



E _____ SA
Dom. élu: Me Yves BERTOSSA
Rue de la Fontaine 2
1204 Genève

Monsieur
T _____
Chemin des _____
12 _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 18 octobre 2006

M. Louis PEILA, président

Mme Jocelyne TAUXE et M. Jean Claude GAUTHEY, juges employeurs

MM. Pascal FOUVY et Pierre-André REBETEZ, juges salariés

M. Lionel DELGADO, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 24 janvier 2003, T _____, ressortissant français, a assigné E _____ SA en paiement de 21'938 fr. 09, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2003, à titre de salaire pour le mois de décembre 2002, de commissions de ventes pour les mois de novembre et décembre 2002 et d'indemnités pour vacances non prises. Il a en outre réclamé une indemnité pour résiliation abusive, qu'il laissait à l'appréciation du Juge.

Par courrier expédié le 17 mars 2003, T _____ a amplifié ses conclusions, pour les porter à 67'944 fr. 65, soit 8'623 fr. 40 représentant le salaire du mois de décembre 2002, basé sur un salaire moyen, 25'870 fr. 20 pour les salaires des trois premiers mois de 2003, 17'246 fr. 80 correspondant aux salaires dus pendant le délai de congé, 6'101 fr. 35 à titre d'indemnités pour vacances non prises et 10'102 fr. 90 à titre de remboursement des frais d'avocat nécessaires à la délivrance d'une autorisation de travail en Suisse.

E _____ SA a d'emblée contesté les prétentions de T _____, sans produire de mémoire. La Caisse de chômage A _____ a fait valoir sa subrogation à concurrence de 12'348 fr. 05 net versés à T _____ pour la période du 17 janvier au 30 avril 2003.

- B. Par jugement du 1^{er} mars 2006, notifié le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a condamné E _____ SA à verser à T _____ la somme brute de 51'776 fr. 60, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2003, sous toutes déductions sociales usuelles et sous la déduction de 12'348 fr. 05 net, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2005, qu'elle devait directement verser à la Caisse de Chômage A _____. E _____ SA devait en outre verser 8'000 fr. net à T _____, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2003, à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

Le Tribunal a principalement considéré que les conditions du licenciement immédiat pour justes motifs n'étaient pas réalisées, les reproches l'appuyant n'étant nullement démontrés.

- C. Par acte expédié le 3 avril 2006, E _____ SA appelle de cette décision et conclut au déboutement intégral de T _____. Elle considère que seule la production de l'intégralité des extraits bancaires de T _____ serait de nature à établir les actes de concurrence déloyale qu'elle reproche à son ancien représentant et ajoute que le Tribunal ne pouvait pas faire l'économie de l'audition de tous les témoins cités, ceux qui n'avaient pas été entendus étant précisément ceux qui étaient à même de prouver ses allégués. Elle sollicite en conséquence la réouverture des enquêtes et l'audition de deux témoins, étant précisé qu'elle renoncera à

l'un d'eux ultérieurement. E_____ SA ne critique, dans son mémoire d'appel, que le rejet du licenciement immédiat, sans dire mot du montant du salaire pris en considération par le Tribunal, ni du calcul effectué pour les indemnités correspondant aux vacances non prises en nature

T_____ conclut à la confirmation de la décision entreprise.

La Caisse de chômage A___ n'a pas conclu en appel.

D. Il ressort de la procédure les éléments suivants :

a. E_____ SA est une société anonyme dont le siège est à B_____ (VS) et qui a pour but "*tous conseils en matière financière, gestion de tous avoirs mobiliers et immobiliers, administration de participations et investissements à toutes sociétés ou entreprises*". C_____ en est l'administrateur unique.

b. E_____ SA a déposé en août 2000 une demande d'autorisation de séjour et de travail pour T_____, ressortissant français domicilié à D_____, auprès des autorités compétentes valaisannes, qui ont statué favorablement au printemps 2001. Les démarches administratives ont été conduites par deux avocats, l'un en Valais et l'autre à Genève; le total de leurs honoraires s'est élevé à 10'102 fr. 90.

c. Par contrat signé le 25 avril 2001 à Genève, E_____ SA a engagé T_____, à compter du 1^{er} mai 2001, en qualité de voyageur de commerce, pour un salaire mensuel brut de 4'500 fr. et une indemnité mensuelle de 2'000 fr. pour les frais de téléphone, de voiture et les frais divers. Après le temps d'essai, d'une durée de deux mois, T_____ recevait en sus une commission de 4% sur le chiffre d'affaires net réalisé.

