

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6077/2017-1

CAPH/89/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 22 MAI 2019

Entre

A_____ **SA**, domiciliée _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 27 juin 2018 (JTPH/174/2018), comparant par M^e Pierre FAUCONNET, avocat, Avenue Léon-Gaud 5, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, France, intimé, comparant par M^e Alexandre FAVRE, avocat, Briner & Brunisholz, Cours des Bastions 5, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 mai 2019.

EN FAIT

A. Par jugement du 27 juin 2018, le Tribunal des prud'hommes a statué sur les prétentions de B_____ qui réclamait à son ancien employeur A_____ SA les sommes de :

- (i) 4'280 fr. au titre de rémunération complémentaire au motif que le chiffre d'affaires de l'entreprise avait atteint le seuil convenu pour donner droit à un intéressement ;
- (ii) 4'373.60 fr. au titre de solde de commissions compte tenu des ventes réalisées pendant l'année 2016 par l'employé lui donnant droit à un commissionnement de 4% ;
- (iii) 15'540.80 fr. au titre d'indemnité pour les jours de vacances non pris en nature jusqu'à la fin des rapports de service ;
- (iv) 11'000 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement abusif au motif que le congé aurait été donné en raison de son âge ;
- (v) 33'000 fr. nets à titre d'indemnité pour tort moral au motif qu'il aurait subi des actes de mobbing par un comportement violent de son employeur à son endroit.

Dans sa décision, après avoir rappelé que les relations de travail étaient régies par la Convention collective de travail romande du secondaire (CCT-SOR), dans ses versions successives de 2004, 2007 et 2011 dont le champ d'application a été étendu, le Tribunal des prud'hommes a partiellement fait droit aux prétentions de B_____. La juridiction a ainsi :

- (i) alloué à l'employé une somme brute de 3'593.50 fr., avec suite d'intérêts, correspondant à l'intéressement convenu entre les parties (150 fr. mensuels nets à compter du 1^{er} janvier 2015) en retenant que le chiffre d'affaires de l'entreprise avait dépassé le seuil de 680'000 fr. en 2015 ;
- (ii) rejeté la prétention en paiement des commissions considérant qu'il résultait des fiches de salaire de l'employé, notamment celle établie en décembre 2016, le paiement de commissions à hauteur de 6'196.60 fr. sur le chiffre d'affaires 2016 ;
- (iii) alloué à l'employé une somme brute de 10'138.37 fr. correspondant à 27.6 jours de vacances non prises considérant que l'employeur ne pouvait exiger de son employé qu'il prît ce solde de vacances pendant le délai de préavis, étant précisé que l'employé était libéré de toute activité pendant le délai de congé ;
- (iv) rejeté la prétention en indemnité pour licenciement abusif considérant que la fin des rapports de travail trouvait sa source dans la mésentente entre l'employé et la représentante de la société employeuse et que la dégradation des relations avait ainsi conduit A_____ SA à mettre fin à la relation de travail ;

(v) débouté B_____ de sa réclamation tendant au paiement d'une indemnité pour tort moral au motif que les griefs de mobbing de la part de l'employeuse à son encontre n'avaient pas été établis.

B. A l'encontre de ce jugement notifié le 27 juin 2018, A_____ SA interjette appel par acte du 28 août 2018.

Dans son appel, elle conteste sa condamnation au paiement de la somme de 3'593.50 fr. au titre de complément de salaire au motif que le chiffre d'affaires aurait dépassé le seuil convenu de 680'000 fr. pour l'exercice 2015. L'appelante soutient que, si l'ancienne fiduciaire chargée d'établir les états financiers de l'entreprise avait communiqué à l'organe de révision, dans un projet d'états financiers 2015, un chiffre d'affaires d'un montant de 696'168,75 fr., ce chiffre d'affaires avait été corrigé par la nouvelle fiduciaire appelée à établir les comptes conformément au nouveau droit comptable (entré en vigueur en 2015) qui ont donné lieu à un rapport de l'organe de révision arrêtant le chiffre d'affaires pour l'année 2015 à 656'068,75 fr., fermant ainsi le droit à une rémunération complémentaire.

En outre, s'agissant de sa condamnation en paiement de jours de vacances non pris, l'appelante conteste la comptabilisation des jours de vacances pendant la période de préavis, prolongé en raison d'incapacité de travail, et considère que le solde de vacances non pris devrait ainsi s'élever à 17,20 jours au 31 mai 2016, date de la résiliation des rapports de travail et non à 27,6 jours prenant en compte les jours de vacances jusqu'à l'échéance du délai de congé intervenu, pour raison d'incapacité, le 31 octobre 2016. L'appelante considère que B_____ pouvait prendre ce solde de vacances pendant le délai de congé au motif qu'il n'était pas à la recherche d'un emploi puisqu'il avait monté sa propre entreprise au sortir de son activité chez A_____ SA; de plus l'appelante relève qu'en l'absence de toute information sur la nature de l'incapacité qui a frappé B_____, ce dernier n'a pas prouvé qu'il s'était trouvé dans l'incapacité de prendre ses vacances nonobstant l'incapacité de travail qui le frappait.

Dans son appel du 28 août 2018, A_____ SA indique en outre que son employé a fait preuve d'un comportement manipulateur avec l'intention de racheter l'entreprise de son employeur dont il connaissait les difficultés. L'appelante fait également valoir devant la Chambre des prud'hommes des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles, notamment deux rapports du 6 février 2018 et 11 avril 2018 établis par le détective C_____ qui, se faisant passer pour un client, a interrogé B_____ dans le cadre de ses nouvelles activités au sein de D_____ Sàrl qui laissent présager des actes de concurrence.

