



E_____

Dom. élu : Me Marc LIRONI
Boulevard Georges-Favon 19
Case postale 5121
1211 Genève 11

T_____

Dom. élu : Me Benoît DAYER
Quai Gustave-Ador 38
Case postale 6293
1211 Genève 6

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 23 septembre 2004

M. Richard BARBEY, président

Mme Christiane RICHARD et M. Alfred HUSMANN, juges employeurs

MM. Raymond FONTAINE et Albert ANDRES, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

- A. T_____ a débuté sa carrière professionnelle en 1982 dans l'entreprise de primeurs exploitée par ses grands-parents, vendue par ceux-ci trois ans plus tard à Z_____, lui-même actif dans l'importation de fruits et légumes au travers des sociétés X_____ SA et Y_____ SA.

T_____ est alors devenu primeur indépendant. Il n'en a pas moins continué d'entretenir de bons rapports avec Z_____ et ce dernier lui a proposé à la fin de 1991 de travailler au sein de X_____ SA, offre qu'il a acceptée (mém. du 18.5.2004 p. 1-2).

- B. A la fin de 1993, Z_____ a racheté le capital de E_____, avec siège à Genève, qui avait la même activité que X_____ SA et Y_____ SA. E_____ s'était heurtée à des difficultés financières et avait sollicité un sursis conordataire.

Dans un premier temps, Z_____ ne devint pas personnellement administrateur de la société – charge qu'il assumera seulement à partir de 1994 en compagnie de son épouse -, mais délégua ces fonctions à ses enfants V_____ et W_____ (demande p. 3; extrait du RC obtenu par la Cour; p.-v. du 2.9.2004 p. 1-2).

Aussitôt après le rachat de la société, Z_____ offrit à T_____ de reprendre la direction de celle-ci, avec signature individuelle et sous la supervision de ses enfants. Un contrat de travail à son nom fut ainsi signé le 28 décembre 1993, prenant effet le 1^{er} janvier de l'année suivante. Le salaire du directeur se composait d'un montant mensuel brut de 7'000 fr. – porté ensuite à 8'000 fr. – payable treize fois l'an, plus 500 fr. net par mois pour les frais de représentation versés douze fois par an, enfin d'une commission annuelle de 7% calculée sur la marge brute correspondant au total des ventes « au comptant » facturées, sous déduction du prix d'achat des marchandises, des frais de transport et des droit de douane, payable dans les 30 jours suivant la clôture de l'exercice. L'accord stipulait encore que les frais extraordinaires tels que voyages, dîners d'affaires, etc., exposés par le directeur lui seraient remboursés sur présentation de justificatifs.

T_____ bénéficiait de quatre semaines de vacances par an. Le contrat pouvait enfin être dénoncé avec un préavis de deux mois, majoré d'une semaine pour chaque année de service (pièce 3 dem; demande p. 5, 32; mém. du 12.2.2003 p. 7, 69).

C/a. Dans les fonctions qui lui étaient dévolues, il incombait à T_____ de gérer l'entreprise au quotidien, à moyen et à long terme. Il effectuait les achats et les ventes de produits frais, réceptionnait le courrier, vérifiait les bulletins de livraison, prenait les commandes, fixait les prix, s'occupait des relations avec les clients, fournisseurs et producteurs, contrôlait enfin les factures avant de les transmettre à V_____, lequel les inscrivait dans la comptabilité et assurait leur paiement (demande p. 4; mém. du 12.2.2003 p. 6; du 18.5.2004 p. 6).

A titre professionnel, T_____ a été amené à se déplacer au volant de sa propre automobile et a ainsi parcouru environ 26'000 km durant neuf années de service, correspondant à une moyenne mensuelle de 250 km (mém. du 12.2.2003 p. 6; pièce 12 dem.).

Il travaillait six jours par semaine, en commençant selon son dire à 3h30 du matin au marché de gros. Son collaborateur direct, U_____, a toutefois évoqué des arrivées tardives, vers 4h00 ou 4h30 le matin, ainsi que des absences à raison d'une ou deux fois par mois; le phénomène se serait manifesté de manière nette à partir de l'année 2000. Au dire du témoin, le directeur terminait son travail vers 11h00 du matin (demande p. 5; p.-v. du 25.6.3003).

b. Le chiffre d'affaires de E_____, qui était de 1'275'000 fr. en 1993, passa l'année suivante à 2'488'000 fr., pour atteindre 6'100'000 fr. en 2001.

