



POUVOIR JUDICIAIRE

C/6596/2017-5

CAPH/163/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre des prud'hommes****DU LUNDI 7 SEPTEMBRE**

Entre

A_____ SA, sise _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 9 septembre 2019 (JTPH/338/2019) et intimée sur appel joint, comparant par Me Joanna BÜRGISSER, avocate, avenue de Frontenex 5, 1207 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé et appelant sur appel joint, comparant par Me Martine STÜCKELBERG, avocate, rue François-Versonnex 7, 1207 Genève, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

CAISSE DE CHÔMAGE C_____, sise _____, partie intervenante, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 7 septembre 2020.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/338/2019 du 9 septembre 2019, notifié aux parties le lendemain, le Tribunal des prud'hommes, après avoir déclaré recevables la demande formée le 20 octobre 2017 par B_____ contre A_____ SA, ainsi que la demande d'intervention formée le 6 novembre 2017 par la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ (ch. 1 et 2 du dispositif), a condamné A_____ SA à verser à B_____ les sommes suivantes:

- 62'718 fr. bruts plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 à titre de salaire pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2017 (ch. 3);

- 48'921 fr. 25 nets plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016, soit 43'924 fr. 45 à titre d'indemnité pour incapacité de travail pour la période du 9 mars au 31 mai 2017 et 4'996 fr. 80 à titre de part patronale à la prévoyance professionnelle pour les mois de juin à août 2017, sous déduction de la somme nette de 28'487 fr. 65 versée par la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ (ch. 3);

- 121'639 fr. 45 bruts plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016, soit 100'000 fr. à titre d'heures supplémentaires et 21'639 fr. 45 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature (ch. 5);

- 109'530 fr. nets plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016, soit 104'530 fr. à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée et 5'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral (ch. 7).

Le Tribunal des prud'hommes a également condamné A_____ SA à verser à la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ la somme nette de 28'487 fr. 65 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mai 2017 à titre de remboursement d'indemnités de chômage versées de mai à août 2017 (ch. 4) et a invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 6). Enfin, il a condamné A_____ SA à remettre à B_____ un certificat de travail d'une teneur identique à celle indiquée au considérant 14 du jugement (ch. 8) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 9).

Les frais judiciaires, arrêtés à 12'480 fr. (ch. 10) et partiellement compensés avec l'avance de frais de 6'240 fr. versée par B_____, laquelle restait acquise à l'Etat de Genève (ch. 12), ont été répartis à raison de 1/5 à la charge de ce dernier et de 4/5 à la charge de A_____ SA (ch. 11), qui a en conséquence été condamnée à verser 6'240 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 13) et 3'740 fr. à B_____ (ch. 14). Aucun dépens n'a été alloué (ch. 15).

B. a. Par acte déposé le 9 octobre 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA a formé appel contre ce jugement, concluant à son annulation, au déboutement de la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ de ses prétentions et à ce qu'il lui soit donné

acte de ce qu'elle reconnaissait devoir à B_____ la somme brute de 12'430 fr. à titre de vacances non prises en nature sous déduction des charges sociales usuelles et qu'elle consentait à lui délivrer un certificat de travail d'une teneur identique au texte figurant à la page 39 de son mémoire, B_____ devant être condamné aux frais de la procédure de première instance et d'appel.

b. Par mémoire expédié le 18 novembre 2019 au greffe de la Cour de justice, B_____ a répondu à l'appel, concluant à son rejet. Il a par ailleurs formé un appel joint, concluant, après avoir sollicité que les pièces nos 2 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31 bis produites par A_____ SA soient écartées du dossier, à l'annulation des chiffres 3 et 5 du dispositif du jugement attaqué et, cela fait, à la condamnation de A_____ SA à lui verser les sommes suivantes:

- 73'171 fr. bruts plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 à titre de salaire pour les mois de mai à août 2017;

- 41'648 fr. 90 nets plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016, soit 35'819 fr. 30 à titre d'indemnité pour incapacité de travail pour la période du 9 mars au 31 mai 2017 et 5'829 fr. 60 à titre de part patronale à la prévoyance professionnelle pour les mois de mai à août 2017, sous déduction de la somme nette de 28'487 fr. 65 versée par la CAISSE DE CHÔMAGE C_____;

- 326'765 fr. bruts plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 à titre de rétribution d'heures supplémentaires, la condamnation de A_____ SA à lui verser la somme brute de 21'639 fr. 45 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 à titre de vacances non prises en nature devant être confirmée.

Enfin, B_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus et à la condamnation de A_____ SA aux frais de la procédure de première instance et d'appel.

c. La CAISSE DE CHÔMAGE C_____ n'a pas fait usage de son droit de réponse.

d. Le 28 janvier 2020, A_____ SA a répliqué et répondu à l'appel joint, persistant dans ses conclusions.

e. Par courrier du 30 janvier 2020, B_____ a informé la Cour de céans qu'il ne souhaitait pas faire usage de son droit de répliquer, respectivement de dupliquer.

f. Par plis séparés du 3 février 2020, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. a. A_____ SA est une société anonyme dont le siège se situe à Genève. Elle a pour but l'acquisition, la gestion, l'exploitation et le développement de centres de formation linguistique et de communication.

D_____ est le directeur général et l'unique administrateur avec signature individuelle de cette société.

b. Par contrat de travail signé le 24 septembre 2013, B_____, né le _____ 1964, a été engagé par A_____ SA en qualité de directeur des opérations (*Chief Operating Officer*) à un taux d'activité de 100%. Le contrat de travail, d'une durée indéterminée, a pris effet le 1^{er} octobre 2013.

La durée hebdomadaire de travail a été fixée à 40 heures. L'horaire journalier de travail était à définir avec la hiérarchie en fonction des besoins de l'entreprise. Il était prévu que les heures supplémentaires devaient être effectuées avec l'accord préalable de A_____ SA et annoncées dans la semaine suivant leur exécution. Il était en outre précisé qu'elles seraient compensées en temps libre fixé d'entente avec A_____ SA ou exceptionnellement rémunérées à un taux correspondant à 100% du salaire.

Le salaire mensuel brut convenu était composé d'une part fixe, de 11'500 fr., ainsi que d'une part variable consistant en une commission sur le chiffre d'affaires et une prime de fin d'année.

B_____ avait également à disposition une voiture de service - dont l'utilisation privée a été valorisée à 253 fr. 20 par mois - ainsi qu'un téléphone et un ordinateur portables. Le contrat de travail prévoyait que le téléphone devait être utilisé exclusivement à des fins professionnelles, A_____ SA se réservant le droit d'effectuer des contrôles du bon usage de cet appareil.

B_____ avait droit à cinq semaines de vacances par année.

Après la période d'essai, le contrat pouvait être résilié pour la fin d'un mois moyennement un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service et de trois mois ultérieurement.

c. B_____ a perçu un salaire mensuel brut moyen de 17'979 fr. (215'753 fr. : 12 mois) en 2014 et de 19'717 fr. (236'606 fr. : 12 mois) en 2015. En 2016, son salaire mensuel fixe s'est élevé à 11'875 fr., auquel s'ajoutaient les sommes de 625 fr. à titre de frais de représentation forfaitaire et 253 fr. 20 pour l'utilisation privée du véhicule de l'entreprise. Durant cette année, B_____ a reçu en moyenne une rémunération variable de 8'153 fr. 25 par mois (15'916 fr. en janvier + 4'180 fr. en février + 6'787 fr. 20 en mars + 6'811 fr. 30 en avril + 7'167 fr. 90 en mai + 9'429 fr. en juin + 7'365 fr. en juillet + 6'751 fr. en août + 7'203 fr. en septembre + 7'161 fr. en octobre + 6'517 fr. en novembre + 12'551 fr. en décembre).

A_____ SA a admis en première instance que le salaire mensuel brut moyen perçu par B_____ en 2016 s'est élevé au total à 20'028 fr., frais de représentation et avantage en nature pour l'utilisation privée du véhicule de l'entreprise non inclus. Elle a également admis que l'indemnité forfaitaire versée à titre de frais de représentation constituait un salaire déguisé, les frais effectifs de l'intimé faisant l'objet d'un remboursement séparé.

d. A l'époque de l'engagement de B_____, le chiffre d'affaires de A_____ SA était en baisse et ce, depuis quelques années. B_____ avait notamment été engagé pour pouvoir répondre plus adéquatement aux appels d'offre des entreprises.

Entendu en qualité de témoin, le directeur financier de A_____ SA, E_____, a déclaré qu'il ne pensait pas que B_____ avait, à son arrivée, eu un important travail de fond à accomplir. A_____ SA avait des clients réguliers qui demandaient peu de travail de gestion et n'avait pas les procédures internes d'une entreprise multinationale.

e. Par avenant au contrat de travail du 29 janvier 2014, le commissionnement mensuel sur le chiffre d'affaires a été revu à la hausse et les conditions d'octroi d'une prime de fin d'année ont été précisées. Le salaire mensuel brut fixe est demeuré inchangé.

f. B_____ a allégué avoir, dès le mois de janvier 2014, dû effectuer de nombreuses heures supplémentaires en raison d'une importante charge de travail. Selon lui, il travaillait du lundi au vendredi 10 heures par jour ainsi qu'en moyenne 8 heures par week-end et avait en sus effectué de nombreuses heures supplémentaires en lien avec la certification F_____ [label de qualité pour la formation continue], la préparation des réponses aux appels d'offre et, à compter de 2016, des fréquents déplacements en Suisse allemande.

Entendu en qualité de témoin, G_____, prédécesseur de B_____, qui avait travaillé chez A_____ SA de 1995 à 2009, a déclaré n'avoir, durant son emploi, jamais travaillé le week-end et ne pas se souvenir d'avoir dû effectuer des heures supplémentaires. Il était chargé du développement et du suivi de la clientèle mais ne s'occupait pas de la gestion des professeurs.

g. B_____ bénéficiait d'un horaire de travail flexible et était libre d'organiser son temps de travail comme il le souhaitait. A_____ SA n'avait mis en place aucun système permettant d'enregistrer le temps de travail de ses employés.

Plusieurs anciens et actuels employés de A_____ SA ont été entendus en qualité de témoins au sujet des horaires de travail de B_____.

g.a H_____, employée de A_____ SA de février 2015 à juin 2017, a déclaré que B_____ était déjà présent lorsqu'elle arrivait sur son lieu de travail vers 8h-8h30 et était généralement encore présent lorsqu'elle quittait l'entreprise entre 17h et 18h. Il prenait une pause de midi de trente à quarante-cinq minutes. Il lui envoyait régulièrement des messages électroniques vers 23h. Elle estimait qu'il travaillait entre dix et douze heures par jour. Il arrivait également qu'il travaille le week-end.

g.b I_____, employé de A_____ SA en qualité de *key account manager* de septembre 2014 à fin 2016, a déclaré que, selon lui, B_____ travaillait, à tout le moins, de 7h à 18h, soit onze heures par jour. Il était déjà présent lorsqu'il arrivait à son poste de travail vers 7h30-8h et était encore souvent là lorsqu'il quittait l'entreprise vers 18h. Il arrivait également que B_____ lui envoie des messages électroniques tard le soir et le week-end.

g.c J_____, employé chez A_____ SA dans le canton de Vaud depuis août 2014 puis à Genève dès l'été 2016, a déclaré que B_____ était généralement déjà présent lorsqu'il arrivait au travail à 8h30. Il n'était en revanche pas en mesure de dire si B_____ était encore dans l'entreprise lorsqu'il partait à 17h30.

g.d K_____, employée de A_____ SA à L_____ [VD] d'août 2012 à décembre 2013 puis de février 2015 à novembre 2016, a déclaré qu'il était arrivé qu'elle reçoive des messages électroniques provenant de B_____ le dimanche soir. B_____ travaillait beaucoup, y compris le week-end.

g.e M_____, employée chez A_____ SA en qualité de formatrice de 2008 à fin 2017, a déclaré qu'elle ne connaissait pas les horaires de travail de B_____, mais avait pu constater qu'il répondait très rapidement lorsqu'elle lui envoyait des messages électroniques dans la soirée. Il travaillait en outre régulièrement assez tard avec E_____. Selon elle, B_____ travaillait beaucoup.

g.f N_____, employée chez A_____ SA de 2003 à 2017, a également déclaré ne pas connaître les horaires de travail de B_____. Il était déjà présent lorsqu'elle commençait le travail vers 9h-9h30 et était encore là lorsqu'elle partait le soir à 17h. Il arrivait que B_____ envoie des messages électroniques le dimanche. Il lui arrivait également de travailler depuis son domicile.

g.g O_____, employé de A_____ SA en qualité de IT manager de février 2015 à juin 2016, a déclaré que lorsqu'il arrivait à son poste de travail entre 7h30 et 8h, B_____ était parfois présent et il l'était encore lorsqu'il quittait l'entreprise entre 18h30 et 19h. Il avait reçu des messages électroniques de B_____, tôt le matin, tard le soir et le week-end. Il savait que B_____ travaillait depuis chez lui dans la mesure où il avait été amené fréquemment à le dépanner lorsqu'il n'arrivait pas à se connecter depuis son domicile. Selon lui, B_____ travaillait largement plus de dix heures par jour.

g.h P_____, employé de A_____ SA d'octobre 2009 à août 2014, a déclaré que lorsqu'il arrivait au travail à 8h15, B_____ était parfois déjà présent et il était parfois encore dans l'entreprise lorsqu'il partait à 17h30 ou 18h15, avec la précision que B_____, du fait de ses activités, n'était pas systématiquement à Genève.

g.i Q_____, employé chez A_____ SA depuis février 2015 en qualité de directeur financier, a indiqué qu'il ignorait les horaires de travail de B_____ mais savait qu'il travaillait le week-end et le soir depuis chez lui.

g.j R_____, employé pour A_____ SA du 15 janvier 2015 au 31 août 2016, a déclaré que lorsqu'il arrivait au travail à 8h30, B_____ était souvent déjà présent et lorsqu'il repartait à 18h ou 19h également. B_____ travaillait beaucoup, soit neuf à dix heures par jour. Il lui arrivait également de travailler le week-end.

g.k S_____, employée de A_____ SA de mars 2012 à fin avril 2017, a déclaré que B_____ était déjà présent lorsqu'elle arrivait à 9h et était toujours présent lorsqu'elle quittait l'entreprise vers 18h-18h30. Il travaillait également le soir et le week-end.

g.l T_____, employée de A_____ SA de septembre 2012 à juin 2017, a déclaré que si elle ignorait les horaires de travail de B_____, elle savait toutefois qu'il arrivait à 8h et qu'il restait le soir après 17h.

g.m E_____, employé de A_____ SA du 15 novembre 2010 au 31 juillet 2017, a déclaré que B_____ travaillait beaucoup, plus que lui, étant précisé qu'il travaillait déjà plus de quarante heures par semaine. Il ne pensait toutefois pas que le travail de B_____ justifiait autant d'heures travaillées. B_____ était toujours là à 8h. En fin de journée, cela était variable.

h. B_____ était membre du comité de direction de A_____ SA, lequel comprenait également D_____, directeur général, et E_____, directeur financier. Il travaillait sous la supervision de D_____. Il ne disposait pas d'un pouvoir de signature.

Le comité de direction se réunissait tous les lundis matins. Les séances étaient suivies, une semaine sur deux, par une réunion de groupe (*group meeting*) qui avait lieu à 10h.

Les séances du comité de direction avaient été mises en place par B_____ afin de tenir D_____ informé mais également pour permettre la mise en commun des informations respectives (témoignage E_____). Selon E_____, il s'agissait d'une bonne chose.

Deux fois par an, le comité de direction se réunissait en outre quelques jours hors de la société pour discuter notamment de la stratégie de l'entreprise, des comptes et des budgets. Ces mises au vert nécessitaient un travail de préparation d'environ trois heures et à peu près autant pour le débriefing. B_____ effectuait le travail de préparation le week-end (témoignage E_____).

i. Lors d'une séance du comité de direction, B_____ avait proposé de prendre en compte dans les chiffres de vente les ventes qui étaient en phase finale de conclusion (système de pré-validation). Cette proposition avait été acceptée (témoignage E_____). Les pré-validations intervenaient lorsque les clients étaient connus, qu'une relation de confiance existait, que les obstacles avaient été surmontés et que la réalisation de la vente était quasiment certaine (témoignages I_____ et Q_____).

B_____ encourageait les pré-validations à un rythme effréné. Il décidait des contrats qui pouvaient être considérés comme conclus et inclus dans le chiffre des ventes. Ce système de pré-validation avait toutefois entraîné des dérives, soit des informations inexactes sur les chiffres de vente. Cela avait eu pour conséquence notamment de fausser les choix lors de décisions stratégiques et d'investissement. Des corrections importantes avaient dû être effectuées. En 2015 elles étaient de l'ordre de 300'000 fr. et en 2016 de 400'000 fr. (témoignages E_____ et Q_____).

j. A compter du mois de mars 2014, E_____ et B_____ ont préparé des mémorandums hebdomadaires (*weekly management letter*) récapitulant les chiffres et les informations de la semaine écoulée, afin d'améliorer l'efficacité des séances du comité de direction.

Lors de son audition en qualité de témoin, E_____ a déclaré que B_____ travaillait le week-end pour préparer le mémorandum hebdomadaire ainsi que le document de présentation en prévision des *group meetings*. Ces documents étaient établis le week-end car les données financières n'étaient fournies que le vendredi en fin de journée et que B_____ souhaitait que le *group meeting* ait lieu le lundi matin à 10h. D_____ savait que le travail nécessaire à l'établissement du mémorandum hebdomadaire était réalisé le week-end et il avait demandé à plusieurs reprises d'alléger ce document, voire de le produire à un autre moment de la semaine.

E_____ a par ailleurs précisé dans un témoignage écrit du 20 juillet 2017, confirmé lors de son audition, qu'il établissait dans un premier temps, à l'instar de B_____, la partie du mémorandum hebdomadaire qui lui incombait le week-end. Fatigué de devoir travailler le week-end et de discuter des heures de stratégie avec B_____, il s'était organisé pour rédiger ce document le lundi matin entre 7 et 8h. Il consacrait, pour sa part, au maximum une heure de temps à sa rédaction.

N_____, également entendue en qualité de témoin, a déclaré que, selon elle, D_____ savait que B_____ travaillait le week-end pour préparer le mémorandum hebdomadaire ainsi que le *group meeting*, ce qui devait prendre plusieurs heures.