C. Par mémoire du 28 septembre 2018, B_____ a répondu à l'appel de A_____ SA et a interjeté appel joint à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 27 juin 2018.

Sur l'appel principal, B_____ conclut à l'irrecevabilité des faits et moyens nouveaux invoqués par l'appelante au motif que ces faits, s'ils constituent de « vrais novas », ne sont pas pertinents pour l'issue du litige. Au sujet du complément de salaire généré par

un chiffre déterminé, B_____ soutient que, quel que soit l'articulation du chiffre d'affaires selon le nouveau droit comptable, le seuil de 680'000 fr. était atteint puisque les états financiers finaux de l'année 2015 font certes état d'un chiffre d'affaires de 656'068.75 fr., mais également d'un poste « Variation de stock de travaux en cours » d'un montant de 35'100 fr. qui, selon l'auditeur des comptes, correspond à un chiffre d'affaires. S'agissant du paiement de l'indemnité pour solde de vacances non prises, B_____ conteste l'argumentaire de l'employeuse selon laquelle il aurait été capable de bénéficier de ses vacances durant son incapacité de travail du 1^{er} juin 2016 au 31 août 2016 en dépit de la pathologie qui l'a frappé durant cette période, ainsi que durant la période de préavis ayant échoué le 31 octobre 2016. B_____ considère que son droit aux vacances s'élevait à la fin des rapports de service à 29 jours et non à 27,6 jours comme retenu par le Tribunal et prend des conclusions constitutives d'un appel joint tendant à la condamnation de A_____ SA au paiement d'une somme brute de 15'540.80 fr. au titre de vacances non prises, avec suite d'intérêts.

Dans son appel joint, B_____ conteste le rejet de sa réclamation tendant au paiement de commissions pour l'exercice 2016 et fait grief au Tribunal de n'avoir pas tiré conséquence de l'inaction de l'employeuse liée à la production des livres comptables qui auraient permis de définir la quotité des réclamations dues sur les ventes réalisées. Selon l'appelant, les commissions dues s'élevaient à 10'570.20 fr., et lui avaient été réglées avec son dernier salaire à concurrence de 6'196.60 fr., ainsi que cela ressortait de sa fiche de salaire. C'est donc un solde de 4'373.60 fr. qui restait lui être dû. Enfin, l'appelant, s'il ne forme appel joint sur le rejet de sa réclamation concernant l'indemnité pour licenciement abusif, conclut à la condamnation de A_____ SA à lui verser la somme nette de 33'000 fr. au titre de réparation pour tort moral.

En résumé, B_____ conclut au rejet de l'appel principal déposé par A_____ SA et à la condamnation de A_____ SA de lui verser les sommes brutes de 4'373.60 fr., avec suite d'intérêts, à titre de commissions, de 15'540.80 fr., avec suite d'intérêts, à titre de vacances non prises en nature et la somme nette de 33'000 fr., avec suite d'intérêts, à titre de tort moral.

- D.** A_____ SA a répondu à l'appel joint dans son écriture du 30 octobre 2018. L'appelante relève que le refus de B_____ de communiquer le motif de son incapacité de travail le prive du moyen de prouver que son état de santé, à l'époque concernée, le rendait incapable de bénéficier de ses vacances ; l'appelante relève en outre que les faits nouveaux invoqués dans son écriture d'appel sont recevables au motif qu'ils sont pertinents dans la mesure où ils tendent à démontrer que B_____ n'était pas à la recherche d'un emploi pendant la période de préavis ; en outre, l'appelante conteste tout agissement de mobbing que ce soit pendant la période de travail ou pendant le délai de préavis ; enfin, l'appel joint relatif au paiement d'un solde de commission doit être rejeté au motif que la quotité des commissions avait été contradictoirement arrêtée par la nouvelle fiduciaire de l'employeuse qui avait été communiquée au conseil de B_____ et admis par ce dernier.

E. Dans son écriture de réplique du 22 novembre 2018, B_____ confirme avoir été dans l'incapacité de prendre ses vacances pendant le délai de préavis et avoir subi des harcèlements de son employeur, notamment sur par le refus de remplir des formulaires administratifs postérieurement à la dénonciation des rapports de service. S'agissant de la question litigieuse des commissions, B_____ indique ne pas avoir donné son accord sur le calcul de commissions établi par la nouvelle fiduciaire de son ancienne employeuse.

L'argumentaire des parties développé dans leurs écritures devant la Chambre des prud'hommes sera repris dans la mesure utile.

F. Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants :

a. A_____ SA est une entreprise active dans la marbrerie qui, au décès de son fondateur A_____ SA intervenu en 2004, a été gérée par sa veuve E_____ qui a dû faire face à diverses procédures de redressement au regard des difficultés financières rencontrées par la société.

b. L'entreprise a engagé B_____ en qualité de marbrier à compter du 1^{er} août 2009, pour un salaire brut initial mensuel de 4'800 fr. La relation de service a connu une modification par contrat du 5 juin 2014 au terme duquel B_____ était promu responsable atelier et clientèle. Son salaire annuel net, incluant le 13^{ème} salaire, et déductions faites des charges sociales et de l'impôt à la source, était fixé à 62'400 fr., payable en 12 mensualités et un commissionnement au taux de 4% sur les ventes générées par l'employé lui serait versé après règlement des factures par les clients.

c. En février 2015, B_____ ayant souhaité une augmentation de salaire mensuel de Fr. 300.- nets, les parties ont convenu que la moitié de cette augmentation (150 fr. nets) lui serait versée et qu'une rémunération complémentaire de 150 fr. nets lui serait dévolue, avec effet au 1^{er} janvier 2015, pour autant que le chiffre d'affaires de l'entreprise atteigne un seuil de 680'000 fr. pour l'année 2015.