Le compte de pertes et profits de la société accusa pour sa part l'évolution suivante : -99'621 fr. (1993), -56'015 fr. (1994), +6'367 fr. (1995), +16'893 fr. (1996), +182 fr. (1997), + 193'512 fr. (1998), + 66'825 fr. (1999), +3'184 fr. (2000), -74'067 fr. (2001; jugement p. 6-7; mém. du 17.3.2004 p. 10).

E_____ employait quatre collaborateurs en 1994 et sept en 2002 (demande p. 5-6; mém. du 12.2.2003 p. 12-13).

c. Dans une lettre du 4 octobre 1994, V_____ et W_____ manifestèrent à T_____ leur mécontentement au sujet de son attitude jugée trop arrogante et de la qualité de ses prestations. La signature individuelle dont il disposait au nom de E_____ fut remplacée par une signature collective à deux.

Le courrier n'eut toutefois pas d'autre suite (pièces 4-5 dem; mém. du 12.2.2003 p. 11; p.-v. du 25.6.2003 p. 8-9).

d. Au mois d'octobre de l'année suivante, tout en le félicitant de ses efforts pour rétablir la situation financière de l'entreprise, le conseil d'administration demanda à T_____ de renoncer à la part variable de sa rémunération représentant 30'000 fr., compte tenu des difficultés économiques qui subsistaient. Au cours de négociations conduites par Z_____, le directeur, qui estimait son interlocuteur et qui entretenait avec lui d'excellentes relations, acquiesça à la demande. Entre 1994 et 2000 et pour les mêmes motifs, il fut ainsi amené à

abandonner en tout environ 45'000 fr. sur la rétribution convenue dépendant du bénéfice brut (demande p. 6; p.-v. du 2.9.2004 p. 2).

D. Z_____ est subitement décédé le 21 mars 2001 à l'âge de 59 ans. Ses deux enfants ont dès lors assumé seuls l'administration de E_____, ainsi que de Y_____ SA et X_____ SA (mém. du 18.5.2004 p. 6; pièce 12 p. 3 déf.).

E/a. Selon des comptes intermédiaires arrêtés au 30 juin 2002, E_____ a réalisé un chiffre d'affaire de 3'603'399 fr. et un bénéfice brut de 239'774 fr. La part variable du salaire revenant à T_____ pour le semestre en question représentait une somme brute de 29'954 fr. 10, soit net 27'632 fr. 65. Durant la même période, la société enregistrait une perte nette d'exploitation de 50'173 fr. (pièce 13 déf.).

V_____ demanda alors au directeur de limiter ses prétentions portant sur la part variable de sa rémunération pour l'exercice 2001 ainsi que pour l'avenir à 50'000 fr. en abandonnant sur l'année 2001 un solde de 16'000 fr. T_____ refusa (demande p. 7-8; mém. du 12.2.2003 p. 16-18 not. ad 40).

E_____ lui paya l'intégralité de la somme due pour 2001 en deux versements, les 4 juillet et 7 août 2002 (pièce 46 déf; mém. du 18.5.2004 p. 8).

b. Par lettre du 22 août 2002, V_____ licencia T_____ pour le 13 janvier de l'année suivante, le terme étant calculé en fonction du préavis contractuellement convenu. Dans le courrier, préparé par le réviseur de E_____, l'administrateur exprima en particulier le regret que le directeur ne se soit pas « senti concerné par le sacrifice financier à consentir et nécessaire à la pérennité de l'entreprise ». Il lui reprocha aussi d'avoir proposé au personnel de réduire les horaires de travail, sans demander l'accord préalable du conseil d'administration et sans égard aux circonstances économiques difficiles du moment (pièce 1 dem; p.-v. du 2.9.2004 p. 4).

c. Le 24 septembre 2002, V_____ signifia encore à T_____ un second licenciement avec effet immédiat. La décision se fondait sur plusieurs motifs « non exhaustifs », dont les seuls qui demeurent litigieux portent sur l'utilisation abusive d'une carte d'essence à des fins privées durant plusieurs années « tant pour son véhicule que pour le véhicule de tiers », sur l'emploi de ladite carte au mois de juin 2002 durant une période d'incapacité pour cause de maladie, ainsi que sur des dépassements de contingents douaniers pour l'importation de primeurs, phénomène dont n'avait pas été informé le conseil d'administration. Une somme avoisinant 75'000 fr. avait en effet été réclamée de ce chef à E_____ par l'Office fédéral de l'agriculture, sans préjudice de l'éventuel prononcé d'amendes (pièce 2 dem.).

- d. Comme l'ont confirmé plusieurs certificats médicaux, T_____ s'est trouvé en incapacité de travail du 24 septembre jusqu'à la fin d'octobre 2002 (pièces 4-6, 26, 28 dem.).