Il ressort de captures d'écran produites par B_____ qu'il a rédigé 34 mémorandums hebdomadaires en 2014, 44 en 2015 et 31 en 2016, dont respectivement 17, 16 et 4 ont été modifiés pour la dernière fois un week-end. Il a en outre établi 18 présentations pour le *group meeting* en 2014, 17 en 2015 et 19 en 2016, dont respectivement 15, 13 et 14 mentionnent comme date de dernière modification un week-end. Enfin, il a rédigé en 2016 7 lettres de vente (*Letter Sales*) pour le comité de direction, dont 5 ont été modifiées pour la dernière fois un week-end.

k. Durant le premier semestre de l'année 2014, U_____, en charge du suivi de la certification F_____, a été licencié. L'exécution de cette tâche a alors été confiée à H_____, qui a été employée par A_____ SA de février 2015 à juin 2017.

Auditionnée en qualité de témoin, H_____ a déclaré que B_____ était son supérieur hiérarchique et était chargé de la supervision ainsi que des corrections. Elle n'aurait pas pu mener à bien le dossier F_____ sans l'aide de B_____, qui était essentielle. Elle avait impérativement besoin de lui pour préparer les points relatifs à la direction, à l'organisation de la société et au système qualité. Entre mai et août 2015, elle avait préparé, notamment avec B_____, le renouvellement de la certification F_____. La part de travail de B_____ était conséquente. Cela avait également été le cas en août 2016, lorsqu'il avait fallu préparer l'audit de contrôle F_____. L'accomplissement de ces tâches avait généré d'importantes heures supplémentaires tant pour elle-même que pour B_____. A titre personnel, elle travaillait à 60% mais avait augmenté son taux d'activité à 80% puis à 100% en raison du travail généré par la certification F_____ et du nombre d'heures supplémentaires accumulées. La charge de travail de B_____ avait augmenté dans une proportion identique. Lorsque la certification F_____ avait été obtenue, fin octobre 2016, son taux de travail était redescendu à 80%. Elle avait, entre les mois d'août et septembre 2015, passé plusieurs soirées, jusqu'à 20h ou 20h30, voire à deux ou trois reprises jusqu'à 22h, à travailler sur le dossier F_____ avec B_____.

Egalement entendu en qualité de témoin, V_____, employé de A_____ SA d'août 2016 à septembre 2017, a déclaré que le travail en lien avec le projet F_____ était important mais pas insurmontable. La partie gérée par B_____, en charge de l'avancement du projet, nécessitait parfois des séances plus longues.

E_____ a déclaré que la certification F_____ était importante pour l'entreprise. B_____ avait pris ce dossier à cœur et avait beaucoup aidé H_____. Il s'agissait d'un travail important.

W_____, employé de A_____ SA depuis août 2015, a déclaré avoir repris la gestion du projet F_____ depuis juin 2017 et que le travail effectué en lien avec ce projet n'avait pas nécessité qu'il effectue des heures supplémentaires.

I. A_____ SA a, durant la période d'engagement de B_____, répondu à différents appels d'offre, soit à celui du X_____ fin mars – début avril 2014, des Y_____ en janvier 2015, de la société Z_____ en mars 2015 et de [l'entreprise] AA_____ en 2016.

Lors de son témoignage, I_____ a déclaré que les réponses aux appels d'offre représentaient une charge de travail importante. Il s'agissait d'un travail occasionnel qui devait être réalisé en plus du travail habituel. B_____ devait en assurer la supervision. Il ne pouvait pas déléguer cette tâche. Chaque réponse à un appel d'offre nécessitait de travailler en soirée. Pour l'appel d'offre des Y_____, une dizaine de séances avait été organisée de 18h à 20h ou 20h30, voire à deux reprises jusqu'à minuit.

N_____ a déclaré que lorsqu'il y avait des projets particuliers ou des appels d'offre, il arrivait à B_____ de travailler très tard. La réponse aux appels d'offre devait être faite en plus des tâches usuelles. Selon elle, il n'était pas possible d'effectuer ce travail supplémentaire en plus de sa charge quotidienne sans avoir à travailler en soirée. S'agissant en particulier de l'appel d'offre AA_____, elle avait travaillé avec B_____ à une reprise jusqu'à 21h ou 22h et d'autres fois entre 17h et 19h.

P_____ a déclaré que l'appel d'offre du X_____ avait représenté un travail important qui avait duré presque six mois et qui devait être réalisé en plus du travail quotidien. A une reprise, en 2014, il avait travaillé, notamment avec B_____, jusqu'à 21 heures. Il était possible que B_____ ait travaillé d'autres soirées sur l'appel d'offre.

AB_____, employée chez A_____ SA de mars à août 2014, a déclaré avoir travaillé avec B_____ sur la réponse à l'appel d'offre du X_____. Entre les mois de juin et juillet 2014, cet appel d'offre, piloté par B_____, avait nécessité que celui-ci travaille à plusieurs reprises jusqu'à tard dans la nuit, soit environ 1 heure du matin. Il s'agissait d'un travail important.

R_____ a déclaré, s'agissant de l'appel d'offre Z_____, qu'il y avait eu au moins trois soirs où B_____, E_____ et lui-même avaient travaillé jusqu'à 22h environ, après avoir "*juste mangé un kebab ou une pizza*". Les réponses aux

appels d'offre se faisaient principalement en dehors des heures de travail, car il n'était pas possible d'effectuer ce travail durant les heures de bureau.

E_____ a confirmé qu'il était arrivé que B_____ travaille tard le soir ainsi que le week-end pour répondre aux appels d'offre. Un soir, il avait participé à une séance dans le cadre d'un appel d'offre dont s'occupait I_____ (appel d'offre Y_____) qui avait débuté à 17h30 et s'était terminée après minuit. Après être allés chercher à manger à l'extérieur, ils avaient alterné distractions et travail. La politique de B_____ était de travailler sur les appel d'offre en dehors des heures de travail ordinaires.

Il ressort de captures d'écran produites par B_____ que des modifications ont été opérées sur des fichiers contenus dans un dossier intitulé "X_____" le 15 avril 2014 à 22h05, le 14 juillet 2014 à 21h46, le 21 août 2014 à 1h23, le 31 octobre 2014 à 5h50, le 5 janvier à 21h27 et le 17 novembre 2015 à 22h. Une modification a en outre été effectuée sur un fichier figurant dans un dossier intitulé "Y_____" le 19 janvier 2015 à 22h38.

m. Par avenant au contrat de travail du 24 avril 2015, B_____ et A_____ SA ont convenu de prolonger le délai de congé à six mois pour la fin d'un mois avec effet au 1^{er} mai 2015. Le même jour, E_____ a signé un avenant identique.

E_____ a déclaré, lors de son audition en qualité de témoin, que la proposition de prolonger le délai de congé à six mois avait été faite par B_____ dans le but d'assurer une plus grande stabilité. D_____ avait fini par l'accepter, et ce même s'il n'y était pas favorable au départ.

En parallèle, A_____ SA a également accepté de conclure un plan de prévoyance professionnelle complémentaire pour B_____ et E_____ aux termes duquel 70% des primes étaient à la charge de l'employeur.

Ainsi, à compter du 1er juillet 2015, B_____ a bénéficié d'une prévoyance professionnelle pour un salaire assuré de 92'200 fr., dont la cotisation annuelle de 20'644 fr. 30 était prise en charge à raison de 70% par l'employeur et de 30% par le travailleur.

n. Au mois de novembre 2015, A_____ SA a acquis des succursales en Suisse alémanique. A la suite de ces acquisitions, B_____ s'est régulièrement rendu dans cette région pour assurer le suivi de la nouvelle équipe, ce qui a entraîné une augmentation de sa charge de travail (témoignage N_____). Durant les trajets, il travaillait dans le train (témoignages H_____, I_____ et N_____).

o. Au mois de janvier 2016, B_____ et E_____ ont perçu une prime de fin d'année de 25'000 fr. pour l'année 2015. Cette prime leur a été versée aux fins de

les encourager et de les remercier du travail accompli. Ce montant ne dépendait pas de la réalisation d'un objectif (témoignage E_____).

p. Le 1^{er} mai 2016, AC_____ a été engagé en qualité de responsable des ressources humaines (*HR Business Partner*).

AC_____ a accompagné B_____ durant tous les entretiens individuels d'évaluation des membres de l'équipe de ce dernier qui se sont déroulés durant l'été 2016.

q. Le 1^{er} août 2016, V_____ a été engagé en qualité de responsable qualité.

r. Par courriel du 27 août 2016, D_____ a fait part de sa décision de modifier l'organigramme de l'entreprise en intégrant AC_____ et V_____ au comité de direction. Il a notamment exposé qu'une "*meilleure répartition des tâches entre nous cinq, permettra de résoudre plus rapidement les problématiques actuelles et à venir et à B_____ et E_____ de rentrer plus tôt chez eux*".

D_____ a admis qu'il savait que B_____ et E_____ partaient régulièrement après lui et que leur charge de travail était "*dense*". Ils étaient toutefois libres d'organiser leur temps de travail et le contrat de travail prévoyait que les heures supplémentaires devaient être annoncées.

s. Le 19 août 2016, AC_____ a, à la demande de B_____, soumis à ce dernier un projet de certificat de travail intermédiaire.

La version définitive de ce certificat a été remise à B_____ le 21 octobre 2016.

Ce document, d'une teneur semblable au projet précédemment soumis, mentionnait notamment ce qui suit:

"B_____ fait preuve d'un sens des responsabilités remarquables dans l'accomplissement de ses différentes tâches, ce qui lui permet d'atteindre les objectifs à notre pleine et entière satisfaction. Pourvu d'excellentes compétences autant dans la vente que dans la pédagogie, il dirige ces deux départements, les coordonnant à bon escient et facilitant la concrétisation des différents projets de l'entreprise [...]. Ce membre de la direction en qui nous déposons un haut degré de confiance est talentueux dans tout ce qu'il entreprend. Doté d'un excellent esprit de synthèse, il est apte à résoudre seul des problèmes complexes [...]. B_____ se fait apprécier pour sa proactivité, son orientation terrain, son intelligence, sa persévérance, son ambition, sa combativité, sa disponibilité ainsi que par un infatigable investissement dans les différents projets".

t. Par courriels des 28 août et 2 septembre 2016, B_____ a transmis à AC_____ le détail des heures supplémentaires qu'il affirmait avoir effectuées entre le 22

août et le 2 septembre 2016, soit 61 heures en deux semaines, dont 43 heures liées à la certification F_____.

Le mémorandum hebdomadaire relatif à la semaine du 22 au 26 août 2016 mentionnait le nombre d'heures supplémentaires réalisées durant cette semaine par B_____, soit 31 heures, ainsi que par les autres membres du comité de direction, soit notamment 10 heures pour E_____ et 22 heures pour AC_____. E_____ a déclaré qu'il ne se souvenait pas que ces chiffres aient provoqué une réaction.

Le 2 septembre 2016, B_____ a adressé un second courriel à D_____ et AC_____ en lien avec la problématique des heures supplémentaires, se plaignant notamment d'une répartition inéquitable des tâches.

u. Au mois de septembre 2016, B_____ est parti 10 jours en vacances.

Durant son absence, D_____ a approché les collaborateurs du département des ventes aux fins d'évaluer son type de management. Il souhaitait savoir si l'équipe était heureuse et fiable (témoignage E_____). Il avait en particulier demandé à N_____ si elle subissait des pressions et comment se passaient ses relations avec B_____. Elle avait alors répondu qu'elle avait beaucoup de travail et qu'elle avait une relation très constructive avec B_____, qui la "*formait beaucoup*" (témoignage N_____).

AC_____ a également intensifié les contacts avec l'équipe de vente dans le but d'obtenir des informations sur le comportement de B_____ et ses pratiques managériales. Il a notamment souhaité savoir si la pression mise par celui-ci n'était pas excessive. Il a en outre demandé à I_____ de se positionner entre l'entreprise et B_____, ce qu'il s'était refusé à faire. I_____ avait eu l'impression que AC_____ s'acharnait sur B_____ (témoignages N_____, I_____ et S_____).

A partir du mois de septembre 2016, les relations entre B_____ et D_____ se sont tendues (témoignage N_____). E_____ n'avait pas constaté que B_____ ait été mis à l'écart mais il était vrai que les comités de direction avaient été suspendus durant une période (témoignage E_____).

Selon le témoin S_____, les employés avaient, à cette époque, le sentiment d'être épiés par AC_____ ainsi que par la collaboratrice de celui-ci, AD_____. Elle avait assisté à une sorte de chasse à l'homme.

v. Le 28 septembre 2016, D_____ a proposé à B_____ la signature d'un nouvel avenant au contrat de travail aux termes duquel le délai de congé ne serait plus de six mois comme convenu par avenant du 24 avril 2015, mais correspondrait au délai de congé prévu par le Code des obligations.

Le 30 septembre 2016, D_____ a soumis à B_____, pour signature, un avenant au contrat de travail formalisant cette modification. D'autres modifications étaient également apportées. Le nombre d'heures de travail hebdomadaire augmentait de 40 à 42 heures et B_____ pouvait être appelé, vu sa fonction, à effectuer des heures supplémentaires dont la rémunération était considérée comme déjà incluse dans le salaire.

Le 21 octobre 2016, les parties ont signé un avenant au contrat de travail, annulant et remplaçant l'avenant du 24 avril 2015, qui prévoyait la réinstauration des délais de congé prévus par le Code des obligations à compter du 1^{er} octobre 2016. D'entente entre les parties, les autres modifications envisagées ont été abandonnées.

Trois jours auparavant, soit le 18 octobre 2016, B_____ avait demandé à AC_____ si son certificat de travail intermédiaire était prêt. Celui-ci lui avait répondu par l'affirmative en lui demandant s'il avait rendu l'avenant au contrat de travail à D_____.

E_____ a déclaré que D_____ avait souhaité réinstaurer les délais de congé légaux afin de disposer de davantage de liberté. B_____ s'y était opposé. Si D_____ avait exprimé le souhait que ce nouvel avenant soit signé rapidement, tant lui-même que B_____ n'avaient pas signé tout de suite. Bien qu'initialement opposé à la modification proposée, il avait finalement donné son accord, estimant que si le projet de D_____ était de se séparer de lui, une opposition de sa part ne l'empêcherait pas de mettre ce projet à exécution et qu'il pourrait, de son côté, partir plus rapidement s'il le souhaitait. Il estimait avoir eu le temps de la réflexion avant de signer le nouvel avenant.

D_____ a déclaré avoir en 2015 accepté la proposition de prolongation du délai de congé dans la mesure où les résultats de la société étaient bons et la situation bien orientée. En automne 2016, le délai de congé de six mois était devenu "*inutile*" en raison des mauvais résultats et de l'ambiance délétère qui régnait dans l'entreprise.

B_____ a déclaré que D_____ avait indiqué que la réinstauration des délais de congé légaux avait pour but d'uniformiser la pratique au sein de l'entreprise.

w. Entre 2013 et 2016, plusieurs soirées festives ont été organisées dans les locaux de l'entreprise. D_____ et son épouse y participaient parfois.

Des apéritifs spontanés ont également été organisés à l'initiative de B_____ pour fédérer les vendeurs. Selon E_____, cet objectif n'avait pas réellement été atteint. A la suite de débordements, D_____ avait rappelé l'interdiction d'alcool dans l'entreprise.

A la connaissance de N_____, D_____ ne s'était jamais offusqué que des employés consomment de l'alcool dans l'entreprise. Elle n'avait pas participé aux apéritifs organisés spontanément et ne pensait pas avoir été mal vue pour autant.

x. Au mois de novembre 2016, B_____ a indiqué à un ancien collègue, U_____, qu'il souhaitait fonder une entreprise pour concurrencer A_____ SA.

D. a. Par courrier du 18 novembre 2016 signé par D_____, AC_____ et V_____, A_____ SA a résilié de manière ordinaire le contrat de travail de B_____ pour le 31 janvier 2017. A la connaissance de E_____, B_____ n'avait pas l'intention de quitter l'entreprise lorsqu'il avait été licencié.

La résiliation du contrat de travail était motivée par un chiffre d'affaires insuffisant, des budgets de vente qui ne tenaient pas compte de la réalité du marché ainsi qu'un management discutable, imprécis et problématique.

Ce courrier a été remis à B_____ en mains propres lors d'un entretien du même jour en présence de D_____, AC_____ et V_____. Au cours de cet entretien, il lui a été demandé de restituer son téléphone portable ainsi que son ordinateur portable.

B_____ a été libéré de son obligation de travailler. Le jour de son licenciement, il a indiqué qu'il projetait de se mettre en arrêt maladie et de leur "*pourrir la vie*" (témoignages E_____ et Q_____).

Après le départ de B_____, les mémorandums hebdomadaires ont été abolis (témoignage Q_____).

AE_____, employée de A_____ SA d'octobre 2016 à décembre 2018, qui avait collaboré un mois avec B_____, a déclaré, lors de son audition en qualité de témoin, qu'il y avait en outre eu un important "*turnover*" après le départ de B_____. Elle ignorait si ce départ en était la cause.

b. Le 21 novembre 2016, B_____ s'est rendu dans les locaux de A_____ SA afin de restituer les clés de son véhicule de fonction, son téléphone portable, qu'il avait préalablement réinitialisé, et son ordinateur portable.

c. A la fin des rapports de travail, B_____ disposait d'un solde de vacances de 23.5 jours.

d. L'année ayant suivi l'arrivée de B_____, soit 2014, le chiffre des ventes avait augmenté de 11 % (témoignage E_____). Cela avait été une très bonne année pour l'entreprise (témoignage Q_____). En 2015, le chiffre des ventes avait stagné, la progression n'ayant été que de 1% et il avait, à la fin de l'année 2016, diminué de 11 % (témoignage E_____). Selon le témoin Q_____, la société

avait un bon "*business model*" et sa rentabilité était bonne à condition que la facturation et les encaissements suivent.

e. Par courrier du 24 novembre 2016, B_____ a formé opposition au congé, l'estimant abusif, et a déclaré invalider, pour vice du consentement, l'avenant au contrat de travail du 21 octobre 2016.

f. A teneur de certificats établis par son médecin généraliste puis par son psychiatre, B_____ a été en incapacité de travail à 100% du 5 décembre 2016 au 30 avril 2017 puis à 50% entre le 1^{er} et le 31 mai 2017.

B_____ a exposé que le harcèlement dont il avait été l'objet à compter du mois de septembre 2016 l'avait gravement affecté et avait atteint sa santé. Il présentait un grave état dépressif.

g. Par courrier recommandé du 16 décembre 2016, A_____ SA, sous la plume de D_____, a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de B_____ au motif d'une rupture du lien de confiance.

