



T _____

_____ Genève

E _____ SA
Dom. élu: Me Gregory CONNOR
Rue du Rhône 100
Case postale 3086
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 9 juillet 2008

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Liano FONTI et Franco MAURI, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Raymond FONTAINE, juges salariés

Mme Laure DEPPIERRAZ, greffière d'audience

EN FAIT

A. a. E_____ SA (ci-après E_____) est une société anonyme dont le siège est à Genève et dont les buts sociaux sont les services financiers et la gestion de fortune.

b. T_____ a été engagé par E_____ le 1^{er} novembre 2000 avec pour tâche principale la gestion de portefeuilles ainsi que le marketing client. Sa rémunération a été fixée au montant mensuel de base de fr. 2'500.-, versé douze fois l'an, plus les conditions mentionnées en annexe à son contrat en tant qu'associé.

Les rapports de travail ont pris fin le 30 septembre 2005.

c. Il ressort d'une convention de cession d'actions de E_____, conclue le 3 octobre 2005 entre T_____ et A_____, que ce dernier a acquis toutes les actions de T_____ pour le montant de fr. 1.- et que la société n'avait, à cette date, aucun engagement hors bilan, autres que deux leasings véhicules.

d. Par lettre du 12 septembre 2006, T_____ a exigé de E_____ les salaires impayés pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2005, date à laquelle les rapports de travail avaient pris fin d'un commun accord, soit la somme de fr. 22'500.-.

Il a fait valoir qu'en raison de la mauvaise situation temporaire de la société, il avait accepté, depuis le début de l'année 2005, que le paiement de son salaire soit différé. Ce sursis ne pouvait en aucun cas être interprété comme une renonciation définitive à son salaire pour l'activité relevant de son contrat de travail.

e. Par lettre du 17 octobre 2006, E_____ a intégralement contesté ces prétentions financières au motif que les administrateurs avaient convenu, non pas de différer le paiement du salaire durant l'année 2005, mais d'y renoncer, en raison de la situation financière obérée de la société.

Au surplus, il résultait des relevés des dépenses privées effectuées de 2003 à 2005 par T_____ au moyen de la carte de crédit de la société que le montant de ses dépenses excédait, rien que pour l'année 2005, sa prétendue créance. En tant que

de besoin, E_____ excipait de compensation dès lors que l'employé lui devait des montants plus élevés que ceux réclamés.

B. a. Par demande du 28 novembre 2006, T_____ a assigné E_____ en paiement de la somme de fr. 22'500.-, avec intérêts à 5 % dès le 15 mai 2005, à titre de salaire impayés de janvier à septembre 2005.

b. Par mémoire de réponse et demande reconventionnelle, E_____ a contesté intégralement les conclusions de T_____. Reconventionnellement, elle a conclu principalement à ce que celui-ci soit condamné à lui payer la somme de fr. 45'678.70 avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} octobre 2005, subsidiairement à ce qu'il soit ordonné la compensation entre sa condamnation et le montant susmentionné.

A titre préliminaire, E_____ a exposé que, jusqu'au mois d'octobre 2005, T_____ détenait, à l'instar de B_____ et C_____, trente-deux actions de son capital-actions, les quatre autres actions sur les cent émises par la société appartenant à D_____ et F_____. Le 3 octobre 2005, T_____ et C_____ avaient tous deux vendu leurs actions à A_____ pour la somme de fr. 1.-. B_____ était à ce jour le seul administrateur de E_____ où il œuvrait pour redresser les comptes.

Elle a ensuite indiqué que, dans le courant de l'année 2005, tous ses actionnaires/administrateurs, dont T_____, avaient décidé à l'unanimité de renoncer chacun à leur salaire au motif que la situation financière de la société, alarmante depuis 2003, était devenue catastrophique en 2005.

S'agissant de la demande reconventionnelle, elle a fait valoir que la situation financière personnelle de T_____ ne s'étant guère améliorée depuis sa faillite personnelle en 1997, celui-ci se trouvait dans l'impossibilité d'obtenir une carte de crédit, et que B_____ avait, pour ce motif, requis de l'organisme American Express une carte de crédit corporate au nom de T_____, délivrée au nom de la société. La déconfiture financière de E_____ et le fait que cette carte de crédit devait être utilisée pour des besoins strictement professionnels n'avait cependant pas empêché ce dernier de l'utiliser, de manière très régulière, pour ses besoins strictement personnels et privés.

