



E\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Alain GROS  
Rue Charles-Bonnet 4  
Case postale 399  
1211 Genève 12

T\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Marcel BERSIER  
Quai Gustave-Ador 4  
Case postale 3082  
1211 Genève 3

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 6 décembre 2010

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

Mme Ruth SCHMID et M. Franco MAURI, juges employeurs

MM. Raymond FONTAINE et Patrice MARRO juges salariés

M. Willy PERRET, greffier d'audience

### **EN FAIT**

La Cour est saisie d'un appel de E\_\_\_ (ci-après E\_\_\_), formé en temps opportun à l'encontre d'un jugement TRPH/407/2010, rendu le 31 mai 2010, à teneur duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, la condamne à verser à T\_\_\_ fr. 105'000.- brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, et fr. 7'069.75 net avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2008, ainsi qu'à lui remettre un certificat de travail conforme à un projet figurant sous pce 4 demandeur.

L'appelante conclut, ce jugement étant mis à néant, *préalablement* à la réouverture des enquêtes (sans indiquer les coordonnées des témoins qu'elle souhaite faire entendre) ou, *à titre subsidiaire*, à la suspension de la procédure pendant 6 mois pour lui permettre de compléter son écriture sur la base des faits et preuves découverts dans la procédure pénale P/2880/2010; *principalement* elle conclut au rejet de la demande.

L'intimé conclut au rejet de l'appel.

Les faits suivants résultent du dossier:

- A.** E\_\_\_ (E\_\_\_), inscrite au registre du commerce de Genève, défenderesse) a pour but social la fourniture de conseils et services dans le domaine immobilier, financier, technique, ainsi que l'achat, la vente et la gestion de biens immobiliers à l'exclusion de toute transaction soumise à la LFAIE.

En substance, E\_\_\_ cherchait à réaliser ou réalisait déjà en Suisse la construction de projets immobiliers, ceci par le biais d'une société distincte pour chaque projet. Ses administrateurs étaient A\_\_\_ et B\_\_\_ (ce dernier détenant par ailleurs une ou des sociétés du groupe C\_\_\_), chacun disposant d'une signature individuelle et le second nommé étant chargé de la gestion de la société.

Le capital-actions de E\_\_\_ est détenu à 100 % par D\_\_\_ (société néerlandaise dont F\_\_\_ est actionnaire majoritaire et administrateur avec signature individuelle) et ses administrateurs ne détenaient d'actions qu'à titre fiduciaire pour cette dernière.

- B.** T\_\_\_ a été engagé par E\_\_\_ en qualité de *Commercial Supervisor* dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008, moyennant versement d'un salaire mensuel brut de fr. 15'000.-, versé douze fois l'an.

Précédemment, il travaillait pour la même société en qualité de consultant indépendant, et lui facturait ses prestations par le biais d'une société fondée par lui en 2002.

Aucun contrat de travail écrit n'a été établi.

Dans le cadre de son travail, il était amené à faire de fréquents déplacements (pour lesquels il utilisait son véhicule privé) et ses frais devaient lui être remboursés sur présentation des justificatifs, qu'il soumettait pour contrôle et approbation à la comptable G\_\_\_. Les listings qu'il lui avait soumis n'avaient jamais été contestés. D'autres employés se faisaient rembourser leurs frais selon le même procédé.

Son salaire de juillet et août 2008 lui a été versé. Il n'a toutefois rien reçu par la suite, ni à titre de salaire, ni à titre de remboursement de ses frais.

- C. B\_\_\_ étant soupçonné par F\_\_\_ d'avoir détourné des fonds investis en Suisse par le groupe D\_\_\_ en particulier par le biais de E\_\_\_, une assemblée générale extraordinaire de E\_\_\_ s'est tenue le 3 octobre 2008, lors de laquelle les administrateurs H\_\_\_ ont été révoqués de leurs fonctions et remplacés par I\_\_\_ et J\_\_\_.

Les pouvoirs de B\_\_\_ n'ont toutefois été radiés au Registre du commerce que le 25 novembre 2008, après rejet d'une opposition formée par B\_\_\_ en application des art. 162 et ss ORC.