Il était notamment reproché à B_____ d'avoir, sur son lieu de travail, tenu des propos grossiers et indécents et de s'être rendu coupable d'agissements obscènes à caractère sexuel.

Il était précisé que ces faits avaient été portés à la connaissance de D_____ et AC_____ par des témoignages écrits d'employés datés des 14 et 15 décembre 2016.

D_____ a exposé avoir, après avoir mis fin en novembre 2016 au contrat de travail le liant à B_____, décidé, sur les recommandations de son précédent conseil, d'ouvrir une enquête au sein de l'entreprise pour étayer et prouver, en cas de procès, la véracité et l'exactitude des reproches à la base du licenciement. Lors de cette enquête, il avait découvert - à la lecture de témoignages écrits de collaborateurs - que B_____ s'était rendu coupable de harcèlement sexuel par un comportement impudique, sexiste et indécent à l'égard de certains employés. Il avait également tenu des propos grossiers et obscènes à des clients. Il avait alors été contraint de le licencier avec effet immédiat.

h. Plusieurs anciens et actuels employés de A_____ SA ont témoigné au sujet du comportement de B_____ sur son lieu de travail.

h.a H_____ a déclaré que B_____ était un manager exigeant mais pas tyrannique. L'ambiance était plutôt agréable. Elle avait travaillé dans l'*open space* et pouvait certifier qu'il n'y régnait pas un climat de peur. Elle n'avait pas vu B_____ commettre des gestes obscènes et à caractère sexuel et ce, alors même qu'elle avait travaillé en proche collaboration avec lui pendant dix-huit mois. Au

sein de l'entreprise, l'ambiance était régulièrement potache mais B_____ n'en était que rarement l'initiateur. Elle avait démissionné après le départ de B_____, au même titre qu'une bonne dizaine de collaborateurs, car l'ambiance était devenue irrespirable. Elle n'avait jamais entendu B_____ formuler des critiques à l'égard de D_____ ou d'autres membres de la direction. Après le départ de B_____, elle avait ressenti que les employés "*pro-B_____*", dont elle faisait partie ainsi que S_____ et N_____, avaient été mis à l'écart. L'important "*turnover*" dans l'entreprise n'était pas lié à B_____. Ce "*turnover*" s'était d'ailleurs accru après son départ. Il ne lui avait pas été demandé de rédiger un témoignage écrit concernant B_____. En revanche, plusieurs de ses collègues avaient été interpellés par AC_____ au sujet du comportement de B_____.

h.b I_____ a déclaré que B_____ était, de manière générale, très impliqué dans son travail. C'était un manager exigeant. Il demandait beaucoup, était prêt à encourager ainsi qu'à soutenir ses collaborateurs et les respectait. L'ambiance dans l'entreprise était bonne. Dans l'ensemble, B_____ était apprécié des membres de son équipe. A sa connaissance, il n'avait pas commis d'agissements obscènes ou à caractère sexuel sur le lieu de travail. Il n'avait jamais entendu B_____ critiquer D_____ et il ne lui avait jamais été interdit de s'adresser directement à ce dernier. Son départ de l'entreprise n'était pas lié au comportement de B_____ ou à l'ambiance qui y régnait.

h.c K_____, employée de A_____ SA à L_____ [VD] d'août 2012 à décembre 2013 puis de février 2015 à novembre 2016, a déclaré que B_____ était très investi dans son travail. Il travaillait beaucoup. Elle appréciait beaucoup B_____ et avait eu de très bons rapports professionnels avec ce dernier. C'était un excellent manager et elle avait confiance en lui. Il était exigeant mais équitable, direct mais toujours respectueux. De manière générale, il était apprécié des membres de son équipe même si son exigence ne plaisait pas à tous. Alors qu'elle était enceinte, B_____ l'avait fait pleurer car il lui avait demandé de s'occuper de tâches qui n'entraient pas dans ses "*attentes professionnelles*". Elle avait en outre recueilli les plaintes de son collègue, AF_____, au sujet de la pression que lui mettait B_____. Lorsqu'elle avait annoncé son départ, AC_____ l'avait contactée afin de savoir si son départ était à mettre en lien avec l'attitude et le management de B_____. Tel n'était absolument pas le cas. Elle n'avait pas constaté que B_____ ait commis des agissements obscènes ou à caractère sexuel.

h.d J_____ a déclaré que B_____ était investi dans son travail. Il était motivant mais agressif. Il lui était toutefois reconnaissant de l'avoir accompagné et encadré dans ses nouvelles fonctions. De manière générale, l'ambiance était plutôt stressante lorsque B_____ était présent. Il n'avait jamais reçu d'interdiction de s'adresser directement à D_____. En revanche, B_____ faisait comprendre à son équipe qu'il ne fallait pas le déranger. S'il n'avait jamais assisté à des

comportements à connotations sexuelles de B_____, ce dernier avait toutefois un humour particulier, avec parfois des connotations sexuelles.

h.e M_____ a déclaré qu'à l'occasion d'une soirée de Noël, B_____ avait profité de son discours pour critiquer les formateurs. Elle avait trouvé cela inadéquat, avait fondu en larmes et était partie. Seule T_____ était venue pour la reconforter. A la suite de cet incident, elle avait été convoquée par la responsable des ressources humaines et avait reçu un avertissement de D_____ au motif qu'elle avait manqué de respect à son supérieur. B_____ engueulait parfois son équipe. Les propos grivois et plaisanteries douteuses faisaient partie du quotidien de l'entreprise. C'était déjà le cas avant l'arrivée de B_____. Après le licenciement de ce dernier, les employés "*pro-B_____*" étaient mal perçus et contrairement aux nombreux ragots qui avaient circulés après le licenciement de B_____, ce dernier n'avait jamais eu de geste déplacé à son égard. L'ambiance n'avait jamais été très bonne. C'était le cas avant l'arrivée et après le départ de B_____, qui avait tenté de faire évoluer la situation mais sans grand succès. Elle n'avait jamais vu B_____ commettre des agissements obscènes ou à caractère sexuel. Elle n'avait jamais entendu B_____ critiquer D_____. Personne ne lui avait demandé de rédiger un témoignage écrit sur B_____. Après le licenciement de ce dernier, il y avait eu une période difficile avec beaucoup de tensions et d'incompréhensions. Selon elle, AC_____ n'aimait pas B_____ et il avait été ravi de récolter les témoignages des collaborateurs qui ne l'appréciaient pas. D'après sa connaissance de l'entreprise, les témoignages avaient été faits pour être utilisés contre B_____. On ne lui voulait pas du bien.

h.f N_____ a déclaré que B_____ était investi dans ses fonctions et impliqué dans le développement de l'entreprise. Il était exigeant, équitable, très motivant, prêt à soutenir et à encourager ses collaborateurs. Il était apprécié de ces derniers. L'ambiance au sein de l'entreprise était parfois empreinte de plaisanteries et de propos grivois. B_____ y participait mais cela ne l'empêchait pas de respecter les collaborateurs. L'arrivée de B_____ avait permis de fédérer les collaborateurs. Elle n'avait jamais constaté que ce dernier ait commis des agissements obscènes ou à caractère sexuel. A sa connaissance, B_____ n'avait jamais critiqué D_____ et il n'avait jamais fait interdiction à ses collaborateurs de s'adresser directement à ce dernier. Après le licenciement de B_____, l'ambiance était lourde et morose.

h.g AG_____, qui a travaillé pour A_____ SA de septembre 2016 à avril 2018 à AH_____ [ZG] en qualité de directeur des succursales de AH_____ et AI_____ [LU], a déclaré avoir brièvement collaboré avec B_____. Il n'avait pas rencontré de difficulté avec lui. Les échanges étaient sympathiques.

h.h R_____ a déclaré que B_____ était exigeant et inspirant, mais il pouvait être dur. Si les plaisanteries grivoises faisaient partie du quotidien du département

des ventes, il n'avait jamais été témoin d'éventuels agissements obscènes commis sur le lieu de travail par B_____.

h.i S_____ a déclaré que B_____ était perfectionniste et à l'écoute. Les propos grivois et plaisanteries douteuses faisaient partie du quotidien de l'entreprise. C'était déjà le cas avant l'arrivée de B_____. S'agissant du management de B_____, il savait s'adapter. Il ne s'agissait en aucun cas d'un management de la terreur. Elle n'avait jamais constaté que B_____ ait commis des agissements obscènes ou tenu des propos inadéquats sur le lieu de travail. A la suite du licenciement de B_____, l'ambiance était très compliquée. Elle avait dû faire face à beaucoup de ragots, de médisances et de méchanceté. C'était lourd, très compliqué et irrespectueux. Le départ de B_____ avait entraîné plusieurs départs volontaires, dont le sien. Dans les semaines et mois qui avaient suivi le départ de B_____, l'attitude de D_____ et de l'épouse de celui-ci avait été très virulente. Il ne se passait pas un jour sans que des médisances visant B_____ ou elle-même ne soient prononcées, notamment en lien avec la relation intime qu'ils avaient entretenue.

h.j Dans le cadre d'un témoignage écrit du 15 décembre 2016, confirmé lors de son audition, AD_____, employée de A_____ SA d'août 2016 à juin 2017 en qualité d'assistante de AC_____, a indiqué que B_____ avait fait plusieurs remarques déplacées et eu des gestes à connotation sexuelle en sa présence. Il s'était également, à plusieurs reprises, exprimé de manière vulgaire. Il avait notamment bougé son bassin en mettant ses bras à la hauteur des hanches, mimant l'hélicoptère. Elle avait ressenti de la gêne ainsi qu'un profond manque de respect. Il lui avait également, au mois de septembre 2016, répondu, après qu'elle lui avait demandé sa carte de crédit pour réserver des chambres d'hôtel pour des collaborateurs, "*normalement j'ai une prestation après avoir donné ma carte*". Elle avait été très choquée par ces propos. Il s'agissait d'un homme peu respectueux, qui avait le don de mettre mal à l'aise. Elle s'était très souvent sentie, en tant que femme, offensée par ses propos machistes et rabaissant. Il montait les collaborateurs les uns contre les autres, faisait des clans et mettait à l'écart ceux qu'il n'aimait pas.

AD_____ a en outre précisé lors de son audition que, selon elle, B_____ avait beaucoup de prestance et certains collaborateurs en avaient peur. Après son départ, les langues s'étaient déliées.

h.k T_____ a, dans un témoignage écrit du 14 décembre 2016 confirmé en audience, exposé que très vite après l'arrivée de B_____, l'ambiance au travail s'était dégradée et était devenue très difficile à supporter. Lors des *group meeting*, B_____ adoptait un ton véhément et inapproprié (vociférations, cris, grands gestes,...) et critiquait certains collaborateurs ou équipes sans les nommer. La critique n'était que très rarement constructive et il ne proposait aucune solution. Il

n'était pas à l'écoute des problèmes qui pouvaient se présenter. De manière générale, le travail avec B_____ était très compliqué. Il demandait souvent une double, voire triple saisie de données identiques, ce qui entraînait une perte de temps et d'efficacité, ne semblait pas s'intéresser à la charge et aux méthodes de travail de son équipe, n'était d'aucun soutien et manifestait très peu de reconnaissance. Il était d'une humeur versatile, manquait souvent de politesse et adoptait régulièrement des attitudes misogynes et sexistes, y compris à l'égard de clients. Lors d'un *group meeting*, il avait, devant les employés présents, qualifié une cliente de "*malbaisée*". Au printemps 2016, il lui avait demandé à deux reprises si elle voulait "*un rencard*". En outre, au mois de mai 2016, il avait - tout en restant habillé - posé ses testicules sur son bureau, s'était mis à sautiller et avait dit "*regarde, c'est mes cerises*". Depuis cet épisode, il avait été très compliqué pour elle de travailler avec B_____. En raison du comportement de celui-ci, plusieurs collègues avaient quitté l'entreprise. Son départ de l'entreprise avait grandement amélioré l'ambiance.

T_____ a précisé, lors de son audition, qu'à la suite du départ de B_____, il lui avait été demandé de rédiger une attestation sur sa collaboration avec ce dernier. Elle n'avait pas parlé des événements relatés dans son témoignage écrit précédemment car elle considérait que cela était difficile à prouver. D_____ en avait toutefois été informé dans les grandes lignes avant le licenciement de B_____. Elle avait été affectée par le comportement de ce dernier.

h.l W_____, a, dans un témoignage écrit du 15 décembre 2018, confirmé lors de son audition en qualité de témoin, indiqué que ses rares échanges professionnels avec B_____ n'avaient jamais été houleux et avaient même parfois été constructifs. Il évitait toutefois généralement les contacts avec lui car il avait une manière très personnelle de s'adresser aux autres et de les écouter qui rendait la communication difficile. L'évènement le plus marquant et le plus choquant pour lui était lors qu'il avait montré une vidéo parodique dans laquelle une femme se faisait gifler par un sexe d'homme. Trois jeunes assistantes étaient présentes. L'une d'entre elles était stupéfaite. Il estimait qu'un manager se devait d'avoir un minimum de tenue, de respect et de professionnalisme envers ses employés, surtout s'il s'agissait de femmes.

W_____ a précisé lors de son audition que AC_____ lui avait demandé de rédiger un témoignage sur la situation vécue lorsqu'il collaborait avec B_____. A l'époque, il avait eu peur d'en parler à D_____, notamment par crainte de représailles. Il avait profité de l'opportunité de ce témoignage pour décrire ce qu'il avait ressenti à la vue de la vidéo parodique que B_____ avait diffusée.

h.m V_____ a déclaré que le management de B_____ était relativement rude, à la limite de la politesse. Il avait peu de considération pour ses collaborateurs. Il avait informé D_____ de cela avant le licenciement de B_____.

h.n E_____ a déclaré que B_____ avait un humour très graveleux. Il avait notamment diffusé une vidéo parodique qui n'avait pas plu à tout le monde. B_____ lui avait écrit des messages virulents, voire insultants, qui visaient aussi bien des collaborateurs que la famille D_____. Il avait rédigé un témoignage sur ses trois années de collaboration avec B_____ à la demande de D_____. Ce dernier le lui avait demandé à deux reprises, soit en mars et en juillet 2017. Il avait fini par le faire en juillet 2017, juste avant son départ. Il n'avait jamais parlé des critiques contenues dans ce témoignage avec D_____. Ce dernier en connaissait toutefois les grandes lignes puisqu'ils échangeaient quotidiennement. Il avait ainsi connaissance de l'ambiance de travail, de l'existence d'heures supplémentaires, demandant régulièrement de "*lever le pied mais également de faire du chiffre*" ce qui n'était pas toujours simple à concilier, des pré-validations dont il avait accepté le principe mais ignorait leur nombre, des apéritifs au bureau et des propos tenus par B_____ juste après son licenciement. Il avait quitté A_____ SA de son plein gré et avait signé un accord de fin des relations de travail comprenant une clause de confidentialité.

h.o AJ_____, ancienne employée de A_____ SA, a déclaré que B_____ était dur et exigeant mais elle était reconnaissante car il lui avait appris une méthode de travail qui lui avait permis d'avoir du succès dans son activité professionnelle. Les relations pouvaient être tendues mais il y avait de la reconnaissance. Si sur le moment c'était difficile, elle estimait que cela était juste et en avait tiré du positif. Elle considérait B_____ comme son mentor.

h.p U_____, employé de A_____ SA d'octobre 1999 à avril 2014, a, dans un témoignage écrit du 23 mai 2017 confirmé lors de son audition en qualité de témoin, déclaré que B_____ avait un caractère instable. Il manquait régulièrement de respect envers ses collègues en se permettant des plaisanteries déplacées et souvent sexistes. Sa gestion des réunions était chaotique. Le fil de la discussion évoluait au gré de ses humeurs, les intervenants étant souvent contraints d'écouter plus d'une demi-heure d'anecdotes personnelles, de gags salaces ou encore des sauts d'humeur imprévisibles avant de pouvoir entrer dans le vif du sujet. Ses consignes étaient floues. Il insultait souvent ses collègues pour des tâches non accomplies en raison de son manque de planification. Il critiquait en outre régulièrement les formateurs, notamment sur leur aspect physique.

i. Par courrier du 20 décembre 2016, B_____ a contesté les reproches dont il était l'objet, considérant le licenciement immédiat injustifié.

j. Par la suite, A_____ SA a remis à B_____ un certificat de travail daté du 2 janvier 2017.

k. Par courriel du 13 février 2017, l'assurance perte de gain de A_____ SA a informé B_____ qu'aucune indemnité maladie ne serait versée au motif que A_____ SA ne s'était pas acquittée des primes dues.

l. Par courrier recommandé du 27 février 2017, la Clinique AK_____ a, consécutivement à un mandat d'expertise que lui a adressé A_____ SA, convoqué B_____ pour une consultation avec le Dr AL_____, psychiatre, en date du 9 mars 2017.

A l'issue de cette consultation, le Dr AL_____ a considéré que la capacité de travail de B_____ était entière, tout en lui recommandant la poursuite du traitement prescrit.

m. Dans un rapport établi le 15 mars 2017 à l'attention de l'assurance perte de gain de A_____ SA le psychiatre de B_____ a notamment indiqué qu'une reprise d'activité lui semblait difficilement envisageable au vu de l'évolution défavorable de la symptomatologie dépressive de son patient. Le suivi mis en place comprenait la prise journalière de médicaments, des entretiens psychiatriques hebdomadaires et la possibilité d'appels téléphoniques en cas de besoin.

n. Par courrier du 4 avril 2017, B_____ a contesté l'avis médical du Dr AL_____ et a transmis à A_____ SA une prise de position de son psychiatre, confirmant son incapacité totale de travailler.

o. Dans le courant du mois d'avril 2017, D_____ a demandé à sa fille de récupérer les données contenues dans le téléphone portable restitué par B_____.

Une plainte pénale a été déposée au mois de novembre 2017 par B_____ auprès du Ministère public pour accès indu à un système informatique et soustraction de données personnelles (P/1_____/2017). A teneur du dossier, cette procédure pénale est toujours pendante.

Dans le cadre de cette procédure, D_____ a expliqué avoir eu des difficultés à accéder aux données AM_____ [réseau de communication] figurant sur le téléphone portable utilisé par B_____ car les conversations avaient été effacées. Il avait toutefois facilement pu accéder au compte AN_____ [service de *cloud*] de B_____ en mentionnant le numéro de raccordement que ce dernier utilisait.