En détail, le total des transactions de T_____ s'était élevé à fr. 7'079.50 à fin 2004, montant auquel il convenait d'ajouter la somme de fr. 29'599.20 pour les mois de janvier à juin 2005, date à laquelle B_____ avait pris la décision de couper la carte de crédit de T_____ et de la faire annuler. E_____ a affirmé qu'un examen détaillé de chaque transaction prouvait qu'elles avaient toutes un titre strictement privé; les nombreuses factures de restaurant ne pouvaient ainsi revêtir un caractère professionnel, puisque durant l'année 2005, E_____ n'avait aucune activité de gestion et quasiment aucun portefeuille de client à gérer. A titre d'exemple, T_____ avait procédé le 12 février 2005 à l'achat d'un téléviseur Plasma Sony pour un montant de fr. 4'000.- et il avait dépensé le montant de fr. 3'953.24 pour ses vacances.

E_____ n'ayant pas les liquidités nécessaires pour régler ces dettes, elles avaient été payées par B_____, qui avait avancé les montants au nom et pour le compte de la société. Ces montants, débités du compte personnel du précité, avaient ainsi été portés au passif du compte courant actionnaire de ce dernier dans les livres de E_____, de sorte que c'était bien celle-ci qui était créancière de T_____.

Il convenait encore d'ajouter à ce montant de fr. 36'678.70 la somme de fr. 9'000.- prélevée en espèces par T_____ et C_____ le 20 juillet 2005, sans l'accord de B_____, absent de Genève à cette époque, et utilisée à des fins strictement privées.

E_____ a produit à l'appui de ses allégations le rapport de l'organe de révision de l'exercice 2005 avec un comparatif des exercices 2003 et 2004, duquel il ressort que B_____ avait, au 31 décembre 2005, sous la rubrique «Fonds propres», des créances postposées pour fr. 745'940.20. Elle a aussi produit des relevés de compte de la carte de crédit utilisée par T_____; il en résulte que ce dernier s'en était servi pour acquérir des biens (par exemple un téléviseur Plasma pour un montant de fr. 4'000.-, une montre pour le même montant) et régler divers services (vols d'avion, repas dans des restaurants, vacances) totalisant, entre le 5 décembre 2004 et le 17 juin 2006, la somme de fr. 36'678.80. Une copie d'une quittance du 20 juillet 2005, signée notamment de T_____, attestant du prélèvement sur le compte de la société d'un montant de fr. 9'000.- a également été produite.

c. Le 16 février 2007, T_____ a déposé un bordereau de pièces complémentaires au greffe de la Juridiction des prud'hommes. Ces pièces se composent, d'une part, de trois télécopies à l'en-tête de E_____ adressées par B_____ à American Express ainsi que d'une lettre de celle-ci au précité, courriers qui laissent apparaître des paiements effectués par B_____, à savoir le règlement de factures liées à l'utilisation des cartes de crédit. D'autre part, T_____ a produit divers relevés de compte d'American Express, concernant également B_____, et dont il résulte que le précité a utilisé, à l'instar de T_____ et C_____, sa carte de crédit pour des dépenses privées.

d. A l'audience du 5 mars 2007, T_____ a maintenu les termes de sa demande et a également conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle dans la mesure où il s'agissait d'une affaire privée concernant uniquement les actionnaires entre eux, subsidiairement à son rejet.

T_____ a exposé que le montant du salaire de fr. 2'500.-, calculé avec prudence afin de minimiser les charges de la société, avait été déterminé d'entente entre les actionnaires. Ce salaire devait être en outre complété par des bonus dépendant des résultats de l'entreprise; T_____ n'avait cependant jamais touché de bonus. Il n'y avait que deux employés dans la société, D_____ et lui-même.

T_____ avait renoncé à ses honoraires d'administrateur, mais pas à son salaire. Il n'y avait d'ailleurs pas eu de discussion au sujet d'un paiement différé de son salaire. Il était conscient que l'état de la trésorerie de la société ne permettait pas un paiement immédiat de ce salaire et n'avait donc pas réclamé immédiatement ces neuf mois de salaire, ce d'autant plus que les négociations de cession des actions étaient en cours.