d. Avant à l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable le 1^{er} janvier 2015, la comptabilité et les états financiers de la société étaient tenus par F_____. Entendue en qualité de témoin, F_____ a indiqué que, à son souvenir, le chiffre d'affaires pour l'année 2015 devait être d'environ 726'000 fr. Ayant, dans le cadre de la tenue de la comptabilité, établi un projet de bilan pour l'exercice 2015, F_____ avait arrêté le chiffre d'affaires de la société à 696'168.75 fr. Chargée d'établir les états financiers définitifs de l'entreprise pour l'année 2015 conformément au nouveau droit comptable, la fiduciaire G_____ Sàrl, remplaçant F_____, a alors arrêté un chiffre d'affaires au montant de 656'068.75 fr. Les états financiers consignent également, au titre de produits, un poste « Variation de stock de travaux en cours » au montant de 35'100 fr., donnant ainsi un poste « Produit de vente de biens et prestations de service » d'un montant total de 691'168.75 fr. Dans le cadre de la révision des comptes, ces états financiers ainsi établis par G_____ Sàrl ont été audités par H_____ SA selon rapport d'audit du 18 novembre 2016. Interrogé en qualité de témoin, I_____, responsable de l'organe de révision H_____ SA, a indiqué que la rubrique « Variation de stock de

travaux en cours » devait bien figurer sous la rubrique des produits et que ce poste correspondait à un chiffre d'affaires.

e. Pour l'année 2015, B_____ avait perçu des commissions pour un montant moyen mensuel de 924.40 fr. Pour l'année 2016, la dernière fiche de salaire de B_____ pour une activité prenant fin le 31 octobre 2016 consignait des commissions dues pour l'année 2016 au montant de 6'196.60 fr.

Après la fin des rapports de service, en décembre 2016, les deux parties, par la voie de leurs conseils, ont interpellé la société G_____ Sàrl sur la problématique des commissions dues donnant lieu à des décomptes de salaire sur le contenu desquels les parties divergeaient. Par courrier du 14 décembre 2016, G_____ Sàrl a indiqué au conseil de l'employeuse avoir recalculé les éléments du salaire dont a bénéficié B_____ pour l'année 2016. Par courrier du 20 décembre 2016, G_____ Sàrl transmettait aux conseils des deux parties, après entretien téléphonique avec ces derniers, divers éléments relatifs au salaire de B_____, y compris un tableau des commissions encaissées du 9 décembre 2015 au 31 octobre 2016. Selon ce décompte, les commissions dues à B_____ pour cette période se sont élevées à 6'196.60 fr. Ce montant a ainsi été indiqué sur la fiche de salaire de B_____ relative au dernier mois d'activité (octobre 2016) et établie le 19 décembre 2016. Compte tenu des montants versés, G_____ Sàrl indiquait que le solde des salaires dus à B_____ s'élevait alors à 3'354.20 fr. A réception de cette communication de G_____ Sàrl, le conseil de B_____ a indiqué au conseil de l'employeuse que les explications de la fiduciaire étaient correctes et que l'employeuse restait ainsi devoir à son client, la somme de 3'354.20 fr. arrêtée par la fiduciaire, montant qu'il l'invitait à régler sans retard.

f. Le 31 mai 2016, A_____ SA mit fin à la relation de travail de B_____ pour le 31 juillet 2016, l'employé étant libéré de toute obligation de travail pendant le préavis et invité à prendre son solde de jours de vacances pendant le délai de congé. Les relations entre les parties étaient tendues, E_____ reprochant à son employé des actes d'insubordination liés à un refus d'accomplir certaines tâches. Les témoins entendus à la procédure ont déclaré que l'ambiance était « moyenne », E_____ faisant des reproches à son employé que ce dernier acceptait difficilement. Dès le départ de B_____, le 31 mai 2016, l'entreprise a engagé un nouveau marbrier en la personne de J_____, neveu par alliance de E_____, avec un salaire mensuel de 5'500 fr., non assorti de commissions.

g. B_____ s'est trouvé en incapacité de travail pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2016, l'échéance du délai de congé ayant alors été prolongé jusqu'au 31 octobre 2016.

h. B_____ s'est opposé au congé par courrier du 16 juin 2016.

i. Par demande déposée, après l'échec de la conciliation, au Tribunal des prud'hommes le 2 mai 2017, B_____ a assigné à A_____ SA, avec suite de frais et de dépens, au paiement des sommes indiquées sous lit. A. ci-dessus. Il a sollicité la production de tous les documents établissant le chiffre d'affaires annuel réalisé pour l'exercice 2015, ainsi

que la documentation propre à déterminer le montant des commissions auquel il avait droit jusqu'à son départ de la société.

j. L'entreprise A_____ SA s'est opposée à la demande, considérant (i) s'être acquittée du paiement des commissions arrêtées par la fiduciaire G_____ le 19 décembre 2016, (ii) ne pas être tenue au paiement du salaire complémentaire dès lors que le chiffre d'affaires était inférieur à 680'000 fr., (iii) pouvoir exiger de l'employé qu'il prenne son solde de vacances pendant le préavis durant lequel il était libéré de toute obligation de travailler, (iv) contester le licenciement abusif au motif que la fin des rapports de travail ne trouvait pas sa source dans l'âge du demandeur mais en raison de mésentente au sein de la société.