Entendu en qualité de témoin, AO_____, informaticien chez A_____ SA depuis juin 2016, a déclaré que, d'une manière générale, lorsqu'un employé quittait l'entreprise il pouvait récupérer ses propres données. Il savait que B_____ avait fait des copies mais il ne savait pas s'il s'agissait de données personnelles ou professionnelles. Aucune donnée personnelle n'était apparue lors de l'allumage du

téléphone portable restitué par B_____. Elles étaient apparues lorsque l'AN_____ avait été activé. Il s'agissait du backup du téléphone.

p. B_____ a perçu son salaire jusqu'au 16 décembre 2016. Il a ensuite reçu des indemnités perte de gain jusqu'au 8 mars 2017.

Entre les mois de mai à août 2017, la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ a versé à B_____ des indemnités de chômage d'un montant total de 28'487 fr. 65, soit 1'735 fr. 25 au mois de mai, 8'917 fr. 50 au mois de juin, 8'498 fr. 65 au mois de juillet 2017 et 9'336 fr. au mois d'août 2017.

E. a. Par demande en paiement déposée le 21 mars 2017 auprès de l'autorité de conciliation de la juridiction des prud'hommes, déclarée non conciliée le 19 juin 2017 et introduite devant le Tribunal le 20 octobre 2017, B_____ a, sous suite de frais, conclu en dernier lieu à la condamnation de A_____ SA à lui payer la somme totale de 657'568 fr., comprenant notamment:

- 91'533 fr. bruts à titre de salaire pour la période du 9 mars au 31 août 2017, 13'325 fr. nets à titre de part patronale à la prévoyance professionnelle pour les mois de janvier à août 2017 et 125'436 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 ou subsidiairement, dans l'hypothèse où le licenciement immédiat devrait être considéré comme justifié, 35'819 fr. nets à titre d'indemnité perte de gain maladie pour la période du 9 mars au 31 mai 2017, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2017 ;

- 21'639 fr. bruts à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016;

- 375'615 fr. bruts à titre d'heures supplémentaires, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 ;

- 15'000 fr. nets à titre de tort moral, avec intérêts moratoires à 5% dès le 16 décembre 2016.

B_____ a en outre conclu à ce qu'il soit ordonné à A_____ SA de lui délivrer un certificat de travail final d'une teneur identique au certificat de travail intermédiaire du 21 octobre 2016, sous réserve de quelques modifications qu'il énumérait.

A l'appui de sa demande, B_____ a notamment produit treize mails professionnels expédiés un dimanche entre le 12 juin et le 14 novembre 2016, dont D_____ était soit le destinataire soit figurait en copie.

b. Le 6 novembre 2017, la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ a déposé une demande d'intervention principale, concluant à ce que A_____ SA soit

condamnée à lui payer la somme totale de 28'487 fr. 65, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mai 2017, correspondant aux indemnités de chômage versées à B_____ de mai à août 2017 (cf. let. C.p ci-dessus).

c. A_____ SA s'est opposée aux prétentions en paiement émises par B_____ et par la CAISSE DE CHÔMAGE C_____.

A l'appui de ses écritures, elle a notamment produit des courriels intimes à caractère sexuel que B_____ avait échangé au moyen de sa boîte de messagerie électronique professionnelle avec une collègue avec laquelle il entretenait une relation (pièces nos 2 et 2 bis). Elle a également produit des extraits de conversations AM_____ [réseau de communication] privées de B_____ avec des proches et des collègues récupérés sur le téléphone portable qu'elle avait mis à la disposition de ce dernier (pièces nos 3 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31bis).

B_____ a requis que ces pièces soient écartées de la procédure au motif qu'elles avaient été obtenues illicitement.

d. Le Tribunal des prud'hommes a procédé à plusieurs mesures d'instruction dont l'audition des parties et de témoins.

Lors l'audience de débats principaux du 15 novembre 2018, B_____ a indiqué avoir récemment retrouvé un emploi. Lors d'une audience ultérieure, il a déclaré avoir commencé à travailler pour [l'établissement] AP_____ en septembre ou octobre 2017.

N_____, désormais directrice de [l'établissement] AP_____, a déclaré, lors de son témoignage, que B_____ avait été engagé dans [ledit établissement] en 2018 en qualité de _____.

B_____ a expliqué être intervenu à quelques reprises à [l'établissement] AP_____ dès l'automne 2017 avant d'être engagé comme _____. Il s'agissait d'emplois à temps partiel ne lui permettant pas d'assurer sa subsistance. Il n'avait retrouvé un emploi régulier qu'en novembre 2018 après des recherches longues et difficiles.

e. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience de plaidoiries finales du 16 avril 2019, lors de laquelle les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

F. Par arrêté du _____ 2015, le Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé de la République et canton de Genève a retiré à la clinique AK_____ l'autorisation d'exploiter une institution de santé pour une durée de trois mois. Ce retrait a été confirmé par le Tribunal fédéral en ce qui concerne notamment le département "*expertise*" de cet établissement, par arrêt 2C_32/2017 du 22

décembre 2017. Il a été effectif du 1^{er} mars au 1^{er} juin 2018 (cf. ATF 144 V 258 consid. 1.2). Le Tribunal fédéral a considéré qu'au vu des importants manquements constatés dans la gestion de la clinique AK_____ et en particulier des graves violations des devoirs professionnels commises par la personne responsable du département "*expertise*" de ladite clinique, laquelle avait modifié (notamment sur des points non négligeables) et signé des dizaines d'expertises sans avoir vu les expertisés et sans l'accord de l'expert, une mesure de retrait de trois mois de l'autorisation d'exploiter le département "*expertise*" n'était pas contraire au droit.

Consécutivement à l'arrêt du Tribunal fédéral, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice a nié toute valeur probante à des rapports d'expertise réalisés par la clinique AK_____ en date respectivement du 28 mars, 10 juin et 6 octobre 2017 (ATAS/72/2020 ; ATAS/873/2019 ; ATAS/132/2020).

EN DROIT

1. **1.1** Par souci de simplification et pour respecter le rôle initial des parties devant la Cour, A_____ SA sera désignée en qualité d'appelante et B_____ en qualité d'intimé.

1.2 L'appel principal et l'appel joint sont recevables pour avoir été interjetés auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de 30 jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 311, 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale rendue par le Tribunal des prud'hommes dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est, compte tenu des prétentions demeurées litigieuses en première instance, supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Sont également recevables les autres écritures des parties, déposées dans les formes et délais prescrits (art. 312 et 316 al. 2 CPC).

1.3 La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC *cum* 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC).

2. L'intimé reproche au premier juge de ne pas avoir écarté les pièces nos 2 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31bis produites par l'appelante. Il soutient que ces pièces, qui consistent en des conversations AM_____ [réseau de communication] privées échangées sur le téléphone portable que l'appelante lui avait mis à disposition (pièces nos 3 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31bis) ainsi qu'en des courriels intimes envoyés depuis sa messagerie professionnelle (pièces nos 2 et 2bis), ont été obtenues en violation des art. 143bis al. 1 et 179novies CP, 328 et

328b CO et 8 CEDH. Les conversations AM_____, qui avaient été effacées lors de la restitution du téléphone portable, ont en effet été récupérées sans son autorisation par la fille de D_____ par le biais de son compte AN_____ [service de *cloud*] personnel protégé par un mot de passe. Quant aux courriels, l'appelante y a également accédé sans son autorisation alors que leur contenu était personnel. S'agissant de moyens de preuve obtenus illicitement leur prise en considération ne peut intervenir, selon l'art. 152 al. 2 CPC, que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, les pièces concernées portent une atteinte particulièrement grave à sa sphère intime alors que l'intérêt de l'appelante à leur production n'est que purement économique. Elles ne sont en outre pas indispensables à l'appelante pour faire valoir ses droits. La pesée des intérêts en présence aurait donc dû conduire le premier juge à écarter lesdites pièces.

2.1 Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (BRÖNNIMANN, in *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozess-ordnung*, 2012, nos 43 ss ad art. 152 CPC; RÜEDI, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess*, 2009, p. 116 n. 234, p. 121 n. 248, p. 122 n. 252, p. 126 n. 260; GAILLARD, *Le sort des preuves illicites dans le procès civil*, SJ 1998 p. 652). Conformément à l'art. 152 al. 2 CPC, la preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité (ATF 140 III 6 consid. 3.1; HASENBÖHLER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozess-ordnung [ZPO]*, 2ème éd. 2013, n° 40 ad art. 152 CPC p. 1058; Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6922 ch. 5.10.1).

2.2 En vertu de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur.

Selon l'art. 328b CO, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Les règles de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1) sont également applicables (art. 328b in fine CO).

Tout traitement de données relatif à un employé constitue une atteinte illicite à sa personnalité, au sens des articles 328 et 328b CO, à moins qu'il ne repose sur un motif justificatif. Un tel motif peut résulter de la loi, en particulier de l'art.

328bCO, d'un intérêt prépondérant privé ou public, ou du consentement de la victime (cf. art. 13 al. 1 LPD; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 25 ad art. 328b CO).

L'existence d'un juste motif ne suffit toutefois pas encore à rendre licite un traitement de données par l'employeur. Il faut également que le procédé utilisé pour les récolter respecte la personnalité des travailleurs, conformément à l'art. 328 CO, ainsi que les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité (ATF 130 II 425 consid. 3.3; DUNAND, op. cit., n. 34 et ss ad art. 328b CO). Le traitement de données ne doit ainsi notamment pas être effectué à l'insu du travailleur ni conduire à la conservation de renseignements dont l'employeur avait garanti l'élimination (DUNAND, op. cit., n. 36 ad art. 328b CO).

La protection de l'art. 328b CO s'exerce non seulement pendant les rapports de travail, mais également après la fin de ceux-ci, sans limitation de temps (ATF 131 V 298 consid. 6.1).

2.3 L'employeur qui n'a pas expressément interdit un usage privé de la messagerie professionnelle n'a pas le droit d'accéder aux messages privés de l'employé. A la fin des rapports de travail, il doit offrir à celui-ci de les récupérer sur un support privé, puis de les effacer des serveurs de l'entreprise. Lorsqu'un usage privé de la messagerie professionnelle a été expressément interdit, l'employeur est en droit de consulter, d'archiver ou de détruire librement les courriels qu'elle contient pour autant qu'il s'abstienne de prendre connaissance du contenu d'un éventuel message privé (DUNAND, op. cit., n. 82 et ss et 103 ad art. 328b CO et les références citées).

2.4 En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que l'appelante aurait interdit à l'intimé d'utiliser la messagerie professionnelle mise à sa disposition à des fins privées. Ainsi, en prenant connaissance, à la fin des rapports de travail, de courriels intimes que l'intimé a échangé, au moyen de sa messagerie professionnelle, avec une collègue avec laquelle il entretenait une relation, l'appelante a violé le droit de l'intimé à la protection de sa personnalité. Ces courriels, produits sous pièces nos 2 et 2bis, constituent en conséquence des moyens de preuve obtenus illicitement.

S'agissant des extraits de conversation récupérés sur le téléphone mis à disposition de l'intimé, bien que le contrat de travail mentionnait expressément que celui-ci devait être utilisé exclusivement à des fins professionnelles, l'appelante savait que l'intimé en faisait également un usage privé puisqu'elle lui a laissé la possibilité, lors de la résiliation des rapports de travail, de supprimer les données privées y figurant. L'appelante devait en conséquence s'abstenir de prendre connaissance des messages privés de l'intimé. Or, les extraits produits

consistent en des conversations AM_____ que l'intimé a échangées en dehors du cadre professionnel avec des proches et des collègues, de sorte qu'ils revêtaient un caractère privé. Au demeurant, l'intimé ayant été autorisé à procéder à la suppression des données privées figurant sur son téléphone professionnel avant de procéder à sa restitution, l'appelante ne pouvait, sans violer le principe de la bonne foi, récupérer cinq mois plus tard lesdites données par le biais du compte AN_____ de l'intimé sans solliciter l'autorisation de celui-ci. Enfin, le procédé utilisé par l'appelante pour récupérer les conversations litigieuses a été extrêmement intrusif, puisqu'elle a eu accès à l'ensemble des communications échangées par l'intimé sur son téléphone professionnel, y compris à des messages privés envoyés à des personnes étrangères à l'entreprise. D'autres méthodes d'investigations moins invasives auraient été envisageables pour permettre à l'appelante de sauvegarder ses intérêts, notamment la récolte d'informations auprès des employés ayant travaillé avec l'intimé. Pour l'ensemble de ces motifs, il sera également retenu que les extraits de conversations privées produits par l'appelante sous pièces nos 3 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31bis ont été obtenus en violation des droits de la personnalité de l'intimé et constituent en conséquence des moyens de preuve illicites.

La prise en compte desdits moyens de preuve ne peut en conséquence intervenir, conformément à l'art. 152 al. 2 CPC, que s'il existe un intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité.

En l'occurrence, le droit de l'intimé à la protection de sa personnalité a été gravement violé dans la mesure où les données récoltées ne relèvent pas uniquement de sa sphère privée mais également de sa sphère intime. Par ailleurs, la production de ces données n'apparaissait pas indispensable pour la défense des droits de l'appelante, qui avait la possibilité de recourir à d'autres moyens de preuve, notamment à l'audition en qualité de témoin des employés ayant travaillé avec l'intimé. Enfin, le présent litige s'inscrit dans un contexte privé à caractère purement patrimonial et est soumis à la maxime des débats. L'intérêt à la découverte de la vérité ne saurait ainsi prévaloir face au droit de l'intimé à la protection de sa personnalité.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à tort que les premiers juges ont tenu compte des pièces nos 2 à 12, 21, 21bis, 22, 29, 30, 31 et 31bis produites par l'appelante, lesquelles seront en conséquence écartées du dossier.

Au vu de la solution retenue, la Cour de céans peut se dispenser d'examiner si, comme le plaide l'intimé, les moyens de preuve litigieux ont en sus été obtenus en violation des art. 143bis al. 1 et 179novies CP ainsi que 8 CEDH.

3. Dans un grief d'ordre formel, qu'il s'impose de traiter en premier lieu, l'appelante reproche au Tribunal une violation de son devoir d'impartialité au sens de l'art. 30

Cst. La partialité de cette autorité se manifeste selon elle par l'emploi, dans le jugement attaqué, de qualificatifs décrivant les parties ou leur comportement qui sont en contradiction avec les moyens de preuve à disposition, par le recours, sans justification, à de motifs différenciés pour rejeter les demandes des parties tendant à ce que certaines pièces soient écartées et par une appréciation des preuves favorable à l'intimé. L'appelante fait également grief au Tribunal de n'avoir pas réservé le même accueil aux questions posées aux témoins selon que l'audition de ceux-ci avait été sollicitée par elle-même ou par l'intimé, d'avoir, s'agissant du témoin E_____, résumé sommairement les réponses données aux questions qu'elle lui posait puis d'avoir procédé à un contre-interrogatoire détaillé en lieu et place de l'intimé et enfin d'avoir, après qu'elle ait insisté pour que des insultes de l'intimé relatées par ledit témoin soient protocolées, ri avec la partie adverse.

3.1 En vertu de l'art. 30 al. 1 Cst., toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Cette garantie permet de demander la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. Elle vise à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Cependant, seuls les éléments objectivement constatés doivent être pris en considération; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 139 I 121 consid. 5.1; 139 III 433 consid. 2.1.2; 138 I 1 consid. 2.2; 138 IV 142 consid. 2.1 et les arrêts cités). Le risque de prévention ne saurait être admis trop facilement, sous peine de compromettre le fonctionnement normal des tribunaux (ATF 105 Ia 157 consid. 6a ; 122 II 471 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_249/2015 du 29 septembre 2015 consid. 4.1). La partie qui a connaissance d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchu du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1; 138 I 1 consid. 2.2; 134 I 20 consid. 4.3.1).

Des décisions ou des actes de procédure viciés, voire arbitraires, ne créent pas en soi une apparence objective de prévention. En raison de son activité, le juge est contraint de se prononcer sur des questions contestées et délicates ; même si elles se révèlent ensuite erronées, des mesures inhérentes à l'exercice normal de sa charge ne permettent pas encore de le suspecter d'un parti pris; en décider autrement, reviendrait à affirmer que tout jugement inexact, voire arbitraire, serait imputable à la partialité du juge, ce qui serait inadmissible. Seules des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constitutives de violations graves des devoirs du magistrat, peuvent ainsi justifier une suspicion de partialité, pour

autant que les circonstances corroborent à tout le moins objectivement l'apparence de prévention (ATF 138 IV 142 consid. 2.3 et la jurisprudence citée).

3.2 En l'espèce, si l'appelante se plaint d'une violation par le Tribunal de son devoir d'impartialité, elle ne sollicite toutefois pas sa récusation ni le renvoi de la cause, concluant uniquement à la réformation du jugement rendu. Ce grief ne paraît ainsi pas avoir de portée propre, mais semble au contraire constituer une simple critique du jugement querellé, respectivement de la procédure d'instruction menée par l'autorité précédente.

Cela étant, en tout état, les éléments invoqués par l'appelante ne permettent pas de retenir l'apparence d'une prévention du Tribunal.

Une éventuelle motivation ou appréciation des faits, respectivement des preuves erronées ne suffit pas pour fonder un quelconque soupçon de partialité. Encore faut-il qu'une violation grave de ses devoirs par le Tribunal puisse être constatée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les exemples énumérés par l'appelante semblent uniquement résulter de l'obligation qu'avait le Tribunal de prendre position sur les questions litigieuses qui lui étaient soumises, laquelle est inhérente à son activité.

Pour le surplus, s'agissant des autres motifs de prévention, l'appelante est déchue de s'en prévaloir dès lors qu'elle en avait déjà connaissance durant la procédure de première instance. Si elle estimait qu'ils étaient de nature à susciter des doutes quant à l'impartialité du Tribunal, il lui aurait appartenu de les invoquer aussitôt en sollicitant la récusation des juges concernés, ce qu'elle n'a pas fait.

Au vu de ce qui précède, le grief de violation par le Tribunal de son devoir d'impartialité est infondé.

- 4.** L'appelante reproche au premier juge d'avoir violé les art. 337 CO et 4 LÉg en niant l'existence d'un juste motif de licenciement avec effet immédiat. Elle estime que les agissements obscènes ou à caractère sexuel et les propos grossiers et indécents tenus par l'intimé étaient suffisamment graves pour justifier une résiliation immédiate des rapports de travail.

4.1 L'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérées comme de justes motifs, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour "*justes motifs*" est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive (ATF 137 III

303 consid. 2.1.1). Seul un manquement particulièrement grave de l'employé peut justifier une telle mesure (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Par manquement, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 129 III 380 consid. 2.2). Ce manquement doit être objectivement propre à détruire le rapport de confiance essentiel au contrat de travail ou, du moins, à l'atteindre si profondément que la continuation des rapports de travail ne peut raisonnablement pas être exigée; de surcroît, il doit avoir effectivement abouti à un tel résultat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1).

Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid. 3.1). L'employeur peut toutefois s'en abstenir lorsqu'il ressort de l'attitude de l'employé qu'une telle démarche serait inutile (ATF 127 III 153 consid. 1b), ce qui est le cas lorsque le travailleur persiste dans son attitude hostile et que celle-ci ne permet pas d'envisager un quelconque amendement ou une prise de conscience de sa part, l'employé continuant en particulier à minimiser les faits en dénigrant sa victime (arrêts du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1 et 8C_422/2013 du 9 avril 2014 consid. 8.2).

4.2 Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO); il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 consid. 4.2 et les arrêts cités).

Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position du travailleur au sein de l'entreprise, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a). La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté; cela peut valoir pour un cadre comme pour une caissière de supermarché (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1; 108 II 444 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.2.1; 4A_177/2017 du 22 juin 2017 consid. 2.3 et 4C_51/2006 du 27 juin 2006 consid. 2.2.3).

Le juge tiendra également compte du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 142 III 579 consid. 4.2). A cet égard, l'importance du manquement doit être d'autant plus grande que ce laps de temps est court; une réserve est ainsi de mise lorsque le congé immédiat est notifié après qu'un congé ordinaire soit communiqué, avant l'échéance du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 4A_105/2018

du 10 octobre 2018 consid. 3.2.1 ; 4A_287/2017 du 13 octobre 2017 consid. 4.1; 4A_625/2016 du 9 mars 2017 consid. 3.2).

4.3 L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Il doit en particulier veiller à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

Le harcèlement sexuel se définit comme un "*comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle.*" (art. 4 LEg).

Selon la jurisprudence, les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que l'art. 4 LEg ne se réfère qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe tous les comportements importuns de caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées (ATF 126 III 395 consid. 7b/bb et les références; arrêts du Tribunal fédéral 4A_18/2018 du 21 novembre 2018 consid. 3.1; 8C_422/2013 du 9 avril 2014 consid. 7.2). Le fait qu'une collaboratrice ait aussi eu recours à un vocabulaire grivois ne saurait justifier l'admission par l'employeur de remarques sexistes, grossières ou embarrassantes, en particulier de la part d'un supérieur hiérarchique, dont le comportement peut déteindre sur celui de ses subordonnés, sous réserve de l'hypothèse où un tel langage aurait été utilisé dans un contexte a priori personnel, comme des messages échangés entre collègues de travail (ATF 126 III 395 consid. 7c et d; arrêts du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.3; 2A_404/2006 du 9 février 2007 consid. 6.1). On ne saurait pas non plus, étant donné le rapport de subordination résultant du contrat de travail, inférer un acquiescement (consentement) tacite d'une collaboratrice victime de remarques déplacées à connotation sexuelle (sur son lieu de travail) du seul fait qu'elle n'a exprimé aucune plainte (arrêt du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.3).

Le harcèlement sexuel de collègues par un travailleur constitue une atteinte à la personnalité (WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, Droit du travail, 4^{ème} éd., 2019, p. 726). Lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail (art. 321a CO), de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (ATF 127 III 351 consid. 4b/dd et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_60/2014 consid. 3.1). Pour apprécier la gravité de l'atteinte, il convient de mesurer son impact sur la personnalité du

travailleur qui en a été victime, en tenant compte de l'ensemble des circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 8C_879/2018 du 6 mars 2020 consid. 3.2 et les réf. citées).

En matière de harcèlement au travail, le rapport de confiance est en principe considéré comme détruit (ou atteint profondément) lorsque le harceleur est un cadre avec une position dominante ou avec une certaine influence dans l'entreprise (arrêts du Tribunal fédéral 4A_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1; 4A_480/2009 du 11 décembre 2009 consid. 6.2).

4.4 Il est exclu d'invoquer comme justes motifs de congé immédiat des circonstances qui sont apparues après la déclaration de résiliation du contrat (ATF 121 III 467 consid. 5a). En procédure, il est en revanche toujours possible d'invoquer encore d'autres circonstances qui existaient au moment de la résiliation, mais qui n'avaient pas pu être invoquées parce qu'elles n'étaient pas ou ne pouvaient pas être connues de l'auteur de la résiliation (ATF 142 III 579 consid. 4.3; 124 III 25 consid. 3c; arrêts du Tribunal fédéral 4A_610/2018 du 29 août 2019 consid. 4.2.1; 4A_372/2016 du 2 février 2017 consid. 5.1.2). Il faut donc se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat (ATF 124 II 25 consid. 3b).

4.5 En l'espèce, il est acquis qu'un des motifs invoqués par l'appelante à l'appui du licenciement immédiat est la tenue par l'intimé de propos grossiers et indécents ainsi que la commission d'agissements obscènes à caractère sexuel sur son lieu de travail.

Plusieurs des témoins entendus ont confirmé l'existence d'un tel comportement.

W_____ a déclaré que l'intimé avait, sur son lieu de travail, alors que trois jeunes assistantes étaient présentes, montré une vidéo parodique dans laquelle une femme se faisait gifler par un sexe d'homme. La diffusion de cette vidéo a été confirmée par E_____, qui a déclaré que l'intimé avait, de manière générale, un humour très graveleux. J_____ a également confirmé que l'intimé avait un humour particulier, avec parfois des connotations sexuelles.

T_____ a déclaré que l'intimé adoptait régulièrement des attitudes misogynes et sexistes, y compris à l'égard de clients. Lors d'un *group meeting*, il avait, devant les employés présents, qualifié une cliente de "*malbaisée*". Au printemps 2016, il lui avait demandé à deux reprises si elle voulait "*un rencard*". En outre, au mois de mai 2016, il avait - tout en restant habillé - posé ses testicules sur son bureau, s'était mis à sautiller et avait dit "*regarde, c'est mes cerises*".

Enfin, AD_____ a déclaré que l'intimé avait fait plusieurs remarques déplacées et eu des gestes à connotation sexuelle en sa présence. Il s'était également, à plusieurs reprises, exprimé de manière vulgaire. Il avait notamment bougé son bassin en mettant ses bras à la hauteur de ses hanches, mimant l'hélicoptère. En outre, au mois de septembre 2016, il lui avait répondu, après qu'elle lui avait demandé sa carte de crédit pour réserver des chambres d'hôtel pour des collaborateurs, "*normalement j'ai une prestation après avoir donné ma carte*".

U_____ a confirmé que l'intimé manquait régulièrement de respect envers ses collègues en usant de plaisanteries déplacées et souvent sexistes.

Les agissements susdécrits entrent dans la définition de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et constituent une atteinte à la personnalité des collaborateurs concernés.

Si les autres témoins entendus n'ont pas fait état de comportements inadéquats de la part de l'intimé, il ressort néanmoins du témoignage de plusieurs d'entre eux que des propos grivois et des plaisanteries douteuses étaient régulièrement échangés au sein de l'entreprise (témoins H_____, M_____, N_____, R_____ et S_____) et que l'intimé y participait (témoins H_____ et N_____). Or, le ressenti en présence de tels propos peut différer d'une personne à l'autre en fonction de sa sensibilité. En outre, certains messages que l'intimé a échangés avec E_____, dont le contenu a été rapporté par ce dernier lors de son témoignage, tendent à confirmer la propension de l'intimé à l'emploi d'un langage inconvenant. Enfin, le fait que certains employés n'aient pas été victime de comportements inappropriés de la part de l'intimé ne signifie pas encore que d'autres employés n'auraient pas pu l'être.

Il convient en conséquence de considérer comme établi que l'intimé a adopté, sur son lieu de travail, à l'égard de certains employés, des comportements importuns à caractère sexuel entrant dans la définition de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg. Reste à examiner s'il s'agit, au regard des circonstances du cas particulier, de manquements suffisamment graves entraînant la destruction des rapports de confiance indispensables au maintien du contrat de travail.

Les agissements déplacés de l'intimé ne revêtent pas un caractère isolé, plusieurs des témoins auditionnés ayant fait état de comportements inappropriés, et constituent, pour certains, une atteinte sérieuse à la personnalité des collaborateurs concernés. Les employés victimes de ces agissements ont déclaré avoir été affectés, offensés ou choqués par l'attitude de l'intimé. AD_____ a notamment indiqué avoir ressenti de la gêne ainsi qu'un profond manque de respect et T_____ a exposé avoir éprouvé des difficultés à travailler avec l'intimé. L'intimé n'était de surcroît pas un simple employé mais était membre du comité de direction de l'appelante. Dans la mesure où, compte tenu de sa position dirigeante, son comportement était susceptible d'influer sur celui de ses subordonnés, il était

tenu d'adopter à l'égard des collaborateurs une attitude exempte de toutes critiques.

Le fait que le contrat de travail de l'intimé avait déjà été résilié de manière ordinaire lors du licenciement immédiat ne saurait jouer un rôle déterminant dans l'appréciation du degré de gravité des manquements commis. En effet, le temps restant jusqu'à la fin des rapports de travail ne pouvait être qualifié de proche dès lors qu'il était susceptible d'atteindre une durée de cinq mois et demi au vu de la contestation par l'intimé de la validité de l'avenant au contrat de travail du 21 octobre 2016 remplaçant le délai de congé fixé à 6 mois par les délais prévus par la loi.

Il en va de même des motifs invoqués par l'autorité précédente ainsi que par l'intimé pour nier l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat.

Premièrement, le fait que des propos grivois et des plaisanteries douteuses étaient régulièrement échangés au sein de l'entreprise ne saurait, conformément à la jurisprudence susmentionnée, rendre admissibles les écarts de comportement de l'intimé.

Deuxièmement, il est sans pertinence qu'une réitération des comportements reprochés était impossible au motif que, préalablement au licenciement immédiat, les rapports de travail avaient été résiliés de manière ordinaire et que l'intimé avait été libéré de son obligation de travailler ni qu'il ne pouvait être retenu qu'un éventuel avertissement n'aurait pas eu l'effet escompté. En effet, le seul critère décisif pour juger du caractère justifié ou non d'un licenciement immédiat est l'existence (ou l'absence) d'un manquement particulièrement grave détruisant les rapports de confiance. Ce n'est qu'en présence d'un manquement moins grave que de telles considérations entrent en ligne de compte.

Enfin, le fait que l'appelante n'a pas donné l'occasion à l'intimé de s'exprimer sur les agissements qui lui étaient reprochés, respectivement que ceux-ci ont été découverts dans le cadre d'une enquête menée exclusivement à la charge de ce dernier ne constitue également pas un critère pertinent pour juger du caractère justifié d'un licenciement immédiat. Seul est déterminant le fait de savoir si les manquements graves allégués ont effectivement été commis. Or, les enquêtes ont permis d'établir la réalité des comportements reprochés à l'intimé.

Ainsi, au vu de l'ensemble des circonstances du cas concret, les agissements déplacés de l'intimé doivent être considérés comme un manquement suffisamment grave pour entraîner la perte du rapport de confiance. Il s'ensuit qu'un examen du caractère fondé des autres motifs invoqués par l'appelante à l'appui du licenciement immédiat s'avère superflu.

L'autorité précédente n'a pas examiné si la résiliation immédiate des rapports de travail était intervenue en temps utile et l'intimé ne plaide pas, au stade de la procédure d'appel, que l'appelante aurait tardé à agir après avoir eu connaissance des motifs de licenciement. Cette problématique ne fera donc pas l'objet d'un examen (cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_650/2018 du 3 décembre 2018 consid. 3.1; 4A_496/2016 du 8 décembre 2016 consid. 2.2.2 et 5A_660/2014 du 17 juin 2015 consid. 4.2).

Au vu de ce qui précède, le caractère justifié du licenciement immédiat du 16 décembre 2016 doit, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, être admis. L'intimé sera en conséquence débouté de ses prétentions en versement du salaire et de la part patronale à la prévoyance professionnelle pour les mois de juin à août 2017 ainsi qu'en octroi d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée. Les chiffres 3 et 7 du dispositif du jugement entrepris seront modifiés en ce sens.

5. 5.1 L'autorité précédente a retenu que l'intimé avait été en incapacité de travail du 5 décembre 2016, soit antérieurement au prononcé du licenciement immédiat, au 31 mai 2017. Le versement des indemnités pour incapacité de travail ayant cessé le 8 mars 2017, elle lui a alloué une somme de 43'924 fr. 45 à ce titre pour la période du 9 mars au 31 mai 2017.

5.2 D'une manière générale, en cas d'incapacité de travail, le droit au salaire cesse en même temps que les rapports contractuels, sauf accord contraire exprès (ATF 113 II 253 consid. 3). Toutefois, lorsque l'employeur s'engage, sans restriction, à conclure en faveur du travailleur un contrat d'assurance garantissant le paiement d'indemnités journalières pour une période manifestement plus longue que le délai de congé (même prolongé en cas d'incapacité de travail), par exemple pendant 720 jours consécutifs, le travailleur peut comprendre de bonne foi que la couverture ne dépend pas du maintien des rapports de travail jusqu'à la fin de cette période (ATF 124 III 126 consid. 2b et les réf. cit.). En cas de non-respect de son engagement, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquiesce pas les primes dues à l'assureur, l'employeur doit réparer le dommage subi par le travailleur, correspondant aux prestations d'assurance perdues (ATF 141 III 112 consid. 4.5; 127 III 318 consid. 5; 124 III 126 consid. 4).

5.3 En l'espèce, il ressort du contrat de travail que l'appelante s'est engagée à contracter en faveur de l'intimé un contrat d'assurance perte de gain garantissant, en cas d'incapacité de travail due à une maladie, le versement d'indemnités journalières correspondant à 80% du salaire pendant 730 jours. Le contrat de travail ne mentionne pas que le droit aux indemnités journalières prend fin avec la cessation des rapports de travail et il n'est ni allégué ni établi qu'une telle restriction aurait été convenue. L'intimé pouvait en conséquence de bonne foi comprendre que les prestations d'assurance demeuraient dues durant toute la période de couverture même si le contrat de travail devait prendre fin avant

l'échéance de celle-ci. Ainsi, dans la mesure où il était en incapacité de travail lors de son licenciement immédiat, l'intimé était en droit de prétendre à la poursuite du versement des indemnités journalières convenues jusqu'à l'extinction de son droit aux prestations.

L'appelante ne s'étant pas acquittée des primes d'assurance dues en violation de ses obligations contractuelles, il lui incombait de procéder elle-même au versement desdites indemnités, ce qu'elle ne conteste pas.

L'appelante a versé des indemnités journalières à l'intimé du 5 décembre 2016 au 8 mars 2017. Elle soutient être libérée de leur versement à compter de cette date au motif que, selon le rapport d'expertise établi le 9 mars 2017 à sa demande par le Dr AL_____, l'intimé disposait à cette période d'une pleine capacité de travail. Elle reproche à l'autorité précédente d'avoir retenu à tort que ce rapport serait dépourvu de force probante.

5.3.1 Il appartient au travailleur de prouver son empêchement de travailler (art. 8 CC), preuve qui est généralement apportée par la production d'un certificat médical (arrêt du Tribunal fédéral 4A_289/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.2).

Le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu (arrêt du Tribunal fédéral 4A_289/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.2). L'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve; inversement, le salarié a la faculté d'apporter la démonstration de son incapacité par d'autres biais. Pourront en particulier être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié (on cite souvent l'exemple du travailleur qui répare un toit alors qu'il souffre d'une incapacité de travail totale en raison de douleurs à un genou) et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée (empêchement consécutif à un congédiement ou au refus d'accorder des vacances au moment désiré par le salarié; absences répétées; production de certificats émanant de permanences ou de médecins reconnus pour leur complaisance; présentation d'attestations contradictoires; attestations faisant uniquement état des plaintes du travailleur ou établies plusieurs mois après le début des symptômes). La mise en doute de la véracité d'un certificat médical suppose néanmoins des raisons sérieuses (arrêt du Tribunal fédéral 1C_64/2008 du 14 avril 2008 consid. 3.4).

Il incombe à l'employeur qui conteste le certificat médical du travailleur d'apporter la preuve des éléments mettant en doute l'attestation y contenue (art. 8 CC; CAPH/95/219 du 24 mai 2019 consid. 3.2). Lorsque des motifs objectifs l'amènent à douter de l'incapacité, l'employeur est en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré de l'empêchement par un médecin-conseil. Une telle instruction est valable, même si elle ne figure pas dans le contrat ou le règlement d'entreprise. Elle résulte du devoir de diligence du travailleur (art. 321a

CO) et ne constitue pas une atteinte à sa personnalité (WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, Droit du travail, 4^{ème} éd., 2019, p. 305-306).

La réalité, l'étendue et la durée de l'incapacité de travail relève de l'appréciation des preuves par le tribunal (WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, op. cit., p. 307).

5.3.2 En l'espèce, pour attester de son incapacité de travail à 100% entre le 5 décembre 2016 et le 30 avril 2017 et à 50% entre le 1^{er} et le 31 mai 2017, l'intimé a non seulement produit plusieurs certificats médicaux, dont le premier a été établi par son médecin généraliste et les suivants par son psychiatre, mais également un rapport médical du 15 mars 2017 établi par ce dernier à l'attention de l'assurance perte de gain de l'appelante. Or, le contenu de ce rapport tend à corroborer la réalité des incapacités de travail constatées dans lesdits certificats médicaux. Il ressort en effet de ce document que l'intimé présentait une symptomatologie dépressive évoluant défavorablement ce qui rendait une reprise d'activité difficilement envisageable, devait suivre un traitement médicamenteux et avait des entretiens hebdomadaires avec son psychiatre avec possibilité d'appels téléphoniques en cas de besoin. Il apparaît ainsi plausible, au vu de la nature de l'affection constatée et du suivi médical mis en place, que l'intimé était inapte à travailler aux périodes concernées. L'appelante reconnaît d'ailleurs elle-même qu'une dépression de degré moyen ou grave implique des séances de psychothérapie hebdomadaires ainsi qu'un traitement pharmacologique et que ce type de dépression peut justifier une incapacité de travail.