Quant à l'usage des cartes de crédit, T_____ a affirmé qu'il avait été convenu que ces cartes seraient utilisées à titre privé, chacun des bénéficiaires payant mensuellement le solde du relevé de compte. E_____ ne comptabilisait pas ces montants comme charges. A la lecture du bilan, on constatait d'ailleurs que les montants des cartes de crédit corporate ne figuraient nullement dans les créances postposées. Il avait payé ses soldes de relevé de comptes jusqu'au mois de mai

2005, soit jusqu'à ce que sa carte de crédit soit bloquée. Cette «cuisine interne» entre actionnaires avait été réglée entre eux et il contestait devoir quoi que soit à B_____.

e. E_____ a contesté la demande formulée par T_____ et a persisté dans sa demande reconventionnelle.

En premier lieu, elle a expliqué que B_____ injectait régulièrement, à titre privé, des montants dans E_____ dans l'espoir de récupérer ces investissements lorsque la société irait mieux. Ces injections étaient motivées notamment par le souci d'éviter le surendettement de la société. Le paiement des soldes de relevés de comptes des cartes de crédit corporate des actionnaires constituait une avance de salaire; toutefois, ces salaires n'avaient jamais pu être comptabilisés, faute de liquidités.

Elle a ensuite affirmé que d'entente entre les trois actionnaires, suite à une séance tenue en juin 2005, il avait été décidé que chacun d'eux renonçait à ses salaires de 2005. Cette décision, qui avait été prise lors d'une assemblée des actionnaires, en présence de D_____ et du réviseur, n'avait cependant pas été protocolée.

En outre, l'article 2 de la convention de cession d'actions mentionnait deux leasings qui avaient été repris par A_____. De plus, T_____ n'avait jamais demandé de salaires au cours de l'année 2005; ce n'était qu'en 2006 que sa demande était «tombée du ciel». Il n'y avait enfin jamais eu d'extourne de charges sociales pour la simple et bonne raison qu'elles n'avaient pas été payées pour les trois associés, faute de trésorerie.

S'agissant des cartes de crédit corporate, il n'y avait qu'un seul relevé, mais celui-ci détaillait les dépenses de chacun de trois actionnaires. B_____ avait payé le relevé de sa carte sur ses deniers privés. Les relevés de T_____ et de C_____ étaient la plus grande partie du temps également payé par B_____ qui n'avait pas demandé le remboursement de ces montants aux deux intéressés, quand bien même il en avait parlé en 2002, puisqu'il ne les considérait pas comme perdus, conservant l'espoir de les récupérer en temps opportun.

f. Le témoin C_____ a indiqué être actuellement associé avec T_____ dans le cadre de leur nouvelle société, G_____. Ils étaient par ailleurs amis.

Au sein de E_____, B_____ et lui-même géraient la société, faisant du marketing et s'occupant des comptes des clients, tandis que T_____, qui n'était qu'employé comme directeur, faisait le trading et prospectait les clients.

Les trois actionnaires principaux avaient chacun une carte de crédit corporate d'American Express. Ils mettaient chacun de l'argent dans le pot commun pour payer le solde du relevé mensuel; chacun payait ses dépenses. Ces dépenses n'étaient pas comptabilisées dans la comptabilité de la société puisqu'il s'agissait de dépenses privées. Ces dépenses n'étaient pas des bonus, étant donné qu'ils payaient eux-mêmes les soldes mensuels.

Il était créancier de E_____, mais sa créance avait été postposée dans le cadre de la cession des actions. T_____, B_____ et lui-même avaient tous cédé leurs actions le 3 octobre 2005. Il avait signé une convention de cession d'actions. Il était surpris d'apprendre qu'il aurait renoncé à un salaire qu'il n'avait d'ailleurs pas touché et dont le faible montant ne lui permettait de toute façon pas de vivre. Il ne se souvenait pas avoir signé un document par lequel il aurait renoncé à son salaire.

Il était exact que E_____ avait connu des difficultés financières en 2005. Ils avaient traîné pour prendre des mesures d'assainissement, attendant des fonds d'investisseurs russes. Il avait été convenu que lorsque ces fonds seraient versés, le salaire de D_____ serait payé en premier, puis celui de T_____. Les montants reçus n'étaient toutefois pas suffisants pour payer à la fois le salaire de D_____, certaines factures urgentes et le salaire de T_____, de sorte qu'ils avaient demandé à ce dernier de patienter.