k. Lors de leur audition, les parties ont évoqué des discussions entretenues en 2014, aux termes desquelles B_____ et un collègue auraient été susceptibles de reprendre l'entreprise, discussions qui n'ont finalement pas abouti. B_____ a nié tout acte d'insubordination ou de refus de suivre les directives de son employeur et a indiqué que, s'il n'avait pas utilisé la bétonnière de l'entreprise, c'est que cette dernière était difficile à manipuler et que sa demande de modifier la position de l'interrupteur n'avait pas été agréée. E_____ a indiqué avoir licencié B_____ au regard d'une mésentente qui s'installait entre eux et au motif qu'elle souhaitait engager son neveu par alliance à un coût salarial inférieur à celui généré par B_____. Elle a indiqué qu'à l'époque l'entreprise comptait trois personnes et elle n'avait jamais manifesté de courroux ou de mauvaise humeur envers ses subordonnés en dépit de la désinvolture que B_____ pouvait montrer à son endroit. E_____ a déposé une documentation liée aux commissions dues à B_____ pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016, avec l'indication des clients concernés, des montants facturés et du taux de commissionnement appliqué. A teneur de cette pièce, les commissions dues à B_____ pour la période concernée s'élèvent au total à 6'196.60 fr., montant qui avait été contrôlé par la fiduciaire G_____ qui en avait attesté la véracité.

l. Le contentieux entre les parties a pris une dimension pénale avec le dépôt d'une plainte pénale de A_____ SA à l'encontre de B_____ le 2 mai 2018 pour des agissements de concurrence déloyale. Le Ministère public a rendu une ordonnance de non-entrée en matière en date du 24 septembre 2018 qui a été frappée d'un recours en date du 4 octobre 2018, rejeté par la Chambre pénale de recours postérieurement au présent appel.

G. Le Tribunal a entendu plusieurs témoins. La compagne de B_____, K_____, a relevé que B_____ avait été choqué par son licenciement et avait fait une dépression suite à cette mesure qu'il jugeait injuste.

J_____ a indiqué avoir été engagé le 1^{er} juin 2016, avec un salaire mensuel de 5'500 fr. versé 13 fois, sans toutefois percevoir de commissions.

L_____, collègue de B_____, a indiqué avoir quitté la société A_____ SA le 31 octobre 2017 et travailler dorénavant dans l'entreprise de B_____. Le témoin a précisé que, si ses rapports avec E_____ étaient bons, la relation entre E_____ et B_____

était moyenne, étant toutefois précisé qu'il n'avait pas assisté à des reproches qui auraient été formulés par l'employeuse envers son employé, relevant même que E_____ avait fait, à lui-même et à son collègue, des compliments sur la qualité de leur travail. Le témoin a précisé n'avoir jamais entendu E_____ crier à l'endroit de B_____, lui ayant certes adressé quelques griefs sur un nombre trop important de photocopies effectuées par son employé qui, aux dires du témoin, acceptait difficilement les reproches.

F_____ a indiqué s'être occupée des comptes de l'entreprise jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable et précisé que, à son souvenir, le chiffre d'affaires 2015 devait être d'environ 726'000 fr. Cependant, elle n'a pas été en mesure d'expliquer les chiffres audités par l'organe de révision dans le cadre des états financiers définitifs 2015, laissant apparaître un poste « Variation de stock de travaux en cours ». Le témoin a en outre indiqué que les commissions étaient dues lorsque le client avait payé l'intégralité de la facture, mais ne pouvait se prononcer sur la quotité des commissions dues en 2016.

M_____, représentant de l'organe de révision, a confirmé les comptes audités pour l'exercice 2015. Il a précisé que les éléments comptables lui avaient été donnés par F_____ qui avait établi un projet d'états financiers qui avait été contrôlé par la nouvelle fiduciaire chargée de la comptabilité, G_____ SA, au regard du nouveau droit comptable. Ainsi, le chiffre d'affaires pour l'année 2016 avait été arrêté à 656'068.75 fr. et la rubrique « Produits » connaissait un poste « Variation de stock de travaux en cours » au montant de 35'100 fr. qui correspondait à un chiffre d'affaires donnant ainsi un poste « Produits des ventes de biens et de prestations de service » d'un montant total de 691'168.75 fr.

- H.** Le Tribunal s'est prononcé sur les prétentions des parties dans son jugement du 27 juin 2018 dont les deux parties ont fait appel.

EN DROIT

- 1.** Dirigé contre une décision finale dont les dernières conclusions étaient supérieures à Fr. 10'000.- et déposé dans le délai et la forme prévus par la loi, l'appel de A_____ SA est recevable (articles 308 et 311 CPC).

L'appel joint de B_____ est également recevable (article 313 CPC).

- 2.** Dans son appel dirigé contre le jugement du Tribunal, A_____ invoque des faits et moyens de preuve nouveaux qui n'avaient pas été développés devant la première juridiction. Il s'agit d'un courrier de l'organe de révision H_____ SA à la nouvelle fiduciaire G_____ Sàrl du 8 novembre 2016 joignant le projet des comptes 2015 établi par F_____ qui consignait un chiffre d'affaires pour l'exercice concerné 696'168.75 fr.

L'autre moyen de preuve se réfère à deux rapports d'enquête établis par le détective privé C_____, respectivement les 6 février et 11 avril 2018.

Selon l'article 317 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte devant la juridiction d'appel que (i) s'ils sont invoqués ou produits sans retard, (ii) s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

Ces deux conditions sont en l'espèce réalisées. La communication de H_____ SA à G_____ Sàrl, incluant le projet d'états financiers 2015 n'a pas été portée à la connaissance de A_____ SA qui n'était pas destinataire de cette communication. I_____, représentant de l'organe de révision, a rappelé lors de son audition que les chiffres relatifs à l'exercice 2015 lui avaient été directement communiqués par la comptable F_____ et qu'il les avait, lui, transmis à la nouvelle fiduciaire G_____ Sàrl pour ajustement en application du nouveau droit comptable. Ce n'est ainsi qu'après l'audition du témoin I_____ que A_____ SA lui a demandé copie de la communication adressée à G_____ Sàrl, incluant le projet d'états financiers pour l'année 2015 et que cette communication a ainsi été versée à la procédure d'appel. Les conditions de recevabilité au sens de l'article 317 CPC sont ainsi respectées.

