



Monsieur T _____
Dom. élu : Me HESS Eric
Rue du Mont-de-Sion 8
1206 GENEVE

E _____ SA
Madame A _____
Dom. élu : Me Yann MEYER
rue Marignac 9
1206 GENEVE

**Partie appelante et intimée sur appel
incident**

Partie intimée et appelante incidente

D'une part

D'autre part

ARRET

du lundi 4 octobre 2004

M. Christian MURBACH, président

MM. Jean-Luc SCHEIDEGGER et Thierry ULMANN, juges employeurs

Mmes Heidi BUHLMANN et Geneviève PAGNOD, juges salariées

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

A. a) E _____ SA, société anonyme de droit suisse ayant pour but la fourniture de conseils en gestion, management et placements privés, a pour administratrice unique A _____.

b) Le 29 novembre 2000, les parties ont signé un contrat de travail aux termes duquel T _____ était engagé en qualité d'agent commercial, avec effet au 1^{er} janvier 2001, pour un poste à plein temps.

Le salaire convenu était calculé, durant les 6 premiers mois d'activité, sur une base annuelle de fr. 120'000.--, portée à fr. 130'000.-- le 7^{ème} mois; le droit au vacances s'élevait à 4 semaines par année, le contrat précisant, par ailleurs, que les heures supplémentaires n'étaient pas rémunérées.

c) Par courrier remis le 2 octobre 2001 en main propre à T _____, E _____ SA a déclaré confirmer l'accord relatif à la modification du salaire de l'intéressé, porté dorénavant à fr. 6'800.- brut par mois, à compter du 1^{er} août 2001, plus fr. 500.- net à titre de frais de déplacement. Le courrier précisait qu'en fonction de l'évolution positive des mandats et des affaires réalisés par T _____, une part de commission lui serait octroyée au fur et à mesure. De même, en fonction de l'évolution de la situation, son salaire pourrait être « revalorisé à l'avenir ».

d) Les parties ont signé, le 30 avril 2002, un document intitulé « *Procédure du commissionnement 2002* », qui a la teneur suivante :

« Les commissions se calculent selon l'objectif annuel défini en début de chaque année :

Pour 2002, l'objectif est de 220'000.- / ou environ 18'400.- par mois.

Le salaire brut de base de 7'300.-, couvre le chiffre d'affaires jusqu'à 14'500,- par mois.

Dès que la somme de CHF 14'500.- est atteinte, dépassée, une commission est attribuée selon les pourcentages et la projection annexée.

Les avances sur commissions concernées sont calculées et payées à la fin de chaque mois selon les résultats et les conditions suivantes :

- l'attribution d'une commission concerne la date/le mois, où l'ordre de facturation a été établi et la facture envoyée au client,
- la commission est honorée dès que le client a payé les honoraires facturés,
- en cas de remboursement des honoraires (garantie de 3 mois) le montant remboursé est déduit du calcul des commissions,

- les commissions se calculent sur les honoraires bruts (hors TVA),
- les commissions sont soumises aux charges sociales,
- un décompte est établi toutes les fins de trimestre,
- le solde positif ou négatif est reporté de mois en mois / de trimestre en trimestre jusqu'à la fin de l'année.
- en cas de partage du mandat : pour le candidat = 30 %
pour le client = 70 % ».

Le document susmentionné, comportait, en annexe, un tableau intitulé « *Projection commission* », arrêtant à 30 % le taux de commission pour les honoraires générés entre fr. 14'500.- et fr. 20'000.- par mois, à 35 % pour les honoraires jusqu'à fr. 30'000.- et à 40 % au-delà de ce montant.

e) Par lettre remise en main propre à T _____, E _____ SA a résilié le contrat de travail liant les parties pour son échéance du 30 novembre 2002. Les motifs du licenciement qui étaient invoqués étaient les suivants :

« cette décision est principalement liée à la dégradation du marché. Le manque de conclusion d'affaires régulières de la part des consultants qui font partie de notre équipe. Nous avons essayé à plusieurs reprises durant cette année, d'attirer ton attention sur ton manque d'investissement en ce qui concerne les priorités de ta fonction et le partage d'un développement durable et stable, sans avoir pu remarquer un changement significatif ».