Il a conclu en indiquant avoir reçu le 14 novembre 2005 un courrier de La Bâloise qui l'informait qu'il n'était plus assuré dans son fonds de pension depuis le 1^{er} janvier 2005, alors qu'il avait travaillé jusqu'au 30 septembre 2005. Il avait été surpris d'apprendre la même chose de la part de la caisse de compensation AVS.

g. Le témoin F_____ a exposé avoir été administratrice de E_____, à la

demande de T_____, et avoir quitté la société en 2003 du fait que les comptes et la situation générale de la société ne lui inspiraient plus confiance.

En 2003, elle n'avait pas eu connaissance de mouvements de compte afférents aux cartes de crédit. Par contre, en 2005, au moment de la cession des actions, elle avait vu le bilan au 31 décembre 2004 et avait pris conscience qu'un problème existait avec les cartes de crédit. Elle ignorait si les relevés de comptes de cartes de crédit étaient reportés dans la comptabilité de E_____. Par contre, elle avait connaissance des problèmes entre associés au sujet de ces cartes de crédit.

h. Le témoin H_____ a indiqué être associé dans le cadre de la fiduciaire I_____ à A_____. Il avait révisé les comptes des années 2003 à 2005 de E_____.

La société avait de gros problèmes de trésorerie. Les actionnaires avaient donc régulièrement injecté de l'argent dans la société, sous forme de liquidités. En 2003-2004, des salaires avaient probablement dû être comptabilisés, mais non payés. En 2005, la société rencontrait encore plus de difficultés. A titre de mesures d'assainissement, les associés avaient convenu de réduire les frais en attendant de meilleurs jours, du fait que l'art. 725 CO avait été évoqué plusieurs fois dans les rapports de révision. Comme il était hors de question de continuer à rester passif, le témoin avait exercé une certaine pression sur les actionnaires pour qu'ils assainissent E_____. Depuis le 1^{er} janvier 2005, ils avaient ainsi réduit les frais de téléphone et les salaires, sauf celui de la secrétaire, D_____. Le témoin pensait que cette décision était intervenue lorsqu'il avait regardé et analysé les comptes 2004; faute de liquidités, il était illusoire de maintenir des salaires pour les dirigeants. Cette décision avait été prise lors d'une réunion où étaient présents les trois actionnaires principaux et lui-même. Il n'y avait pas eu d'opposition; d'ailleurs, il aurait été suicidaire de s'y opposer au vu de l'état des produits de E_____. A sa connaissance, cette décision n'avait pas fait l'objet d'un protocole et il ignorait si D_____ était présente lors de cette réunion.

S'agissant des cartes de crédit corporate, il en ignorait l'existence. Selon lui, il n'y avait pas d'écriture comptable s'y rapportant.

Il ne se souvenait pas du détail du contenu du compte de B_____, mais confirmait qu'ayant audité les comptes, il s'était assuré que les bons montants figuraient dans les bons comptes. Les cotisations AVS et LPP de chaque année étaient estimées à l'avance, sur la base des chiffres de l'an précédent. Ainsi, il se pouvait que les fr. 7'897.70 de cotisations AVS-AI-APG pour 2005 résultent partiellement d'un chevauchement d'une année à l'autre. Aucun salaire n'était comptabilisé en 2005, hormis celui de D_____.

i. Le témoin D_____ a expliqué être fondée de procuration, avec signature individuelle, de E_____. Elle était toujours employée de la société et son salaire était payé régulièrement.

Elle remplissait les contrats et savait donc que le salaire de T_____ était de fr. 2'500.- par mois. Ce dernier vivait des cartes de crédit. Sa situation financière lui était connue: il avait fait faillite et avait des problèmes d'argent.

Elle avait vu passer certains relevés de cartes de crédit, mais ne s'en occupait pas. Il était arrivé que B_____ lui remette de l'argent pour qu'elle puisse payer le solde mensuel des trois cartes de crédit. Elle ignorait d'où provenait l'argent ainsi remis, si ce n'est qu'il provenait des fonds privés de B_____.