Il en va de même pour les rapports du détective privé C_____, si tant est que ces rapports soient utiles à la solution du litige.

3. B_____ réclame, au titre de participation au résultat de l'exploitation de l'entreprise, une somme de 4'280 fr. correspondant à 150 fr. mensuel avec effet au 1^{er} janvier 2015, dès lors que le chiffre d'affaires de l'entreprise a atteint le seuil de 680'000 fr. pour l'année 2015. Le Tribunal lui a alloué une somme brute de 3'593.50 fr. correspondant à la somme nette de 3'300 fr. (22 mois x 150 fr.) augmentée des charges sociales. A_____ SA conteste cette condamnation au motif que les états financiers révisés de l'entreprise pour l'exercice 2015 font ressortir un chiffre d'affaires de 656'068.75 fr., soit inférieur au seuil donnant droit à une participation au résultat. B_____, de son côté, conclut à la confirmation du jugement sur ce poste de sa réclamation.

3.1. La participation au résultat de l'exploitation (calculée sur le chiffre d'affaires ou le bénéfice) a pour objectif d'accroître la motivation du travailleur en établissant un lien direct entre la performance collective de l'entreprise et la rémunération individuelle (article 322a al. 1 CO). L'octroi d'une participation au résultat peut être complémentaire au versement d'un salaire de base, situation visée dans le cas d'espèce. Lorsque les conditions prévues par les parties sont remplies, la participation au résultat est un élément du salaire qui échappe, en tant que tel, au pouvoir discrétionnaire de l'employeur et auquel le travailleur peut prétendre. Contrairement à la provision (article 322b CO), qui se calcule sur les seules affaires conclues par le collaborateur concerné, la participation au résultat se calcule sur le résultat de l'entreprise. En principe, la participation au résultat est calculée sur la base du résultat annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et principes commerciaux généralement reconnu (articles 957 et ss CO). L'article 322a CO n'a pas pour effet d'astreindre à la

tenu d'une comptabilité les entreprises qui n'en n'ont pas l'obligation (article 957 CO). Toutefois, l'employeur doit permettre au travailleur de déterminer l'étendue de son droit à la participation, ce qui implique qu'il s'abstienne de tout comportement contraire aux règles applicables à la tenue d'une comptabilité commerciale même s'il n'est pas formellement soumis à l'obligation de tenir une telle comptabilité. De même, un changement de pratique commerciale, décidé unilatéralement par l'employeur et qui aurait pour effet de réduire le chiffre d'affaires de l'année en cours, ne peut se faire au détriment du travailleur, de sorte que le travailleur doit compenser le manque à gagner qui en résulterait pour ce dernier ou recueillir son accord préalable (CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 125-126 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2014, p. 153).

3.2. Les états financiers pour l'exercice 2015 préparés par F_____, selon la méthode jusque là retenue pour la tenue de tels éléments, ont consigné un chiffre d'affaires de 696'168.75 fr., soit en légère régression par rapport au chiffre d'affaires réalisé pour l'exercice précédent. Ces états financiers ont été transmis à la nouvelle fiduciaire, G_____ Sàrl, chargée de les adapter au nouveau droit comptable entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Dans le cadre de l'établissement définitif des états financiers pour cet exercice, la nouvelle fiduciaire les a articulés de façon différente, en retenant un chiffre d'affaires de 656'068.75 fr. et un poste « Variation de stock de travaux en cours » au montant de 35'100 fr. donnant un poste « Produits de vente des biens et prestations de service » pour un montant total de 691'168.75 fr. Interrogé sur les états financiers qu'il a audités, l'organe de révision, I_____ a indiqué que ce poste « Variation de stock de travaux en cours » constitue un poste correspondant à un chiffre d'affaires. Ainsi, au-delà de l'articulation des états financiers selon le nouveau droit comptable, la Chambre des prud'hommes retiendra, à l'instar du Tribunal, que le chiffre d'affaires pour l'exercice 2015 s'est élevé à 691'168,75 fr., soit un montant supérieur au seuil de Fr. 680'000.- contractuellement convenu. B_____ est ainsi légitimé à recevoir sa participation au résultat de l'entreprise à concurrence de 150 fr. à compter du 1^{er} janvier 2015. Le jugement sera ainsi confirmé sur ce point.

- 4.** Dans son appel joint, B_____ réclame une somme de 4'373.60 fr., avec suite d'intérêts, au titre de solde de commissions qui lui sont dues jusqu'à la fin des rapports de service. Il conteste la décision du Tribunal qui avait rejeté sa réclamation au motif qu'il ressortait des pièces produites que les commissions sur les ventes générées par B_____ lui avaient été réglées. L'appelant A_____ SA conclut à la confirmation du jugement sur ce point.

4.1. Au terme de l'article 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. La provision ou la commission se définit ainsi comme la participation du salarié à la valeur que représentent les affaires qu'il a conclues ou dont il a préparé la conclusion. La provision est calculée par l'application d'un pourcentage à un montant prédéterminé. Ce montant est généralement le prix de l'affaire à la conclusion à laquelle le salarié a contribué.