Par lettre du 27 septembre 2002, le conseil qu'il avait consulté a dénoncé le caractère abusif de la première résiliation au regard de l'art. 336 al. 1 lit. d CO, et a contesté les motifs invoqués à l'appui du licenciement avec effet immédiat (pièce 7 dem).

- F/a. Le 26 novembre 2002, T_____ a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes contre E_____, en paiement de la part fixe de son salaire depuis le 1^{er} septembre 2002 jusqu'au 6 mars 2003 (6'800 fr. + 25'511 fr. 10), de la part variable de la rémunération pour l'année 2002 jusqu'à la même échéance (48'400 fr. + 29'516 fr. 66), d'un solde de vacances (10'013 fr. 35), d'une réparation morale pour le harcèlement dont il avait souffert de la part de V_____ et W_____ (5'000 fr.), enfin d'une indemnité égale à quatre mois de salaire fondée sur les art. 336 al. 1 lit. b et 337c al. 3 CO (56'000 fr., demande p. 37; mém. du 4.3.2003 p. 5-7, p.-v. du 11.6.2003 p. 2).

La défenderesse s'est opposée à la demande, sous réserve du salaire fixe pour la période du 1^{er} au 24 septembre 2002. Contestant les griefs formulés à son endroit, elle a réclamé reconventionnellement 16'727 fr. 55 pour l'utilisation abusive de la carte d'essence par son ex directeur entre 1998 et 2002 (2'265 fr. 75 + 2'851 fr. 95 + 3'793 fr. 90 + 4'336 fr. 85; mém. du 12.2.2003 p. 50), ainsi que le remboursement du dommage occasionné par ses négligences dans la gestion des contingents d'importations de fruits et légumes entre 1998 à 2002, représentant un total de 53'022 fr. 95 (18'063 fr. 05 pour 1998 + 34'959 fr. 90 de 1999 à 2002; mém. du 12.2.2003 p. 56-58, 60-81; courrier du 12.6.2003), enfin 4'055 fr. 15 pour des vacances prises en trop par l'employé.

- b. Le 7 février 2003, soit cinq jours avant de signifier son mémoire de réponse, E_____ a déposé plainte pénale pour abus de confiance ou gestion déloyale à l'encontre de T_____, en lui reprochant à nouveau l'utilisation indue de la carte d'essence en sa possession. Le demandeur a été entendu par la police le 9 avril 2003, après avoir été selon son dire interpellé aux premières heures de la matinée; il a contesté les griefs articulés dans la plainte. En date du 20 mai 2003, le Procureur général a classé la procédure pénale P/2132/2003 ouverte de ce chef, vu la prévention insuffisante et considérant qu'il s'agissait avant tout d'un différend d'ordre civil (pièces 14, 32, 48 déf; lettre du 4.6.2003 au Tribunal).
- c. Dans le cadre du litige prud'homal, les parties ont été entendues en comparution personnelle et des enquêtes ont eu lieu.

Par jugement du 11 août 2003, le Tribunal a tenu pour abusive la première résiliation au regard de l'art. 336 al. 1 lit. d CO et considéré que la seconde ne se fondait sur aucun juste motif. Un doute subsistait en premier lieu quant à la question de savoir si le directeur avait bénéficié légitimement d'une carte d'essence et V_____, qui enregistrait les écritures dans la comptabilité de la défenderesse disposait dès l'origine de tous les éléments lui permettant de comprendre la nature de ces dépenses. La gestion de contingents douaniers par des importateurs de primeurs se révélait quant à elle délicate et des dépassements étaient fréquemment enregistrés par des spécialistes de la branche; même si une faute pouvait, dans le cas d'espèce, être vraisemblablement reprochée au demandeur pour défaut de transparence vis-à-vis de son ex employeur, celle-ci ne suffisait pas pour un licenciement immédiat. Les deux résiliations justifiaient donc l'allocation d'une indemnité de 56'000 fr. en application des art. 336a et 337c al. 3 CO.

Le demandeur pouvait par ailleurs prétendre, à titre de salaire de septembre 2002 jusqu'au 21 février 2003, au paiement de 109'984 fr. 20 (45'788 fr. 30 + 60'937 fr. 50 + 3'258 fr. 40), sous imputation de 18'451 fr. 70 rémunération qu'il avait pu obtenir dans le cadre d'un nouvel emploi durant une partie de la période. S'y ajoutaient enfin 3'734 fr. 40 pour 8,82 jours de vacances, ce qui laissait un solde brut final de 95'266 fr. 90 à charge de la défenderesse (jugement p. 21-23). A teneur du dispositif du jugement, l'employeur a toutefois été condamné à payer à son ex directeur une somme brute de 115'656 fr. 60; rien ne permet de comprendre la mention de cette somme.

