



E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me David AUBERT  
Rue Céard 13  
1204 Genève

Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Karim KHOURY  
Rue Saint-Léger 19  
1205 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 20 novembre 2006

M. Louis PEILA, président

MM. Dominique BALTHASAR et Raymond BOURRECOUD, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Claude Elie CERUTTI, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Par demande formée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 12 septembre 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ SA en paiement de 48'000 fr. net à titre de salaire pour les mois de juin à septembre 2005, et de 75'000 € en remboursement d'un prêt qu'il avait accordé à la société.

A cette fin, T\_\_\_\_\_ se prévalait d'un accord régissant la fin des relations de travail conclu en août 2005.

Dans sa réponse, E\_\_\_\_\_ SA contestait préalablement la compétence de la Juridiction des prud'hommes pour le remboursement du prêt, puis concluait ainsi :

*"Condamner T\_\_\_\_\_ à rembourser à E\_\_\_\_\_ quatre mois de loyers avancés par cette dernière pour un montant total de CHF 5'400.- et l'impôt à la source à charge de T\_\_\_\_\_ de CHF 20'938.*

*Condamner T\_\_\_\_\_ à rembourser à E\_\_\_\_\_, du fait de sa responsabilité en tant qu'employé, un montant au moins équivalant à la prétention que T\_\_\_\_\_ a à son égard.*

*Constater que, ces prétentions étant compensées, E\_\_\_\_\_ SA ne doit rien à T\_\_\_\_\_."*

S'agissant de son dommage, E\_\_\_\_\_ SA invoquait, sans les chiffrer, des dépenses inutiles, des pertes d'opportunité et de partenariat, des engagements excessifs, notamment vis-à-vis de A\_\_\_\_\_. Elle reprochait en outre à T\_\_\_\_\_ de ne pas avoir fourni au conseil d'administration « l'ensemble des documents qu'un directeur général diligent aurait dû préparer ». Elle n'avait notamment pas reçu de documentation claire sur l'état de la société, malgré ses requêtes. B\_\_\_\_\_ se plaignait par ailleurs d'avoir été menacé par T\_\_\_\_\_ devant son domicile le 19 août 2005. En conséquence, le conseil d'administration avait décidé de résilier le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ pour justes motifs et lui avait remis, ce même 19 août 2005, une lettre de licenciement immédiat. E\_\_\_\_\_ SA alléguait également la disparition d'un grand nombre de documents de la société que T\_\_\_\_\_ avait cachés à dessein dans la cave du bureau.

S'agissant de l'accord de licenciement ultérieur, qui fondait les prétentions de T\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ SA exposait qu'il s'agissait d'un brouillon, qui devait encore être ratifié par l'administrateur C\_\_\_\_\_, ce que ce dernier avait refusé de faire, ne voulant pas revenir sur la lettre de licenciement pour justes motifs signée auparavant.

E\_\_\_\_\_ SA se prévalait en outre de l'absence d'accord des par-

ties concernant la prise en charge par elle-même du loyer de l'appartement et des impôts à la source de l'employé, précisant à ce sujet que T \_\_\_\_\_ avait donné instruction à la fiduciaire de la société, à l'insu de B \_\_\_\_\_, d'inclure dans son salaire brut lesdits impôts.

T \_\_\_\_\_ s'est opposé à la compensation et à la demande reconventionnelle.

- B.** Par jugement du 15 juin 2006, notifié le jour même, le Tribunal des prud'hommes a condamné E \_\_\_\_\_ SA à payer à T \_\_\_\_\_ 48'000 fr. et 75'000 €, plus intérêts à 5% dès le 12 septembre 2005, a déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de E \_\_\_\_\_ SA et l'a déboutée de toutes ses conclusions, mettant à sa charge les frais de justice, soit 3'000 fr. ainsi qu'une participation aux honoraires d'avocat de son adverse partie de 1'000 fr.

Le Tribunal a notamment considéré que le prêt était en relation de connexité évidente avec le contrat de travail, ce dont résultait sa compétence, et que, en raison de l'accord clair du 23 août 2005, le salaire des mois de juin à septembre 2005 étaient dus, de même que le remboursement du prêt. La demande reconventionnelle était irrecevable, en raison de sa formulation imprécise. Enfin, E \_\_\_\_\_ SA étant d'une mauvaise foi évidente, les dépens et les frais de justice devaient être mis à sa charge.

- C.** Par acte posté le 14 juillet 2006, E \_\_\_\_\_ SA appelle de cette décision et conclut à sa réformation partielle. Elle ne demande que l'admission de sa demande reconventionnelle, qu'elle chiffre pour la première fois, et l'annulation de sa condamnation au paiement des frais de justice et aux honoraires d'avocat de T \_\_\_\_\_. Elle conclut donc à la condamnation de ce dernier à lui verser 92'720 fr. 90, plus intérêts à 5% dès le 31 octobre 2005, et à ce que la Cour dise que les sommes dues par les parties l'une à l'autre soient compensées à due concurrence.

Par mémoire déposé en temps opportun, T \_\_\_\_\_ conclut principalement à l'irrecevabilité des condamnations en paiement, dans la mesure où elles suppléent à des conclusions non chiffrées en première instance, à la confirmation de la décision entreprise et à la condamnation de son adverse partie aux dépens.

