



E _____ SA
Dom. élu : Me JEANNERET Yvan
Rue du Rhône 84
Case postale 3200
1211 Genève 3

Madame T _____
Dom. élu : Me MATHEY Denis
Rue de Candolle 9
1205 Genève

**Partie appelante et intimée sur
appel incident**

Partie intimée et appelante incidente

D'une part

D'autre part

ARRET

rendu le

M. Christian MURBACH, président

Mme Suzanne BORGSTEDT VOGT et M. Dominique BALTHASAR, juges
employeurs

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et M. Victor, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) E _____ SA a pour but social l'exploitation de magasins spécialisés dans le conseil et la diffusion d'ordinateurs personnels portables et de tout ce qui s'y rattache.

Par contrat de travail écrit signé le 16 septembre 1998, T _____ a été engagée par E _____ SA, à partir du 1^{er} octobre 1998, en qualité de responsable du centre informatique de la société sis sur territoire genevois. Ses tâches consistaient, notamment, à mettre en place, développer et assurer la pérennité dudit centre de formation (art. 1.3 du contrat de travail). Afin de mener à bien sa mission, T _____ était responsable de l'ensemble des activités du centre de formation, des ventes, de la relation avec les clients ainsi que du contrôle de satisfaction de ceux-ci. Elle était également chargée de l'organisation du service et de la gestion des fournisseurs (professeurs, bailleurs des cours etc.) ainsi que de tous les documents préparatoires nécessaires à la facturation et au suivi des débiteurs. Par ailleurs, elle pouvait être tenue de s'assurer du paiement des débiteurs du centre (art. 1.5 du contrat de travail).

S'agissant de la rémunération de T _____, le contrat de travail prévoyait ce qui suit :

- Art. 2.1 : « L'employée reçoit chaque mois un salaire basé à 100% sur la commission provenant de la marge dégagée par le centre de formation informatique de l'employeur à partir du seuil précisé au point 2.2. Toutefois, l'employeur lui octroie une avance sur commission à la fin de chaque mois de CHF 5'500.- brut. Cette somme mensuelle constitue une avance sur commission tant que la marge dégagée par ledit centre n'a pas atteint le seuil précisé au point 2.2 et que toutes les avances sur commission n'ont pas été restituées à l'employeur ».

- Art. 2.2 : « Dès que la marge mensuelle dudit centre atteint le seuil de CHF 15'000.-- hors taxe et que les éventuelles avances sur commissions sont toutes restituées, l'employée reçoit chaque mois une commission sur ladite marge dont sont retranchées toutes déductions usuelles ».

Le niveau de la marge au-delà de laquelle T _____ devait toucher des commissions a été régulièrement augmenté au fil des ans, pour atteindre CHF 22'500.-- au moment de son départ de la société.

L'art. 2.5 du même contrat de travail prévoyait encore que la marge du centre se calculait à partir du chiffre d'affaires réalisé, dont étaient retranchés les honoraires des enseignants ainsi que tous les frais de fonctionnement liés aux mandats de formation (locations de salles, boissons, coût des supports de cours).

b) Par courrier du 12 octobre 2000, remis en mains propres, E _____ SA a licencié T _____ pour le 31 décembre de la même année.

c) Le 11 décembre 2000, E _____ SA a écrit à son employée pour lui réclamer le remboursement de ses dettes à son égard et pour l'informer que, dans ce but, elle procéderait à une compensation entre celles-ci et sa rémunération du mois de décembre

2000. Pour le solde, E_____ SA a émis le souhait de rencontrer T_____ « afin de mettre en place un plan de recouvrement » qui ne mette pas cette dernière dans « une situation financière désagréable ».

B.a) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 5 novembre 2002, E_____ SA a assigné T_____ en paiement de CHF 101'703.90, avec intérêts, à titre de remboursement des avances sur les commissions perçues.

A l'appui de ses conclusions, E_____ SA a fait valoir que la rétribution de son ex-employée était entièrement basée sur la commission et que les montants touchés par celle-ci ne constituaient que des avances, ajoutant que l'exploitation du centre et les résultats obtenus par l'intéressé s'étaient avérés insatisfaisants, raison pour laquelle les objectifs fixés n'avaient pas été atteints.

b) Dans sa réponse du 7 février 2003, T_____ a conclu au rejet de la demande dans son intégralité et a réclamé, reconventionnellement, le paiement de CHF 188'833.20, avec intérêts, soit :

- CHF 8'000.-- à titre de salaire pour les mois de novembre et décembre 2001;
- CHF 202'833.20 à titre de complément de salaire pour l'ensemble de son activité;
- CHF 18'000.-- à titre d'indemnité résultant du non paiement du salaire des mois de novembre et décembre 2000;
- CHF 50'000.-- à titre d' »indemnité résultant de l'envoi d'un commandement de payer »;
- CHF 10'000.-- à titre de tort moral.