Si le travailleur n'est pas tenu par le contrat d'établir un relevé de ses provisions, l'employeur lui remet à chaque échéance un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision (art. 322c al. 2 CO). L'employeur fournit au travailleur les renseignements nécessaires à l'établissement du décompte ou à son contrôle (clients, contrats, encaissements). Le cas échéant, un contrôle peut intervenir par le biais d'un expert (article 322c al. 3 CO) désigné d'un commun accord ou par le juge (WYLER/HEINZER, loc. cit. p. 156).

4.2. En l'espèce, le contrat de travail spécifié au commissionnement de l'employé sur les ventes, après règlement complet des factures par les clients, au taux de 4%, ramené à 2% lorsque la responsable de l'entreprise, E_____, intervenait dans la vente. Pour l'année 2015, B_____ a ainsi perçu un commissionnement d'un montant mensuel moyen de 924.40 fr. Pour la période du 1^{er} janvier 2016 au 31 octobre 2016 (fin des rapports de service), le commissionnement a été établi par la fiduciaire sur la base d'une documentation dans laquelle sont listés les clients de l'entreprise qui se sont acquittés de leurs factures à compter du 1^{er} janvier 2016. Sur la base de cette liste, indiquant la date de la commande, la désignation du client, le numéro du client, les arrhes payés, le solde de la facture, la date de paiement, les commissions au taux de 4% dues à B_____ s'élèvent à 5'400.50 fr., celles au taux de 2% dues à l'employé s'élevant à 795.10 fr., soit un total de 6'196.60 fr. pour la période concernée. A la fin de la période de service, les décomptes de salaires en faveur de B_____ ont fait l'objet d'un contrôle de la part de G_____ Sàrl qui a été interpellée par les deux parties sur la problématique des commissions générées par les ventes. Aussi, par courrier du 14 décembre 2016, G_____ Sàrl a indiqué à A_____ SA avoir recalculé les éléments du salaire dont a bénéficié B_____ jusqu'à la fin des rapports de travail. Par courrier du 20 décembre 2016, G_____ Sàrl transmettait ainsi aux deux parties, par la voie de leurs conseils, après entretien téléphonique avec ces derniers, divers éléments relatifs aux salaires de B_____, y compris un tableau des commissions encaissées pour la période du 9 décembre 2015 au 31 octobre 2016 et qui laissait apparaître des commissions à concurrence de 6'196.60 fr. Ce montant, dû au titre de commissions, figurait sur la fiche de salaire de B_____ du 19 décembre 2016 et, compte tenu des montants déjà versés, la fiduciaire indiquait que le solde des salaires dus à B_____ s'élevait ainsi à 3'354.20 fr.

A réception de cette communication de G_____ Sàrl, le conseil de B_____ a indiqué à son contradicteur que les explications de G_____ Sàrl étaient correctes et que l'employeuse restait ainsi devoir à son client la somme de 3'354.20 fr. arrêtée par la fiduciaire, montant qu'il l'invitait à régler sans retard. Ce montant a ainsi été réglé.

4.3. Il ressort de ces explications que l'employeuse a satisfait à son obligation liée aux ventes générées par B_____. Le décompte présenté par l'employeur avec indication du client, de la date de la commande, du paiement des factures et du taux de commissionnement est suffisant pour déterminer les commissions dues à son ancien employé et les dénégations de B_____ sur ce point sont sans substance. En particulier, l'employé ne fait pas mention de commandes qui n'auraient pas été listées ou qui

auraient omises dans la liste établie par l'employeur, situation qu'il aurait pu facilement identifier dès lors qu'il avait initié les transactions. B_____ indique, sans aucune justification et élément de preuve que les commissions qui lui seraient dues se seraient élevées pour l'année en cours à 10'570.20 fr., dont il n'aurait reçu que 6'196.60 fr., réclamant ainsi le solde de 4'373.60 fr. Cela étant, B_____ n'indique pas les éléments lui permettant de retenir cette quotité de commission en identifiant notamment, de façon précise et convaincante, les opérations qui n'auraient pas été prises en compte par son employeur et qui, à ses yeux, auraient généré des commissions. Il n'a pas non plus sollicité le recours à un expert comme la loi le lui permet (article 322c al. 3 CO). L'employeur a satisfait à son obligation de coopération en remettant à la procédure un décompte précis mentionnant toutes les opérations ayant généré des commissions, de telle sorte que c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que les commissions dues à B_____ s'élevaient pour l'année 2016 à 6'196.60 fr., montant que ce dernier avait reçu. Ce point du jugement sera ainsi confirmé.

5. A_____ SA conteste sa condamnation à verser à B_____ la somme de 10'138.35 fr. à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris en nature avec suite d'intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2016. A l'appui de sa contestation, il allègue que la quotité des vacances retenue est erronée et que le décompte des jours de vacances devait s'arrêter au jour du licenciement et non à la fin des rapports de service. En outre, l'appelante considère que l'incapacité de travail qu'a pu subir son ancien employé ne l'empêchait pas de bénéficier des vacances et qu'il n'avait pas été prouvé que la maladie dont il souffrait le rendait incapable de bénéficier de ses vacances. De son côté, dans le cadre de son appel joint, B_____ a conclu à une indemnité pour jours de vacances non pris portant sur 29 jours et non 27,6 comme retenus par les premiers juges et a ainsi conclu au paiement d'une indemnité de 15'540.80 fr. avec suite d'intérêts.