A raison des malversations qu'il aurait commises, plainte pénale a ensuite été déposée à l'encontre de B\_\_\_, laquelle est toujours en cours d'instruction (procédure P/2880/2010).

- D. Ce même 3 octobre 2008, F\_\_\_, accompagné en particulier de deux avocats, de gardes du corps et d'I\_\_\_, s'est rendu dans les locaux genevois de E\_\_\_.

B\_\_\_ a été informé qu'il était renvoyé avec effet immédiat et physiquement emmené hors des locaux par les gardes du corps. Il est toutefois revenu le même jour avec la police, laquelle, constatant la situation régnant sur les lieux, a procédé à la fermeture des locaux et pris les clefs sous sa garde. K\_\_\_, autre cadre de la société, a été licencié avec effet immédiat à cette même occasion.

Par la suite, les nouveaux administrateurs de E\_\_\_ ont pu accéder aux comptes de la société le 22 décembre 2008 et ont obtenu la restitution effective des clefs des locaux le 3 mars 2009.

- E.** F\_\_\_ a demandé à tous les employés présents au moment de la fermeture des locaux de "rester à disposition".

T\_\_\_, présent dans les locaux le 3 octobre 2008, a expliqué que I\_\_\_ lui a dit de "revenir lundi"; il était revenu le lundi, puis le mercredi suivant, trouvant alors porte close. Il a ensuite entretenu des contacts avec F\_\_\_ jusqu'en mars 2009, portant sur les modalités d'une collaboration future, étant précisé que deux témoins ont déclaré respectivement avoir vu le demandeur avec F\_\_\_ après le 3 octobre 2008, respectivement avoir participé à un de leurs entretiens.

Il affirme "avoir vécu sur ses réserves" depuis fin août 2008 et n'avoir eu aucun travail salarié, que ce soit pour une société du groupe C\_\_\_ ou pour tout autre employeur.

Il affirme également avoir dit tant à F\_\_\_ qu'à I\_\_\_ qu'il était à leur disposition, mais I\_\_\_ n'avait jamais eu recours à lui; F\_\_\_, en revanche, l'avait parfois prié de s'occuper de son fils ou d'autres personnes, lors de leurs passages à Genève. Ces déclarations n'ont pas été contestées, ce qui permet à la Cour d'appel de tenir les faits susmentionnés pour avérés.

Les discussions en vue d'une autre forme de collaboration future n'ont pas abouti.

T\_\_\_ n'a pas bénéficié de prestations de chômage et dit avoir retrouvé un travail temporaire en octobre 2009.

Dans l'intervalle, soit les 19 novembre, 17 décembre 2008, 15 et 21 janvier 2009, T\_\_\_ a réclamé le paiement des salaires et frais arriérés, ainsi qu'en dernier lieu, la délivrance d'un certificat de travail.

- F.** Par courrier du 31 janvier 2009, E\_\_\_ a licencié T\_\_\_ pour l'échéance du 31 mars 2009.

Le congé étant motivé par la « situation de blocage temporaire » que connaissait la société.

- G.** La présente demande en paiement a été déposée le 23 juillet 2009, T\_\_\_ assignant E\_\_\_ en paiement de fr. 131'667.50 avec intérêts 5 % l'an dès le 5 décembre 2008, soit fr. 105'000.- brut à titre de salaire des mois de septembre 2008 à mars 2009, fr. 6'793.80 à titre de frais exposés du 10 juillet au 2 octobre 2008 et fr. 19'873.70 à titre de frais exposés du 6 mars au 3 juillet 2008. Il a en outre réclamé un certificat de travail selon un projet annexé à sa demande.

E\_\_\_ a conclu au déboutement, réclamant en outre, en cours de procédure, la suspension de la présente cause comme dépendant de la procédure pénale P/2880/2010.