T_____ devait rendre visite, chaque mois, aux installateurs sanitaires de son secteur d'activité, faire les offres et soumissions demandées par les clients, les livrer si nécessaire, s'occuper du dépôt de Genève et de la gestion du stock et effectuer tout travail nécessaire à la vente et à l'assistance technique de la clientèle. Il lui était attribué à titre exclusif comme secteur d'activité la Ville et le Canton de Genève, plus la partie du Canton de Vaud s'étendant jusqu'à Nyon, à l'exclusion de cette cité. E_____ SA conférait à T_____ l'exclusivité de ses produits pour son rayon d'activité et T_____ s'engageait, en contrepartie et sous réserve de dommages et intérêts, à ne vendre que les produits commercialisés par son employeur.

d. Selon les décomptes de salaires produits, les commissions versées à T_____ se sont élevées successivement, chaque mois, à 1'188 fr. 45, 2'380 fr. 30, 1'842 fr. 25, 3'953 fr. 85, 2'019 fr. 15, 1'034 fr. 50, 1'540 fr. 10, 1'812 fr. 80, 2'569 fr. 80, 2'171 fr. 34, 2'697 fr. 03, 1'844 fr. 85, 1'988 fr. 31, 1'513 fr. 10 et 2'335 fr. 85 pour

les mois de septembre 2001 à novembre 2002, soit 30'891 fr. 68 ou 2'059 fr. 45 par mois.

- e. T _____ a touché son dernier salaire le 23 novembre 2002, pour le mois correspondant, indemnité de frais et commissions inclus.
- f. Du 20 décembre 2002 au 4 février 2003, T _____ a été en incapacité de travail pour cause de maladie, durée attestée par une suite de certificats médicaux. T _____ a envoyé le premier certificat médical à E _____ SA par courrier recommandé du vendredi 20 décembre 2002, jour de son émission. On ignore à quelle date l'employeur a reçu ce certificat, mais il en a accusé réception le 16 janvier 2003.
- g. Par pli recommandé du samedi 21 décembre 2002, E _____ SA a licencié T _____ avec effet immédiat, lui reprochant de ne pas avoir atteint le chiffre d'affaires convenu, de faire des affaires pour son compte personnel, d'avoir abusé du téléphone de l'entreprise, d'avoir travaillé en état d'ébriété et d'avoir tenu des propos injurieux à l'égard de C _____. E _____ SA ne faisait allusion, dans sa lettre de résiliation, à aucun fait précis récent.

Par pli du 16 janvier 2003, C _____ a mis en doute la validité du certificat médical de T _____ et a exigé de lui qu'il se présente dans les vingt-quatre heures au médecin-conseil de l'entreprise, à Sion, mais T _____ a rétorqué qu'il ne se s'exécuterait qu'à réception d'un billet de train aller-retour avec le Valais, ou auprès d'un médecin genevois du choix de l'employeur. Celui-ci n'a pas donné suite à cette requête.

- h. Par courrier du 17 janvier 2003, le syndicat de l'employé s'est opposé à son licenciement avec effet immédiat et a contesté les motifs invoqués par l'employeur.
- i. E _____ SA a déposé plainte pénale contre T _____ en Valais le 16 avril 2003, en application des art. 137 ss, 151, 158 et 162 CP, ainsi qu'en violation des dispositions relatives à la concurrence déloyale. Cette plainte a été instruite à Genève, pour des raisons de compétence, et classée par décision du 21 octobre 2003, aujourd'hui définitive, après une enquête préliminaire de police.

Dans le cadre de cette enquête, T _____ a déclaré à la police qu'il avait appris deux ou trois jours avant le 20 décembre 2002, par des clients, qu'il allait être licencié, ce qui a généré un processus de dépression.

La procédure prud'homale a été suspendue pendant la durée de l'enquête pénale.

- j. Par courriers successifs des 7 février 2003, 29 avril 2003 et 20 octobre 2005, la Caisse de chômage de la F _____, actuellement A _____, s'est subrogée aux droits de T _____ à concurrence de 12'348 fr. 05 net, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er mai 2005, correspondant aux indemnités qu'elle lui a versées entre

le 17 janvier et le 30 avril 2003.