T _____ a été libéré de son obligation de travailler à compter du 21 octobre 2002.

f) En date du 17 mars 2003, T _____ a assigné E _____ SA devant la juridiction des prud'hommes en paiement des montants suivants :

- fr. 8'100.-- à titre de solde de salaire pour les mois d'août à octobre 2001, avec intérêts;
- fr. 16'873.00 à titre de commissions impayées avec intérêts à 5 % l'an dès 1^{er} juin 2002;
- fr. 3'339.10 à titre d'indemnité pour vacances non prises, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2002.

A l'appui de sa demande, T _____ exposait que son activité consistait en la recherche de clients dans tous les secteurs de l'économie, et plus particulièrement la recherche de postes de travail vacants auprès de ceux-ci, ainsi que les entretiens et la sélection des candidats en vue de leur placement. Il avait accepté une réduction de salaire, d'une part parce qu'il craignait que son contrat de travail ne soit résilié, et, d'autre part, parce que le salaire fixe ainsi réduit devait être complété par des commissions. Ses prétentions en paiement de commissions se fondaient sur les honoraires générés par son activité, et ce, dès que le montant mensuel dépassait fr. 14'500.-.

Enfin, sa réclamation du paiement d'une indemnité de vacances était motivée par le fait que son ex-employeur ne pouvait pas exiger qu'il prenne ses vacances, soit un solde convenu de 7,37 jours, durant le délai de congé, et cela même s'il avait été libéré de l'obligation de travailler dès le 21 octobre 2002.

g) Dans son mémoire de réponse la demande, E_____ SA a fait valoir que le salaire initial de son ex-employé avait été fixé au regard des objectifs que celui-ci affirmait pouvoir aisément atteindre, ce qui s'était avéré inexact par la suite. Une réunion qui s'était tenue le 26 septembre 2001 avait eu pour but de faire constater la situation délicate de l'entreprise et d'élaborer les solutions propres à sa survie financière. Les employés actifs de la société avaient, après délai de réflexion tous accepté des sacrifices, y compris l'administratrice A_____.

En outre E_____ SA relevait que le plan de commissionnement 2002 fixait un objectif annuel et non mensuel, contrairement à ce que soutenait son ex-employé, de sorte que les prétentions de ce dernier y relatives devaient être rejetées pour la simple et bonne raison qu'il n'avait pas atteint lesdits objectifs.

Concernant l'indemnité pour les vacances non prises, il était allégué que T_____ n'avait pas établi que les recherches d'emploi engagées après son licenciement l'avaient empêché de prendre un solde de 7,37 jours de vacances, ce d'autant moins qu'il avait été libéré de son obligation de travailler à partir 21 octobre 2002. En tout état, ladite indemnité devait être calculée sur la base du dernier salaire de l'intéressé soit fr. 7'377.85 mensuels, comprenant les commissions dues pour la période y relative.

h) Le Tribunal a procédé à l'audition de trois témoins :

B_____, qui a travaillé pour E_____ SA, de février 2000 à décembre 2001, en tant que secrétaire assistante administrative, a confirmé les affirmations de T_____ quant au retard pris par la société dans le versement des salaires, retard qui était toutefois resté occasionnel en ce qui la concernait mais qui avait été plus conséquent pour son collègue, qui, par ailleurs, s'investissait beaucoup dans son travail.

C_____, employée administrative de E_____ SA de mi-avril à fin août 2002, licenciée pour des motifs économiques, a notamment déclaré que l'administratrice de la société pressait T_____ d'obtenir de meilleurs résultats, alors que celui-ci se plaignait des retards dans le versement de ses salaires ainsi que du non-paiement de ses commissions.