Dans le courant 2005, E_____ et ses associés n'avaient plus aucune activité professionnelle, ainsi que cela ressortait du poste "commissions perçues", lequel passait de fr. 269'270.- en 2003 à fr. 6'819.- en 2005.

Elle avait été engagée par T_____ et recevait ses instructions des trois actionnaires, mais savait ce qu'elle devait faire au secrétariat et en comptabilité. Elle connaissait la situation financière de E_____, faisant les comptes. Il n'y avait pas vraiment de mesures d'assainissement; c'était clair que la société allait devoir fermer. D'autres investisseurs avaient injecté de l'argent, de sorte que E_____ avait survécu. Ils avaient de la nouvelle clientèle.

En 2005, une réunion avait eu lieu lors de laquelle les trois associés avaient renoncé à leurs salaires. Ils étaient d'accord de renoncer définitivement à leurs salaires, sans grande discussion. La société était finie, n'étant plus viable, de sorte

que la renonciation était une évidence. Elle ne se souvenait pas de la date de cette réunion; c'était à la fin du printemps. Habituellement, les séances des actionnaires, présidées par B_____, faisaient l'objet d'un PV; la séance précitée n'avait cependant pas fait l'objet d'un PV.

j. Par lettre du 20 mars 2007, E_____ a produit différentes pièces exposant qu'en 2003 et 2004 les cotisations sociales avaient été payées sur la base du salaire des trois actionnaires/administrateurs/employés (fr. 2'500.- par mois, soit fr. 90'000.- par an) et du salaire de D_____ (fr. 3'000.- par mois, soit fr. 36'000.-). Au début de l'été 2005, les actionnaires/administrateurs/employés avaient décidé de renoncer chacun à leur salaire, de sorte que les cotisations sociales avaient été fixées sur le seul salaire de D_____, soit sur une charge salariale de fr. 36'000.-.

k Il ressort de l'annexe signée par T_____ et B_____, mentionnée à l'article 2 de la convention de cession d'actions qu'aucune dette en salaire n'existe en faveur de T_____ ou en faveur de quiconque. Cette liste fait état de diverses dettes en faveur de Swisscom pour les mois de janvier à juillet 2005 se montant à plus fr. 10'000.-.

E_____ a produit des relevés de cotisations AVS-AI-APG pour les années 2003 à 2005, indiquant une charge de salaires annuelle de fr. 126'000.- en 2003 et 2004 et de fr. 36'000.- en 2005.

E_____ a enfin produit le détail des cotisations LPP de la Bâloise Assurances pour les années 2003 à 2005 qui montre que l'assurance avait fixé, le 5 mars 2005, le montant total des primes pour l'année 2005 à fr. 7'896.30, puis avait réajusté le montant des cotisations et avait ainsi porté le 7 octobre 2005 au crédit de E_____ le montant de fr. 4'781.70, correspondant au remboursement des primes.

l. Par lettre du 5 avril 2007, T_____ s'est déterminé sur le courrier précité et les pièces produites.

Il a maintenu n'avoir jamais renoncé à son salaire d'employé, mais avoir uniquement accepté de différer son paiement en raison du manque de liquidités de la société. Au surplus, une renonciation au salaire ne pouvait être faite que pour le

futur.

- C.** Dans son jugement du 13 novembre 2007, le Tribunal a constaté que E_____ n'avait pas apporté la preuve que T_____ avait renoncé à sa créance de salaire ni qu'il l'aurait fait uniquement pour le futur. Dès lors, le Tribunal a retenu que E_____ devait le montant brut de fr. 22'500.- avec intérêts à 5 % dès le 15 mai 2005 à T_____. Le Tribunal a relevé qu'il n'était pas contesté que les dépenses faites avec la carte corporate était de nature privée et qu'il était établi que l'argent ayant servi à rembourser les dépenses provenait des fonds privés de B_____. Le Tribunal a constaté que ces montants avaient bien été avancés par B_____ au nom et pour le compte de la société, ainsi que cela ressortait des ordres de paiement à l'organisme de crédit, effectué par B_____ pour E_____, ce qui expliquait également sa créance postposée de fr. 746'000.- au 31 décembre 2005. Concernant les fr. 9'000.-, le Tribunal a constaté que le montant avait été prélevé au mois de juillet et qu'à cette époque, E_____ n'avait pratiquement plus d'activité, il ne pouvait l'avoir été que pour des motifs privés. Dès lors, le Tribunal a retenu que T_____ devait la somme de fr. 45'678.70 avec intérêts à 5 % dès le 21 mars 2007 à E_____.
- D. a.** Par acte déposé au greffe de la Juridiction le 17 décembre 2007, T_____ appelle de ce jugement.