La demande de réparation morale présentée par l'employé a été écartée, à l'instar de l'ensemble des prétentions reconventionnelles de l'employeur. Le Tribunal a en particulier estimé que seule une faute légère pouvait être retenue à l'encontre du demandeur, s'agissant des dépassements des contingents à l'importation, et que ces manquements ne suffisaient pas à engager sa responsabilité sous l'angle de l'art. 321e CO.

L'employeur a enfin été condamné à délivrer à l'employé un certificat de travail, question qui n'est plus litigieuse.

- G. E_____ appelle du jugement rendu, en reprenant l'ensemble de son argumentation et de ses conclusions de première instance. Dans son écriture, elle ne dénonce toutefois pas la contradiction existant entre la somme brute totale calculée selon la motivation de la décision attaquée et celle apparaissant dans le dispositif (cf. supra lit. F/c).

T_____ propose la confirmation de la décision attaquée.

Après l'audience devant la Cour du 2 septembre 2004, durant laquelle les parties se sont exprimées et des témoins ont été entendus, le Président a invité

le conseil de l'intimé à préciser la portée de sa conclusion tendant à la confirmation du jugement. Le mandataire a répondu que la requête de son client portait sur le montant brut alloué selon la motivation du jugement, distingué de la somme mentionnée dans le dispositif.

H. Le dossier révèle pour le surplus les éléments suivants :

- a. Le témoin A_____, directeur de E_____ jusqu'au rachat de celle-ci par Z_____ à la fin de 1993, a indiqué devant le Tribunal qu'il bénéficiait, en sus d'une indemnité mensuelle d'environ 250 fr. pour ses frais de représentation, d'une carte d'essence au nom de l'entreprise dont il pouvait se servir à des fins professionnelles ou privées, étant appelé à utiliser son propre véhicule pour l'essentiel de ses déplacements. La carte lui avait été retirée par les nouveaux organes de la société au moment où T_____ lui avait succédé au poste de directeur et l'interdiction lui avait été signifiée peu après de continuer de s'approvisionner en essence aux frais de la société (p.-v. du 18.6.2003 p. 3).

A la suite de l'audition de A_____, l'appelante a déposé plainte pénale contre lui pour faux témoignage. Interrogé par la police, le prévenu a dans l'ensemble confirmé sa déposition et la procédure pénale P/9496/2003 ouverte de ce chef – dont la Cour a ordonné l'apport (p.-v. du 2.9.2004 p. 6) - a été classée par le Procureur général le 13 février 2004 en l'absence d'indices suffisants donnant à penser à la commission d'une infraction. La décision prise est entrée en force.

Dans ses écritures, T_____ a expliqué que Z_____ l'avait autorisé à utiliser la carte d'essence dans un premier temps à concurrence de 150 fr. par mois pour ses besoins. Comme le directeur était amené à circuler au volant de son véhicule pour ses déplacements professionnels en Suisse, en France et en Italie, Z_____ l'avait ensuite autorisé en compensation, au printemps 1994, à se servir de ladite carte sans limitation pour lui-même et son épouse (demande p. 13; pièce 12 dem., 48 déf.).

Les administrateurs de E_____ ont contesté les allégués de l'intimé. Le réviseur de l'appelante, B_____, a estimé pour sa part que feu Z_____ n'avait sans doute pas autorisé le directeur à se servir de la carte d'essence, dès lors qu'aucun justificatif écrit ne venait corroborer une telle décision (p.-v. du 2.9.2004 p. 4).

V_____ et W_____ ont enfin expliqué avoir licencié le demandeur avec effet immédiat, le 24 septembre 2002, car il leur avait caché l'utilisation de la carte d'essence (p.-v. du 11.6.2003 p. 2).

- b/aa. Selon les renseignements communiqués par C_____, inspecteur de l'Administration des douanes, les question liées au contingentement de primeurs gé-

rées par l'Office fédéral de l'agriculture se révèlent extrêmement complexes. Les contingents ne restent définis que pour de brèves périodes, de six jours en moyenne. L'Office de l'agriculture signale au fur et à mesure aux importateurs les dépassements éventuels (p.-v. du 18.6.2003 p. 3-4).

D'autres spécialistes de la branche ont confirmé la complexité de la matière. Un des collaborateurs de X_____ SA a relaté avoir constaté dans sa société des dépassements de quelques milliers de francs par année. En 1998, un autre importateur a dû s'acquitter à ce titre d'une surtaxe de 52'000 fr. assortie d'une amende personnelle de 5'500 fr; les dépassements de contingents le concernant représentent environ 2% des quantités qu'il importe (p.-v. du 18.6.2003 p. 5, 6; du 25.6.2003 p. 4).