D_____, employée de E_____ SA en qualité d'assistante commerciale, de juin à octobre 2002, a notamment indiqué avoir été engagée sur la base d'un salaire fixe auquel s'ajoutait une commission calculée selon un objectif de CHF 8'000.- par mois, objectif dont le dépassement ne donnait lieu à une commis-

sion que sur la base d'un décompte annuel global, ce qu'elle n'avait, dans un premier temps, pas compris, la confusion à cet égard, n'ayant été levée qu'à l'occasion de nouvelles discussions avec l'administratrice de la société. A ce sujet, le témoin a indiqué supposer, sans pouvoir l'affirmer, que T_____ avait, dans un premier temps, partagé cette méprise.

i) Lors de l'audience du 11 juin 2003 devant le Tribunal des prud'hommes, T_____ a affirmé, sans avoir été démenti par sa partie adverse, se trouver toujours sans travail et avoir fait des recherches d'emploi durant la période de libération de son obligation de travailler, s'étant présenté le 24 octobre 2002 auprès d'une société, ce qu'il pouvait prouver par pièce.

j) Par jugement daté du 11 juin 2003, notifié le 13 octobre 2003, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ SA à payer à T_____ la somme de fr. 2'505.75 brut, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2002, à titre d'indemnité pour vacances non prises, le déboutant de ses autres conclusions, en particulier de celles tendant au versement d'un montant de fr. 16'873.- à titre de commissions impayées.

Dans leur décision querellée, les premiers juges ont débouté T_____ de ses conclusions en paiement de commissions, aux motifs que la clause de commissionnement figurant dans le document intitulé « *Procédure du commissionnement 2002* » énonçait clairement le principe d'un décompte annuel s'agissant du droit au versement de commissions, assorti d'avances en fonction des résultats enregistrés chaque mois, quand bien même ladite clause contenait une contradiction à mesure où il n'existait pas de correspondance entre l'objectif annuel (soit fr. 220'000.-) et le chiffre d'affaires mensuel donnant droit à une avance sur commission, soit fr.14'500.-. Toutefois, l'indication figurant dans cette clause, selon laquelle « le solde positif ou négatif est reporté de mois en mois / de trimestre en trimestre jusqu'à la fin de l'année » ne laissait pas place au doute à cet égard, des détails au sujet de cette disposition ayant, au surplus, fait l'objet d'explications circonstanciées de la part de l'employeur. Dès lors que T_____ avait réalisé, durant les mois de janvier à octobre 2002, un total de fr. 148'113.40 de chiffre d'affaires, il y avait lieu de constater un dépassement de fr. 3'113.40 donnant droit à des commissions (fr. 148'113,40 - 10 x fr. 14'500.), il avait droit, à un montant de fr. 934.- à titre de commissions pour l'année 2002 (30 % de fr. 3'113.40). Dans la mesure où il avait déjà reçu un montant de fr. 2'500.- au total à ce titre, ses prétentions devaient être rejetées.

S'agissant de l'indemnité pour vacances non prises, le Tribunal a considéré que la période durant laquelle T_____ avait été dispensé de travailler, soit du 22 octobre au 30 novembre 2002, était trop courte pour « rechercher un poste de son niveau », si bien qu'il convenait de lui accorder à ce titre d'indemnités pour 7,37 jours de vacances non prises en nature, ce qui, sur la base du salaire effectif fixe, plus commissions, soit un salaire moyen de fr. 3'777.85 par mois (ou fr. 339.20 par jour), correspondait à un montant de fr. 2'505.75 qui lui était dû.

- B. a) Par acte déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 11 novembre 2003, T _____, appelle de ce jugement, sollicitant son annulation dans la mesure où celui-ci limitait la condamnation de E _____ SA à lui payer la somme de fr. 2'505.75. L'appelant conclut au versement d'un montant de fr. 16'873.-, avec intérêts, à titre de commissions.
- b) E _____ SA a conclu au déboutement de T _____ de toutes ses conclusions. Formant appel incident, elle a conclu, principalement, l'annulation du jugement querellé et au déboutement de T _____ de toutes ses conclusions, subsidiairement à ce qu'elle soit condamnée à verser à l'appelant principal la somme de fr. 939.75 brut.
- c) A l'issue de l'audience du 15 juillet 2004, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions. Leurs arguments seront repris dans la mesure utile ci-dessous.