Si le fait que l'incapacité de travail de l'intimé est intervenue peu après la résiliation ordinaire des rapports de travail et que celui-ci a, au moment de son licenciement, fait part de son intention de se mettre en arrêt maladie et de "*pourrir la vie à l'appelante*" peut effectivement susciter des doutes quant à la validité des certificats médicaux produits, il convient de prendre en considération que les relations entre l'intimé et l'appelante avaient déjà commencé à se dégrader deux mois auparavant. L'appelante a en effet, à compter du mois de septembre 2016, soudainement intensifié ses contacts avec l'équipe de vente dans le but d'identifier d'éventuels dysfonctionnements dans les pratiques managériales de l'intimé, donnant l'impression à certains collaborateurs de s'acharner sur ce dernier, respectivement de mener une chasse à l'homme. Ainsi, l'allégation de l'intimé selon laquelle il était, en raison de la dégradation de ses relations avec l'appelante, déjà profondément atteint dans sa santé psychique lors de son licenciement ordinaire apparaît crédible et peut expliquer les propos tenus à cette occasion ainsi que la proximité temporelle entre celui-ci et son incapacité de travail. L'existence d'une incapacité de travail de l'intimé consécutivement à la résiliation ordinaire des rapports de travail a par ailleurs été constatée par deux médecins, soit par son médecin traitant puis par son psychiatre.

Certes, le médecin-conseil mandaté par l'appelante pour vérifier l'existence d'un empêchement de travailler de l'intimé a estimé, le 9 mars 2017, en contradiction avec les certificats médicaux produits, que la capacité de travail de celui-ci était entière. Les éléments au dossier ne permettent toutefois pas de déterminer les investigations qui ont été menées par ce médecin pour parvenir à cette conclusion, ni les motifs qui l'ont conduit à s'écarter de l'avis médical du psychiatre de l'intimé. Ils ne permettent en particulier pas de comprendre les raisons pour lesquelles il a recommandé la poursuite du traitement médicamenteux prescrit à l'intimé, mais a nié toute incapacité de travail. Or, cette apparente incohérence est de nature à susciter des interrogations sur le diagnostic posé. Les explications que tente d'apporter l'appelante à cet égard ne constituent que des hypothèses et ne sont corroborées par aucun élément au dossier.

Par ailleurs, comme l'a à juste titre relevé l'autorité précédente, le fait que le médecin conseil de l'appelante exerçait au sein de la clinique AK_____ permet de douter du caractère probant de son appréciation médicale, au vu de l'arrêté rendu le _____ 2015 par le Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé de la République et canton de Genève retirant à la clinique AK_____ l'autorisation d'exploiter une institution de santé pour une durée de trois mois pour avoir notamment rédigé des rapports d'expertise médicale de complaisance et de l'arrêt 2C_32/2017 du Tribunal fédéral du 22 décembre 2017 confirmant cet arrêté (cf. let. F EN FAIT). Consécutivement à l'arrêt du Tribunal fédéral, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice a d'ailleurs nié toute valeur probante à des rapports d'expertise réalisés à la même période que le rapport médical sur lequel l'appelante se fonde pour contester l'incapacité de travail de l'intimé.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne saurait être inféré du fait que le retrait de l'autorisation d'exploiter date de l'été 2015 que la clinique AK_____ avait, lors de l'établissement du rapport médical litigieux, pris des mesures pour remédier aux dysfonctionnements constatés au sein de son département expertise dans la mesure où elle a contesté la sanction prononcée et où la procédure était toujours en cours.

Par conséquent, faute pour l'appelante d'avoir démontré l'existence d'éléments suffisamment sérieux de nature à mettre en doute la véracité des certificats médicaux produits, il convient d'admettre que l'intimé a établi avoir présenté une incapacité de travail à 100% entre le 5 décembre 2016 et le 30 avril 2017 et à 50% entre le 1^{er} et le 31 mai 2017. C'est ainsi à juste titre que l'autorité précédente a considéré que l'appelante n'était pas fondée à interrompre, à compter du 9 mars 2017, le versement des indemnités perte de gain en faveur de l'intimé.

Il est admis par les parties que les indemnités dues pour la période du 9 mars au 31 mai 2017 s'élèvent à 35'819 fr. 30 et non à 43'924 fr. 45 comme retenu par

l'autorité précédente, qui a omis de prendre en considération qu'à compter du 1^{er} mai 2017 l'incapacité de travail de l'intimé n'était plus que de 50%.

Le taux ainsi que le point de départ des intérêts moratoires n'ayant pas fait l'objet de contestation, l'appelante sera en conséquence condamnée à verser à l'intimé la somme nette de 35'819 fr. 30 plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016. Le chiffre 3 du dispositif du jugement entrepris sera modifié en ce sens.

6. Reste à déterminer s'il y a lieu de déduire des indemnités perte de gain dues à l'intimé les indemnités de chômage de 28'487 fr. 65 que la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ lui a versé pour la période de mai à août 2017 et dont celle-ci demande le remboursement à l'appelante.

6.1 Aux termes de l'art. 29 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après : LACI), si la caisse a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11 al. 3 LACI (indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail), ou que ces prétentions soient satisfaites, elle verse l'indemnité de chômage. En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière qu'elle a versée (art. 29 al. 2 LACI).

La subrogation prévue par cette disposition est limitée, d'une part, d'un point de vue matériel et, d'autre part, d'un point de vue temporel. Matériellement, la caisse ne devient titulaire de la créance de son assuré qu'à concurrence des prestations qu'elle a payées. Du point de vue temporel, les prétentions de l'assuré doivent coïncider avec la période durant laquelle les indemnités journalières sont versées. Enfin, la subrogation ne peut porter que sur des prétentions de salaire appartenant au travailleur assuré ou sur des créances assimilées au sens de l'art. 11 al. 3 LACI (par exemple, les dommages-intérêts au sens de l'art. 337c al. 1 CO; CAPH/28/2002 du 20 février 2002 consid. 3b; MUNOZ, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, 1992, p. 199).

6.2 En l'espèce, l'intimé a été débouté de ses prétentions pour les mois de juin à août 2017 et les indemnités qui lui ont été allouées pour le mois de mai 2017 ne sauraient être qualifiées de créances de nature salariale ou similaire dès lors qu'il a été jugé que le contrat de travail avait valablement pris fin le 16 décembre 2016. Les conditions d'une subrogation au sens de l'art. 29 al. 2 LACI n'étant pas réunies, le chiffre 4 du dispositif du jugement entrepris sera annulé et la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ déboutée de ses conclusions.

7. L'appelante reproche à l'autorité précédente d'avoir violé l'art. 329a CO en la condamnant à payer à l'intimé l'intégralité de son solde de vacances non prises au

jour du licenciement immédiat. Elle soutient que seule une indemnisation partielle est due dès lors que l'intimé a été libéré de l'obligation de travailler durant 29 jours avant la fin des rapports de travail, ce qui lui permettait de prendre une dizaine de jours de vacances.

7.1 A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages.

En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. Des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 131 III 623 consid. 3.2; 128 III 271 consid. 4a/aa ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_83/2019 du 6 mai 2019 consid. 4.1; 4A_434/2014 du 27 mars 2015 consid. 4.2).

Si le salarié a été libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du contrat, le point de savoir si le solde de vacances non prises doit être indemnisé en espèces repose sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant. Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié, en plus de ses vacances, ait suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (ATF 131 III 623 consid. 3.2 in fine). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (arrêts du Tribunal fédéral 4A_83/2019 du 6 mai 2019 consid. 4.1; 4A_748/2012 du 3 juin 2013 consid. 2.5; 4C_84/2002 du 22 octobre 2002 consid. 3.2.1).

Les vacances résiduelles doivent être prises en nature lorsque leur durée n'excède pas, approximativement, le quart ou le tiers de la période de libération de travailler; s'il y a lieu, elles doivent être prises partiellement en nature et pour le surplus remplacées par une prestation en argent (arrêt du Tribunal fédéral 4A_319/2019 du 17 mars 2020 consid. 8; WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, Droit du travail, 4^{ème} éd., 2019, p. 500). Selon le Tribunal fédéral, il ne peut être exigé d'une collaboratrice libérée pendant un peu moins de deux mois, correspondant à dix jours de travail entiers compte tenu d'un taux d'activité à 50% et d'une incapacité de 50% de ce taux, qu'elle compense, même partiellement, un solde de 5.32 jours de vacances (arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2014 du 27 mars 2015 consid. 4.3).

L'employé doit pouvoir se reposer et se détendre durant ses vacances, ce qu'il ne peut faire lorsqu'il subit une atteinte importante et durable à la santé psychique ou physique, à l'instar des dépressions nerveuses présentant une certaine gravité, une hospitalisation ou un suivi médical constant et prolongé (arrêt du Tribunal fédéral 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 6.3; CAPH/10/2019 du 11 janvier 2019 consid. 4.1.2; WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, op. cit., p. 492; CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 18 ad art. 329a CO).

7.2 L'indemnité pour vacances non prises doit être calculée sur la base du salaire complet, lequel comprend notamment les commissions et une éventuelle part octroyée en nature. Les remboursements de frais directement liés à l'accomplissement du travail ne doivent en revanche pas être pris en compte à moins qu'ils constituent un salaire déguisé (arrêt du Tribunal fédéral 4A_161/2016 du 13 décembre 2016 consid. 2.1; CEROTTINI, op. cit., n. 4 et ss ad art. 329d CO; WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, op. cit., p. 505 et ss). Le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5; 132 III 172 consid. 3.1; 129 III 664 consid. 7.3).

7.3 En l'espèce, il est constant que l'intimé bénéficiait d'un solde de vacances de 23.5 jours au jour de son licenciement immédiat intervenu le 16 décembre 2016 et que, préalablement à celui-ci, les rapports de travail avaient été résiliés de manière ordinaire en date du 18 novembre 2016 avec libération de l'obligation de travailler.

Ainsi, l'intimé a été libéré de son obligation de travailler durant 20 jours ouvrables avant la fin des rapports de travail. Au cours de cette période, l'intimé a toutefois été en incapacité de travail à compter du 5 décembre 2016, soit durant 10 jours ouvrables. Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne saurait être considéré que cette incapacité de travail - dont il a été jugé aux considérants précédents que la preuve de son existence avait été apportée (cf. consid. 5.3.2) - était compatible avec la prise de vacances. Il est en effet établi que l'intimé souffrait d'un état dépressif nécessitant des séances de psychothérapie hebdomadaires et la prise journalière de médicament. Or, au vu du suivi médical mis en place, le but des vacances, à savoir la récupération physique et psychique du travailleur, apparaissait difficilement réalisable. Il sied en conséquence de retenir que la durée effective de la libération de l'obligation de travailler de l'intimé n'a été que de 10 jours ouvrables.

Ainsi, une compensation même partielle avec les jours de vacances restants aurait eu pour conséquence que l'intimé aurait disposé de moins de 10 jours ouvrables pour procéder à la recherche d'un nouvel emploi, ce qui n'apparaît pas suffisant, ce d'autant que l'intimé était alors âgé de 52 ans. Partant, c'est à juste titre que

l'autorité précédente a considéré que l'intimé avait droit au paiement en espèces de l'intégralité de son solde de vacances non prises.

L'autorité précédente a arrêté l'indemnité due en se fondant sur le salaire mensuel brut perçu par l'intimé en 2016, qu'elle a arrêté à 20'028 fr. Cette somme résulte de l'addition de la part fixe et variable de la rémunération versée à l'intimé durant l'année concernée. Si aucune des parties ne conteste la non prise en compte des frais de représentation forfaitaires et de la part salariale en nature relative à l'utilisation privée du véhicule de l'entreprise, de sorte qu'il n'y a pas lieu de revenir sur ces questions, l'appelante soutient en revanche que le salaire variable perçu au mois de décembre 2016 n'aurait pas dû être comptabilisé en raison de son caractère incomplet. Ce raisonnement ne saurait être suivi. Dans la mesure où il n'est pas allégué que la somme concernée n'aurait pas été versée à l'intimé, il convient d'en tenir compte.

La méthode de calcul appliquée par l'autorité précédente pour arrêter l'indemnité due n'étant pour le surplus pas contestée, de même que le taux et le point de départ des intérêts moratoires retenus, la condamnation de l'appelante à verser à l'intimé la somme brute de 21'639 fr. 45 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016 à titre de solde pour vacances non prises sera confirmée.

- 8.** Les parties critiquent toutes deux le jugement entrepris en tant qu'il condamne l'appelante à verser à l'intimé la somme brute de 100'000 fr. à titre d'heures supplémentaires. L'appelante estime ne devoir aucune rétribution à ce titre alors que l'intimé chiffre la somme due à 326'765 fr.

8.1 Selon l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Les parties peuvent ainsi prévoir que les heures supplémentaires seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 consid. 3a).

Constituent des heures supplémentaires au sens de cette disposition les heures de travail accomplies au-delà de l'horaire contractuel, soit au-delà du temps de travail prévu par le contrat, l'usage, un contrat-type ou une convention collective (ATF 126 III 337 consid. 6a; 116 II 69 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3).

L'art. 321c al. 3 CO s'applique également aux cadres supérieurs lorsque leur temps de travail a été déterminé contractuellement (ATF 129 III 171 consid. 2.1 = JdT 2003 I 241).

8.2 Les heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 3 CO se distinguent du travail supplémentaire, à savoir le travail dont la durée excède le maximum légal, soit 45 heures pour la catégorie de travailleurs à laquelle l'intimé appartient (cf. art. 9 LTr). La rémunération du travail supplémentaire est régie par l'art. 13 al. 1 LTr, qui prévoit également une rétribution à hauteur du salaire de base majoré de 25%, mais uniquement à partir de la 61^{ème} heure supplémentaire accomplie dans l'année civile. Cette disposition revêt un caractère impératif, de sorte qu'il n'est pas possible d'y déroger (ATF 126 III 337 consid. 6).

La LTr ne s'applique pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr). Selon l'art. 9 OLT 1, la fonction dirigeante élevée vise l'employé qui dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement les décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Cette notion doit être interprétée restrictivement. Une position de confiance, la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions peuvent aussi être conférées à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée aux termes de cette disposition; par conséquent, les faits de ce genre ne constituent pas des critères décisifs. La portée de l'art. 3 let. d LTr doit être déterminée de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation de la personne concernée, mais d'après la nature réelle de sa fonction, en tenant compte de la dimension de l'entreprise (ATF 126 III 337 consid. 5; arrêt du Tribunal fédéral 2C_745/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.1). Plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités exercées qui comptent (nombre de subordonnés, chiffre d'affaires, etc.; WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, op. cit., p. 104).

8.3 Il appartient au travailleur de prouver qu'il a accompli des heures supplémentaires et, en plus, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (cf. art. 321c al. 1 CO; ATF 129 III 171 consid. 2.4). Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Une annonce rapide du nombre d'heures supplémentaires exact n'est alors pas indispensable à la rémunération de celles-ci, d'autant moins lorsque les parties ont convenu de la possibilité de compenser plus tard les heures supplémentaires en temps libre (ATF 129 III 171 consid. 2.2 et 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3).

8.4 Le travailleur doit non seulement démontrer qu'il a effectué des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, mais également prouver la quotité des heures dont il réclame la rétribution. Lorsqu'il n'est pas possible d'en établir le nombre exact, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, procéder à une estimation. Si elle allège le fardeau de la preuve, cette disposition ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies. La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêts du Tribunal fédéral 4A_390/2018 du 27 mars 2019 consid. 3; 4A_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3).

Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise. L'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 4A_390/2018 du 27 mars 2019 consid. 3 et 4A_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3).

8.5 En l'espèce, il est admis que l'art. 321c CO s'applique à l'intimé indépendamment du type de fonction qu'il occupait dès lors que le contrat de travail prévoyait une durée hebdomadaire de travail de 40 heures.

Selon l'art. 321c al. 3 CO, les heures supplémentaires non compensées par un congé doivent être rétribuées à hauteur du salaire normal majoré d'un quart. Il est néanmoins possible de déroger à cette disposition, ce qu'ont fait les parties en prévoyant dans le contrat de travail que les heures supplémentaires non compensées en temps libre seraient rémunérées sans supplément. A juste titre, il n'est pas contesté que cet accord, intervenu en la forme écrite, est valable.

Il s'ensuit que l'intimé peut, sur la base de l'art. 321c CO, uniquement prétendre à une rémunération correspondant à son salaire de base pour les éventuelles heures supplémentaires accomplies.

Les parties s'opposent toutefois sur le point de savoir si l'intimé peut se prévaloir des dispositions de la LTr concernant le travail supplémentaire et ainsi obtenir, pour les heures supplémentaires dépassant 45 heures par semaine, un supplément de salaire de 25% à partir de la 61^{ème} heure accomplie dans l'année civile. Cette disposition étant impérative, il n'est en effet pas possible d'y déroger de sorte que l'accord conclu entre les parties ne déploie aucun effet en présence de travail supplémentaire.

L'appelante, qui ne conteste pas être assujettie à la LTr, soutient en revanche que cette loi ne s'applique pas à l'intimé au motif que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité précédente, il exerçait une fonction dirigeante élevée.

S'il est certes exact que l'intimé occupait la fonction de directeur des opérations de sorte qu'il était notamment en charge de l'équipe des ventes, qu'il était un des trois membres du comité de direction et qu'il disposait d'une grande liberté dans l'organisation de son temps de travail, cela ne saurait toutefois suffire pour considérer qu'il exerçait une fonction dirigeante élevée. Seul est décisif la nature réelle de sa fonction et les responsabilités exercées.

Il résulte du dossier que les décisions importantes relatives à la marche des affaires, notamment celles relatives à la stratégie de l'entreprise, aux comptes et aux budgets étaient prises par le comité de direction. Si l'intimé faisait partie de ce comité de direction, il n'en était toutefois que l'un des trois membres. L'intimé ne bénéficiait en conséquence d'aucun pouvoir de décision autonome dans ce domaine. Ainsi, si l'intimé avait certes la compétence de fixer les objectifs généraux de vente ainsi que pour chaque commercial, la détermination des objectifs généraux de l'entreprise incombait, de l'aveu même de l'appelante, au comité de direction. De même, lorsque l'intimé a souhaité mettre en place un système de pré-validation de nature à influencer sur le chiffre des ventes, il a au préalable dû soumettre son projet au comité de direction afin d'obtenir leur approbation. Le fait que, selon les allégués de l'appelante, l'intimé aurait décidé de la mise en place d'une *management letter* ainsi que de l'instauration de *group meeting* une semaine sur deux ne permet pas de parvenir à une conclusion différente, de telles décisions ne revêtant pas une portée majeure.

Par ailleurs, en 2016, le directeur général de l'appelante a décidé seul, sans consulter au préalable l'intimé, de l'engagement de deux nouveaux responsables ainsi que de leur intégration dans le comité de direction. Il peut ainsi en être déduit que l'intimé ne jouissait de surcroît d'aucun pouvoir de décision quant aux décisions concernant la structure de la société.