5.1. Selon l'article 329a al. 3 CO, les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète. Le droit aux vacances d'un travailleur licencié de manière ordinaire et libéré de son obligation de travailler pour la durée du délai de congé se calcule par rapport à l'échéance normale du contrat de travail (RJN 2010 p. 282). L'article 329a CO détermine la durée de cette interruption de travail en prenant comme seule référence de calcul celle des rapports de travail. Le calcul du droit aux vacances selon les dispositions de l'article 329a CO se base exclusivement sur la durée de la période de référence et ne tient pas compte des éventuelles absences du travailleur pendant cette période. Le législateur a dès lors prévu à l'article 329b CO la possibilité pour l'employeur de réduire la durée des vacances lorsque les absences cumulées du travailleur pour les années de service dépassent une certaine durée. Ainsi, en cas de résiliation ordinaire, la période de référence se prolonge jusqu'à la fin du délai de congé (CEROTTINI, Le droit aux vacances, Lausanne 2001, p. 93).

5.2. Les rapports de service ayant duré jusqu'au 31 octobre 2016, les vacances doivent être fixées proportionnellement à l'année de service concernée. Il n'y a pas de justification d'arrêter le calcul de jours de vacances au jour du licenciement et cette

manière de procéder, développée par l'appelante A_____ SA, contrevient à l'article 329d al. 3 CO. L'arrêt du Tribunal fédéral cité à l'appui de son argumentaire concerne la problématique de la prise de vacances pendant le délai de préavis et il ne présente aucun secours pour l'appelante concernant le calcul des jours de vacances. Il ressort ainsi du dossier qu'à la fin de l'année 2015, le solde de jours de vacances en faveur de B_____ s'élevait à 19.80. Pour l'année 2016, jusqu'au 31 octobre 2016, l'employé a acquis un droit aux vacances de 20.8 jours (2.8 x 10 mois). Compte tenu d'une période de 13 jours de vacances admise par les parties, le solde de vacances s'élève ainsi à 27.6 jours. Les 29 jours invoqués par l'appelant B_____ dans son appel joint ne repose sur aucun calcul précis et probant.

5.3. Le travailleur qui bénéficie d'un solde positif de vacances à la résiliation des rapports de travail doit en principe les prendre pendant son délai de congé. Selon l'article 329d al. 2 CO, les vacances doivent être prises en nature tant que durent les rapports de travail. En d'autres termes, jusqu'à l'échéance du contrat, elles ne sauraient être remplacées par des prestations en argent. Ce principe doit être nuancé lorsque le collaborateur recherche un nouvel emploi. La prise de vacances peut être incompatible avec la recherche d'un nouveau travail. En conséquence, l'employeur ne saurait imposer la prise de vacances durant le délai de préavis sans prendre en compte cet élément (AUBERT, Commentaire romand, Code des Obligations I, 2^{ème} éd. 2012, n°4 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZLER, loc. cit., p. 389-390).

Pour le travailleur libéré de l'obligation de travailler, le Tribunal fédéral considère qu'il faut examiner le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant. Plus la période de libération de l'obligation de travailler est longue, plus la compensation des vacances durant le délai de congé peut être importante (ATF 128 III 271, 282, 283 = JT 2003 I 606). Au regard de la jurisprudence, il est admissible de compenser 5 jours de vacances durant une période de 20 jours de libération de l'obligation de travailler (TF 30 septembre 2005, 4C.193/2005 consid. 3.2) ; il en va de même de la prise de 15 jours de vacances pour une libération de 3 mois (TF 20 décembre 2005, 4C.215/2005 consid. 6.3). Une compensation partielle des jours de vacances non pris pendant le délai de congé est également possible lorsque la période de libération de travailler est insuffisante.

5.4. L'appelante A_____ SA indique que la pathologie dont a souffert B_____, pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2016, ne l'aurait pas empêché de prendre ses vacances pendant cette période d'incapacité pour cause de maladie, soit pendant une période de 3 mois. La maladie, générant une incapacité de travail, dont a souffert B_____ a été constatée par les certificats médicaux versés à la procédure. Sur demande de l'assurance perte de gains N_____ Assurances, B_____ a été examiné par le Docteur O_____, spécialiste en psychiatrie, afin de se soumettre à une expertise médicale qui a conclu à une reprise de l'activité et à une fin de l'incapacité à compter du 1^{er} septembre.

Par principe, maladie et vacances s'excluent mutuellement. Certes, une incapacité de travailler n'implique pas obligatoirement une incapacité de vacances. Il est déterminant de savoir si la valeur récréative a été mise en cause de manière « à ne plus être

négligée ». La jouissance de vacances existe soit entièrement ou pas du tout, ceci contrairement à l'incapacité de travail qui peut aussi n'avoir lieu que partiellement. La jouissance de vacances ne peut être accordée que si le sens et le but des vacances – et la récupération – sont assurés. En général, on peut supposer que la jouissance de vacances est assurée si la capacité existe partiellement. La durée et l'intensité de l'empêchement fautif de travailler doit être un élément à prendre en considération pour apprécier si le but des vacances, soit la récupération physique ou psychique du travailleur, est réalisé (WYLER/HEINZER, loc. cit., p. 387 ; CEROTTINI, loc. cit., p. 264). Ainsi, une indisposition, une indigestion, une blessure de faible gravité, un coup de soleil, un doigt cassé ne constituent pas des cas d'empêchement de bénéficier des vacances (CEROTTINI, loc. cit., p. 266-267). C'est la durée et l'intensité qui permettent de déterminer si le travailleur est capable ou non de bénéficier de ses vacances. A ce sujet, s'il est généralement admis que l'incapacité de courte durée n'est pas considérée comme un empêchement de bénéficier de vacances, un empêchement de plus longue durée emporte cette présomption. En l'espèce, la pathologie a duré 3 mois attestée par des certificats médicaux et confirmée par l'expertise médicale effectuée à la demande de l'assurance perte de gains. La Chambre des prud'hommes considère ainsi qu'il ne s'agissait pas d'une incapacité passagère mais durable et donc incompatible avec la prise de vacances qui implique une récupération physique et psychique du travailleur. La compagne de B_____ a indiqué que ce dernier souffrait de dépression et les certificats médicaux, sans certes indiquer la nature de la pathologie, ont fait état d'une incapacité de travail totale pour une période de 3 mois, situation qui conduit à admettre que la maladie dont souffrait B_____ n'accommodait pas d'une récupération psychique du travailleur pendant une période de vacances qu'il aurait pu prendre en dépit de son incapacité.

