



E _____ SA
Dom. élu : Me BENOIT Gérald
Rue des Eaux-Vives 49
Case postale 6213
1211 Genève 6

Monsieur T _____
Dom. élu : Me Jacques BOROWSKY
Rue Ferdinand-Hodler 7
1207 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 15 décembre 2003

- M. Christian MURBACH, président
- MM. Jean-Claude BAUD et Serge DESPLANDS, juges employeurs
- Mme Agnès MINDER et M. Victor TODESCHI, juges salariés
- M. Stephan FRATINI, greffier d'audience

Vu la procédure, les pièces et les conclusions des parties;

Vu le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu suite à l'audience du 17 mai 2001;

Vu l'arrêt de la Cour de céans rendu suite à l'audience du 19 décembre 2001, condamnant :

- E_____SA à payer à T_____ les sommes de fr. 108'620.20 brut (soit, fr. 28'000 à titre de salaire de juin et juillet 2000; fr. 7'000.- à titre de treizième salaire; fr. 10'620.20 à titre de vacances non prises; fr. 63'000.- à titre d'intéressement au chiffre d'affaires), le tout avec intérêts à 5 % l'an dès le 14 avril 2000.
- T_____ à payer à E_____SA le montant de fr. 22'918.- net à titre de réparation du dommage qu'il lui avait causé.

Vu l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 septembre 2002, admettant partiellement le recours interjeté par E_____SA contre la décision précitée - soit le bien fondé du licenciement immédiat pour justes motifs dont avait fait l'objet T_____ le 13 avril 2000 - et renvoyant la procédure à la Cour de céans pour compléter l'instruction de la cause afin de déterminer, notamment, si ladite résiliation avait été ou non notifiée tardivement à T_____ au sens de l'art. 337 CO.

Vu l'audience d'enquêtes et de comparution personnelle des parties devant la Cour de céans du 16 avril 2003;

Vu les pièces produites à cette occasion ainsi que celles adressées le 17 avril 2003 à la Cour de céans par le témoin A_____.

Vu les conclusions d'E_____SA du 2 juin 2003 et les pièces produites.

Vu le courrier du conseil de T_____ du 20 mai 2003 et son téléphone du 18 juin 2003 au greffe de la Cour de céans pour indiquer que la cause pouvait être gardée à juger.

Attendu qu'il en résulte **EN FAIT** les éléments pertinents suivants :

- A. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, il convenait d'établir quand E_____SA avait « eu connaissance, de manière sûre, des éléments propres à fonder une résiliation immédiate du contrat de travail » de T_____, soit, en particulier, les dates auxquelles la direction d'E_____SA avait appris, d'une part, « l'existence des défauts découverts par le distributeur français », la société B_____, de ses endoscopes, et, d'autre part, que T_____ « connaissait l'existence de graves défauts depuis le début du mois de février 2000 ».

B. Lors de la comparution personnelle et des enquêtes devant la Cour de céans :

- T _____ a déclaré que, lorsqu'il avait été engagé par E _____ SA, il n'ignorait pas les problèmes affectant l'endoscope et en avait discuté tant avec la direction de la société qu'avec les clients visités à qui il avait fait part de la possible existence d'un problème de casse avec les flexibles. L'intimé a, en outre, indiqué se rappeler qu'avant le retour de l'appareil par le distributeur B _____ à la fin du mois de mars 2000, il y avait eu d'autres retours d'appareils, notamment pour des flexibles défectueux mais dont, en revanche, la gaine n'avait pas été percée, seul des fils étant cassés.