- D.** Il ressort de la procédure les éléments pertinents suivants :

**a.** E \_\_\_\_\_ SA a pour but social "développement sur des matériaux composites en dentisterie et autres applications dans d'autres industries.". Elle est inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le 2 février 2002 et son capital-actions s'élève à 250'000 fr. B \_\_\_\_\_, ressortissant français,

en est l'un des trois administrateurs et le président. Tous les administrateurs signent collectivement à deux. Il ressort des comptes de pertes et profits de 2003 et 2004 qu'elle n'avait pas d'activité, ce que le réviseur de la société a confirmé lors des enquêtes.

B \_\_\_\_\_ exploite par ailleurs un cabinet dentaire à la route de D \_\_\_\_\_ et occupe un appartement à la rue F \_\_\_\_\_. Il est aussi, personnellement, le dépositaire du brevet d'une invention portant le titre suivant : "Armature métallique de prothèse dentaire, et procédé et ensemble de composants pour sa fabrication."

**b.** T \_\_\_\_\_, ressortissant français résidant alors à Paris, a été engagé par E \_\_\_\_\_ SA, à compter du 1<sup>er</sup> février 2005, en qualité de directeur général, sans signature sociale. Il était à compter de cette date le seul employé de la société.

Le contrat, signé uniquement par T \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_ pour E \_\_\_\_\_ SA, stipulait que l'employé percevrait un salaire mensuel net de 12'000 fr., payable douze fois l'an, pour un engagement à plein temps (art. 5), qu'il serait affilié à la Fondation de prévoyance de la société et que les deux parties cotiseraient à part égale (art. 6), T \_\_\_\_\_ s'engageant à s'assurer personnellement tant sur le plan maladie qu'accident (art. 7).

**c.** A son arrivée à Genève, T \_\_\_\_\_ a occupé un studio sis rue F \_\_\_\_\_. Les cartes de visite de E \_\_\_\_\_ SA indiquaient, tant pour T \_\_\_\_\_, "General Manager", que pour B \_\_\_\_\_, "Président CEO", cette adresse pour la domiciliation de la société. G \_\_\_\_\_ a déménagé de ce studio une table et des effets de bureau dès que la société a loué des bureaux à la rue du I \_\_\_\_\_. Pour ce témoin, auparavant, T \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ devait résider et travailler dans ce studio.

Le studio en question fait l'objet d'un contrat de bail à loyer conclu entre la Régie H \_\_\_\_\_ SA, pour le propriétaire du lot PPE 7.03, et B \_\_\_\_\_, dès le 1<sup>er</sup> février 2003, pour une année, se renouvelant ensuite tacitement de six mois en six mois; le loyer, charges comprises, s'élevait à 1'250 fr. B \_\_\_\_\_ a expliqué devant la Cour qu'il avait occupé personnellement ce logement jusqu'à fin 2003, puis qu'il l'avait conservé pour ses enfants; le loyer avait été augmenté de 100 fr. par mois en cours de bail et le contrat avait été résilié pour fin mai ou fin juin 2005.

Les pièces bancaires produites font état de trois versements de 1'350 fr. de E \_\_\_\_\_ SA en faveur de B \_\_\_\_\_.

**d.** E \_\_\_\_\_ SA a loué des bureaux d'environ 90 m<sup>2</sup> au 7<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à la rue du I \_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> mai 2005, pour un loyer annuel de 31'500 fr. Peu après, E \_\_\_\_\_ SA a obtenu l'héberge-

ment d'un site internet avec nom de domaine "e \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ .com".

e. Le 2 mai 2005, T \_\_\_\_\_ a résilié le bail de son appartement à Paris pour le 2 juin suivant. Le 28 avril 2005, il avait signé un contrat de bail à Genève et, dès le mois de mai 2005, il disposait, pour lui et sa famille, d'un appartement de 6 pièces à la rue J \_\_\_\_\_, au loyer mensuel de 4'051 fr., charges comprises. A cette époque, sa femme ne travaillait pas, ayant terminé une mission temporaire d'une année le 31 décembre 2004.

f. Dès son engagement, T \_\_\_\_\_ a effectivement perçu un salaire net de 12'000 fr. Les fiches de salaire produites, non signées, de février à juin 2005, font toutes état d'un salaire brut de 19'120 fr., et de diverses retenues (AVS, chômage, LPP, assurance maladie perte de gain, assurance accident non professionnel) qui ne sont pas discutées, ni dans leur quotité, ni dans leur principe. En revanche, les mêmes fiches de traitement indiquent une retenue mensuelle de 4'435 fr. 85, au titre du règlement de l'impôt à la source, qui est contestée par E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA. Aucun document produit ne mentionne l'existence de discussions à ce sujet. K \_\_\_\_\_, qui cumulait les fonctions de fiduciaire et de réviseur jusqu'au printemps 2005, a déclaré à la Cour que c'était T \_\_\_\_\_ qui avait fait part à sa collaboratrice de ce que son salaire était de 12'000 fr. net, et que les impôts à la source étaient à la charge de l'employeur. Cette information, bien qu'inhabituelle, n'avait pas été contrôlée, la fiduciaire faisant confiance au directeur général de la société. Lorsque B \_\_\_\_\_ lui avait dit que tel n'était pas le cas, il s'était senti mal à l'aise.

g. Les parties ont également signé un projet de lettre d'intention définissant le rôle et les tâches du directeur général et mentionnant en sus la volonté de T \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ d'octroyer un prêt de 285'000 fr. à la société, afin d'entrer dans son capital actions, à raison de 10 % après la période d'essai et de 30 % "*lorsque la machine sera mise sur le marché*".