EN DROIT

1. Interjetés dans les formes et délais prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP) les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.
2. 2.1. Dans son appel, qui porte uniquement sur le refus du Tribunal de lui octroyer le montant des commissions réclamé, T _____ soutient qu'il résulte de la « *Procédure du commissionnement 2002* » du 30 avril 2002, que les honoraires générés par son activité donnaient droit à des commissions dès que le montant mensuel de fr. 14'500.- était dépassé. A cet égard, il fait valoir qu'en l'absence de tout lien mathématique entre l'objectif à atteindre pour l'année 2002 (fr. 220'000.-) et le chiffre d'affaires mensuel de fr. 14'500.- dont le dépassement donne droit à une commission, il avait pensé, de bonne foi, à l'instar de tout individu raisonnable, qu'un résultat mensuel supérieur à ces fr. 14'500.- lui donnait légitimement droit à une commission; l'annexe au document litigieux détaillant la quotité de la commission en fonction du chiffre d'affaires mensuel réalisé ne permettait d'ailleurs pas d'autre interprétation que celle d'une commission calculée mensuellement, ce que confirmait, par ailleurs, le témoignage de D _____. De surcroît, il avait déjà reçu une partie de ses commissions en mai / juin 2002 (fr. 2'500.-) de sorte qu'on imaginait mal que ces dernières soient calculées annuellement, car si tel devait être le cas, un résultat annuel en deçà du chiffre y donnant droit aurait conduit E _____ SA à réclamer les soi-disant avances versées en trop, ce dont elle ne s'était souciée que dans ses écritures responsives du 15 avril 2003, soit plus de 6 mois après la fin des rapports de travail.
- 2.2. S'agissant de l'absence de correspondance précitée entre l'objectif annuel de fr. 220'000.- et le chiffre d'affaires mensuel de fr. 14'500.-, E _____ SA indique

que cette différence provient du fait que le travail de T_____ donnait de si mauvais résultats qu'il avait préféré abaisser le seuil mensuel minimal ouvrant droit à une attribution de commission à fr. 14'500.-, l'objectif de rendement de la société étant la réalisation d'un chiffre d'affaires mensuel de fr. 18'400.- environ, correspondant bien à un objectif annuel de fr. 220'000.-.

2.3. Quoi qu'il en soit, il résulte clairement du document litigieux que « dès que la somme de CHF 14'500.- est atteinte, dépassée, une commission est attribuée selon les pourcentages et la projection annexée », que « les avances sur commissions sont calculées et payées à la fin de chaque mois », qu'« un décompte est établi toutes les fin de trimestres » et que « le solde positif ou négatif est reporté de mois en mois / de trimestre en trimestre jusqu'à la fin de l'année ». ¹

Dans ces conditions, il ne fait aucun doute, que les commissions étaient dues sur la base du chiffre d'affaires réalisé annuellement, ce que T_____ s'est du reste vu expliquer par l'administratrice de la société, comme l'a confirmé le témoin D_____, même si, comme cette dernière, il a pu, dans un premier temps, y avoir eu une confusion dans son esprit à ce sujet.

Dès lors que T_____ a réalisé un chiffre d'affaires de fr. 148'113.40 pour l'année 2002, dépassant de fr. 3'113.40 le montant lui donnant droit à une commission, il pouvait prétendre, à ce titre, au versement de 30 % de ce montant, soit fr. 934.-, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges.