- A _____, directeur de la société C _____ SA, sous-traitant principal d'E _____ SA, a fourni les précisions suivantes : c'était à la mi-avril 2000, au cours d'une réunion à laquelle avait participé D _____ et, peut-être, F _____, qu'E _____ SA les avait informés des défauts affectant l'endoscope, en particulier d'un problème d'étanchéité et de casse d'arête dorsale; cette communication d'E _____ SA l'avait beaucoup surpris dans la mesure où le défaut affectant l'appareil avait été signalé par un distributeur français qui était en train de le commercialiser; par ailleurs, en 1998 déjà, il était apparu, à la suite d'essais mécaniques qui avaient été effectués par C _____ SA, l'existence d'un danger potentiel à utiliser cet appareil, un essai de fatigue ayant abouti à la cassure de son arête dorsale (cf. fax de G _____, ingénieur auprès de C _____ SA, daté du 27 janvier 1998, adressé à D _____, comportant, en annexe, une analyse des modes de défaillances dans laquelle était indiqué le problème du percement de la gaine à la suite de la rupture du ressort, partie flexible et orientable du ressort ou arête dorsale qui se dessoudaient, entraînant un risque de blessure de l'utilisateur et du patient; cf. mémo d'E _____ SA, établi par F _____, daté du 27 octobre 1998, dans lequel est indiqué, au titre des problèmes rencontrés par l'endoscope, le décollement de l'arête dorsale, avec perçage de la gaine silicone, après mille flexions du flexible); dans le courant de l'année 1999, C _____ SA avait rendu attentive la direction d'E _____ SA au danger qu'il y avait à commercialiser l'appareil sans avoir effectué une série d'essais de simulation, mise en garde qui avait été faite à peu près simultanément à la commande de 450 appareils qu'avait passée E _____; depuis ses premières versions, l'appareil avait évolué et les problèmes évoqués lors de la séance du 13 avril 2000 - au cours de laquelle C _____ SA s'était déclarée tout à fait d'accord avec E _____ SA que le problème de casse d'arêtes dorsales aurait été découvert si des essais cliniques avaient pu être effectués avant de lancer la production en série - concernaient une version quasi-définitive de l'appareil qui, de l'avis de C _____ SA, devait encore faire l'objet d'essais de validation avant d'être mis sur le marché; avant cette réunion du 13 avril 2000, des appareils avaient déjà été retournés à C _____ SA par E _____ SA en raison de divers problèmes, notamment concernant sa partie flexible, mais sans le problème spécifique de la perforation de la gaine par une arête cassée dont C _____ SA n'avait été informée pour la première fois qu'à cette date-là; le 12 mars 1999, C _____ SA avait déjà adressé à E _____ SA un courrier dans lequel elle insistait pour

qu'E_____SA respecte les étapes normales du développement de l'endoscope, ce qui, n'étant pas le cas, faisait courir un risque d'échec à tout le projet.

- F_____, pour sa part, a précisé qu'au mois de novembre 1999, l'endoscope rencontrait déjà des problèmes d'arêtes qui cassaient et se tordaient, sans pouvoir dire s'il y avait déjà, à ce moment-là, un problème de percement de la gaine; c'était pour cette raison qu'il avait été décidé d'installer une double arête dans le but de stabiliser la partie orientable de l'appareil, qui, à l'état de prototype, avait été proposé aux médecins H_____ et I_____.

F_____ a affirmé avoir informé tous les employés concernés, soit T_____ et J_____, ainsi que la direction d'E_____SA, des problèmes affectant l'appareil, sans avoir été entendu, raison pour laquelle il avait quitté l'entreprise. S'agissant du courrier du 5 avril 2000 adressé à la société française B_____, le témoin a déclaré l'avoir signé seul, mais, vraisemblablement, après l'avoir soumis à la direction d'E_____SA, n'ayant pas pris seul l'initiative d'envoyer une telle lettre. Il a précisé que c'était vraisemblablement la première fois qu'un appareil présentant ce défaut était retourné à E_____SA, sans exclure que ce percement ne soit pas déjà apparu lors de précédents tests. S'agissant des problèmes rencontrés par le Dr I_____, F_____ a indiqué qu'E_____SA les avait mis sur le compte d'une mauvaise manipulation de l'appareil.

- H_____ a déclaré n'avoir jamais rencontré de problèmes de percements de la gaine plastique de l'endoscope par une arête métallique, le problème majeure auquel il avait du faire face concernant l'articulation de l'extrémité de l'endoscope et le retroussement de la gaine lorsqu'elle était enfilée dans le tube d'intubation. Il ne se souvenait pas si ces problèmes avaient été signalés à T_____ comme ils l'avaient été à J_____ et F_____. T_____ ne l'avait jamais rendu attentif au fait que la gaine plastique était susceptible d'être percée par une arête métallique. Il avait surtout l'impression que le produit devait être commercialisé rapidement.