U_____, qui secondait l'intimé chez l'appelante, a souligné l'attention dont il fallait faire preuve ainsi que les mesures immédiates à prendre pour respecter les contingents fixés. Durant l'une des périodes où il a remplacé T_____, absent, les opérations qu'il a traitées ont engendré une surtaxe de 1'500 fr. environ. Au dire du témoin, E_____ a en revanche respecté à la lettre les quotas fixés en 2003 (p.-v. du 25.6.2003 p. 6-7; du 2.9.2004 p. 2).

- bb. En septembre 2002, après une dénonciation de l'Office de l'agriculture, E_____ s'est vu notifier une décision de l'administration lui intimant l'ordre de payer 23'770 fr. 05 pour des dépassements de contingents remontant à l'année 1998. T_____ a également été entendu dans la procédure d'enquête, mais n'a pas été sanctionné par une amende, afin de tenir compte des circonstances particulières du cas tenant à des livraisons reçues un jour trop tôt ou un jour trop tard par rapport aux périodes de contingentement. C_____ n'a en outre pu expliquer pourquoi l'Office fédéral de l'agriculture avait attendu jusqu'à la fin de l'été 2002 avant de réclamer des surtaxes se rapportant à l'année 1998.

Pour la période 1999 à 2001, l'administration a arrêté les surtaxes dues par l'appelante - payables par acomptes - à 48'426 fr. 95 selon une décision notifiée le 16 avril 2003 (p.-v. du 18.6.2003 p. 4; pièces 21, 27, 38-40 déf.).

- cc. Sur le sujet, V_____ a encore expliqué avoir reçu au mois de janvier ou de février 2002 une facture de 7'500 fr. pour des dépassements de contingents concernant la société X_____ SA. Inquiet, il avait alors interrogé T_____ pour connaître la situation de E_____ ; son interlocuteur lui avait répondu que tout était en ordre.

En septembre 2002, il avait une nouvelle fois demandé à U_____ s'il existait des dépassements concernant l'appelante. Ce dernier lui avait donné un document reçu de l'Office fédéral de l'agriculture réclamant des surtaxes, sans doute pour l'année 1998. Il avait alors déposé la feuille sur le bureau du directeur, marquée d'un point d'interrogation pour attirer son attention. Le lende-

main, n'ayant pas de nouvelle, il était revenu dans le bureau de T_____, alors absent, et avait retrouvé l'avis que l'intéressé avait jeté dans une corbeille à papier. U_____ a confirmé sur ce point la déposition de V_____.

L'administrateur de E_____ a aussi affirmé avoir vu, dans le bureau du directeur, un classeur incomplet intitulé « Division des importations ». Quelques jours plus tard, il aurait retrouvé le classeur, complété d'une documentation laissée en vrac. Estimant que l'intimé lui avait caché la vérité sur ce second point, il l'avait licencié avec effet immédiat (mém. du 17.3.2004 p. 24-27; p.-v. du 11.6.2003 p. 3; du 25.6.2003 p. 6).

T_____ a au contraire affirmé avoir toujours informé Z_____ ainsi que son fils des dépassements de contingentements notifiés par l'administration (p.-v. du 11.6.2003 p. 3).

- c. Les témoins ayant eu des rapports professionnels avec le demandeur, notamment en tant que clients ou collaborateurs de E_____, ont estimé qu'il s'était acquitté de manière très satisfaisante de ses tâches de directeur. Des réserves ont uniquement été exprimées par l'un d'eux au sujet de la période courant depuis juin 2002, moment à partir duquel le dynamisme de l'entreprise lui a paru diminuer (p.-v. du 18.6.2003 p. 2, 3, 5, 6; du 25.6.2003 p. 3; du 2.9.2003 p. 6).
- d. Durant le mois de juin 2002, T_____ a été absent, souffrant d'une dépression causée, de l'avis de son épouse, par les rapports tendus qu'il entretenait alors avec V_____ et W_____. Son collaborateur direct, U_____, a recueilli des confidences allant dans le même sens (p.-v. du 25.6.2003 p. 6; du 2.9.2004 p. 5).