En exécution partielle de cet engagement, T \_\_\_\_\_ a versé, le 25 février 2005, 76'975 fr. sur le compte en francs suisses de E \_\_\_\_\_ SA (soit 50'000 € au cours du jour), et 25'000 € sur son compte en euros.

Les parties ont finalisé la lettre d'intention ultérieurement, soit vers fin mai 2005, en précisant notamment que T \_\_\_\_\_ s'engageait à mettre au point la fabrication d'une machine à préparer les surfaces métalliques pour des prothèses dentaires, ainsi que toutes démarches administrative et financière permettant d'atteindre ce but, et qu'il avancerait 225'000 fr. à la société, en échange de son entrée dans le capital actions à hauteur de 40%, en deux tranches égales de 20 %, la première après un versement de 117'500 fr. et la seconde "*lorsque la machine sera mise sur le marché*".

T \_\_\_\_\_ n'a pas effectué d'autres versements que ceux du 25 février 2005 susvisés.

**h.** Par courrier électronique du 4 mai 2005, T \_\_\_\_\_ a adressé à B \_\_\_\_\_ un projet de contrat pour le développement d'un appareil dénommé "L \_\_\_\_\_" avec A \_\_\_\_\_ à Genève, qui prévoyait un financement d'études de 250'000 fr. réparti par moitié entre les cosignataires.

**i.** En juin 2005, T \_\_\_\_\_ a finalisé, pour son employeur, un projet de présentation et un business plan sur un vingtaine de pages, avec projections financières.

**j.** Depuis le mois de juin 2005, le salaire de T \_\_\_\_\_ n'a plus été versé, malgré les réclamations formulées par l'employé.

**k.** Par courrier électronique du 28 juillet 2005, T \_\_\_\_\_ a transmis à B \_\_\_\_\_ un business plan des besoins financiers mensuels de la société pour le second semestre 2005, faisant état de charges prévisibles proches de 3,5 millions de francs.

**l.** Le 15 août 2005, alors qu'il voyageait en train, T \_\_\_\_\_ s'est fait subtiliser son ordinateur portable; il a porté plainte le jour même auprès de la gendarmerie de la Gare Cornavin.

**m.** Par courrier électronique du lendemain, il a demandé à B \_\_\_\_\_ de bien vouloir lui retourner une copie des pièces électroniques qu'il lui avait fournies, dont le business plan, qui avaient disparu avec le vol de son ordinateur portable. A cette occasion, il se plaignait également du silence de son employeur.

**n.** Sans se référer aux sollicitations de T \_\_\_\_\_, B \_\_\_\_\_ a adressé à ce dernier, le 17 août 2005, un courriel lui signalant de manière laconique que E \_\_\_\_\_ SA était en cessation de paiement et qu'il devait lui remettre divers documents comptables.

**o.** T \_\_\_\_\_ lui a répondu que les documents en question étaient déjà en sa possession.

**p.** T \_\_\_\_\_ a rencontré B \_\_\_\_\_ tôt le matin du 19 août 2005 à proximité de son logement. La teneur des propos échangés n'est pas établie, en l'absence de témoins et au vu des déclarations contradictoires des protagonistes, mais B \_\_\_\_\_ s'est plaint d'avoir été menacé par son employé, lui et sa famille, s'il ne remboursait pas sous huitaine le prêt de 75'000 € et si E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA ne s'acquittait pas des arriérés de salaire. Sa concubine et M \_\_\_\_\_ ont attesté du fait que B \_\_\_\_\_ avait subi un choc émotionnel le matin en question.

**q.** E \_\_\_\_\_ SA a rédigé, le 19 août 2005, une lettre de résiliation immédiate pour justes motifs relatant les événements du matin entre B \_\_\_\_\_ -

\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_. Cette missive mentionne qu'elle est remise en main propre, par courrier simple et par envoi recommandé. N\_\_\_\_\_, qui venait de recevoir une mission de consultant de E\_\_\_\_\_ SA, a attesté qu'en août 2005, B\_\_\_\_\_ lui avait téléphoné pour lui dire qu'il avait été quasiment agressé par T\_\_\_\_\_. N\_\_\_\_\_ avait alors rédigé un projet de lettre de licenciement immédiat et B\_\_\_\_\_ lui avait appris plus tard, le même jour, que cette lettre avait été remise à T\_\_\_\_\_. M\_\_\_\_\_ a déclaré que son employeur, B\_\_\_\_\_, lui avait parlé du licenciement de T\_\_\_\_\_ et lui avait montré la lettre qu'il avait préparée. Il lui avait aussi demandé de rester au cabinet jusqu'à ce qu'il ait remis ce courrier à T\_\_\_\_\_. Dans l'après-midi, M\_\_\_\_\_ avait vu son patron descendre dans le parking situé sous les fenêtres du cabinet et remettre une lettre à T\_\_\_\_\_. Cette lettre était du même type que celle qu'il venait de voir, s'agissant d'un papier à deux couleurs. Il n'a pas vu son patron sortir du cabinet avec un autre document et en a déduit qu'il avait remis à T\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ sa lettre de licenciement. Il avait remis à B\_\_\_\_\_, durant l'entretien que celui-ci avait avec T\_\_\_\_\_, un stylo par la fenêtre du cabinet, située légèrement au-dessus de la chaussée. T\_\_\_\_\_ a toujours nié avoir reçu cette lettre.