L'appelant conclut à la confirmation du jugement concernant sa créance de salaire à hauteur de fr. 22'500.- brut dès le 15 mai 2005 et à la réformation du jugement le condamnant à payer la somme de fr. 45'678.70 avec intérêts à 5 % dès le 21 mars 2007 aux motifs que les dépenses de fr. 36'678.70 concernant les cartes de crédit avaient été faits à titre privé et ne concernaient en rien les rapports employé, employeur. Concernant le retrait de fr. 9'000.- en espèces, T_____ explique que ce montant a dû être comptabilisé et a servi pour des paiements d'urgence style téléphones. Il précise encore que la société, à cette époque, avait pour seule entrée d'argent le produit d'une sous-location payé trimestriellement soit fr. 15'000.- plus participation aux factures de téléphone. Ce montant était réservé en premier lieu

au paiement du salaire de D_____ payée également trimestriellement fr. 9'000.- et le reste servait au paiement des extrêmes urgences.

b. Pour sa part, E_____ a, par acte déposé au greffe de la Juridiction le 6 février 2008, répondu et formé appel incident. E_____ conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il la condamne à payer la somme de 22'500 fr. avec intérêts à 5 % dès le 15 mai 2005 aux motifs que T_____ avait valablement renoncé à son salaire et à la confirmation du jugement pour le surplus. Elle reproche au Tribunal d'avoir violé l'article 8 CC et d'avoir fait une appréciation arbitraire des faits et des preuves.

E. La Cour a procédé à la comparution personnelle des parties le 22 avril 2008.

Lors de cette audience, les parties ont persisté dans leur appel et dans leur appel incident.

B_____ pour E_____ a indiqué que c'était bien lui qui effectuait les paiements à AMERICAN EXPRESS pour T_____ soit avec son argent propre soit avec celui de sa famille dans la mesure où C_____ et T_____ étaient incapables de s'acquitter de leur part. Il ajoutait que c'était lui qui avait demandé ces cartes à AMERICAN EXPRESS puisque ces associés ne pouvaient le faire pour des raisons de faillite personnelles. Il précisait encore que les dépenses effectuées au moyen des cartes de crédit étaient des dépenses personnelles qui ne devaient pas être imputées à la société, élément confirmé par T_____.

Lors de cette même audience, T_____ a indiqué que chacun payait en espèces ce qu'ils devaient après avoir reçu le décompte de la carte de crédit et qu'il se rendait généralement lui-même à la poste pour payer ce qui était dû à AMERICAN EXPRESS. T_____ a ajouté contester le fait que B_____ prenait en charge ses dépenses personnelles faites au moyen de sa carte de crédit.

T_____ précisait encore que la créance figurant dans les comptes 2004 correspondait à de l'argent injecté par lui-même et ses associés, investissement réalisé en partie en espèces, en partie sous forme d'abandon de salaire.

- F. Pour le surplus, l'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel principal est recevable. Il en va de même de l'appel incident (art. 61 al. 1 LJP et 62 al. 1 LJP).

Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants du Code des Obligations (ci-après CO). La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de l'intimée que le lieu habituel de travail de l'appelant se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

Le jugement ayant été rendu en premier ressort, la Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. L'appelant demande la confirmation du jugement concernant son droit au salaire pour les mois de janvier à septembre 2005, soit un montant de fr. 22'500.- avec intérêt à 5 % dès le 21 mars 2007, prétention contestée par l'intimée dans son appel incident.

2.1 L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (322 al. 1 CO).

Selon l'article 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

L'article 322 CO n'est pas mentionné aux articles 361 et 362 CO comportant la liste des dispositions absolument et relativement impératives. Cependant, les articles 361 et 362 CO ne sont pas exhaustifs (ATF 132 III 32).

