autant certains postes.

Qui plus est, les enquêtes ont démontré que E\_\_\_\_\_ remboursait les frais attestés par quittances, et uniquement ceux-là, solution à laquelle ont eu recours les employés exposés à cette situation, à leur satisfaction. Il s'ensuit que T\_\_\_\_\_ ne saurait aujourd'hui prétendre au remboursement de frais dont il ne démontre pas la réalité et alors que des frais importants lui ont d'ores et déjà été remboursés pour la même période, selon une procédure qu'il connaissait, ce qu'il admet.

Il sera enfin observé que l'employé aurait nécessairement encourus des frais de repas qu'il aurait dû supporter s'il n'avait pas été détaché à Zürich, qui constituait un autre lieu de travail de l'employeur.

Le jugement sera par conséquent également confirmé sur ce point, le maintien de la prétention de T\_\_\_\_\_ à ce sujet se situant à l'orée de la témérité.

6. T\_\_\_\_\_ conclut enfin au versement d'une indemnité de 33'333 fr. 40 en considérant son licenciement comme abusif. Il a invoqué en première instance l'application de l'article 336 al. 1 let. d CO ainsi que de la disposition concernant la protection de la personnalité de l'employé (328 CO), exposant que son congé avait en réalité été motivé par ses requêtes tendant au paiement du bonus promis et avait été prononcé en violation des règles sur la protection de sa personnalité. En appel, il met principalement en exergue le fait que les avertissements qu'il avait adressés à sa direction, en parfaite exécution de ses obligations découlant de l'art. 321 a CO, avaient été interprétés contrairement aux règles de la bonne foi.

- 6.1. L'art. 336 al. 1 let. d CO vise le congé donné par une partie lorsque l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du contrat de travail, soit le congé dit de représailles. Selon la doctrine, est notamment considéré comme un congé représailles le licenciement donné à un employé lorsque ce dernier estime de bonne foi qu'il a été harcelé et qu'il s'en plaint en vue d'obtenir un changement d'attitude de sa supérieure hiérarchique. Cette démarche est analogue à une activité syndicale et le travailleur entend faire respecter sa personnalité conformément à l'art. 328 CO (Wyler, Droit du travail, 2002, p. 405).

Pour qu'un congé soit abusif, il faut d'une part que le motif du congé soit lui-même abusif et d'autre part qu'il y ait un lien de causalité entre ce motif et le congé donné : le licenciement ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection (FF 1984 II 622 ; ATF du 11 novembre 1993, W. S.A. c/ M., p. 6 et 7).

La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC ; ATF 123 III 251, c. 4b = JdT 1998, p. 305).

A teneur de l'art. 336b al 1 CO, il incombe à la partie qui entend obtenir une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a al.1 CO de faire opposition au congé par écrit au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. En outre, la réclamation d'une indemnité est soumise à la condition au délai de péremption de 180 jours à compter de la fin du contrat de travail prévu par l'art. 336b al. 2 CO.

- 6.2. En l'espèce, les conditions d'exercice de la prétention sont réalisées.
- 6.3. Aucun élément du dossier ne permet de considérer que le licenciement de T\_\_\_\_\_ aurait été en relation avec une prétention élevée par ce dernier. A fortiori, T\_\_\_\_\_ ne démontre pas le lien de causalité entre le congé et ses prétentions en paiement du bonus.

Le harcèlement invoqué n'est pas plus établi. Certes, les relations de travail n'ont pas évolué favorablement et les sujets d'accrochages se sont accrus au fil du temps. Il ressort ainsi des enquêtes et des pièces produites que T\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ entretenaient des échanges électroniques acerbes, démontrant l'existence de tensions. Toutefois, T\_\_\_\_\_ agissait, ou réagissait, avec énergie, sans apparaître soumis à l'administrateur principal, ni détruit par l'évolution de cette relation. Certes encore, la lecture du rapport de la séance de direction du 4 décembre 2002 n'enseigne pas que les mérites de l'employé étaient mis en valeur par ledit administrateur, mais que son travail était principalement considéré au travers de ce qui pouvait lui

être reproché. En outre, plusieurs témoins ont confirmé l'interventionnisme accru du président de l'entreprise et sa peine ou son refus de déléguer, mais ceci d'une manière générale, dirigée contre l'ensemble du personnel. Il n'apparaît ainsi pas que A\_\_\_\_\_ aurait adopté un comportement spécifique et rabaisant vis-à-vis de T\_\_\_\_\_ et rien ne vient confirmer la thèse du harcèlement.

D'autre part, il convient de garder à l'esprit que les tensions existaient déjà avant l'automne 2002 et que T\_\_\_\_\_ avait émis la possibilité d'un départ anticipé ou d'un renvoi. Ces tensions avaient été exacerbées par la gestion de certains dossiers et on ne saurait reprocher à un employeur de s'inquiéter du dépassement important d'une ligne de crédit, la position divergente d'un directeur à ce sujet ne suffisant à faire taire les soucis issus d'un tel contexte. De surcroît, les courriels échangés le 22 octobre 2002 démontrent que les divergences entre T\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ étaient profondes déjà plusieurs mois avant le licenciement. Peu importe, dès lors, que l'employé ait été congédié en raison de cette divergence et probablement même en raison du fait qu'il tentait de faire respecter sa position de directeur général au sein de la société. Ce faisant, ce n'est pas sa personnalité, mais bien sa fonction qu'il défendait de la sorte.

Si l'employé avait eu la conviction d'avoir été évincé en raison des prétentions financières qu'il avançait, il n'eût certainement pas adressé à E\_\_\_\_\_ le courrier du 15 janvier 2003, dans lequel il n'invoque aucune souffrance ni difficulté personnelle, pas plus qu'il n'évoque le versement des gratifications. Nulle mention de harcèlement moral ne figure non plus dans son courrier de contestation du congé du 10 février 2003, ni dans aucun autre d'ailleurs. Certes, cette observation ne signifie pas encore que l'employé n'aurait pas subi de pressions sur son poste de travail pouvant s'apparenter à du harcèlement moral. Toutefois, les enquêtes n'ont rien apporté de concluant allant dans le sens de la prétention de T\_\_\_\_\_. Celui-ci a donc failli dans l'apport de la preuve qui lui incombait et la réalité du dossier ne permet donc pas de retenir l'existence d'un licenciement abusif. Le jugement entrepris sera en conséquence confirmé sur ce point également.

7. A teneur de l'art. 78 al.1 LJP, l'émolument de mise au rôle est supporté par la partie qui succombe.

En l'espèce, chaque partie succombant dans son appel, les émoluments perçus resteront acquis à l'Etat et les parties supporteront celui qu'elles ont versé.

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

- déclare recevables les appels principal et incident interjetés respectivement par T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 11 mars 2004 dans la cause C/14144/2003-3.

**Au fond :**

- confirme le jugement entrepris ;
- laisse à la charge de chacune des parties l'émolument de mise au rôle qu'elle a payé ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président