Après le second licenciement avec effet immédiat, les troubles dépressifs de l'intimé se sont aggravés. Il a subitement disparu du domicile conjugal et son épouse a alerté la police. Il a finalement été localisé dans le canton des Grisons; un ami de la famille a pu le conduire à l'Hôpital D_____, où il a séjourné et bénéficié d'un traitement médicamenteux. Il a ensuite été admis pour une semaine à la Clinique F_____ jusqu'au 15 octobre 2002, date à laquelle son état de santé lui a permis de revenir au domicile conjugal. Son médecin personnel, le Dr. S_____ l'a aussi suivi durant l'ensemble de la période (p.-v. du 2.9.2004 p. 5; pièces 4-6, 26, 28 déf.).

- e. A compter du 28 octobre ou du 1^{er} novembre 2002, T_____ a été engagé par son frère, qui exploite un garage à Genève. Dans cet emploi, qu'il exerce encore actuellement, il a successivement perçu une rémunération mensuelle brute de 5'000 fr. jusqu'en avril 2003, de 7'500 fr. pour le reste de l'année 2003, enfin de 12'000 fr. à compter du 1^{er} janvier 2004 (mém. du 4.3.2003 p. 5-6; pièce 24 dem; p.-v. du 2.9.2004 p. 5-6).

- f. Né en 1963, l'intimé est marié et père de deux enfants de neuf et onze ans, scolarisés. Son épouse travaille comme assistante en ressources humaines et gagne environ 2'700 fr. par mois (p.-v. du 2.9.2004 p. 5).

EN DROIT

1. L'appel est recevable, ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prévus par la loi (art. 56 al. 1, 59 LJP).

- 2.1. Le demandeur et intimé a dénoncé le caractère abusif de la première résiliation au regard de l'art. 336 al. 1 lit. d CO.

La Cour rappellera en premier lieu que les conditions formelles posées par l'art. 336b CO ont en l'espèce été respectées.

- 2.2. Selon l'art. 336 al. 1 lit. d CO, est abusive la résiliation d'un contrat de travail signifiée parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat. Les prétentions au sens de la norme précitée concernent l'exercice de l'ensemble des droits découlant du contrat de travail, par exemple le paiement du salaire (HUMBERT, Die neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 1991, p. 88; ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail, 1997, p. 202-204). Tombe notamment sous le coup de la disposition, la dénonciation du contrat de travail que signifie l'employeur pour imposer une réduction de la rémunération sans respecter le préavis de congé (ATF 123 III 246 = JdT 1998 I 330 cons. 4/a).

Le fardeau de la preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie qui le reçoit (ATF 123 III précité, cons. 4/b). Comme un des faits déterminants, soit la véritable raison du congé, est de nature psychique, un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance, fondée entre autres sur la chronologie des événements, peut suffire suivant le cas à établir le caractère abusif de la résiliation. La partie ayant dénoncé le contrat doit, de son côté, collaborer à l'administration des preuves et démontrer le réalisme des motifs légitimes qui l'ont amenée, selon son dire, à mettre fin aux rapports de travail (WYLER, Droit du travail, p. 397; ZOISS, op. cit. p. 271-274).

- 2.3. Le Tribunal a considéré que le texte de la première résiliation signifiée le 22 août 2001 ne permettait pas de déterminer s'il avait été demandé au directeur d'abandonner une partie de sa rémunération variable pour l'exercice 2001 (jugement p. 24 if). La réflexion est peut-être exacte, mais il n'y avait pas lieu de s'interroger sur ce point. Dans son écriture de réponse, la défenderesse avait en effet expressément admis avoir invité le demandeur à limiter la composante

variable du salaire déjà pour 2001 et s'être heurtée à un refus (cons. E/a et les réf.).

L'employeur a ainsi tenté d'imposer à son collaborateur, en juin 2002, de renoncer à une partie de sa rétribution avec effet rétroactif. Le libellé de la lettre de résiliation fait par ailleurs clairement ressortir que l'appelante entendait sanctionner son directeur à raison du refus opposé à la proposition, de sorte que l'art. 336 al. 1 lit. d CO trouve application dans le cas d'espèce.

Les questions relatives à la détermination de l'indemnité due, de ce chef seront examinées ultérieurement (cons. 4).

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

De nature exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance constituant le fondement du rapport de travail (ATF 124 III 24 cons. 3/c). Seul un manquement particulièrement grave justifie un licenciement immédiat; si la faute est moins lourde, elle peut seulement entraîner une résiliation immédiate dans l'hypothèse d'une réitération malgré un avertissement (ATF 121 III 467 cons. 4/d et les réf.).

Le juge apprécie librement s'il existe un juste motif. Il doit prendre en considération tous les éléments du cas particulier, ainsi la position et la responsabilité de l'employé, le type et la durée des rapports contractuels, de même que la nature et l'importance des manquements (WYLER, op. cit, p. 365 et les réf.). Dans ce contexte, l'obligation de fidélité consacrée à l'art. 321a CO vaut de manière accrue pour les cadres (WYLER p. 76; STAEHELIN, op. cit, n. 22 ad art. 337 CO).