r. Par courrier électronique du 20 août 2005, B\_\_\_\_\_ a sommé T\_\_\_\_\_ de lui « ramener la totalité des papiers subtilisés par (lui) au bureau de E\_\_\_\_\_ SA (...) », faute de quoi il se réservait de prendre les dispositions commandées par les circonstances, notamment le dépôt d'une plainte pour vol.

s. Les parties se sont retrouvées le 23 août 2005, dans une étude d'avocats. A cette occasion, E\_\_\_\_\_ SA a remis en main propre à T\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ une lettre de résiliation des rapports de travail valant pour le 30 septembre 2005, signée uniquement par B\_\_\_\_\_. L'employé était immédiatement libéré de son obligation de travailler et l'employeur s'engageait à lui verser son salaire pour les mois de juin à septembre et à lui rembourser le prêt de 75'000 €.

Cette lettre comportait diverses adjonctions manuscrites. Ainsi, la mention du salaire, soit 27'062 fr., était biffée et remplacée par le montant de 48'000 fr. et le paragraphe B\_ était accolé à cette modification. Les ajouts indiquaient encore que la rupture était consécutive à des divergences sur la marche de la société et que les engagements financiers de E\_\_\_\_\_ SA envers T\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ seraient exécutés d'ici au 31 août 2005. B\_\_\_\_\_ a admis être l'auteur du paragraphe, en précisant que, selon lui, cette lettre n'était qu'un projet.

Toutefois, ces compléments ont été acceptés par une lettre de E\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA du 25 août 2005 et B\_\_\_\_\_ a signé, le 29 septembre 2005, une déclaration de démission de service pour l'assureur LPP, mentionnant la fin des rapports de travail au 30 septembre 2005.

t. Par courrier du 24 août 2005, T \_\_\_\_\_ s'est plaint de ne plus avoir accès aux locaux de la société, ce qui l'empêchait de récupérer plusieurs effets personnels, dont son téléphone portable, et regrettait le caractère implacable des mesures prises.

Le 6 septembre 2005, il s'est plaint de n'avoir rien reçu des paiements promis et a mis en demeure la société de lui verser les montants dus jusqu'au 16 septembre 2005.

u. Selon un article issu du site internet de « Libération », O \_\_\_\_\_ (O\_\_\_), appartenant à B \_\_\_\_\_, actuellement en liquidation judiciaire en France, a été reconnue coupable d'actes de contrefaçon par le Tribunal de Grande Instance de Paris et condamnée à verser 166'017 € à deux inventeurs français. La contrefaçon portait, toujours selon cet article de presse, sur un brevet indûment déposé aux Etats-Unis pour un four servant à durcir les matériaux composites utilisés pour les prothèses dentaires.

Il ressort également des correspondances produites que E \_\_\_\_\_ SA est débitrice de 105'787,20 € envers P \_\_\_\_\_, société sise à \_\_\_\_\_ (France), en vertu de factures émises en janvier 2003. Cette dette n'apparaît cependant pas dans les comptes de la société.

v. La lecture du relevé de compte de E \_\_\_\_\_ SA fait état de très peu de mouvements. Les principales sorties concernent le salaire de T \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_, le loyer de la rue F \_\_\_\_\_ (3 fois 1'350.- les 31.03.2005, 29.04.2005 et 30.05.2005), les honoraires de l'administrateur C \_\_\_\_\_ et la garantie de loyer pour les locaux de la rue du I \_\_\_\_\_.

w. Il ressort encore ceci des enquêtes :

- Q \_\_\_\_\_, compagne de B \_\_\_\_\_, entendue à titre de renseignement, a affirmé que son concubin était rentré un matin bouleversé, expliquant qu'il avait été menacé par T \_\_\_\_\_ devant la sortie de l'immeuble. Il avait mis environ une heure pour reprendre ses esprits.

- R \_\_\_\_\_, représentant de A \_\_\_\_\_ SA, a confirmé avoir rencontré B \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ en mars 2005, dans le but de développer un projet de four, dans le domaine de la dentisterie, le coût des recherches et du développement industriel étant devisé à 250'000 fr., à prendre en charge pour moitié par chaque cocontractant. R \_\_\_\_\_ considère que le manque d'investisseurs a nui à l'avancement du projet. Vers fin mai, début juin, il avait présenté à T \_\_\_\_\_ deux personnes à même de trouver des investisseurs et réclamant à cette fin une version en anglais du business plan. Or, R \_\_\_\_\_ n'a jamais reçu qu'un business plan en français. Après que T \_\_\_\_\_ a quitté E \_\_\_\_\_ SA, R \_\_\_\_\_ a poursuivi sa collaboration, pour éviter de perdre l'argent investi; il a dit avoir

subi une perte, mais sans la chiffrer.