A l'appui de sa position, elle a fait valoir qu'"T\_\_\_ n'avait ni travaillé ni offert sa prestation de travail depuis le 3 octobre 2008; à cela s'ajoutait l'absence d'un contrat de travail écrit et la réalité des frais prétendus n'était pas établie; en outre, il "serait intéressant" de savoir si L\_\_\_ avait travaillé pour des tiers - et en particulier pour des sociétés du groupe C\_\_\_ - après le 3 octobre 2008, ce que semblaient corroborer des versements faits par K\_\_\_ sur son compte bancaire, lesquels totalisaient euros 14'282.90 entre octobre 2008 et mai 2009.

Sur ce dernier sujet, T\_\_\_ a exposé avoir le 31 octobre 2007 remis à bail à M\_\_\_ Sàrl, pour un loyer mensuel d'euros 2'950.-, un appartement à Ferney-Voltaire devant servir de logement à K\_\_\_; ce dernier avait libéré cet appartement à fin octobre 2008, conservant toutefois le mobilier, moyennant paiement d'un loyer mensuel d'euros 1'050.-, alors que l'appartement était loué vide à une tierce personne pour un loyer mensuel d'euros 1'900.-.

**H.** En substance, le jugement attaqué a retenu ce qui suit:

La relation entre T\_\_\_ et E\_\_\_ relevait des dispositions sur le contrat de travail, ce que corroboraient les pièces de la procédure, les déclarations du demandeur et des témoins entendus.

La demande de suspension, présentée de manière tardive, n'était pas justifiée, la procédure pénale n'étant pas en relation de connexité avec la demande en paiement d'T\_\_\_.

La fermeture des locaux de l'employeur, le 3 octobre 2008, n'était pas de nature à mettre fin à la relation de travail et il incombait à l'employeur de procurer à T\_\_\_ l'infrastructure nécessaire à l'accomplissement de son travail; à cela s'ajoutaient les contacts (confirmés par les témoins entendus) entretenus après le 3 octobre 2008 par ce dernier avec la société, par l'intermédiaire de F\_\_\_. E\_\_\_ avait échoué à établir qu'"T\_\_\_ aurait, entre le 3 octobre 2008 et fin mars 2009, épargné des montants du fait de l'empêchement de travailler, gagné des sommes d'argent en exécutant un autre travail ou qu'il aurait intentionnellement renoncé à un gain, les seuls montants perçus étant liés à des locations et non à des activités lucratives. La prétention en versement de fr. 105'000.- à titre de salaire de septembre 2008 à mars 2009 était dès lors fondée et cette somme portait intérêt à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, date moyenne.

T\_\_\_ ne pouvait prétendre au remboursement de ses frais pour la période antérieure à la conclusion du contrat de travail; pour la période postérieure, soit celle courant dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008, les montants réclamés étaient justifiés et fr. 7'069.75 (fr. 6'793.80 selon pièce 2 dem. et fr. 275.95 selon pièce 3 dem.) devaient être alloués de ce chef. Ce montant portait intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2008, comme réclamé. Enfin, la demande relative à la délivrance d'un certificat de travail était pareillement fondée.

Les arguments des parties devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

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

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir refusé la suspension de l'instruction de la présente cause comme dépendant de la procédure pénale P/2880/2010, faisant valoir que celle-ci permettra de démontrer si et dans quelles mesures ses employés - dont l'intimé - auraient travaillé pendant la relation de travail pour son ancien administrateur et les sociétés du groupe de celui-ci, à son propre détriment.

L'appelante n'explicite toutefois pas de manière suffisante le rôle qu'aurait joué l'intimé dans les malversations reprochées audit administrateur; la suspension requise, incompatible avec la célérité que doit revêtir la procédure prud'homale, a ainsi été rejetée à juste titre.

A pareillement été rejetée à juste titre la conclusion tendant à octroyer à l'appelante un délai supplémentaire pour motiver son l'écriture, en relation avec la créance compensante qu'elle soutient détenir à l'encontre de l'intimé. Ayant récupéré l'accès à ses comptes en décembre 2008 et à l'ensemble des dossiers se trouvant dans ses locaux début mars 2009, l'appelante disposait en effet d'un délai suffisant, avant la clôture des débats de première instance, pour expliciter de manière suffisante la cause de celle-ci et donner des éléments chiffrés ou à tout le moins suffisants pour permettre d'en arrêter la valeur en application de l'art. 42 al. 2 CO .