Conformément à l'art. 8 CC, la preuve d'un juste motif incombe enfin à la partie qui dénonce le contrat (STAEHELIN, op. cit, n. 42 ad art. 337 CO).

- 3.2. Le Tribunal a retenu qu'un doute subsistait quant à la question de savoir si le demandeur pouvait utiliser une carte à essence et que les dépositions recueillies sur le sujet durant les enquêtes demeuraient contradictoires (jugement p. 17). On ne peut en définitive guère tirer d'enseignement du témoignage de A_____, puisque ce dernier a uniquement occupé le poste de directeur jusqu'au rachat de l'entreprise par Z_____.

La teneur du contrat de travail signé le 28 décembre 1993 se révèle en revanche

nettement plus instructive, puisque l'intimé s'est vu reconnaître le droit au remboursement de tous ses frais extraordinaires exposés par exemple à raison de voyages, en sus des mensualités de 500 fr. qui lui étaient versées pour ses frais de représentation. Or, depuis 1994, le demandeur a utilisé son véhicule privé pour l'ensemble de ses déplacements professionnels, en Suisse et à l'étranger, en parcourant de la sorte environ 27'000 km. Dès lors qu'il ne disposait pas d'un véhicule d'entreprise à cette fin, on peut raisonnablement supposer que l'actionnaire et administrateur défunt lui a laissé le libre usage de la carte d'essence, y compris à des fins privées pour lui-même et son épouse, de manière à compenser l'usure de l'automobile.

De surcroît, comme l'ont relevé les premiers juges, il paraît invraisemblable que l'administrateur de l'appelante, chargé d'enregistrer les écritures comptables sur la base des factures, ne se soit pas aperçu pendant 9 ans de la nature précise des dépenses dérivant de l'emploi de la carte d'essence laissée au directeur.

Rien ne donne donc à penser que, sur ce point, l'employé aurait violé son devoir de fidélité.

- 3.3. Les griefs formulés par l'employeur se rapportant à des dépassements de contingents sur des importations de primeurs se révèlent également infondés.

Selon les pièces produites et pour la période 1998 à 2001, l'appelante a certes dû s'acquitter de surtaxes arrêtés globalement à 72'197 fr. (23'770 fr. 05 + 48'426 fr. 95). Les circonstances ayant justifié la perception de ces droits n'ont toutefois pas été déterminées de manière complète et détaillée. Le rapport établi le 2 septembre 2002 par C_____ (pièce 27 déf.) ne fournit que des informations fragmentaires, insuffisantes pour retenir que le directeur aurait violé ses devoirs de diligence et de fidélité consacrés par l'art. 321a CO. On rappellera aussi que l'Office fédéral de l'agriculture a attendu l'été 2002 pour exiger des surtaxes afférentes à l'année 1998, sans que l'on connaisse les raisons d'un tel retard. Enfin, aussi bien ce témoin que des professionnels actifs dans le domaine de l'importation de primeurs ont évoqué les difficultés liées à l'application de la réglementation régissant la matière, ainsi que la perception fréquente de surtaxes même pour des montants importants, alors que dans le cas de l'appelante, elles n'ont représenté en moyenne que le 0,3% de son chiffre d'affaires (mém. du 18.5.2004 p. 22).

L'appelante a encore reproché à sa partie adverse de lui avoir dissimulé la situation réelle relative au problème des surtaxes au printemps 2002, en rassurant l'un de ses administrateurs sur le fait qu'aucun montant n'était dû ou n'avait été réclamé. Le directeur aurait aussi fait preuve de négligence dans le classement de la documentation concernant les importations de primeurs. Les allégués de l'employeur sur ces questions n'ont toutefois pas été établis, alors que des témoignages avaient pourtant été annoncés (acte d'appel p. 23-24, 26-27).

On sait seulement qu'à une occasion, en septembre 2002, l'intimé a jeté dans une corbeille à papier un avis de l'Office fédéral de l'agriculture réclamant des surtaxes pour l'année 1998. A l'époque, le contrat de travail avait toutefois déjà été dénoncé avec préavis par l'employeur et l'employé était atteint dans sa santé. L'incident isolé n'autorisait donc en aucun cas un licenciement immédiat.