5.5. Il est indiqué que le solde de vacances au bénéfice de l'employé s'élevait à 27.6 jours au regard d'un préavis d'une durée de 2 mois. Le nombre de jours de vacances restant à prendre représentant plus d'un mois, on ne peut raisonnablement exiger de l'employé qu'il prenne ces vacances en nature pendant cette période de préavis, ce d'autant plus que l'employé était à la recherche d'un emploi et qu'il effectuait des recherches administratives qui étaient rendues difficiles par l'incurie de son ancien employeur sur la production des documents demandés, même si ce dernier avait caressé le projet, à sa sortie de l'entreprise appelante, de créer sa propre entreprise, projet qui s'est finalement concrétisé. Le jugement sera donc sur ce point confirmé.

- 6.** Dans le cadre de son appel joint, B_____ conteste que le Tribunal ne lui ait pas alloué une indemnité pour tort moral et conclut à la condamnation de A_____ SA de lui verser une somme de 33'000 fr. avec suite d'intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2016, à titre de tort moral.

6.1. Selon l'article 328a al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. En cas de violation de cette obligation, l'employé peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'article 49 al. 1 CO. Cette norme prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte

le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte ne justifie pas une indemnité (ATF 125 III 170 consid. 3a) ; l'atteinte doit ainsi revêtir une certaine gravité objective et être ressentie par la victime subjectivement comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il paraisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation (arrêt 4A_217/2016 du 19 janvier 2017 consid. 5.1 ; 4A_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 2.2 ; ATF 129 III 715 consid. 4.4 ; 120 II 97 consid. 2a et b). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances justifient une indemnité pour tort moral dans un cas particulier.

En cas de congé abusif, l'indemnité de l'article 336a CO couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié. Le Tribunal fédéral admet toutefois l'application cumulative de l'article 49 CO dans des situations exceptionnelles lorsque l'atteinte portée au droit de la personnalité du travailleur est grave au point qu'une indemnité correspondant à six mois ne suffit pas à la réparer (ATF 135 III 405 consid. 3.1 et les références citées ; arrêt 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.3) ou lorsqu'elle se distingue nettement de l'atteinte à la personnalité résultant déjà du congé abusif (ATF 135 III 405 consid. 3.2 et 3.3 ; arrêt 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012 consid. 2.1).

6.2. Dans le cadre de son appel joint, B_____ ne conteste pas l'argumentation du Tribunal des prud'hommes lui déniait une indemnité pour licenciement abusif et l'appelant n'a pris aucune conclusion d'appel à cet égard. Il fait toutefois valoir une indemnité pour tort moral en invoquant, non seulement le préjudice psychologique subi en relation avec son licenciement, mais également des agissements de harcèlement administratif de son employeur postérieurement au licenciement qui aurait, de façon injustifiée, refusé de lui verser son salaire et ses commissions, ainsi que remplir les documents nécessaires pour obtenir l'allocation chômage. Ce harcèlement, qualifié d'administratif, constitue à ses yeux la violation du devoir de protection de la personnalité du travailleur entraînant une violation de l'article 328 al. 1 CO et justifiant une indemnité pour tort moral.

Ce faisant, l'appelant reproche aux premiers juges de s'être tenus exclusivement au contenu de la relation de travail sans prendre en considération le harcèlement administratif postérieur au licenciement. La Chambre des prud'hommes ne peut suivre cet argumentaire. Certes, la liquidation des rapports de service a traîné puisqu'elle n'est intervenue qu'à fin décembre 2016. La liquidation semble avoir été retardée par les calculs des commissions et d'autres éléments de la situation salariale de B_____, qui semblaient échapper à la compréhension de l'employeuse, et qui ont nécessité l'intervention de la fiduciaire G_____ pour établir les décomptes finaux. L'employeuse ne semble pas avoir agi avec la célérité voulue pour liquider les rapports de service et son retard à communiquer à son ancien employé le formulaire adéquat lui permettant de percevoir les indemnités chômage en France, lieu de son domicile, peut être critiqué, même s'il n'est pas établi que ce retard ait préjudicié l'employé dans les indemnités de chômage qu'il était légitimé à percevoir de la France. Si la Chambre des prud'hommes ne sous-estime pas les désagréments que peuvent causer la perte d'un

emploi, force est d'admettre que B_____ n'a pas démontré des souffrances particulièrement graves qu'il aurait subies de ce chef et que seule une indemnité pour tort moral pourrait réparer. La jurisprudence rappelée ci-dessus se montre stricte sur les conditions d'octroi d'une indemnité de tort moral en application des articles 328 al. 1 CO, couplé avec l'article 49 al. 1 CO, notamment en ce qui concerne la gravité de l'atteinte et la Chambre des prud'hommes ne trouve pas dans le dossier la justification à allouer à l'employé une telle indemnité.

Le jugement sera donc également confirmé sur ce point.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA à l'encontre du jugement JTPH/174/2018 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 27 juin 2018, dans la cause C/6077/2016-1.

Déclare recevable les pièces nouvelles produites par A_____ SA à l'appui de son appel.

Déclare recevable l'appel joint interjeté par B_____ contre ledit jugement.

Au fond

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Guy STANISLAS, président; Monsieur Christian PITTET, juge employeur; Monsieur Roger EMMENEGGER, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000