T_____ a fait valoir que son ex-employeur n'avait mis à sa disposition, dans un premier temps, qu'une petite salle pour dispenser les cours, ce qui avait entraîné le mécontentement des clients. Par la suite, la direction de la société lui avait proposé une secrétaire dont elle voulait se débarrasser et dont elle lui avait fait supporter le salaire mensuel brut de CHF 3'800.-- pour une activité à temps partiel (60 %). Elle avait ensuite mis à sa disposition de nouveaux locaux, mais l'ensemble des frais liés à ceux-ci avaient été imputés sur son budget, alors qu'une partie desdits locaux était utilisée par d'autres départements. La société lui avait, par ailleurs, refusé à plusieurs reprises une augmentation de salaire alors qu'elle avait augmenté parallèlement son temps de travail.

De surcroît, T_____ a exposé que, peu avant son licenciement, E_____ SA lui avait proposé la création d'une société anonyme dont elle devait être l'actionnaire majoritaire. Après le congé, elle lui avait également proposé de « devenir partenaire ». Elle avait toutefois refusé les deux propositions.

Enfin, T_____ a indiqué avoir réalisé un bénéfice de CHF 89'640.75 en 25 mois d'activité, précisant que l'ensemble des cotisations sociales avait été mise à sa charge s'élevait à un montant de CHF 30'885.--. Elle a admis que sa rémunération devait être calculée sur la marge bénéficiaire du centre de formation; en revanche, elle a soutenu que le remboursement des avances qu'elle avait reçues n'avait jamais été envisagé par

les parties. De plus, les objectifs qui lui avaient été fixés par la société étaient irréalistes. T_____ a finalement indiqué avoir perçu, en réalité, la somme de CHF 69'538.75 entre novembre 1998 et novembre 1999.

c) Le Tribunal a procédé à des enquêtes et entendu plusieurs témoins dont les déclarations seront reprises dans la mesure utile ci-dessous dans la partie En droit.

d) Par jugement rendu suite à l'audience de délibération du 8 janvier 2004, notifié le 23 août 2004, le Tribunal des prud'hommes a débouté E_____ SA de toutes ses conclusions.

Statuant sur la demande reconventionnelle de T_____, les premiers juges, après s'être déclarés incompétents à raison de la matière pour connaître de ses prétentions en dommages et intérêts et en tort moral, ont condamné E_____ SA à verser à son ex-employée la somme de CHF 5'500.-- brut à titre de paiement complémentaire de salaire pour les mois de novembre et décembre 2001, CHF 1'767.65 net à titre de rémunération complémentaire pour le mois de décembre 2000, ainsi que la somme de CHF 1'000.-- net à titre de participation aux frais d'avocat de sa partie adverse.

C. a) Par acte mis à la poste le 23 septembre 2004, E_____ SA appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation, concluant à l'octroi de ses prétentions réclamées en première instance, subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal pour « nouvelle décision ».

E_____ SA a également conclu au déboutement de T_____ de toutes les prétentions formulées par celle-ci dans le cadre de sa demande reconventionnelle.

b) Dans ses écritures responsives du 11 novembre 2004, T_____ a conclu au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions. Formant appel incident, elle a sollicité la confirmation du jugement entrepris en tant qu'il avait condamné E_____ SA à lui payer les sommes de CHF 1'767.65 net et CHF 5'500.-- brut et à son annulation pour le surplus, concluant que son ex-employeur soit condamné à lui payer la somme totale de CHF 102'833.20. T_____ a également conclu à la condamnation de E_____ SA en tous les frais de la procédure et à ce qu'il lui soit donné acte de la réserve de ses droits pour ses prétentions en dommages et intérêts (CHF 68'000.--) et en tort moral (CHF 10'000.--) à l'égard de son ex-employeur.

Après que lui ait été réclamé par le greffe le paiement de l'émolument d'appel correspondant au montant de ses prétentions de nature pécuniaire, T_____ a, par courrier du 2 décembre 2004, informé la Cour de céans qu'elle réduisait ses prétentions à la somme totale de CHF 29'990.--.

c) Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 6 avril 2005 devant la Cour de céans, T_____ a déclaré que durant son emploi chez E_____ SA, elle était mariée et mère d'une fillette âgée aujourd'hui de 9 ans ½, que son époux travaillait pour une rémunération de l'ordre de CHF 6'300.-- brut par mois; elle a ajouté que son

mari et elle-même étaient propriétaires d'une maison pour laquelle ils s'acquittaient mensuellement d'une somme de CHF 2'400.-- au titre de paiement des intérêts et amortissement de l'hypothèque grevant celle-ci. T _____ a, par ailleurs, indiqué avoir retravaillé dès le mois de janvier 2001.

d) Quant à E _____ SA, elle a confirmé que des fiches de paie étaient délivrées chaque mois à T _____ qui indiquaient que CHF 5'500.-- lui étaient versés à titre de salaire, les charges sociales usuelles étant déduites de ce montant.