4. La première résiliation signifiée le 22 août 2002 pour un motif abusif donne droit à l'allocation d'une indemnité en application de l'art. 336a CO. La quotité de celle-ci doit néanmoins être tempérée, pour tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce. Confronté à des résultats d'exploitation défavorables, l'appelante avait seulement demandé à l'intimé de renoncer à la part variable de sa rémunération au-delà de 50'000 fr. par an. En sa qualité de directeur, l'employé était d'autre part étroitement impliqué dans la gestion de l'entreprise.

L'employeur a ensuite choisi de licencier le demandeur avec effet immédiat, mais sans que les conditions posées par l'art. 337 CO ne soient réalisées. Une seconde indemnité de six mois de salaire au plus pourrait être réclamée de ce chef. Comme l'a relevé le Tribunal, l'employeur a de la sorte cherché à se libérer du paiement du salaire durant le délai de préavis. Soudainement privé des ressources nécessaires à l'entretien de sa famille, l'intimé a été victime d'une profonde dépression. Il a depuis retrouvé un emploi, mais dans un autre secteur économique que celui où il s'était spécialisé.

Au regard de tous les éléments rappelés ci-dessus, l'octroi d'une indemnité globale égale à quatre mois de salaire pour les deux résiliations ne peut qu'être confirmé.

- 5.1. Hormis une question de détail, l'employeur ne critique pas les calculs du salaire restant dû en application de l'art. 337 al. 1-2 CO, selon la motivation du jugement (p. 21-23).

Dans son écriture de réponse, l'intimé n'a pas contesté l'allégation de l'appelante suivant laquelle il avait pris 30 jours de vacances en 2001 (pièce 53 déf; acte d'appel p. 44). L'employeur ne peut cependant exiger le remboursement de vacances prises en trop lorsqu'il résilie lui-même le contrat de travail, qui plus est en contrevenant aux art. 336 al. 1 lit. d et 337 CO (AUBERT, Le droit aux vacances, Journée 1990 de droit du travail, p. 134-135; WYLER p. 269). Le total de 95'266 fr. 90 arrêté par le Tribunal doit donc être uniquement réduit de 3'734 fr. 40 correspondant au montant alloué en application de l'art. 329d CO, ce qui laisse un solde de 91'532 fr. 50.

- 5.2. L'erreur de plume affectant le dispositif du jugement (cf. cons. F/c et G) sera

par ailleurs corrigée, en ce sens que la condamnation de l'employeur se limite au montant mentionné ci-dessus, comme l'a confirmé le conseil de l'intimé.

- 6.1. Il a déjà été retenu que le directeur ne pouvait être licencié pour l'utilisation de la carte d'essence en sa possession (cons. 3.2), ce qui permet d'écarter les prétentions reconventionnelles formulée par l'appelante de ce chef.
- 6.2. La réclamation tendant à la couverture du dommage allégué à raison des dépassements de contingents doit également être rejetée. Comme indiqué (cons. 3.3), l'instruction de la cause n'a pas permis de déterminer les circonstances précises ayant conduit au prélèvement des surtaxes dans le cas d'espèce, alors que la perception de tels droits constitue un risque inhérent à l'activité des importateurs de primeurs. Les sommes réclamées par l'administration à l'appelante ne représentent en outre qu'un faible pourcentage de son chiffre d'affaire durant la période considérée, allant de 1998 à 2001. Enfin les services administratifs compétents ont attendu trois ou quatre ans avant de se manifester, de sorte qu'il n'est même pas certain que le directeur ait négligé de communiquer des informations utiles aux administrateurs de l'entreprise, ainsi l'a laissé entendre le Tribunal.
7. L'appelante a choisi de reprendre devant la Cour l'ensemble de son argumentation de première instance. manifestement infondée sous réserve de la question accessoire des vacances. L'intimé a dû exposer des frais d'avocat pour répondre au moyens soulevés et assurer sa défense à l'audience du 2 septembre 2004, durant laquelle les témoins cités sont venus confirmer quelques éléments déjà établis par le dossier.

Conformément à l'art. 76 al. 1 LJP applicable d'office , une condamnation aux dépens de deuxième instance se justifie donc pour sanctionner le caractère essentiellement téméraire de l'appel. La cour renoncera en revanche au prononcé d'une amende.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel du jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes dans la présente cause.

Au fond :

Annule ce jugement et, statuant à nouveau :

Condamne E_____ à payer à T_____ les sommes suivantes, plus intérêts au taux de 5% l'an dès le 24 septembre 2002 :

- 91'532 fr. 50 brut,

- 56'000 fr. net.

Condamne E_____ à payer à T_____ 10'000 fr. à titre de dépens d'appel, constituant une participation aux honoraires de son avocat.

Laisse à E_____ la charge de l'émolument d'appel déjà versé.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président