Certes, l'appelante soupçonne l'intimé d'avoir travaillé pour des tiers entre le 3 octobre 2008 et le 31 mars 2009, date pour laquelle elle a donné congé à l'intimé et ce dernier n'a pas donné d'explications totalement convaincantes au sujet des

versements reçus, durant cette période, de son ancien collègue K\_\_\_, les sommes versées ne correspondant pas de manière précise aux loyers que celles-ci représenteraient. Cet élément n'est toutefois pas à lui seul suffisant pour retenir que les sommes versées correspondent à un salaire ou à des honoraires que l'intimé aurait perçus et qui devraient être imputés sur le salaire de fr. 105'000.- alloué par les premiers juges pour la période concernée.

Sur ce point, le jugement attaqué doit ainsi être confirmé.

3. L'appelante reproche en outre aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle était en demeure de recevoir la prestation de travail de l'intimée, lequel ne lui avait pas offert ses services et qui s'était contenté d'avoir, entre le 3 octobre 2008 et la date à laquelle elle avait mis fin au contrat de travail, deux entretiens avec F\_\_\_, lequel n'avait pas de pouvoir de décision dans la société, et ceci uniquement dans le but de négocier les modalités d'une collaboration future.

L'argument est spécieux et frise la témérité.

L'appelante oublie qu'elle a elle-même motivé le licenciement notifié à fin janvier 2009 par la "situation de blocage" dans laquelle elle se trouvait depuis la fermeture de ses locaux (laquelle n'était en aucun cas imputable aux employés et plus spécifiquement à l'intimé) en date du 3 octobre 2008. Ayant informé ceux qui étaient présents (dont l'intimé faisait partie) qu'ils devaient rester à disposition, elle n'a pas spontanément repris contact avec eux, ni ne les a priés de reprendre leur travail lorsqu'elle a récupéré l'accès à ses bureaux le 3 mars 2009.

Dans ces conditions, une mise en demeure ou une offre de service était manifestement vouée à l'échec et l'intimé - qui demeurait en contact avec l'ayant droit économique de la société, lequel avait lui-même "licencié" avec effet immédiat l'administrateur de la société, ne peut se voir reprocher de n'avoir pas formellement offert ses services.

5. L'appelante reproche enfin aux premiers juges d'avoir tenus pour établis, en l'absence de pièces justificatives, les frais dont l'intimé réclame le remboursement pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 3 octobre 2008.

**5.1** L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (art. 327a al.1 CO); une indemnisation forfaitaire peut être prévue par écrit, par un contrat-type ou par une convention collective, à la condition qu'elle couvre les frais effectifs (art. 327a al. 2 CO); les

accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (art. 327a al. 3 CO). Ces dispositions sont de droit impératif (ATF 124 III 305 consid. 3; plus récemment, arrêt du Tribunal fédéral 4C.315/2004, consid. 2.2 et réf. citées), ce qui signifie qu'est interdit aussi bien l'accord selon lequel le travailleur s'engage à rembourser à l'employeur les dépenses nécessaires à l'exécution du travail, que celui par lequel le travailleur s'engage à pourvoir directement au règlement de ce type de dépenses à l'égard de tiers (ATF 124 III 305 consid. 5)

Ce principe vaut également pour les frais de véhicule prévus à l'art. 327b al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.315/2004 consid. 2.2 susmentionné), qui impose à l'employeur de prendre en charge les frais du véhicule privé du travailleur (soit frais courants d'usage et d'entretien, soit notamment essence, huile, services périodiques, réparations, etc., au *prorata* de la part correspond à l'utilisation professionnelle du véhicule), lorsqu'il est au courant de son utilisation pour les besoins du service, ou lorsque l'utilisation en est indispensable dans son intérêt.