- G \_\_\_\_\_ a déclaré devant la Cour qu'il avait présenté à E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA un ami fortuné, susceptible d'investir entre 2 et 4 millions dans les projets de la société, mais qu'il s'était désintéressé de l'affaire en raison de deux ou trois points qui ne lui plaisaient pas, regrettant notamment que T \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ ne parle pas l'anglais et émettant des doutes quant à ses compétences. Cet investisseur ne lui avait cependant pas dit qu'il aurait procédé à un investissement si T \_\_\_\_\_ n'avait pas été là.
- N \_\_\_\_\_, consulté en août 2005 pour établir la valeur de l'entreprise, a considéré que le travail accompli par T \_\_\_\_\_ était insuffisant et qu'il aurait eu le temps durant son engagement de mieux remplir son rôle.
- G \_\_\_\_\_ et M \_\_\_\_\_ ont attesté du fait que les relations personnelles entre B \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ étaient excellentes lorsqu'ils les avaient vus ensemble.

x. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile à la solution du litige.

## **EN DROIT**

1. *1.1.* Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 LJP), l'appel est recevable.  
*1.2.* 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.
2. *2.1.* En première instance, l'appelante a pris des conclusions en remboursement non chiffrées, que le Tribunal a déclarées irrecevables. En appel, pour la première fois, elle réclame la condamnation de l'intimé au paiement de 92'720 fr. 90, somme qu'elle oppose en compensation à ce qu'elle reconnaît lui devoir. L'intimé conclut à l'irrecevabilité de cette conclusion nouvelle.  
*2.2.1.* Dans un procès ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, les conclusions doivent porter l'indication chiffrée du montant réclamé, sous peine d'irrecevabilité (SJ 2004 I 262 et références citées; HOHL, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, n. 213 et 214; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 et 4 ad art. 291 LPC). A cet égard, il suffit cependant que les prétentions de l'appelante soient

formulées clairement dans le corps de son écriture (SJ 1981 p. 422 consid. 2c; SJ 1975 p. 250 consid. 2b; SJ 1973 p. 593 consid. 1b).

2.2.2. Selon l'art. 312 LPC (applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse : a) de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance; b) d'intérêts, loyers et autres accessoires échus depuis ce jugement; c) de dommages et intérêts pour le préjudice subi après le jugement; d) de demande provisionnelle pendant la litispendance. Ainsi, une partie n'est pas recevable à amplifier un poste de dommage, même si, par abandon d'autres postes, ses prétentions restent inférieures à celles articulées en première instance (BERTOS-SA et alii, op. cit., n. 5 ad art. 312).

2.3. En l'espèce, les conclusions en compensation prises en première instance sous la forme "*d'un montant au moins équivalant à la prétention de T\_\_\_\_\_*" ont donc été à juste titre considérées comme irrecevables dans la décision entreprise. Par ailleurs, si l'art. 48 LJP permet certes d'amplifier des conclusions en cours de première instance, il serait contraire à la loyauté des débats d'admettre une amplification en appel, qui reviendrait à contourner l'inadmissibilité des faits nouveaux en appel telle que rappelée ci-dessus. Il s'ensuit que les prétentions non chiffrées de l'appelante ont été à juste titre déclarées irrecevables en première instance et qu'il ne peut être revenu sur cette question; en conséquence, l'examen en appel des motifs de compensation se limitera aux montants articulés pour le loyer du studio et les impôts anticipés, soit 5'400 fr. et 20'820 fr. 90. Sont donc irrecevables les conclusions nouvelles, liées à un dommage arrêté à 50'000 fr., correspondant à la perte consécutive aux violations de ses obligations par l'intimé, et à 16'500 fr., correspondant à la facture du consultant engagé par l'appelante pour réparer les manquements de l'intimé.

3. Chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC, 186 LPC).

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; 127 III 519 consid. 2a p. 522). On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 130 III 591 consid. 5.4 p. 601 s. et l'arrêt cité).

Cette répartition du fardeau de la preuve ne réglemente toutefois pas l'appréciation des preuves, qui relève de l'intime conviction du juge, auquel l'art. 8 CC n'interdit pas, lorsque les moyens de preuve ordinaires font défaut, de procéder par indices

ou de se fonder sur une très grande vraisemblance (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 ad art. 186 LPC et les références; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 1978, p. 123 no 3), ou encore sur l'expérience générale de la vie et du cours ordinaire des choses, sorte de présomption naturelle facilitant l'apport de la preuve (ATF 117 II 256 consid. 2b et les références).

L'art. 8 CC interdit en revanche au juge de tenir pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, contestées par la partie adverse (ATF 114 II 289 consid. 2a).

4. L'appelante n'a pas formé appel contre sa condamnation à payer à l'intimé son salaire pendant quatre mois et à lui rembourser son prêt de 75'000 €. Elle admet donc cette partie du dispositif du jugement et il n'y sera pas revenu. Il sera néanmoins observé, les questions de compétence s'examinant d'office, que les premiers juges ont à juste titre considéré que le remboursement du prêt était attiré à sa compétence en raison de la connexité évidente entre cette remise d'argent et la conclusion du contrat de travail.
5. L'appelante considère que, les termes de l'accord salarial étant clairement démontrés par les premiers juges, et admis maintenant par elle-même, l'intimé doit lui rembourser le paiement du loyer de son appartement, qu'elle lui a uniquement avancé, et des impôts anticipés, qui étaient à sa charge.