Le témoin a également indiqué que J_____ ou F_____, ou les deux, lui avaient reproché d'avoir mal utilisé l'endoscope, « ce qui était tout de même un comble ».

- K_____, ingénieur électronicien travaillant chez E_____SA, a indiqué que, la première fois qu'un appareil avait été retourné à E_____SA avec un percement de la gaine par une arête cassé, c'était lorsqu'un client français, du nom de B_____, l'avait fait. Lors des réunions qui s'étaient tenues chez E_____SA au sujet de l'endoscope, il ne se rappelait pas s'il avait déjà été question, avant le retour de l'appareil par ce client français, de problèmes de percement de la gaine.
- I_____, a précisé que les problèmes qu'il avait rencontrés avec l'endoscope concernaient sa stabilité et le plissement de la gaine plastique, mais n'étaient pas

liés au percement de cette gaine par une arête métallique. L'appareil lui avait été présenté plutôt comme un prototype avec lequel il pouvait effectuer des essais. Il avait signalé à ses interlocuteurs d'E_____SA les problèmes qu'il avait rencontrés et qui n'étaient pas susceptibles de mettre en danger la santé des patients, le tube servant à intuber le patient dans lequel était glissé le fibroscope étant d'un diamètre suffisant pour que celui-ci ne se bloque pas et puisse être retiré.

- L_____, qui travaille comme représentant au sein de l'entreprise M_____, a indiqué que cette dernière avait été contactée par E_____SA pour vendre ses endoscopes. Il avait eu personnellement des contacts avec F_____ et T_____ ainsi que le Dr D_____. Lorsque les clients à qui il vendait l'appareil lui signalaient des défauts, ils lui retournaient ledit appareil et il en informait M_____ qui renvoyait alors le produit chez E_____SA. A une date qu'il ne pouvait situer, un de ces appareils leur avait été retourné par un hôpital à la suite du percement de la gaine plastique par l'arête dorsale. Il y avait également eu des retours d'appareils dus à un problème d'orientation des flexibles. Ces appareils étaient remis aux clients de M_____ comme des appareils en démonstration ou à l'essai. Ils étaient testés sur des mannequins puis sur des patients. Au fur et à mesure de l'évolution de l'endoscope, E_____SA leur fournissait toujours le dernier modèle. Certains clients avaient acheté l'appareil car ils en étaient satisfaits. C'est T_____ qui leur avait livré les premiers endoscopes. Lors de la séance de présentation desdits appareils, T_____ ne les avait pas rendus particulièrement attentifs aux dangers qui étaient susceptibles de poser cet appareil pour les clients. Lui-même n'avait pas informé les clients des dangers de l'appareils dans la mesure où il en ignorait l'existence, jusqu'au jour où l'hôpital lui avait retourné l'endoscope. Dès ce moment là, M_____ avait arrêté de commander ces appareils jusqu'à ce que le problème soit résolu.

Pour sa part, D_____ a déclaré que la direction et tous les employés d'E_____SA avaient été informés le 5 avril 2000 des défauts affectant l'appareil remis à B_____, soit le percement de la gaine par une arête métallique, parce que c'était la date à laquelle F_____ avait adressé à cette société française une « lettre de confirmation ». A sa connaissance, B_____ avait retourné les appareils défectueux à E_____SA le 11 avril 2000 et c'était le lendemain que F_____ avait procédé à leur expertise. D_____ a précisé que, le même jour, il avait adressé une lettre à A_____ pour l'informer des défauts de l'endoscope et qu'il résultait des fax de B_____ des 31 mars et 7 avril 2000 qu'à ce moment-là les appareils défectueux n'avaient pas encore été retournés à E_____SA. D_____ a indiqué ne pas pouvoir dire quand T_____ avait appris pour la première fois qu'un endoscope avait eu sa gaine percée par une arête métallique cassée.