Enfin, l'intimé ne disposait pas du pouvoir d'engager l'entreprise par sa signature ce qui plaide également contre la qualité de dirigeant élevé.

Partant, c'est à juste titre que l'autorité précédente a nié la qualité de dirigeant élevé à l'intimé. Les dispositions de la LTr concernant le travail supplémentaire sont en conséquence applicables. L'intimé peut ainsi prétendre, pour les heures de travail excédant 45 heures par semaine, à un supplément de salaire de 25% à partir de la 61^{ème} heure accomplie dans l'année civile.

8.6 Plusieurs des témoins entendus ont confirmé que, durant les rapports de travail, l'intimé a quotidiennement effectué un horaire de travail excédant la durée contractuelle de travail, qu'il travaillait le week-end et qu'il accomplissait encore en sus occasionnellement des heures supplémentaires. Il convient en conséquence d'admettre que l'intimé a, sur le principe, prouvé avoir accompli des heures supplémentaires.

Si l'appelante ne conteste pas la réalisation par l'intimé d'heures supplémentaires, elle soutient en revanche que leur exécution n'était pas nécessaire et qu'elles ont été annoncées tardivement.

Il est constant que les heures supplémentaires litigieuses n'ont pas été accomplies à la demande de l'appelante et qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une annonce de la part de l'intimé, à l'exception de celles déployées durant les semaines du 22 août au 2 septembre 2016. S'agissant des ces dernières heures, dans la mesure où l'intimé les a déclarées dans la semaine suivant leur exécution et qu'il n'est pas établi que cette déclaration aurait suscité une réaction de la part de l'appelante, il doit être admis qu'elles ont été annoncées en temps utile et que leur accomplissement était nécessaire. Leur rétribution est donc due.

En ce qui concerne les autres heures supplémentaires, l'absence d'une annonce rapide, quand bien même elle est prévue dans le contrat de travail, n'entraîne pas encore, conformément à la jurisprudence susmentionnée, la perte du droit à une rétribution si l'employeur sait ou doit savoir que des heures allant au-delà de l'horaire contractuel ont été effectuées. Il ressort du témoignage de E_____ que D_____, directeur général de l'appelante et superviseur de l'intimé, savait que des heures supplémentaires étaient effectuées par ce dernier, y compris le week-end. Le témoin N_____ a également confirmé que, selon elle, D_____ avait connaissance que l'intimé travaillait le week-end. Ces témoignages sont corroborés par le contenu du courriel rédigé par D_____ en date du 27 février 2016, lequel démontre qu'il avait conscience que l'intimé effectuait davantage d'heures que prévu contractuellement. D_____ a d'ailleurs reconnu qu'il savait que l'intimé quittait régulièrement son poste de travail après lui et que sa charge de travail était dense. Enfin, il est peu plausible que l'appelante ignorait que l'intimé effectuait des heures supplémentaires alors que nombreux des collaborateurs entendus, dont le directeur financier de l'appelante, avaient connaissance de ce fait. Il convient en conséquence de considérer que l'appelante avait, au moins sur le principe, connaissance que l'intimé accomplissait régulièrement des heures supplémentaires. Si elle désirait connaître le nombre d'heures réalisées, respectivement leur finalité, il lui incombait de se renseigner.

Certes, selon le témoignage de E_____ D_____ aurait, à plusieurs reprises, demandé de "*lever le pied*", respectivement d'alléger le mémorandum hebdomadaire, voire de le produire à un autre moment. Il ne saurait toutefois en être conclu que les heures supplémentaires effectuées n'étaient pas approuvées. En effet, outre qu'aucune précision n'a été donnée sur les périodes auxquelles ces demandes sont intervenues, l'appelante demeurait consciente que des heures supplémentaires continuaient d'être accomplies. En effet, son directeur général recevait un exemplaire du mémorandum hebdomadaire avant chacune des séances du comité de direction. Il n'est par ailleurs pas établi que celui-ci aurait réagi lorsqu'un relevé détaillé des heures supplémentaires accomplies par les membres

du comité de direction durant les deux dernières semaines du mois d'août 2016 lui a été communiqué ni qu'il aurait exprimé de la surprise quant au nombre important d'heures supplémentaires annoncées. Enfin, aucune mesure n'a été prise pour adapter la charge de travail avant le mois de mai 2016 (engagement de AC_____), respectivement le mois d'août 2016 (engagement de V_____), mesures qui se sont toutefois avérées insuffisantes comme cela résulte des courriels des 28 août et 2 septembre 2016 de l'intimé, l'appelante ayant au contraire maintenu les mêmes objectifs, notamment financiers. Ainsi, il n'apparaît pas qu'il existait une réelle opposition de la part de l'appelante à l'accomplissement d'heures supplémentaires. L'intimé pouvait ainsi de bonne foi en déduire que les heures supplémentaires effectuées étaient approuvées. Il n'avait alors, conformément à la jurisprudence susmentionnée, pas à démontrer qu'elles étaient nécessaires à l'accomplissement du travail demandé ni n'était tenu d'en communiquer rapidement le nombre exact ce d'autant que les parties avaient convenu de la possibilité de les compenser par du temps libre.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'autorité précédente a considéré que l'intimé pouvait, sur le principe, prétendre à la rétribution des heures supplémentaires effectuées.

8.7 Reste à déterminer le nombre d'heures supplémentaires accomplies par l'intimé. Dans la mesure où aucun système de comptabilisation des heures de travail accomplies n'a été mis en place durant les rapports de travail, il convient, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, de procéder par estimation sur la base des témoignages recueillis et des pièces déposées au dossier. Les parties ne le contestent d'ailleurs pas.

L'intimé allègue avoir, dès le mois de janvier 2014, travaillé, du lundi au vendredi au moins 10 heures par jour, ce qui représente, quotidiennement, 2 heures de travail supplémentaires. Cet horaire de travail a été confirmé par quatre des témoins entendus (témoins H_____, I_____, O_____ et R_____). En outre, la majorité des témoins entendus ont confirmé que l'intimé travaillait beaucoup. L'appelante soutient que l'intimé s'accordait des moments de distraction durant son temps de travail et ne fournissait en conséquence pas une prestation de travail durant la totalité de ses heures de présence. Outre que les moyens de preuve sur lesquels elle se fonde ont été déclarés irrecevables (cf. consid. 2), trois des quatre témoins ayant confirmé l'horaire de travail de l'intimé ont déclaré que celui-ci travaillait davantage que 10 heures par jour (10 à 12 heures selon le témoin H_____, 11 heures selon le témoin I_____ et largement plus de 10 heures selon le témoin O_____). Il sera en conséquence admis que l'intimé a établi avoir, dès le mois de janvier 2014, effectué quotidiennement au moins 2 heures supplémentaires, ce qui représente un dépassement de 456 heures pour 2014 (365 jours par année – 104 jours de week-end - 9 jours fériés - 24 jours de vacances = 228 jours ouvrables x 2 heures), de 476 pour 2015 (365 jours par année - 104

jours de week-end – 9 jours fériés - 14 jours de vacances = 238 jours ouvrables x 2 heures) et de 378 pour 2016 (322 jours jusqu'à la résiliation ordinaire du contrat de travail - 92 jours de week-ends - 7 jours fériés - 16 jours de vacances = 207 jours ouvrables réduits à 189 soit au nombre de jours allégués par l'intimé x 2 heures).

L'intimé allègue également qu'il travaillait presque tous les week-ends à raison de 8 heures par week-end en moyenne. Plusieurs des témoins entendus ont confirmé que l'intimé travaillait le week-end sans toutefois préciser le nombre d'heures accomplies (témoins H_____, I_____, K_____, N_____, O_____, Q_____, R_____, S_____ et E_____). L'intimé rédigeait notamment les mémorandums hebdomadaires en collaboration avec E_____ et préparait les *group meeting* qui avaient lieu le lundi matin une semaine sur deux. A teneur des pièces déposées au dossier, l'intimé a rédigé 34 mémorandums hebdomadaires en 2014, 44 en 2015 et 31 en 2016 et a établi 18 présentations pour les *group meeting* en 2014, 17 en 2015 et 19 en 2016. E_____ a déclaré, lors de son audition en qualité de témoin, rédiger la partie du mémorandum qui lui incombait en une heure de temps maximum. Il ignorait en revanche le temps de travail nécessaire à la rédaction de la partie de l'intimé. Le témoin N_____ a pour sa part déclaré que la rédaction du mémorandum hebdomadaire ainsi que la préparation du *group meeting* devaient prendre plusieurs heures à l'intimé. A défaut d'autres éléments, il sera considéré que l'exécution de chacune de ces tâches nécessitait à tout le moins 1 heure de travail en moyenne, étant précisé qu'il résulte des captures d'écran produites par l'intimé qu'il accomplissait parfois une partie du travail hors week-end, certains documents ayant été modifiés pour la dernière fois en début de semaine. Le nombre d'heures supplémentaires effectuées à ce titre par l'intimé sera en conséquence estimé à 52 en 2014 (34 mémorandums x 1 heure + 18 présentations x 1 heure), à 61 en 2015 (44 mémorandums x 1 heure + 17 présentations x 1 heure) et à 50 en 2016 (31 mémorandums x 1 heure + 19 présentations x 1 heure). L'intimé préparait également durant les week-ends les mises au vert du comité de direction qui avaient lieu deux fois par an. Selon le témoin E_____, ces mises au vert nécessitaient un travail de préparation d'environ trois heures. Les heures supplémentaires accomplies ce titre seront en conséquence estimées à 6 heures en 2014 et en 2015 et à 3 heures en 2016, l'intimé n'ayant pas précisé si les deux mises au vert prévues cette année-là avaient pu avoir lieu avant son licenciement. Enfin, l'intimé effectuait certaines tâches qu'il n'avait pas eu le temps d'accomplir la semaine (réponses à des appels d'offre, envoi de messages électroniques à certains collaborateurs, rédaction de lettres de vente). Ces tâches étaient toutefois occasionnelles et l'intimé ne fournit aucun élément permettant d'apprécier le temps consacré à leur exécution. Le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'intimé durant les week-ends sera en conséquence estimé à 58 (52 + 6) en 2014, à 67 (61 + 6) en 2015 et à 53 (50 + 3) en 2016.

L'intimé allègue enfin avoir, en sus des dépassements d'horaire susmentionnés, occasionnellement accompli des heures supplémentaires en lien avec la certification F_____, la préparation des réponses aux appels d'offre et, à compter de l'année 2016, des fréquents déplacements en Suisse allemande.

Il ressort du témoignage de H_____ que tant elle-même que l'intimé ont effectué d'importantes heures supplémentaires pour le renouvellement de la certification F_____ en 2015 ainsi que pour la préparation de l'audit de contrôle en 2016. Selon les décomptes d'heures qu'il a adressés au responsable des ressources humaines de l'appelante par courriels des 28 août et 2 septembre 2016, l'intimé a, durant les semaines du 22 août au 2 septembre 2016, effectué 41 heures supplémentaires en lien avec la certification F_____ en plus de son horaire hebdomadaire de 50 heures. Dès lors qu'il n'est pas établi que ce décompte aurait, lors de sa transmission, fait l'objet de contestation, il sera considéré que les heures qui y sont mentionnées ont effectivement été accomplies. L'intimé estime en outre avoir accompli en sus au moins 20 heures supplémentaires en 2015 en se fondant sur le témoignage de H_____. Cette dernière a déclaré que la certification F_____ avait généré, tant pour elle-même que pour l'intimé, une augmentation de la charge de travail de 40% et qu'elle avait notamment, entre les mois d'août et septembre 2015, passé plusieurs soirées jusqu'à 20h ou 20h30, voire à deux ou trois reprises jusqu'à 22h, à travailler avec l'intimé sur le dossier F_____. Au regard de ces déclarations, l'estimation de l'intimé apparaît plausible. Le nombre d'heures supplémentaires effectuées en lien avec la certification F_____ sera ainsi estimé à 20 heures en 2015 et à 41 heures en 2016.

Il ressort du dossier que l'intimé a, pendant la durée de son engagement, supervisé les réponses aux appels d'offre du X_____ en 2014, des Y_____ ainsi que de la société Z_____ en 2015 et de AA_____ en 2016.

S'agissant de l'appel d'offre du X_____, l'intimé allègue avoir accompli 27 heures supplémentaires en 2014 et 5h30 en 2015. Il ressort de captures d'écran d'un dossier intitulé "X_____" produites par ses soins que des modifications ont été opérées sur des fichiers contenus dans ce dossier le 15 avril 2014 à 22h05, le 14 juillet 2014 à 21h46, le 21 août 2014 à 1h23, le 31 octobre 2014 à 5h50, le 5 janvier 2015 à 21h27 et le 17 novembre 2015 à 22h. Concernant l'année 2014, les témoins auditionnés ont confirmé l'accomplissement d'heures supplémentaires par l'intimé. Il ressort en effet des témoignages de AB_____ et de P_____ que l'appel d'offre du X_____ a nécessité que l'intimé travaille à plusieurs reprises jusqu'à tard dans la nuit, respectivement à une reprise jusqu'à 21 heures. La quotité d'heures alléguées à ce titre par l'intimé en 2014 apparaît ainsi crédible. En revanche, aucun des témoins auditionnés n'a confirmé que l'intimé aurait effectué en 2015 des heures supplémentaires en lien avec l'appel d'offre du X_____ et les captures d'écran produites ne sauraient à elles seules suffire pour retenir l'accomplissement d'heures supplémentaires dans la mesure alléguée dès lors

qu'elles ne permettent pas d'estimer le temps consacré aux modifications opérées. Aucune heure supplémentaire se sera ainsi comptabilisée pour cette année-là.

S'agissant de l'appel d'offre des Y_____, l'intimé allègue avoir accompli 26 heures supplémentaires. Il résulte du témoignage de I_____ que l'intimé a participé à une dizaine de séances organisées de 18h à 20h ou 20h30, voire à deux reprises jusqu'à minuit. Ce témoignage est corroboré par une capture d'écran d'un dossier intitulé "Y_____" produite par l'intimé selon laquelle un des fichiers contenu dans ce dossier a été modifié le 19 janvier 2015 à 22h38, ainsi que par le témoignage de E_____ qui a déclaré avoir participé, dans le cadre de l'appel d'offre des Y_____, à une séance qui avait débuté à 17h30 et s'était terminée après minuit. Ce dernier a toutefois précisé qu'ils avaient, durant la séance, alterné distractions et travail. Si ces éléments suffisent pour attester de l'existence d'heures supplémentaires, ils ne permettent en revanche pas de conclure avec suffisamment de force à la réalisation d'heures supplémentaires dans la mesure alléguée. En prenant en considération les horaires quotidiens de travail de l'intimé, dont il peut être admis, sur la base des témoignages recueillis et de ses propres allégués, qu'ils s'étendaient approximativement de 8h à 19h ainsi que le fait qu'une des séances au moins a été entrecoupée de moments de distractions, seules 20 heures supplémentaires seront comptabilisées.

Enfin, s'agissant des appels d'offre Z_____ et AA_____, l'intimé allègue avoir accompli 9 heures, respectivement 2 heures 30 supplémentaires en se fondant sur les témoignages de R_____ et N_____. Il ressort de ces témoignages que l'intimé a travaillé, pour le premier de ces appels d'offre, au moins trois soirs jusqu'à 22h après avoir "*juste mangé un kebab ou une pizza*" et, pour le second, un soir jusqu'à 21 ou 22 heures. Les heures supplémentaires alléguées à ce titre apparaissent ainsi plausibles et seront admises.

Le nombre d'heures supplémentaires accomplies en lien avec les appels d'offre susmentionnés sera ainsi arrêté à 27 pour 2014, à 29 pour 2015 et à 2.5 pour 2016.

Enfin, l'intimé allègue avoir accompli, à partir du mois de janvier 2016, 149 heures au-delà de son temps de travail quotidien de 10 heures en raison de déplacements professionnels, principalement en Suisse allemande, qui impliquaient souvent selon lui un départ tôt le matin et un retour tard le lendemain soir. Pour attester de l'existence de ces heures supplémentaires, l'intimé se fonde sur un décompte établi par ses soins sur la base de justificatifs de ses frais de déplacement. Il est établi que l'intimé s'est, à la suite de l'acquisition par l'appelante de succursales en Suisse allemande, régulièrement rendu en train dans cette région et qu'il travaillait pendant les trajets. Cependant, si l'intimé a établi ses horaires de travail sur son lieu de travail (approximativement de 8h à 19h), il n'a en revanche pas systématiquement fourni des informations sur ses horaires de travail en Suisse allemande ou dans les autres lieux où il se déplaçait. Or, il ne

peut, en l'absence de ces informations, être déduit du simple fait qu'il partait parfois tôt, respectivement rentrait tard que des heures allant au-delà de son temps de travail quotidien de 10 heures auraient été accomplies. L'accomplissement d'heures supplémentaires sera ainsi uniquement retenu pour les jours où son horaire de travail peut être déterminé. Le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'intimé en raison de déplacements professionnels sera ainsi estimé, sur la base de son décompte et des pièces justificatives produites, à 7 (40 minutes le 17 février 2012 dans la mesure où il est plausible que l'intimé a ensuite poursuivi sa journée de travail selon ses horaires habituels, 2 heures le 2 mars 2016, 45 minutes le 14 juin 2016, 2h15 le 25 août 2016 et 1h15 le 26 août 2016), étant précisé qu'il n'a pas été tenu compte des trajets qui ne faisaient pas l'objet de justificatifs ou dont les justificatifs produits n'étaient pas propres à attester du déplacement allégué (production d'un billet de transport régional au lieu d'un billet de train).

Au vu de ce qui précède, le nombre total d'heures supplémentaires accomplies par l'intimé en 2014 sera estimé à 541 (456 + 58 + 27), dont 313 constituent du travail supplémentaire au sens de la LTr (541 heures supplémentaires – [1 heure correspondant à la différence entre la durée quotidienne de travail convenu, soit 8 heures, et la durée quotidienne de travail maximale au sens de l'art. 9 LTr, soit 9 heures x 228 jours ouvrables travaillés] ; cf. supra). Le salaire mensuel brut moyen de l'intimé en 2014 s'est élevé à 17'979 fr. ce qui correspond à un salaire horaire de 103 fr. 30 (17'979 fr. : 21.75 jours de travail par mois en moyenne : 8 heures), respectivement de 129 fr. 15 avec la majoration de 25% due dès la 61^{ème} heure de travail supplémentaire accomplie durant l'année civile conformément à l'art. 13 LTr. La rétribution due à l'intimé pour les heures de travail supplémentaires effectuées en 2014 est ainsi de 62'425 fr. 35 (288 heures [228 + 60] x 103 fr. 30 + 253 [313 - 60] x 129 fr. 15).