5.1.1. Selon l'art. 322 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

L'art. 322 al. 1 CO exprime l'idée qu'en droit suisse, la rémunération du travailleur est soumise, en premier lieu, au principe de la liberté contractuelle, notion faisant appel à l'autonomie de la volonté des parties et donc à leur volonté subjective (ATF 122 III 110 = JdT 1996 I 618 (rés.)). La volonté subjective des parties concernant le montant de la rémunération peut, du fait que le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme particulière, être exprimée, par écrit, oralement ou même tacitement, par actes concluants (REHBINDER, Basler Kommentar, ad art. 320 n° 9 – 11; WYLER, Droit du travail, 2002, p. 58).

5.1.2. Pour tenter de déterminer quel a été le salaire convenu, au sens de l'art. 322 al. 1 CO, il y a lieu de rechercher, tout d'abord et comme le rappelle l'art. 18 al. 1 CO, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations éventuellement erronées utilisées par elles. L'art. 18 al. 1 CO a servi de base au développement, par le Tribunal fédéral, d'une véritable méthode d'interprétation réglant non seulement les cas où les parties sont parvenues à un accord, mais aussi ceux où l'accord n'est pas complet ou fait défaut (WINIGER, Commentaire romand, n° 132, ad art. 18 CO). Conformément au principe de la primauté de la volonté subjective, consacrée par l'art. 18 CO (ATF 121 III 118;

ATF 123 III 35), le juge doit en premier lieu rechercher la volonté subjective des parties (ATF 125 III 263; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, n° 834; ZELLER, *Basler Kommentar*, n° 31 ad art. 18 ). A cet égard, il peut s'inspirer des circonstances antérieures ou survenues postérieurement à la conclusion du contrat et pouvant constituer des indices de la volonté des parties (ATF 4C. 246/2003; ATF 118 II 365; SJ 1996, p. 553; WINIGER, *op. cit.*, n° 133, ad art. 18 CO).

Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée ou hypothétique des parties en interprétant leurs manifestations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner, même si les parties ne se sont exprimées que par actes concluants (ATF 4C. 246/2003; SJ 1996, p. 552; ATF 110 II 344; ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). C'est alors le contenu objectif du contrat qu'il y a lieu de déterminer. Pour y parvenir, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion, du but poursuivi par les parties et des usages (ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72= JdT 1972 I 531).

5.1.3. Le salaire est en principe le salaire brut, auquel il convient de soustraire les déductions sociales et conventionnelles pour obtenir le salaire net (WYLER, *op. cit.*, p. 126). Les déductions sociales correspondent aux contributions mises à la charge du travailleur, généralement de manière paritaire avec l'employeur. La loi fédérale sur l'impôt fédéral direct stipule, s'agissant de l'impôt à la source, qu'il est calculé sur le revenu brut (art. 84 al. 1 LIFD).

5.2. En l'espèce, le seul document signé par les parties, soit le contrat de travail, mentionne le versement d'un salaire net et la participation par parts égales aux cotisations de la fondation de prévoyance. L'intimé devait de surcroît s'assurer personnellement tant pour la maladie que pour les accidents. Ces éléments ne permettent pas d'opérer de déduction directe s'agissant de la prise en charge des impôts ou de la prise en charge du logement de l'intimé, mais ils correspondent à l'application de normes usuelles.

La volonté des parties ne s'est pas exprimée autrement, sinon pour manifester l'opposition qui se retrouve dans le présent litige. En effet, l'intimé a donné des ordres à la fiduciaire de l'appelante pour que les impôts soient intégrés dans son salaire brut, et l'administrateur de l'appelante s'est offusqué de cette initiative lorsqu'il l'a apprise. Quant à la fiduciaire, elle a trouvé surprenants les ordres de l'intimé, mais elle les a exécutés sans les contester, en raison de ses fonctions dirigeantes. Ces éléments ne permettent pas non plus de déterminer la volonté concordante des parties. Il y a lieu en conséquence de s'en référer aux circonstances du cas d'espèce pour déterminer si le salaire prévu se montait à 19'200 fr. brut, incluant une retenue mensuelle de 4'435 fr. 85 à titre d'impôts à la source, ou de l'ordre de 14'300 fr. brut, les impôts restant à la charge de l'employé. La différence de salaire

est conséquente, d'environ 5'000 fr. par mois. Or, on se trouve en présence d'une société dormante jusqu'à l'engagement de l'intimé, qui est depuis lors devenu le seul employé d'une entreprise qui ne réalisait aucun revenu et dont les perspectives d'avenir étaient incertaines. De plus, la situation financière de l'appelante était délicate, puisqu'elle n'avait pratiquement aucune liquidité à l'arrivée de l'intimé et que ce dernier lui a consenti un prêt qui a servi de fond de roulement. On imagine mal face à une telle situation que l'appelante fut prête à consentir un salaire de cadre supérieur au nouvel arrivant, à tout le moins tant que son activité se limitait au développement d'un projet embryonnaire et à la recherche de partenaires, notamment économiques. On ne voit pas non plus que, dans une telle situation toujours, l'employeur dérogerait à la règle ordinaire selon laquelle il revient à l'employé de prendre en charge ses impôts. Au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que l'intimé a agi sans l'accord de l'appelante pour faire en sorte qu'elle prenne en charge ses impôts et qu'il doit les lui rembourser. L'appelante pourra donc faire valoir le montant des impôts à la source sur ce qu'elle a versé en compensation avec sa dette vis-à-vis de l'intimé.