Par ailleurs, E _____ SA a affirmé que tous les mois, T _____ établissait un tableau lui permettant de se rendre compte exactement de la situation du centre de formation, ce que l'intéressée a admis.

EN DROIT

1. Interjetés dans les formes et délais prévus aux articles 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.

2. 2.1. Le Tribunal a débouté E _____ SA de sa demande en remboursement des CHF 101'703.90 versés à titre d'avance à T _____ pendant les rapports de travail, aux motifs que l'art. 349a al. 2 CO, relatif aux contrats d'engagements de voyageurs de commerce – selon lequel un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce – était applicable par analogie au contrat individuel de travail, lorsque, comme en espèce, la participation au résultat de l'exploitation est exclusive ou prépondérante.

Ainsi, constatant que les rapports de travail entre les parties avaient duré plus de deux ans, de sorte qu'il apparaissait vraisemblable que l'activité de T _____ ne prêtait pas le flan à la critique ou, du moins qu'il était envisageable que le centre de formation « finisse par fonctionner véritablement », ce que les témoins A _____, B _____, C _____ et D _____ avaient par ailleurs confirmé. Ainsi, les premiers juges ont estimé qu'il ne « pouvait pas être raisonnablement reproché » à l'intimée de ne pas s'être suffisamment investie pour s'assurer d'une rémunération convenable, si bien que l'accord entre les parties - ayant concrètement débouché sur une rémunération pratiquement inexistante, puisque le centre de formation, selon la société, ne fonctionnait pas - devait être ignoré. Dès lors que E _____ SA avait versé à T _____ une somme mensuelle de CHF 5'500.-- à titre d'avance sur commissions, il fallait considérer qu'un montant inférieur ne pouvait être qualifié de convenable, compte tenu notamment de l'expérience de l'intéressée dans ce domaine d'activités et de sa fonction. E _____ SA devait donc être déboutée des fins de sa demande, dans la mesure où les montants qu'elle avait versés à titre d'avance sur commission n'étaient pas supérieurs à la somme convenable que T _____ était en droit d'espérer en vertu de l'art. 349a al. 2 CO.

2.2. L'appelante fait grief aux premiers juges de n'avoir pas retenu que T _____ avait signé librement et en toute connaissance de cause le contrat de travail prévoyant clairement que les commissions qui lui étaient versées ne constituaient pas un salaire mais uniquement des avances devant être restituées, le cas échéant. E _____ SA fait valoir que s'il n'a pas été question de priver T _____ de toute rémunération, le Tribunal n'avait pas tenu compte du fait que l'intéressée avait touché une somme totale d'un peu plus de CHF 140'000.-- d'avance sur commission, de sorte qu'après restitution de ce qu'elle avait perçu en trop, c'était un salaire global de l'ordre de CHF 40'000.--, correspondant au salaire dû sur la base des règles fixées librement dans le contrat, qu'elle avait touché.

Par ailleurs, l'appelante soutient que, contrairement à ce qu'avaient retenu les premiers juges, rien ne démontrait que les objectifs fixés à l'intimée étaient inatteignables, et que, si tel avait été le cas, l'intéressée, très expérimentée dans ce domaine d'activité, n'aurait pas manqué de demander la révision de son mode de rémunération. En outre, tous les moyens sollicités par l'intimée avaient été mis à sa disposition pour assurer le développement du centre de formation, T _____ assurant toujours que la situation de celui-ci allait se redresser.

2.3. Le point de vue de l'appelante ne saurait être suivi.

2.3.1. On peut tout d'abord se demander si le mode de rémunération adopté initialement par les parties, à savoir le paiement d'un salaire uniquement à la commission, n'a pas été modifié tacitement au fil du temps en un salaire fixe puisque E _____ SA remettait, à la fin de chaque mois, un bulletin de paie indiquant expressément le versement d'un salaire fixe de CHF 5'500.-, et non pas d'une avance sur commission de ce montant.

Cette question peut toutefois rester indécise en l'espèce, dans la mesure où T _____ a de toute façon droit à une rémunération mensuelle de CHF 5'500.- sans devoir rembourser celle-ci.

