



Monsieur T_____

Dom. élu : Me Douglas HORNUNG
Rue du Rhône, 84
Case postale 3200
1211 Genève 3

E_____ SA

Dom. élu : Me Gregory CONNOR
Rue du Rhône, 100
1204 Genève

**Partie appelante et intimé
sur appel incident**

**Partie intimée et appelante
sur appel incident**

D'une part

D'autre part

ARRET

Du 25 janvier 2005

M. Christian MURBACH, président

Mme Christiane RICHARD, et M. Denis MATHIEU, juges employeurs

MM. Raymond FONTAINE, et Claude CALAME juges employés

M. Olivier SIGG, greffier

EN FAIT

A. a) A_____ SA était une société inscrite depuis 1988 au registre du commerce de Genève ayant pour but le développement et la vente de concepts et nouvelles technologies dans les domaines de l'informatique, bureautique, télématique, domotique, intelligence artificielle et télécommunications.

T_____ a été engagé, le 1^{er} janvier 1996, comme directeur par cette société, dont il était, par ailleurs, également administrateur, avec signature collective à deux.

Le contrat de travail, signé par les parties le 10 janvier 1996, prévoyait le versement d'un salaire annuel de fr. 72'000.-- ainsi que des frais de représentation mensuels de fr. 500.-- (art. 3). Après le temps d'essai, le délai de résiliation était d'un mois au cours de la 1^{ère} année, de 2 mois au cours de la 2^{ème} année et de 3 mois dès la 3^{ème} année (art. 4). Les dispositions du contrat de travail étaient complétées par les instructions et règlements édictés par la direction de la société ainsi que par les instructions verbales données de cas en cas par les cadres de ladite société chargés d'une tâche déterminée (art. 5). L'employé devait notamment s'engager à garder le secret sur tout ce dont il avait eu connaissance au service de la société et dans ses rapports avec la clientèle, les documents de travail et autres pièces devant être considérés comme relevant du secret des affaires (art. 6).

Par ailleurs, ce contrat de travail comportait les dispositions suivantes :

- « *Durée du travail et heures supplémentaires* : le conseil d'administration fixe dans un règlement la durée du travail hebdomadaire. La direction détermine la durée du travail quotidien ainsi que les limites de l'horaire mobile. La nature de la fonction occupée présuppose une large indépendance dans l'organisation personnelle du travail. Dans ce contexte, toute prétention à une compensation financière d'éventuelles heures supplémentaires est expressément exclue » (art. 8).
- « *Obligations de l'employé quittant A_____* : l'employé qui quitte A_____ reste tenu par l'obligation de discrétion définie à l'art. 6 du présent contrat. En particulier, les connaissances acquises par l'employé au service de A_____ qui quitte la société ne doivent pas être utilisées de façon préjudiciable aux intérêts de A_____ ni communiquées à des tiers (art. 13). L'employé quittant A_____ doit, avant son départ, restituer à la direction toutes les circulaires internes, les documents de travail ainsi que les pièces et notes de toute nature, qui lui ont été confiés ou qu'il a établis, et qui concernent les affaires dont il a eu connaissance en sa qualité d'employé de A_____. Il n'a pas le droit de conserver les doubles ou des copies de ces documents. De plus, l'employé peut être amené à confirmer par écrit qu'il a bien restitué

l'intégralité des dossiers, documents et supports magnétiques de toute nature, auxquels il aurait pu avoir accès » (art. 14).

- « Paiement du salaire et prestations spéciales : ... L'employé ne peut exiger le versement de prestations spéciales (gratifications, etc...) même si leur paiement est usuel » (art. 9).

- b) Par contrat du 30 avril 1999, la société vaudoise E1_____ SA a acquis l'intégralité du capital-actions de A_____ SA.

Selon l'art. 5 de ce contrat, E1_____ SA s'engageait « à confirmer les actionnaires - salariés dans leurs fonctions et attributions actuelles et, après accord préalable de leur part, à leur appliquer la même méthode de rémunération pendant 3 ans », étant précisé que T_____ était expressément assimilé à un actionnaire-salarié.

Au printemps 2000, les rapports de travail de E1_____ SA ont été transférés à E_____ SA, société inscrite le 27 mars 2000 au registre du commerce de Genève et ayant pour but « les conseils, études, services, formation et fourniture éventuelle de matériel et logiciels nécessaires pour réaliser, modifier ou améliorer tout ce qui concerne les communications, les réseaux, l'intégration système, les développements de logiciels et de progiciels utilisant les dernières techniques en matière de programmation orientée objet ainsi qu'interfaçage, graphique et la prise de participations ».