- B. Le courrier, signé par F_____, qu'E_____SA a adressé, le 5 avril 2000, à B_____, comporte, sous son point 4 (« béquillage »), les explications suivantes :

« c'est la première fois que nous constatons un fil sortant de la gaine. Nous analysons cet appareil et le lot de béquillage pour en déterminer la cause. Nous vous informerons des résultats des mesures prises pour que cela ne se reproduise plus. La déviation du béquillage pour les intubations buccales nous est connue. Nous avons considéré le Scopia pour des intubations nasales. Nous travaillons depuis plusieurs semaines sur un nouveau système d'orientation (...) ».

Le 12 avril 2000, F_____ a procédé à l'expertise technique des 5 endoscopes renvoyés par la société française B_____. Il résulte de son rapport que les deux endoscopes dont la gaine de silicone avait été percée par une arête métallique avaient été *« utilisés pour une intubation par la bouche et avaient subi une contrainte trop grande au niveau de l'orientation qui avait eu pour effet de dessouder sur plusieurs spires le double méplat. L'examen au microscope montre que les spires du ressort aux endroits soudés ayant cédé présentent une surface fortement incurvée. Selon la constatation de spécialistes consultés, une soudure laser en transparence sur une surface ainsi non plane ne peut être considérée comme fiable ».*

Quant à T_____, il a encore produit un courrier, daté du 13 janvier 2000, émanant d'un des distributeurs de l'appareil en Allemagne, la société N_____, contenant une réclamation concernant un endoscope dont la pointe *« n'était pas stable (cassée) ».*

- C. Dans ses conclusions motivées du 2 juin 2003, E_____SA a fait valoir que c'était seulement lorsqu'elle avait reçu la lettre du 5 avril 2000 adressée à B_____, établi par F_____, qu'elle avait pris connaissance du fait qu'un fil avait perforé la gaine en silicone de l'endoscope. Les problèmes similaires ayant affecté des appareils deux ans auparavant, soit en 1998, concernaient des prototypes d'un appareil différent qui avait été conçu pour des oto-rhino-laryngologistes et n'avaient rien à voir avec l'endoscope des anesthésistes, que ce soit par leur taille, leur angulation, leur résistance ou leur usage.

Au vu de l'expertise de son service technique du 12 avril 2000, portant sur les endoscopes renvoyés par B_____, E_____SA affirme qu'il ne fait plus aucun doute que le grave défaut affectant ces appareils pour anesthésistes, soit le fil transperçant la gaine, provenait non pas d'une erreur de manipulation comme le prétendait fréquemment son service technique, mais bien d'un défaut de fabrication de l'appareil. Dès lors, E_____ affirme qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir tardé à agir en procédant au licenciement de T_____ le 13 avril 2000.

Quant à la date à laquelle elle avait su que T_____ connaissait auparavant le grave défaut affectant les endoscopes, E_____SA fait valoir que c'était avec le résultat de l'expertise de F_____, qu'elle avait appris que T_____ connaissait ce défaut et l'avait tu et qu'elle avait alors décidé de le licencier.

Enfin, E_____SA conclut à ce que sa partie adverse soit déboutée de *« toute indemnité ou salaire ayant une cause postérieure »* à son licenciement immédiat,

en alléguant - pour la première fois en appel - qu'ayant payé à T_____ l'intégralité de son salaire des mois d'avril et mai 2000, celui-ci devait lui « restituer de ce fait fr. 21'000.- (salaire + charges); à cet égard, l'appelante se réfère à la pièce qu'elle a produite (soit un décompte, non daté, qu'elle a elle-même établi indiquant notamment que les salaires d'avril et mai 2000, de fr 12'761,50 chacun, ont été versés à l'intéressé par le « c/c de la banque _____ »).

EN DROIT

1. Dans son arrêt du 13 septembre 2002, le Tribunal fédéral a retenu que T_____ était au courant des graves défauts affectant l'endoscope (y compris le percement de la gaine en silicone par une arête métallique) depuis le mois de février 2000, de sorte que son licenciement immédiat pour justes motifs, le 13 avril 2000, était justifié. Il n'y a, dès lors, pas lieu de revenir sur ce point.