2.3.2. En effet, à teneur de l'art. 349a al. 2 CO, applicable par analogie au contrat individuel de travail lorsque la participation au résultat d'exploitation est exclusive ou prépondérante (GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 2002, p. 382, 389; SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation AJP 2002 p. 672), un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce.

La jurisprudence a précisé que si l'employeur a convenu par écrit de revenus fondés uniquement sur les provisions, il doit au moins verser une rémunération convenable au regard de l'activité déployée, sans prendre en considération le résultat des affaires traitées, à moins que l'absence de résultats soit imputable à une prestation fautivement insuffisante du travailleur (ATF du 12.11.1986, in JAR 1987 p. 307).

Selon l'art. 349a CO, une rémunération doit être considérée comme convenable si elle assure à son bénéficiaire un gain lui permettant de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales (STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ad art. 349a CO).

2.3.3. En l'espèce, la rémunération de T_____ consistait exclusivement en les commissions provenant de la marge que l'intéressée était susceptible de réaliser par le biais du centre de formation, à partir d'un seuil de CHF 15'000.--, augmenté par la suite jusqu'à CHF 22'500.--.

L'appelante n'a pas établi que les résultats financiers globalement défavorables du centre de formation étaient imputables à une prestation fautivement insuffisante de T_____. Au contraire, pendant toute la durée des relations contractuelles, E_____ SA a versé à T_____ la somme de CHF 5'500.-- par mois, ce qui montre qu'elle considérait ce montant comme correspondant aux prestations fournies par son employée. Dans le cas contraire, l'appelante n'aurait pas manqué de verser à cette dernière des avances sur commission d'un montant inférieur.

Dès lors, T_____ a droit à une rémunération convenable de son activité. A cet égard, la somme de CHF 40'000.-- que E_____ SA voudrait qu'elle se voie octroyer apparaît nettement insuffisante, puisque, pour 25 mois de travail cela correspond à une rémunération mensuelle de l'ordre de CHF 1'600.--. Or, compte tenu notamment de l'expérience de l'intéressée dans le domaine où elle a œuvré, de sa fonction, de ses responsabilités, de l'activité qu'elle a déployée ainsi que de ses obligations financières sur le plan familial, cette somme apparaît nettement insuffisante pour constituer une rémunération convenable de l'intéressée au sens de l'art. 349a CO, c'est-à-dire de lui permettre de vivre décemment.

Dans ces conditions, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que cette somme mensuelle de CHF 5'500.-- constituait une rémunération convenable des services de l'intimée au sens de l'art. 349a al. 2 CO.

L'appel principal doit ainsi être rejeté sur ce point.

3. Il découle de ce qui précède que l'on ne saurait suivre T_____ lorsqu'elle soutient, dans son appel incident, que cette rémunération convenable se situait pour elle aux environs de CHF 10'000.-- par mois.

En effet, compte tenu des critères retenus ci-dessus à cet égard ainsi que de la situation financière de T_____ et de son mari telle qu'elle résulte des explications fournies par l'intéressée lors de l'audience du 6 avril 2005 devant la Cour de céans, une rémunération de CHF 5'500.-- brut par mois constitue un montant lui permettant de vivre décemment, ce qu'au demeurant l'intéressée ne conteste pas.

Le jugement entrepris sera, dès lors, également confirmé sur ce point.

4. Les conclusions de T _____ tendant à ce qu'il soit donné acte de la réserve de ses droits concernant ses prétentions en dommage et intérêts et en tort moral à l'égard de sa partie adverse sont irrecevables.

En effet, les premiers juges se sont déclarés incompétents en raison de la matière pour connaître de telles prétentions, de sorte qu'il n'y a pas lieu de réserver les droits de T _____ à cet égard. Au demeurant, une telle réserve apparaît sans aucune portée dans la mesure où, soit ces droits existent et il appartient à son titulaire de les faire valoir devant la juridiction compétente, soit ils n'existent pas et, dans ce cas là, ils ne sauraient être réservés.

5. A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

En l'occurrence, E _____ SA succombe dans toutes ses conclusions qui ont donné lieu à perception d'un émolument d'appel, de sorte qu'il se justifie de laisser à sa charge celui-ci.

PAR CES MOTIFS

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

Sur la recevabilité :

- Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par E _____ SA et T _____ contre le jugement rendu suite à l'audience de délibération du 8 janvier 2004, notifié le 23 août 2004, rendu par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/25527/2002 – 3.
- Déclare irrecevables les conclusions de T _____ tendant à la réserve de ses droits.

Sur le fond :

- Rejette les appels tant principal qu'incident et confirme le jugement entrepris.
- Laisse à la charge de E _____ SA l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président