T_____ ne figurait pas comme organe de E1_____ SA et ne participait pas aux décisions fondamentales de la société. En revanche, c'était le cas lorsqu'il travaillait pour A_____ SA et E_____ (p.-v. de C. P. du 22.09.2004, p. 2, décl. de T_____)

Durant le premier semestre 2000, le salaire annuel fixe de T_____ s'est élevé à fr. 96'600.-- brut, soit fr. 8'050.-- brut par mois.

- c) En date du 18 mai 2000, B_____, alors responsable de l'agence E_____ de C___ - non inscrit au registre du commerce comme susceptible d'engager la société -, qui a travaillé durant 4 mois avec T_____, a adressé à D_____, directeur général de E_____ jusqu'à fin juin 2000, avec copies à F_____ - inscrit au registre du commerce comme administrateur et vice président de E_____, avec signature collective à deux - ainsi qu'à T_____, une note au contenu suivant :

« Concerne : salaire et objectifs 2000 – T_____

Suite à l'annonce de mon départ et à la non acceptation de ma version « transfert » du contrat de travail E_____, il me semble opportun que les chiffres sur lesquels T_____ et moi nous étions mis d'accord et que je t'avais soumis verbalement soient confirmés par écrit. « Les gens passent, les écrits restent » :

Salaire fixe : 60 % revenu 0 salaire mensuel 1999 * 12 = 96'600.--

Salaire variable : 40 % du revenu, soit, basé sur 96'600.-- = 64'400.--

Objectif à 100 % : fr. 4 millions signés du 1.1.00 au 31.12.00

Booster : fr. 72'000.-- sur le million supérieur à 4 millions

Indemnité téléphone : fr. 500.-- par mois, à inclure dans la note de frais mensuels

Indemnité voiture : a fait l'objet d'une communication à G_____

Je reste à ta disposition pour toute question sur ce qui précède ».

(Pièce 4, chargé T_____).

A propos de cette note, B_____ a indiqué qu'elle devait être intégrée dans un contrat et qu'il ne savait pas si cela avait été le cas puisque, lorsqu'il l'avait rédigée, il était sur le point de quitter la société, précisant qu'il avait établi spontanément ladite note, justement en raison de son proche départ (p.-v. du 22.08.2002, p. 4).

Pour sa part, D_____ a fourni les explications suivantes au sujet de cette note : elle constituait « les nouvelles bases contractuelles que T_____ entretenait avec E_____ après l'absorption de A_____/ E_____. Les conditions qui figurent sur cette pièce ont été acceptées de part et d'autre, soit pour E_____ par moi-même et par F_____. L'idée était alors d'harmoniser la rémunération des commerciaux. En général, la répartition entre le salaire de base et la part variable était de 60 %, respectivement 40 %... J'ai donné mon accord aux conditions figurant sur la pièce 4 dem. (soit la note). Les recommandations de B_____ ont été approuvées verbalement par moi-même et par F_____ et ont été communiquées verbalement à T_____. Il était prévu de faire un nouveau contrat, mais je ne l'ai pas préparé, faute de temps, notamment ». Par ailleurs, D_____ a déclaré qu'il pouvait engager E_____ avec F_____ par une signature collective à deux (p.-v. du 28.07.2003, p. 2).

Quant à F_____, il a déclaré, au sujet de cette note, ne plus s'en souvenir; après que celle-ci lui a été soumise en audience, il a précisé « penser » qu'elle correspondait à un projet introduisant une partie variable dans la rémunération de T_____ (p.-v. du 22.08.2002, p. 3).

d) Le vendredi 21 décembre 2001, T_____ et H_____, directeur de E_____ avec signature individuelle, ont eu un entretien sur lequel ils divergent à propos de son contenu :

- H_____ affirme avoir informé à cette occasion T_____ de son licenciement pour « un manque de résultats » et que, lors de cette discussion, T_____ lui avait proposé de reprendre la responsabilité d'un département de la société filiale suisse, proposition qui lui paraissait de toute façon irréaliste; selon H_____, les modalités de ce départ à l'amiable devaient être réglées le 28 décembre 2001, mais ce rendez-vous avait finalement été annulé par l'épouse de T_____.