Le nombre total d'heures supplémentaires accomplies par l'intimé en 2015 sera estimé à 592 (476 + 67 + 20 + 29), dont 354 constituent du travail supplémentaire au sens de la LTr (592 heures supplémentaires – [1 heure correspondant à la différence entre la durée quotidienne de travail convenu, soit 8 heures, et la durée quotidienne de travail maximale au sens de l'art. 9 LTr, soit 9 heures x 238 jours ouvrables travaillés] ; cf. supra). Le salaire mensuel brut moyen de l'intimé en 2015 s'est élevé à 19'717 fr. ce qui correspond à un salaire horaire de 113 fr. 30 (19'717 fr. : 21.75 jours de travail par mois en moyenne : 8 heures), respectivement de 141 fr. 60 avec la majoration de 25%. La rétribution due à l'intimé pour les heures de travail supplémentaires effectuées en 2015 s'élève ainsi à 75'393 fr. 80 (298 heures [238 + 60] x 113 fr. 30 + 294 [354 - 60] x 141 fr. 60).

Enfin, le nombre total d'heures supplémentaires accomplies par l'intimé en 2016 sera estimé à 481.5 (378 + 53 + 41 + 2.5 + 7), dont 274.5 constituent du travail supplémentaire au sens de la LTr (481.5 heures supplémentaires – [1 heure

correspondant à la différence entre la durée quotidienne de travail convenu, soit 8 heures, et la durée quotidienne de travail maximale au sens de l'art. 9 LTr, soit 9 heures x 207 jours ouvrables travaillés]; cf. supra). Le salaire mensuel brut moyen de l'intimé en 2016 s'est élevé à 20'906 fr. (11'875 fr. de salaire fixe + 625 fr. de frais de représentation + 253 fr. 20 pour l'utilisation privée du véhicule de l'entreprise + 8'153 fr. 25 de rémunération variable), ce qui correspond à un salaire horaire de 120 fr. 15 (20'906 fr. : 21.75 jours de travail par mois en moyenne : 8 heures), respectivement de 150 fr. 15 avec la majoration de 25%. La rétribution due à l'intimé pour les heures de travail supplémentaires effectuées en 2016 s'élève ainsi à 64'287 fr. 20 (267 heures [207 + 60] x 120 fr. 15 + 214.5 [274.5 - 60] x 150 fr. 15).

Il s'ensuit que la créance dont dispose l'intimé à l'égard de l'appelante pour les heures supplémentaires accomplies durant les rapports de travail totalise 202'106 fr. 35 (62'425 fr. 35 + 75'393 fr. 80 + 64'287 fr. 20). Le montant des intérêts moratoires ainsi que leur point de départ n'étant pas contestés, il n'y a pas lieu de réexaminer ces questions.

Le chiffre 5 du dispositif du jugement entrepris sera en conséquence modifié en ce sens que la somme brute totale que l'appelante a été condamnée à verser à l'intimé à titre d'heures supplémentaires et d'indemnités pour vacances non prises, arrêtée à 121'639 fr. 45, sera augmentée à 223'745 fr. 80 (21'639 fr. 45 + 202'106 fr. 35) avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016.

- 9.** L'appelante reproche à l'autorité précédente d'avoir alloué une indemnité pour tort moral de 5'000 fr. à l'intimé au motif qu'elle aurait gravement porté atteinte à la personnalité de ce dernier.

9.1 En cas de violation des articles régissant la protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 à 328b CO), l'employé peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO.

Selon cette norme, 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 70 consid. 3a); l'atteinte doit revêtir une certaine gravité objective et doit être ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation (ATF 129 III 715 consid. 4.4 et 120 II 97 consid. 2a et b). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances d'espèce justifient une indemnité pour tort moral (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2; 129 III 715 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_482/2017 du 17 juillet 2018 consid. 4.1).

Le lésé doit alléguer et prouver les circonstances objectives desquelles on peut inférer la grave souffrance subjective qu'il ressent, malgré la difficulté de la preuve dans le domaine des sentiments (ATF 125 III 70 consid. 3a; 120 II 97 consid. 2b).

L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité de l'adoucir sensiblement par le versement d'une somme d'argent; la fixation de l'indemnité pour tort moral est une question d'appréciation (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2; 130 III 699 consid. 5.1).

9.2 Le harcèlement psychologique, ou mobbing, contrevient à l'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité du travailleur. La jurisprudence le définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, marginaliser, voire exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut éventuellement être considéré comme supportable, alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. Il n'y a pas de harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ou encore du simple fait qu'un supérieur hiérarchique n'a pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs. La décision qui retient ou exclut un tel harcèlement présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce. La jurisprudence reconnaît au juge du fait une certaine marge d'appréciation en la matière (arrêts du Tribunal fédéral 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016 consid. 3.1 et 4A_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 2.2).

9.3 En l'espèce, l'autorité précédente a, à l'appui de sa décision d'allouer une indemnité pour tort moral de 5'000 fr. à l'intimé, retenu que l'appelante avait gravement porté atteinte à la personnalité de ce dernier, notamment à sa réputation, en procédant, alors qu'il avait déjà été licencié avec effet immédiat, à une recherche de données dans son téléphone portable professionnel dans l'unique but de récolter d'éventuelles preuves susceptibles de l'accabler. A cela s'ajoutait que l'appelante avait fait preuve d'un acharnement hors du commun à l'égard de l'intimé. Elle lui avait en effet imposé la signature d'un avenant au contrat de travail afin de pouvoir le licencier plus rapidement, avait, postérieurement à la résiliation ordinaire des rapports de travail, mené une enquête à sa charge et l'avait licencié avec effet immédiat sans lui donner l'occasion de se défendre, l'avait privé de tout revenu pendant de longues semaines car elle n'avait pas payé les primes de son assurance perte de gain et enfin avait parfois adopté des attitudes contradictoires, voire déroutantes durant la procédure, ne reconnaissant ses erreurs que lorsqu'elle était confrontée à des faits incontestables.

Il a déjà été jugé au considérant 2 du présent arrêt qu'en accédant sans l'autorisation de l'intimé à des conversations privées qu'il avait échangées sur son téléphone ainsi que sur sa messagerie professionnels l'appelante a porté une atteinte particulièrement grave à sa personnalité. Il ne saurait en revanche être considéré, comme l'a retenu l'autorité précédente, que cette atteinte est intervenue dans un contexte de harcèlement. En effet, les premières tensions entre l'appelante et l'intimé ont débuté dans le courant du mois de septembre 2016, soit environ deux mois avant la résiliation ordinaire des rapports de travail. Durant cette période, les deux seuls agissements de l'appelante susceptibles d'être qualifiés d'hostiles ont consisté à intensifier ses contacts avec l'équipe de vente afin d'identifier d'éventuels manquements commis par l'intimé et à proposer la signature d'un nouvel avenant au contrat de travail défavorable à l'intimé. Quand bien même ces démarches auraient été effectuées dans le but d'obtenir une résiliation des rapports de travail, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'agissements isolés qui ne se sont produits que sur une courte période, de sorte que la qualification d'harcèlement ne saurait être retenue. Quant aux autres faits survenus postérieurement à la résiliation ordinaire des rapports de travail, ils sont davantage dus aux conflits générés par la rupture du contrat de travail qu'à une volonté d'harcèlement.

Il sera ainsi uniquement examiné si l'atteinte qu'a portée l'appelante à la personnalité de l'intimé en accédant sans son autorisation à des conversations privées qu'il a échangées sur son téléphone ainsi que sur sa messagerie professionnels présente un degré de gravité suffisant pour justifier le versement d'une indemnité pour tort moral. Comme déjà relevé, les données récoltées concernaient non seulement la vie privée de l'intimé mais également sa vie intime, notamment sa vie sexuelle. L'ampleur de l'atteinte était par ailleurs importante dès lors que l'appelante a eu accès à l'ensemble des conversations privées que l'intimé a échangé sur son téléphone portable professionnel durant les rapports de travail. Enfin, certaines des données récoltées ont été portées à la connaissance de tiers, notamment à certains employés de l'entreprise, aux membres de la famille de D_____ ainsi qu'aux différentes personnes ayant eu accès à la présente procédure, notamment aux employés de l'assurance chômage, laquelle est partie à la procédure. L'atteinte que l'intimé a subie (atteinte à la sphère intime et à la considération sociale) présente ainsi, d'un point de vue objectif, un caractère particulièrement grave. Il peut au demeurant être admis que le fait pour l'intimé, déjà fragilisé psychologiquement en raison de la résiliation des rapports de travail, de subir une telle atteinte était de nature à provoquer la forte souffrance morale qu'il allègue avoir ressentie. Partant, la décision de l'autorité précédente d'allouer une indemnité pour tort moral à l'intimé n'est pas critiquable.

Le montant accordé à ce titre, soit 5'000 fr., n'apparaissant pas excessif au regard de l'atteinte subie, il sera confirmé.

Le grief de l'appelante à cet égard est en conséquence infondé.

- 10.** L'appelante estime que le texte du certificat de travail qu'elle a été condamné à délivrer à l'intimé n'est pas conforme à l'art. 330a CO et qu'il doit en conséquence être modifié sur certains points.

10.1 Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. Ce document a pour but de faciliter l'avenir économique du travailleur. Il doit être véridique et complet (ATF 129 III 177 consid. 3.2).

Le choix de la formulation appartient à l'employeur, de sorte que le travailleur ne dispose d'aucune prétention à une formulation déterminée (ATF 144 II 345 consid. 5.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_137/2014 consid. 4). Le travailleur ne peut donc en principe pas exiger la reprise du texte d'un précédent certificat de travail intermédiaire, même en l'absence d'un changement fondamental de circonstances, ni n'a un droit général à ce que l'employeur inclue systématiquement dans le certificat des remerciements et des vœux pour l'avenir professionnel (arrêts du Tribunal fédéral 4C_129/2003 du 5 septembre 2003 consid. 6.1; 4C_36/2004 du 8 avril 2004 consid. 5; WYLER/HEINZER/ZANDIRAD, op. cit., p. 527).

Conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à l'employeur trouve toutefois ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus, voire constitutifs de fautes d'orthographe ou de grammaire. Le certificat doit contenir la description précise et détaillée des activités exercées et des fonctions occupées dans l'entreprise, les dates de début et de fin de l'engagement, l'appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que de l'attitude du travailleur. S'il doit être établi de manière bienveillante, le certificat peut et doit contenir des faits et appréciations défavorables, pour autant que ces éléments soient pertinents et fondés (arrêts du Tribunal fédéral 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 7.1; 4C_129/2003 du 5 septembre 2003 consid. 6.1 et les références citées).

Il appartient au travailleur de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis (arrêt du Tribunal fédéral 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, reproduit in JAR 2004 p. 308, consid. 6.1 et les références citées). L'employeur devra collaborer à l'instruction de la cause, en motivant les faits qui fondent son appréciation négative. S'il refuse de le faire ou ne parvient pas à justifier sa position, le juge pourra considérer que la formulation requise par le travailleur est fondée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2.1).

10.2 En l'espèce, le Tribunal a enjoint l'appelante de délivrer à l'intimé un certificat de travail d'une teneur similaire au certificat de travail intermédiaire remis le 21 octobre 2016, considérant que les circonstances n'avaient pas fondamentalement changé depuis son établissement.

L'appelante, qui ne critique pas, sur le principe, la reprise du texte du certificat de travail intermédiaire, se plaint en revanche de certaines modifications effectuées.

L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal d'avoir ajouté après la phrase "*Monsieur B_____ a fait preuve d'un grand sens des responsabilités dans l'accomplissement de ses différentes tâches*" la mention suivante "*ce qui lui a permis à la société d'atteindre une croissance significative*" (sic).

Comme le relève à juste titre l'intimé, il ne s'agit pas d'un ajout mais de la contraction de deux autres phrases mentionnées dans le certificat de travail intermédiaire, à savoir "*ce qui lui permet d'atteindre les objectifs à notre pleine et entière satisfaction*" et "*Monsieur B_____ a permis d'atteindre une croissance de 10% en 2014 et de 5% en 2015*".

Le simple fait que l'existence d'une croissance soit mentionnée dans le certificat de travail intermédiaire ne saurait toutefois suffire à admettre sa reprise dans le certificat de travail final. L'appelante motive son refus de procéder à cette insertion en faisant valoir qu'elle est erronée. Si l'instruction de la cause a permis de confirmer l'existence d'une croissance de 10% en 2014, il ressort toutefois des auditions de témoins que le système de pré-validation mis en place par l'intimé a entraîné des corrections importantes sur le chiffre des ventes des années 2015 et 2016. Ainsi, selon le directeur financier de l'appelante, le chiffre des ventes a stagné en 2015 et diminué en 2016. La mention litigieuse apparaît ainsi effectivement erronée et devra en conséquence être supprimée.

L'appelante s'oppose ensuite à l'ajout, à la fin du certificat de travail, de vœux pour la suite de la carrière professionnelle de l'intimé en raison de ses écarts de comportement et propose en lieu et place la formulation suivante : "*Il nous a quittés libre de tout engagement, à l'exception du secret d'affaires auquel il reste tenu*". Dans la mesure où le travailleur n'a pas un droit à ce que l'employeur inclue dans le certificat de travail des vœux pour son avenir professionnel, le grief est fondé. La modification proposée pourra être insérée dans le certificat de travail.

L'appelante estime également qu'il convient de mentionner comme date de fin des rapports de travail la date à laquelle le contrat de travail a été résilié avec effet immédiat, soit le 16 décembre 2016. S'agissant effectivement, indépendamment du caractère justifié ou non de la résiliation immédiate, de la date effective de la fin des rapports de travail, le certificat de travail devra mentionner cette date-là.

Enfin, l'appelante propose une nouvelle version du certificat de travail qui, non seulement intègre les corrections susrequises, mais modifie également certaines des formulations retenues par le premier juge. Elle n'explique toutefois pas les raisons pour lesquelles d'autres modifications devraient être opérées, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière, faute pour l'appelante d'avoir formulé à cet égard des griefs motivés et suffisamment explicites (cf. ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

Au vu de ce qui précède, le chiffre 8 du dispositif du jugement entrepris sera réformé en ce sens que l'appelante sera condamnée à remettre à l'intimé un certificat de travail conforme au considérant 14 du jugement entrepris, sous réserve des modifications admises dans le présent considérant.

11. 11.1 Lorsque la Cour de céans statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'espèce, le montant des frais judiciaires de première instance, arrêté à 12'480 fr., n'ayant pas été remis en cause et ayant été fixé conformément aux dispositions légales applicables en la matière (art. 19 al. 3 let. c LaCC; 5, 6 et 69 RTFMC), il sera confirmé et partiellement compensé avec l'avance de 6'240 fr. versée par l'intimé.

L'intimé se voit allouer au final un montant de 264'565 fr. correspondant environ au 40% de ses prétentions financières initiales (657'568 fr.) et obtient partiellement gain de cause sur ses conclusions en délivrance d'un certificat de travail. Les frais judiciaires à sa charge seront en conséquence arrêtés à 7'000 fr., le solde restant, de 5'480 fr., devant être supporté par l'appelante (art. 106 al. 2 CPC). L'intimé sera en conséquence condamné à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire la somme de 760 fr. et l'appelante la somme de 5'480 fr.

S'agissant d'un litige de droit du travail, aucune indemnité de dépens n'est due (art. 22 al. 2 LaCC).

Les chiffres 11, 13 et 14 du dispositif du jugement entrepris seront modifiés dans ce sens alors que les chiffres 10, 12 et 15 seront confirmés.

11.2 Les frais judiciaires de la procédure d'appel (appel principal et appel joint) seront, au vu de la complexité de la cause et de l'importance du travail accompli, fixés à 6'000 fr. (art. 6 et 71 RTFMC) et partiellement compensés avec les avances fournies par les parties, de 2'200 fr. pour l'appelante et de 2'000 fr. pour l'intimé, lesquelles restent acquises à l'Etat de Genève (111 al. 1 CPC).

Ces frais seront répartis à raison de trois cinquièmes à la charge de l'appelante et de deux cinquièmes à la charge de l'intimé. L'appelante, qui se voit accorder une diminution de l'ordre de 20% des sommes mises à sa charge et n'obtient que

partiellement gain de cause sur ses conclusions relatives au certificat de travail, succombe en effet dans une plus large mesure que l'intimé qui obtient environ le deux tiers des prétentions financières qu'il persistait à réclamer ainsi que le plein de ses conclusions tendant à ce que certaines pièces du dossier soient écartées.

L'appelante sera en conséquence condamnée à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire la somme de 1'400 fr. et l'intimé la somme de 400 fr.

S'agissant d'un litige de droit du travail, il n'est pas alloué de dépens d'appel (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevables l'appel principal formé le 10 octobre 2019 par A_____ SA ainsi que l'appel joint interjeté le 18 novembre 2019 par B_____ contre le jugement JTPH/338/2019 rendu le 9 septembre 2019 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/6596/2017-5.

Au fond :

Annule les chiffres 3, 4, 5, 7, 8, 11, 13 et 14 du dispositif du jugement attaqué et, statuant à nouveau sur ces points :

Condamne A_____ SA à verser à B_____ la somme nette de 35'819 fr. 30 plus intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2016.

Déboute la CAISSE DE CHÔMAGE C_____ de toutes ses conclusions.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ la somme brute de 223'745 fr. 80 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ la somme nette de 5'000 fr. plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 décembre 2016.

Condamne A_____ SA à remettre à B_____ un certificat de travail conforme au considérant 14 du jugement entrepris, sous réserve des modifications figurant au considérant 9.3 du présent arrêt.

Déboute B_____ de ses autres conclusions.

Met les frais judiciaires de première instance à hauteur de 7'000 fr. à la charge de B_____ et de 5'480 fr. à la charge de A_____ SA.

Condamne B_____ à verser la somme de 760 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser la somme de 5'480 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 6'000 fr. et dit qu'ils sont partiellement compensés avec les avances opérées par B_____ et A_____ SA, lesquelles restent acquises à l'Etat de Genève.

Met ces frais à la charge de A_____ SA à hauteur de 3'600 fr. et de B_____ à hauteur de 2'400 fr.

Condamne A_____ SA à verser 1'400 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève.

Condamne B_____ à verser 400 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur et Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, 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 fr.