S'agissant de l'appartement dans lequel l'intimé a résidé pendant son temps d'essai, la situation est différente. En effet, la procédure démontre que l'intimé est venu de Paris, où il résidait avec sa famille, pour prendre un nouvel emploi à Genève. Il était donc normal qu'il cherchât un logement provisoire durant les premiers temps qui suivaient sa prise d'emploi. Or, le président de l'appelante disposait d'un studio qu'il louait à son nom et qui était libre. Il l'a donc mis à disposition de son directeur durant le temps d'essai et rien n'a été convenu pour le paiement du loyer de ce lieu, qui a servi initialement également de bureau, ainsi qu'en attestent les cartes de visites de la société, sur lesquelles figure l'adresse du studio en question, et le témoin G \_\_\_\_\_, qui en a déménagé du matériel de bureau lorsque la société a trouvé des locaux professionnels. Il convient en conséquence de retenir que cet appartement a constitué le bureau initial de l'intimé, dont il ne doit bien évidemment pas le loyer, et que, pour le surplus, il lui a été remis à titre gratuit, dans l'attente d'un établissement plus confortable à Genève.

L'appelante ne peut donc faire valoir en compensation le montant des trois loyers qu'elle a prouvé avoir versé à son administrateur-président, soit 4'050 fr. mais peut se prévaloir à ce titre du montant des impôts anticipés, qui sont à la charge de l'employé. La décision entreprise sera donc partiellement modifiée et la compensation sera admise à concurrence de 20'890 fr. 90, montant admis par les parties et ressortant des pièces produites.

6. Aurait-on admis la validité des conclusions en condamnation en paiement de l'appelante que la décision querellée devrait néanmoins être confirmée pour le surplus, la violation du contrat par l'employé n'étant pas réalisée et le dommage n'étant pas valablement démontré.

6.1. Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à

l'employeur intentionnellement ou par négligence. En vertu de l'art. 321e al. 2 CO, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO). D'après la jurisprudence, le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 110 II 344 consid. 6b et l'arrêt cité).

Ainsi, sous l'angle de l'art. 321e al. 1 CO, la responsabilité civile du travailleur est engagée selon les principes généraux applicables en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO), atténuée en ce qui concerne l'appréciation de la mesure de la diligence incombant au travailleur, dans le sens rappelé ci-dessus (WYLER, op. cit., p. 101/102). L'employeur doit en conséquence prouver l'existence du dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité naturelle entre celle-ci et celui-là. De son côté, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute.

6.2.1. Selon la jurisprudence, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366; 129 III 331 consid. 2.1 p. 332; 128 III 22 consid. 2e/aa p. 26; 127 III 73 consid. 4a). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366; 128 III 22 consid. 2e/aa p. 26; 127 III 543 consid. 2b).

6.2.2. Le lésé doit prouver le dommage qu'il allègue (art. 8 CC et 42 al. 1 CO en rapport avec l'art. 99 al. 3 CO). Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO). Quand bien même l'évaluation du dommage requiert souvent l'appréciation du juge, celui-ci ne peut évaluer en équité son montant que pour autant que la partie à qui incombe le fardeau de la preuve lui ait fourni tous les éléments de fait à cette fin (ATF 120 II 296 consid. 3c; 105 II 87 consid. 3; 98 II 34 consid. 3 et les arrêts cités). En principe, l'échec de cette preuve a pour conséquence d'entraîner l'absence de toute indemnisation (CHAIX, La fixation du dommage par le juge, in *Le préjudice : une notion en devenir - Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève - Zurich - Bâle 2005, p. 42).

L'art. 42 al. 2 CO, dont l'appelante sollicite l'application, prévoit un régime d'exception pour certaines situations particulières. Il en est ainsi du cas où le dommage est absolument impossible à chiffrer (ATF 129 III 135 consid. 2.2), de celui où la preuve d'un montant chiffré est impossible à apporter (ATF 111 II 164 consid. 1a) ou de celui où le coût de l'administration de la preuve serait hors de proportion avec le montant du dommage allégué (ATF 105 II 87 consid. 3). Pour ces

situations, la loi instaure un allègement du fardeau de la preuve. Comme se plaît à le rappeler la jurisprudence, cet allègement n'équivaut cependant pas à une suppression du fardeau de la preuve : dès lors, l'art. 42 al. 2 CO ne doit pas être utilisé comme un oreiller de paresse ou une solution de facilité destinés aux plaideurs négligents (BREHM, Commentaire bernois, n. 50 ad art. 42 CO; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, p. 210 n. 23; arrêt 4C.412/2004 du 23 février 2005 publié in SJ 2005 I 329 consid. 3.2.1; ATF 122 III 219 consid. 3a). Une "certaine difficulté" dans l'apport de la preuve ne suffit ainsi pas pour recourir à l'art. 42 al. 2 CO.

Même si l'art. 42 al. 2 CO tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, cette disposition ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation; elle n'accorde en particulier pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1). Il appartient en d'autres termes à la victime de décrire avec suffisamment de précision tous les éléments de faits permettant de mettre en œuvre les critères issus de l'art. 42 al. 2 CO; au terme des mesures probatoires, il revient au juge d'apprécier ces faits.