La preuve des frais exposés incombe certes au travailleur, qui doit fournir à cet égard tous les justificatifs existants (art. 8 CC). Des exigences trop sévères ne doivent toutefois pas être posées à cet égard: ainsi, lorsque les justificatifs ne sont pas ou plus disponibles, l'indemnité due peut être arrêtée par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (CAPH/105/2003 et réf. citée).

**5.2** En l'espèce, l'intimé a réclamé des frais de déplacements en véhicule privé et de subsistance lors de ses déplacements.

L'appelante n'a contesté de manière claire, en première instance, ni que les tâches de l'intimé, de nature commerciale, le contraignaient à de fréquents déplacements, ni qu'il utilisait pour ce faire son propre véhicule, ni enfin que les déplacements listés dans les pièces 2 et 3 jointes à la demande, soit 5 en juillet, 3 en août, 7 en septembre et un en octobre 2008, aient été effectivement accomplis dans son intérêt, ce qui conduit à tenir ces faits (au demeurant partiellement confirmés par témoin) pour avérés.

Il n'a été ni allégué, ni établi, que les parties auraient convenu d'une indemnité forfaitaire (par mois, par déplacement ou encore par kilomètre parcouru). L'intimé n'a par ailleurs produit ni justificatifs pour ses frais d'essence, entretien du véhicule etc., ni d'indications permettant de calculer, au moyen des tabelles existantes (Eurotax par exemple) la diminution effective de la valeur de son véhicule durant les 2 mois et 3 jours qu'a duré son activité pour l'appelante avant la fermeture des locaux de cette dernière.

Partant, il lui sera alloué (ce que les principes précités autorisent) une indemnité kilométrique forfaitaire, couvrant l'usure du véhicule, les frais d'essence et l'entretien courant, correspondant à celle fixée à dater de l'année fiscale 2007 selon l'appendice de l'Ordonnance du Département fédéral des finances sur la déduction des frais professionnels des personnes exerçant une activité lucrative dépendante en matière d'impôt fédéral direct du 10 février 1993 (RS 642.118.1) à fr. 0.65 par km parcouru; certes, ladite directive n'est pas directement applicable en droit civil, mais il est arrivé que la Cour d'appel s'en inspire dans le cadre d'une appréciation *ex aequo et bono* (notamment CAPH/228/2008). Le montant de fr. 0.65 le km sera dès lors retenu.

A teneur du listing produit et qui n'a pas été contesté sur ce point, les déplacements de l'intimé entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 3 octobre 2008 ont représenté 3'114 kms, ce qui correspond à une indemnité forfaitaire de fr. 2'024.10. A cela s'ajoutent les frais de quatre repas, qui seront *ex aequo et bono* arrêtés à fr. 240.- (soit fr. 60.- par repas).

Le jugement attaqué sera dès lors modifié sur ce point, le montant alloué à titre de remboursement de frais étant réduit à fr. 2'264.10, portant intérêts à 5% dès le 31 mars 2009, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin.

6. Sous cette réserve, le jugement attaqué sera confirmé. Pour éviter toute ambiguïté, le dispositif sera complètement reformulé.

L'appelante obtenant très partiellement gain de cause, l'émolument d'appel versé par ses soins (soit fr. 2'200.-) restera à sa charge à concurrence de fr. 2'050.-, le solde de fr. 150.- devant lui être remboursé par l'intimé.

Il n'est pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière franchement téméraire.

**PAR CES MOTIFS,**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_ contre le jugement TRPH/407/2010, rendu le 31 mai 2010 par le Tribunal des prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/16504/2009-4.

**Au fond :**

Admet partiellement l'appel, annule le jugement attaqué et, statuant à nouveau:

Condamne E\_\_\_ à verser à T\_\_\_

- fr. 105'000.- brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009
- fr. 2'264.10 net avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2009.

La condamne également à lui remettre un certificat de travail conforme à un projet figurant sous pce 4 demandeur.

Met l'émolument d'appel versé par E\_\_\_ à concurrence de fr. 2'050.- à la charge de celle-ci et à concurrence de fr. 150.- à la charge d'T\_\_\_.

Condamne en conséquence T\_\_\_ à verser ledit montant de fr. 150.- à E\_\_\_.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le présidente