Le salaire est la prestation principale de l'employeur, l'essence du contrat de travail, le raison pour laquelle le travailleur fournit ses services. Sans salaire, le contrat de travail n'existe pas.

Le droit à la rémunération du salaire de base pour l'activité déjà effectuée revêt un caractère impératif protégé par l'article 341 CO. Un accord entre partie ne permet de réduire la quotité du salaire que dans la mesure où il porte sur une activité qui sera accomplie à l'avenir par le travailleur, pour autant que cet accord soit librement consenti, qu'il corresponde à une volonté concordante des parties et qu'il respecte les autres protections instaurées par la loi. Ce principe est expressément consacré par le Tribunal fédéral qui précise que les accords portant sur la suppression du salaire de base ne valent que pour le futur et ne peuvent se rapporter à des prestations déjà accomplies (WYLER, Droit du travail, p. 264, ATF 4C.426/2005).

Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées; HOHL, Procédure civile, tome I, n. 786 ss). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003; ATF 114 II 289, consid. 2a).

2.2 En l'espèce, le salaire de T_____ se montait à fr. 2'500.- par mois. Ce montant n'est pas contesté par les parties.

L'intimée prétend que l'appelant ainsi que tout les actionnaires, administrateurs, employés avaient renoncé à leur salaire au début de l'été 2005 en raison des difficultés financières que traversait l'intimée.

L'intimée produit à l'appui de sa thèse les relevés de cotisations AVS-AI-APG et LPP pour l'année 2005. Comme l'a retenu le Tribunal des prud'hommes, ces pièces ne sont que le reflet des informations -vraies ou fausses- données par l'employeur aux assurances sociales en question et leur force probante est donc faible.

L'intimée produit également le rapport de l'organe de révision sur les comptes de l'exercice 2005 ainsi que l'annexe (liste des créanciers) signée par l'appelant et B_____, mentionnée à l'article 2 de la convention de cession d'actions, desquels aucune dette de salaire ne ressort en faveur de l'appelant ou en faveur de quiconque. Dans la mesure où l'intimée pensait ne pas devoir le salaire de l'appelant, il n'y avait pas de raison qu'elle en fasse mention dans le bilan. Dès lors ces pièces ne démontrent pas que T_____ avait renoncé à son salaire.

L'intimée n'a pas été en mesure de produire le procès-verbal de la réunion lors de laquelle les associés, administrateurs et employés auraient renoncé à leur salaire.

Les témoins auditionnés défendent également, quant à eux, deux positions diamétralement opposées. C_____ affirme qu'il avait simplement été demandé à T_____ de patienter pour recevoir son salaire, tandis que H_____ et D_____ ont souvenir que l'appelant avait renoncé à son salaire, le second témoin précisant même que cette renonciation était définitive.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de considérer que l'intimée n'a pas apporté la preuve que l'appelant avait valablement renoncé à son salaire pour le futur selon l'article 341 CO. L'appelant bénéficiait de la protection de l'article 341 CO pour le salaire relatif à l'activité déjà exercée, de sorte qu'il ne pouvait valablement y renoncer. Ce dernier a par conséquent droit au montant de fr. 22'500.-.

Le jugement sera dès lors confirmé sur ce point.

3. L'appelant conteste la compétence de la juridiction des prud'hommes concernant les prétentions de l'intimée en paiement de la somme de fr. 45'678.70 avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} octobre 2005, à savoir fr. 36'678.70 pour l'utilisation à titre privé

d'une carte corporative et de fr. 9'000., prélevés en espèces sur le compte de l'intimée. Il conteste par ailleurs devoir ses montants à l'intimée.

3.1 En vertu de l'article 312 CO, le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui rendre autant de même espèce et qualité.

Selon l'article 318 CO, si le contrat de prêt de consommation ne fixe ni terme de restitution ni délai d'avertissement et n'oblige pas l'emprunteur à rendre la chose à première réquisition, l'emprunteur dispose d'un délai de six semaines, dès la première réclamation du prêteur, pour la restituer.