- k. En comparution personnelle de première instance, l'administrateur de E _____ SA, C _____, a confirmé que le licenciement de T _____ était consécutif à des constats d'ébriété au travail et à des insultes proférées par le travailleur à son endroit, à réitérées reprises, mais sans que des avertissements écrits ne lui aient été adressés.
- l. Les deux témoins de première instance, professionnels dans la domaine en cause, ont déclaré que T _____ ne travaillait pas pour son propre compte mais apparaissait en sa qualité d'employé de E _____ SA. Aucun n'a relevé de propos injurieux adressés par T _____ à son employeur; l'un d'eux a considéré que le courant passait mal entre les protagonistes (déclaration G _____), alors que l'autre n'a pas décelé de problèmes relationnels (déclaration H _____). Aucun n'a constaté que T _____ se fut trouvé en état d'ébriété.
- m. Devant la Cour, les parties ont confirmé les positions adoptées jusqu'alors. C _____ a précisé qu'il avait appris en décembre 2002 de I _____ - _____ que T _____ avait tenu "*certaines propos injurieux*" à son endroit et désobligeants vis-à-vis de sa société. C _____ a ajouté que cela s'était passé quelques jours avant une réunion hebdomadaire qu'il tenait avec T _____ le mercredi, soit tout en début de semaine ou à la fin de la semaine précédente. Pour sa part, T _____ a contesté avoir adopté un comportement critiquable.

I _____, représentant en appareil sanitaires, entendu en qualité de témoin par la Cour, a affirmé, après que son attention eût été attirée sur les conséquences de l'art. 307 CP, qu'il n'avait pas dit à C _____ que T _____ aurait tenu les propos que celui-la lui prêtait. I _____ a expliqué qu'il connaissait les antagonistes, pour avoir travaillé pendant une année avec T _____ vers la fin des années nonante et pour avoir été l'employé de E _____ SA du 1^{er} février 2003 au 28 février 2005.

T _____ a déposé spontanément les extraits de son compte bancaire au J _____, du 31 mai 2001 au 31 décembre 2002. Les entrées sur ce compte concernent exclusivement des bonifications de E _____ SA, à l'exception d'un chèque de 154 fr. 55 le 20 novembre 2001 et de divers remboursements de sa caisse maladie.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.

2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce. Il en va de même de sa compétence ratione loci.
3. Invoquant une violation de l'art. 337 CO, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir nié l'existence de justes motifs de résiliation immédiate.

3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un ou plusieurs avertissements (ATF 121 III 467 consid. 4d, 117 II 560 consid. 3, 116 II 145 consid. 6a p. 150). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat (ATF 130 III 28 consid. 4.1), par exemple l'obligation de fidélité (cf. art. 321a al. 1 CO; ATF 117 II 72 consid. 3 in fine).

3.2 La jurisprudence s'est refusée à poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives, dans chaque cas particulier, entre autres circonstances, la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. En tout état de cause, il convient de ne pas perdre de vue que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que l'acte imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. La gravité de l'acte, propre à justifier un licenciement immédiat, peut être absolue ou relative. Dans le premier cas, elle résulte d'un acte pris isolément. Dans le second, elle découle du fait que le travailleur, pourtant dûment averti, persiste à violer ses obligations contractuelles; ici, la gravité requise ne réside pas dans l'acte lui-même, mais - à l'image de la récidive en droit pénal - dans sa répétition. Cela étant, savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné restera toujours une question d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considé-

ration tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 127 III 351 consid. 4a p. 354; 116 II 145 consid. 6a p. 150).

3.3 En l'espèce, les manquements reprochés à l'intimé n'ont pas été démontrés et il ne ressort pas des enquêtes qu'un reproche sérieux pourrait lui être adressé. A supposer, ce qui n'est pas prouvé, que le chiffre d'affaire eût pu être meilleur, l'insatisfaction de l'appelante ne repose toutefois sur aucun engagement contractuel qui lui permettrait de justifier la mesure prise. Ce seul élément ne constitue en soi pas un juste motif de licenciement immédiat. Les insultes, les états d'ébriété ou les produits dérobés n'ont fait l'objet d'aucune démonstration convaincante et il en va de même des actes de concurrence déloyale. D'ailleurs, la procédure pénale déposée par l'appelante a été classée après l'enquête de police, sans même être déférée à un juge d'instruction, au bénéfice d'une prévention insuffisante. Cette décision est à ce jour définitive, ce qui démontre l'échec de la preuve des griefs de l'appelante tant au pénal qu'au civil.