3. 3.1. En ce qui concerne le montant de fr. 2'505,75 qu'elle ait été condamnée à payer à son ex employée pour vacances non prises, E_____ SA fait valoir que T_____ n'a pas droit à ce montant, dans la mesure où il n'avait pas recherché d'emploi durant le délai de congé et quand bien même il avait été libéré de son obligation de travailler dès le 21 octobre 2002, de sorte qu'on pouvait exiger de lui qu'il ait pris ses vacances pendant ce laps de temps.

Ce point de vue ne saurait être suivi.

3.2. En effet, si, en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises dans le délai de congé (art. 329d al. 2 CO; ATF 106 II 154 : JT 1980 I 603), ce principe n'est pas absolu, dans la mesure où, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO).

Le Tribunal fédéral a introduit une présomption générale d'impossibilité de bénéficier de vacances pour cause de recherche d'emploi, dans l'hypothèse où le délai de congé ne dépasse pas la durée de 2 ou 3 mois. Lorsque le délai de congé est inférieur à 3 mois, le solde des vacances doit être rémunéré, font exception à la

¹ C'est la Cour qui souligne

situation où le travailleur a trouvé un nouvel emploi, de même que celle où il ne recherche pas de nouvel emploi (Wylér, Droit du travail, 2002, b.255– 256 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées).

En l'occurrence, T_____ s'est vu donner congé le 30 septembre 2002 pour le 30 novembre 2002. Il a été libéré de son obligation de travailler à compter du 21 octobre 2002. Le solde des vacances qu'il devait prendre s'élevait à 7,37 jours ouvrables. Lors de l'audience du 11 juin 2003 devant le Tribunal des prud'hommes, l'appelant a affirmé, sans avoir été démenti par sa partie adverse, se trouver toujours sans travail et avoir fait des recherches d'emploi durant la période de libération de son obligation de travailler, s'étant présenté le 24 octobre 2002 auprès d'une société, ce qu'il pouvait prouver par pièce.

Certes, T_____ n'a pas fourni le document indiqué et E_____ SA a contesté ultérieurement que l'intéressé ait procédé à de telles recherches. Toutefois, il n'y a aucune raison sérieuse de douter de la véracité des affirmations de T_____ à cet égard, dans la mesure où il est dans l'ordre naturel des choses que l'employé faisant l'objet d'une mesure de licenciement cherche à retrouver au plus vite un emploi. En outre, les quelque cinq semaines dont T_____ a disposé du 22 octobre au 30 novembre 2002 étaient trop courtes pour, à la fois rechercher un emploi, organiser et prendre les 7,37 jours ouvrables de vacances auxquelles il avait droit.

Dans ces conditions, la décision des premiers juges doit être confirmée et l'appel incident rejeté sur ce point.

4. Conformément à la demande de E_____ SA, le montant de fr. 2'505.75 qu'elle doit payer à son ex-employé à titre d'indemnité et de vacances non prises, peut être compensé (art. 120 CO) avec le montant de fr. 1'566.-, soit la différence entre les fr. 2'500.- versés par l'appelante incidente à titre d'avance sur commissions à son ex-employé et les fr. 934,- effectivement dus à cet égard, de sorte que T_____ ne peut prétendre en définitive recevoir qu'une somme de fr. 939.75 (fr. 2'505.75 – fr. 1'566.-).
5. Par souci de clarté et de simplification, le jugement entrepris sera, dès lors, entièrement annulé et E_____ SA condamnée à verser à son ex-employé la somme de fr. 939.75 brut.
6. La présente cause, dont la valeur litigieuse est inférieure à fr. 30'000.--, n'est pas soumise à émolument d'appel (art. 60 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par T _____ et E _____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes du 11 juin 2003, notifié le 13 octobre 2003, dans la cause C/3059/2003-5.

Au fond :

Statuant sur appel principal et appel incident,

annule le jugement susmentionné.

Et statuant à nouveau,

- condamne E _____ SA à payer à T _____ la somme de fr. 939.75 brut, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2002;
- invite la partie qui en a la charge à opérer sur le montant brut susmentionné les déductions sociales et légales usuelles.
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président