3.2 Lorsque le juge de l'action est incompétent *ratione materiae* pour connaître de la compensation, deux solutions s'offrent à lui :

- soit il sursoit à statuer sur la demande jusqu'à droit jugé sur la créance invoquée en compensation sous la forme d'une action en constatation déposée devant la juridiction compétente *ratione materiae*;
- soit, lorsqu'il existe un rapport de connexité entre les faits fondant la demande et ceux fondant l'objection, le juge compétent pour le rapport de droit prépondérant sera appelé à connaître du litige dans sa globalité (BERTOSSA / GAILLARD/ GUYET/ SCHMIDT, Commentaire de la Loi de procédure civile, n. 9c *ad* art. 98).

3.3 Lorsqu'un débiteur et un créancier sont en même temps créancier et débiteur l'un de l'autre, l'article 120 CO les autorise à compenser leurs dettes avec leurs créances. La loi pose quatre conditions à la compensation (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, pp. 452 ss; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n. 1969 ss) :

- identité juridique et réciprocité des sujets des obligations : débiteur et créancier de la dette compensée doivent être créancier et débiteur de la dette compensante (art. 120 al. 1^{er} CO);
- les prestations dues doivent être de même nature, soit principalement des dettes d'argent (art. 120 al. 1^{er} CO). En revanche, la loi n'exige pas que les

dettes soient du même montant (art. 124 al. 2 CO *a contrario*), qu'elles soient incontestées (art. 120 al. 2 CO), ni qu'elles ne se trouvent dans une relation de connexité (ATF 63 II 133 / JdT 1937 I 566);

- la dette compensée et la dette compensante doivent être exigibles au moment de la compensation (art. 120 al. 1^{er} CO);
- la compensation n'intervient pas de plein droit; le débiteur doit l'invoquer par une manifestation de volonté (art. 124 al. 1^{er} CO).

4. 4.1 En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a admis sa compétence pour connaître de la compensation. En effet, le rapport de connexité entre les faits fondant la requête et ceux fondant l'objection ainsi que le fait que le rapport de droit prépondérant relève du droit du travail a pour effet qu'il devient compétent pour connaître du litige dans son ensemble.

Concernant l'utilisation des cartes corporate, l'appelant et l'intimée ont confirmé qu'il s'agissait de dépenses personnelles qui ne devaient pas être imputées à E_____.

L'actif des bilans comparés au 31 décembre pour les années 2003, 2004 et 2005 ne fait mention d'aucun poste actionnaires débiteurs correspondant aux montants invoqués par l'intimée, soit fr. 36'678.70. L'intimée n'est donc pas créancière de ce montant.

Le témoin, H_____, réviseur des comptes a indiqué ne pas avoir connaissance des cartes de crédit corporate. Selon lui, il n'y avait pas d'écriture comptable s'y rapportant.

De plus, la Cour constate que l'intimée n'a produit aucune cession de créance entre elle et B_____. N'étant pas créancière de cette somme, l'intimée ne peut dès lors faire valoir cette créance contre l'appelant. En conséquence, l'appelant ne doit pas le montant de fr. 36'678.70 à l'intimée.

4.2 Concernant les fr. 9'000.- prélevé le 20 juillet 2005 sur le compte courant de E_____ auprès du Crédit Suisse, T_____ indique que ce prélèvement a dû

servir à payer des factures urgentes et donne en exemple le téléphone. Il ressort de la liste des créanciers de l'intimée du 7 septembre 2005 que Swisscom est créancière de cette dernière pour plus de fr. 10'000.- Il paraît donc peu vraisemblable que l'appelant ait utilisé cet argent à des fins professionnelles comme il le prétend. L'intimée est dès lors créancière de l'appelant pour ce montant.

Dans la mesure où l'intimée a réclamé ce montant pour la première fois dans sa demande reconventionnelle du 6 février 2007, ce montant n'est arrivé à échéance que six semaines plus tard, soit dès le 21 mars 2007.

5. Au vu des conclusions devant la Cour, la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 51 et 74 LTF).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel déposé par T_____ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite à la délibération du 13 novembre 2007 et notifié aux parties le 15 novembre 2007 en la cause n° C/29084/2006.

Au fond :

Annule ce jugement;

Cela fait, et statuant à nouveau

Condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme brute de fr. 22'500.- avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 15 mai 2005;

Condamne T_____ à payer à E_____ SA la somme nette de fr. 9'000.-, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 21 mars 2007;

Autorise la compensation de ces créances, à due concurrence;

Invite la partie qui en à la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président