E_____ SA a affirmé n'avoir été mise au courant des graves défauts affectant ces endoscopes, en particulier le percement de sa gaine, que le 5 avril 2000, soit la date à laquelle F_____ avait adressée à la société française B_____ - consécutivement à l'envoi par cette dernière d'un fax du 31 mars 2000, signalant les défauts affectant les endoscopes qui lui avaient été livrés, dont l'un avait eu sa gaine en silicone percée par une arête métallique - une lettre concernant lesdits défauts.

Et de fait, F_____ a précisé dans ce courrier, que c'était « la première fois que nous constatons un fil sortant de la gaine ».

Certes, il ressort des pièces produites par A_____ et des déclarations de ce dernier, que, deux ans auparavant, le même type de problèmes avait déjà affecté les endoscopes. Toutefois, selon les déclarations de l'appelante, qui ne sont pas contredites par les éléments figurant au dossier, il s'agissait, à ce moment-là, d'un prototype différent qui avait été conçu pour les oto-rhino-laryngologistes et non pas pour des anesthésistes et que, depuis lors, plusieurs modèles subséquents avaient été produits.

Au demeurant, T_____ a lui-même déclaré qu'avant le retour des endoscopes défectueux par B_____, à fin mars 2000, les autres retours d'appareils qui avaient eu lieu concernaient certes des flexibles cassés, mais dont la gaine n'avait pas été percée.

Dans ces conditions, force est d'admettre que la direction d'E_____ SA n'a appris l'existence des défauts découverts par son client français que le 5 avril 2000.

2. La procédure n'a pas établi non plus que l'appelante a su avant cette date que l'intimé connaissait l'existence de ce grave défaut affectant l'endoscope.

Il est vrai qu'E_____ SA a attendu le jeudi 13 avril 2000 pour licencier l'intimé.

En règle générale, l'employeur dispose de 2 à 3 jours de réflexion avant de signifier la résiliation immédiate du contrat, les week-ends et les jours fériés n'étant pas compris (ATF 93 II 18), une prolongation de quelques jours se justifie, à titre exceptionnel, en particulier si elle est imposée par les exigences de la vie économique ordinaire (ATF 69 II 311) ou s'il arrive également que les faits qui pourraient justifier un licenciement immédiat ne soient pas entièrement connus d'emblée, le délai, dans cette dernière hypothèse, ne commençant à courir que lorsque l'employeur a une connaissance certaine du juste motif (ATF du 13.09.2002 rendu dans la présente cause, p. 9, 2.1 et les références citées).

Or, en l'espèce, après avoir répondu à B_____ par courrier du mercredi 5 avril 2000, F_____ a procédé, le 12 avril 2000, à l'analyse technique des endoscopes qui lui avaient été retournés par l'entreprise française.

Dès lors, on ne saurait reprocher à E_____ SA d'avoir attendu le résultat de l'analyse des appareils défectueux pour procéder au licenciement de T_____.

En donnant congé à ce dernier deux jours plus tard, l'appelante n'a pas tardé à agir,

Le licenciement immédiat du 13 avril 2000 a ainsi été notifié à l'intimé en temps utile. Partant, il est valable

3. Les rapports de travail entre les parties ayant cessé le 13 avril 2000, T_____ n'a droit à aucune prestation financière de la part de son ex-employeur postérieurement à cette date, un congé pour justes motifs pouvant être notifié « en tout temps » (art. 337 al. 1 CO), c'est-à-dire même durant une des périodes de protection contre les congés instaurées par l'art. 336c al. 1 CO.
4. Dans ses conclusions du 2 juin 2003, E_____ SA réclame le remboursement des salaires et charges qu'elle dit avoir payés à l'intimé pour les mois d'avril et mai 2000, soit la somme de fr. 21'000.-.

Ces prétentions, émises pour la première fois dans les conclusions précitées, sont entièrement nouvelles et n'ont été évoquées par E_____ SA ni devant les premiers juges, ni dans l'appel qu'elle a interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes, ni dans le recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de céans.

Or, à teneur de l'art. 312 de la loi de procédure civile genevoise (LPC), applicable par renvoi de l'art. 11 LJP, en appel, « il ne peut être statué sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis au premier juge » .