Par ailleurs, à supposer que les faits eussent été démontrés et se fussent révélés pertinents, il y aurait lieu de relever qu'ils n'ont donné lieu à aucun avertissement. Dès lors, le comportement de l'intimé avant son licenciement n'était révélateur d'aucun acte qui empêchait la poursuite des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé.

En conséquence, le licenciement abrupt du 21 décembre 2002 n'était pas justifié, de sorte que le principe de la décision entreprise doit être confirmée, le salaire ayant été à juste titre alloué jusqu'à fin avril 2003, compte tenu de l'incapacité totale du travailleur jusqu'au 4 février 2003 et du délai de résiliation de deux mois. Le salaire alloué n'est pas critiqué par l'appelante; il correspond par ailleurs aux pièces du dossier, de sorte que le calcul des premiers juges sera sans autre admis.

3.4 L'indemnité de 8'000 fr. allouée en application de l'art. 337c al. 3 CO représente à peu de choses près un mois de salaire et n'est pas discutée par l'appelante. Elle se justifie pleinement au vu des circonstances du cas d'espèce et sera donc confirmée.

3.5 A supposer encore, par hypothèse de travail, que les faits relatés par l'appelante seraient établis qu'elle devrait néanmoins être déboutée de son appel.

En effet, selon une jurisprudence constante, la partie qui choisit de résilier ne dispose que d'un bref temps de réflexion pour signifier sa décision. Une trop longue attente donne en effet à penser que la continuation des rapports de travail demeure possible jusqu'à la fin du terme ordinaire de congé (ATF 123 III 86 cons. 2/a; 127 III 310 cons. 4/b). En règle générale, le délai n'est que de deux à trois jours ouvrables; une prolongation de quelques jours peut cependant se justifier à titre exceptionnel, notamment si elle s'impose par des exigences de la vie économique ordi-

naire, ainsi lorsque la décision de licenciement relève au sein d'une personne morale de la compétence d'un organe constitué par plusieurs personnes (JAR 1997 p. 208 cons. 3/a; WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 372).

Or, en l'espèce, l'appelante a, selon son propre dire, appris les insultes de l'intimé quelques jours avant de le rencontrer le mercredi 18 décembre 2002, occasion au cours de laquelle elle ne lui a pas notifié son congé, puis a attendu jusqu'au samedi 21 décembre 2002 pour lui notifier son licenciement immédiat. Dans la mesure où la succession de ces événements a concerné l'administrateur unique de l'appelante, il lui appartenait de prendre sa décision sans délai. Ayant patienté au minimum six jours, voire légèrement plus d'une semaine, il était forclos pour notifier un tel licenciement. Ainsi, même à supposer que la version de l'employeur fut exacte, il ne lui était plus possible de recourir à un congé extraordinaire et il eût dû, en toutes circonstances, être débouté dans la présente instance.

4. Les premiers juges ont arrêté à 8'659 fr. 60 l'indemnité due à l'intimé pour le paiement des vacances non prises en nature. L'appelante n'a pas critiqué cette réflexion des premiers juges dans son acte d'appel. Sans étayer excessivement sa position initiale, elle avait admis ce poste à concurrence de 7 jours pour 2001.

En l'espèce, il y a lieu de s'interroger sur la possibilité du travailleur de prendre ses vacances lors du délai de congé, nonobstant son obligation de chercher un autre emploi. En effet, compte tenu des effets liés au licenciement immédiat pour justes motifs, l'intimé était théoriquement libre, du 4 février au 30 avril 2002, pour effectuer ses recherches et prendre ses vacances. Il lui restait à prendre environ 21 jours. Il y a toutefois lieu de considérer qu'il sortait de maladie et qu'il devait avant tout rechercher du travail, ce qui rendait incompatible la prise effective de vacances à ce moment. En conséquence, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que 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/BUHLER/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 ne sont pas contestés; ils correspondent par ailleurs aux éléments du dossier et seront donc confirmés.

5. Les autres postes examinés en première instance, tels que la compensation invoquée par l'appelante ou la prise en compte des honoraires d'avocat de l'intimé dans le cadre de sa demande d'autorisation de séjour n'ont à raison pas été repris par les parties en appel. Il n'y sera donc pas revenu.

6. La décision entreprise sera ainsi intégralement confirmée, l'émolument d'appel restant acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 1^{er} mars 2006 dans la cause C/1557/2003 – 1;

Au fond :

Confirme ledit jugement;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président