6.3. En l'espèce, l'appelante n'est pas satisfaite des prestations de l'intimé et considère qu'il a failli à sa mission. Elle n'a toutefois démontré les carences alléguées que par les reproches formulés par un consultant qu'elle a engagé en août 2005, lequel a considéré comme insuffisants les documents produits par l'intimé durant son engagement. Ce faisant, elle n'a prouvé que l'avis d'un tiers, au demeurant intéressé à dénigrer le travail accompli pour justifier l'importance de ses honoraires, compte tenu du peu d'activités à examiner. Si l'on peut certes considérer que l'intimé n'a pas réalisé des performances étourdissantes, il y a toutefois lieu de prendre en considération que rien ou presque ne s'est fait depuis son départ puisque, 15 mois après, l'activité de la société n'a toujours pas démarré et que des investisseurs n'ont pas encore été trouvés, soit deux défauts reprochés à l'intimé et qui auraient été à l'origine d'un dommage dont on cherche vainement la moindre explication dans les écritures, les pièces ou les témoignages. Il apparaît ainsi que la responsabilité civile du travailleur n'est pas engagée en l'occurrence et que, si elle l'avait été aucun dommage n'aurait pu lui être compté, de sorte que les conclusions de l'appelante, dans la mesure de leur recevabilité, auraient dû être écartées.

7. 7.1. L'art. 76 al. 1 LJP consacre la gratuité de la procédure. Cependant, l'art. 60 LJP déroge à ce principe en prévoyant un émolument de mise au rôle en cas d'appel, conformément au tarif fixé par l'Etat, lorsque le montant litigieux excède 30'000 fr. À teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, les indemnités aux témoins, les frais d'expertises demandées par les parties et l'émolument d'appel sont mis à la charge de la partie qui succombe, à moins que le Tribunal ou la Cour n'en décide autrement. De par sa formulation, l'art. 78 al.1 LJP laisse dans tous les cas un

large pouvoir d'appréciation au juge en matière de répartition des frais.

Le juge peut en outre mettre les dépens et les frais de justice à la charge de la partie qui plaide de manière téméraire (art. 76 al. 1 *in medio* LJP). La témérité sous-entend que la démarche du plaideur est dénuée de toute chance de succès ou qu'une partie se comporte de manière inadmissible pendant la procédure (cf. également l'art. 40 LPC). Si une demande n'a pratiquement aucune chance d'aboutir, elle n'est pas encore téméraire (Mémorial 1990, p. 2943). En cas de témérité grave, le juge peut en outre infliger une amende de 2'000 fr. au maximum (art. 76 al. 1 *in fine* LJP).

A l'exception du cas du plaideur téméraire, la procédure prud'homale ne prévoit pas le versement de dépens comprenant une participation aux frais d'avocat d'une des parties. Ce postulat découle du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, la représentation par avocat demeurant exceptionnelle (art. 12 et 13 LJP; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Les droits des parties sont en effet réputés suffisamment sauvegardés par la maxime d'office (art. 29 LJP et 343 al. 4 CO). Une partie souhaitant l'assistance d'un avocat est donc censée, à teneur du droit actuel, prendre les frais en découlant à sa charge (note d'Aubert *in* SJ 1987, p. 574).

7.2. En l'espèce, l'appelante se plaint d'avoir été condamnée par les premiers juges au paiement des frais de justice et à une participation aux honoraires du conseil de sa partie adverse. A juste titre. En effet, les enquêtes diligentées devant la Cour, et auxquelles le Tribunal avait renoncé, ont permis d'établir que l'intimé n'a pas eu un comportement exempt de tout reproche le 19 août 2005 lorsqu'il a rencontré par deux fois son employeur, se montrant agressif la première fois et recevant, l'après-midi, avec une vraisemblance confinante à la certitude au vu des témoignages, une lettre de licenciement. L'appelante était donc légitimée à vouloir faire constater ce fait en première instance, puisqu'elle plaidait la validité du licenciement immédiat. Il s'ensuit qu'elle n'était pas de mauvaise foi à ce sujet, de sorte que les condamnations au paiement d'un émolument à ce titre et aux honoraires d'avocat de sa partie adverse doivent être rétractées.

7.3. Il n'en demeure pas moins que l'appelante succombe pour l'essentiel de ses conclusions et que l'émolument perçu reste acquis à l'Etat.

Par ailleurs, les intérêts en présence - notamment au regard de la valeur litigieuse -, la complexité de la cause - notamment procédurale en raison des choix de l'appelante en première instance - et l'importance de l'activité déployée à la solution du litige, notamment au vu de l'argumentation filandreuse de l'appelante, toujours en première instance, justifient la mise à la charge de l'appelant d'un émolument complémentaire à celui de mise au rôle déjà perçu en vertu de l'art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (art. 24, 25 al. 1, 42A dudit Règlement).

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E \_\_\_\_\_ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 15 juin 2006 dans la cause C/20183/2005-4;

**Au fond :**

Autorise E \_\_\_\_\_ SA à compenser les montants qu'elle doit à T \_\_\_\_\_ à concurrence de 20'890 fr. 90, plus intérêts à 5% dès le 31 octobre 2005;

Annule la condamnation de E \_\_\_\_\_ SA à verser un émolument de 3'000 fr., en application de l'art. 76 LJP, et à verser 1'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de son adverse partie

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Dit que l'émolument d'appel versé par E \_\_\_\_\_ SA reste acquis à l'Etat.

Condamne E \_\_\_\_\_ SA au paiement d'un émolument complémentaire de 3'000 fr. en faveur de l'Etat en vertu de l'art. 42A du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président