Cette règle vaut également pour les conclusions nouvelles en appel concernant les exceptions de compensation fondées sur une cause qui n'est pas postérieure au jugement de première instance (art. 312 lit. a LPC *a contrario*; cf. à ce sujet Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la LPC, *ad* art. 312, n. 6 et les références citées).

Même si, en l'espèce, on devait considérer les conclusions d'E _____ SA comme valant exception de compensation, le versement des salaires qu'elle dit avoir payés en trop à l'intimé sont antérieurs à la demande en justice dont elle a fait l'objet de la part de ce dernier.

Les conclusions précitées de l'appelante sont, dès lors, irrecevables (SJ 1942 p. 250; SJ 1946 p. 237; SJ 1979 p.679).

5. Ainsi, E _____ SA sera, en définitive, condamnée à payer à T _____ les sommes suivantes :

- fr. 4'083.- brut à titre de treizième salaire *pro rata temporis* pour la période du 1^{er} janvier au 13 avril 2000 (salaire mensuel de fr. 14'000.- brut : 12 mois = fr. 1'166,66.-/mois x 3,5 mois);
- fr. 8'046.- brut à titre d'indemnité pour 12,5 jours de vacances (soit un solde de 7,5 jours pour 1999 et un total de 5 jours - pour 3,5 mois - en 2000; (salaire mensuel de fr. 14'000.- brut : 21,75 jours = fr. 643,67/jour x 12,5 jours);
- fr. 3'959 net à titre de frais de téléphone pour les mois de mars et avril 2000;
- fr. 53'852.- brut au titre d'intéressement du chiffre d'affaires (fr. 42'000.-pour l'année 1999 et fr. 11'852.- du 1^{er} janvier au 13 avril 2000).

Par ailleurs, il n'est pas contesté que T _____ doit payer à E _____ SA la somme de fr. 22'218.- à titre de réparations du dommage qu'il lui a causé.

Par souci de clarté, la décision entreprise sera entièrement annulée et son dispositif reformulé.

6. Selon l'article 78 al. LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

Sur demande principale, E _____ SA n'obtient gain de cause que sur la question du licenciement injustifié, ce qui correspond, en définitive à l'obtention de l'annulation du jugement entrepris à hauteur de fr. 42'639.-, soit le 39 % environ du montant que le Tribunal avait octroyé à ce titre à T _____ (fr. 108'620.-), étant rappelé que l'appelante avait conclu, en appel, au déboutement de toutes les prétentions de son ex-employé.

Dès lors, on ne saurait considérer E _____ SA comme la partie victorieuse, et, même si tel était le cas, il apparaîtrait que ses conclusions étaient exagérées et que cet excès a porté à conséquence sur l'émolument de mise au rôle qu'elle a payé (art. 176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), de sorte que, de toute façon, il se justifie de lui faire supporter les 2/3 dudit émolument, l'intimé devant, pour sa part, s'acquitter du solde.

PAR CES MOTIFS

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

Annule le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu suite à l'audience de délibération du 17 mai 2001 en la cause C/20027/2000-3;

Et statuant à nouveau :

Sur demande principale :

Sur le fond :

1. - Condamne E _____ SA à payer à T _____ les sommes de fr. 65'981.- brut et fr. 3'959.- net, les deux montants avec intérêts à 5 % l'an dès le 14 avril 2000.
- Invite la partie qui tiendra la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- Invite E _____ SA à communiquer à T _____ tous les renseignements utiles et relatifs aux « stock options » de la société.

Sur demande reconventionnelle :

Sur la recevabilité :

2. Déclare irrecevables les conclusions d'E_____SA du 2 juin 2003 en tant qu'elles tendent à la condamnation de T_____ à lui rembourser la somme de fr. 21'000.- à titre de salaires et charges des mois d'avril et mai 2000.
3. Condamne T_____ à payer à E_____SA la somme de fr. 22'918.- net, avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} mai 2000.

Sur les frais de la procédure :

4. - Met à charge d'E_____SA les 2/3 de l'émolument de mise au rôle qu'elle a payé.
 - Condamne T_____ à payer à E_____SA le 1/3 de l'émolument de mise au rôle dont celle-ci s'est acquittée.
5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président