- Quant à T_____ il soutient que, lors de cet entretien, il avait fait la proposition à H_____ de « transférer les employés auprès d'une autre société », proposition à laquelle l'intéressé voulait réfléchir; en revanche, son interlocuteur ne lui avait pas dit qu'il était licencié et tous deux avaient prévu de se revoir après son retour de vacances du 26 décembre 2001.

En sortant de cet entretien, T_____ a échangé quelques mots avec I_____, un de ses collègues, qui a déclaré que l'intéressé lui avait « parlé de cette discussion avec H_____ et indiqué qu' « *il cesserait de travailler pour E_____ SA; pour moi, il ne faisait plus partie de la société. Il a déclaré que nos chemins risqueraient de se croiser à nouveau, je n'étais pas surpris, car je savais que son entretien était destiné à son licenciement. La discussion a duré une minute; il ne me paraissait ni triste ni abattu, mais pareil à lui-même* » (p.-v. du 7.10.2002 p. 4).

- e) Le 26 décembre 2001, H_____ a adressé un e-mail aux « commerciaux » de E_____ les informant avoir « résilié le contrat de travail de T_____ », avec la précision que celui-ci en avait été informé « au cours d'un entretien vendredi dernier » et que serait discutée la réattribution de ses comptes, lors de la prochaine séance commerciale.

H_____ n'a pas adressé cet e-mail à T_____ mais, le même jour, lui a laissé un message sur son *répondeur* téléphonique afin de fixer un nouveau rendez-vous.

- f) Le 27 décembre 2001, à 8h 26, J_____, collègue de T_____, a transmis à ce dernier l'e-mail le concernant que H_____ lui avait communiqué la veille.

T_____ a pris connaissance de cet e-mail le même jour à 15 h lorsqu'il s'est rendu à son travail en apportant un tiramisù qu'il avait lui-même confectionné, afin de le partager avec ses collègues pour les fêtes de fin d'année.

- g) Le témoin K_____, responsable des ressources humaines de E_____, a déclaré avoir été informé du licenciement de T_____ « dans les 2 premières semaines de décembre 2001, car nous faisons alors avec H_____ des prévisions relatives au personnel pour l'année 2002 », précisant que « durant cette période, H_____ m'avait dit qu'il allait rencontrer T_____ avant les fêtes de fin d'année » (p.-v. du 7.10.2002, p. 2).

Quant au témoin L_____, directeur commercial de E_____, il a déclaré que H_____ l'avait informé de son souhait de licencier T_____ au mois de septembre 2001 pour la fin de cette année-là au plus tard, en raison de son manque de performances ainsi que de ses absences, l'intéressé étant pris par bon nombre d'activités externes. Le 21 décembre 2001, il avait été informé par H_____ que T_____ serait licencié le jour même, ce dont il avait été par ailleurs discuté lors de la séance commerciale du lundi suivant à laquelle T_____ n'avait pas participé (p.-v. du 12.05.2003, p. 2).

Le témoin M_____, « account manager » de E_____ de janvier 2001 à juillet 2002, a, pour sa part, indiqué avoir « abordé la question du licenciement avec T_____ après Noël » et qu'il lui avait paru « sincère quand il lui a dit qu'il n'était pas licencié » (p.-v. du 14.04.2002, p. 2).

Les témoins N_____, alors informaticien chez E_____, a déclaré avoir eu une conversation avec T_____ le 27 décembre 2001 et que celui-ci lui avait indiqué que des négociations étaient en cours mais ne lui avait pas dit qu'il était licencié, ce qu'il n'aurait pas manqué de faire si tel avait été le cas, « compte tenu de leurs rapports d'ancienneté » (p.-v. du 7.10. 2002, p. 4).

J_____, également informaticien chez E_____, a indiqué avoir discuté avec T_____ après le 27 décembre 2001 et que celui-ci avait été surpris de son licenciement, envisageant de « trouver une solution quant à la reprise de certaines activités dans le courant de l'année 2002 avec E_____ ». (p.-v. du 7.10.2002, p. 4-5).

Enfin, les témoins L_____ et M_____ ont indiqué que lorsqu'un employé de E_____ était licencié, en général on le convoquait pour un entretien, puis on lui remettait immédiatement une lettre de licenciement en mains propres (p.-v. des 12.05.2003, p. 2; du 14.04.2002, p. 2).

- h) Par courrier électronique du 27 décembre 2001, T_____ a transféré à son avocat les e-mail annonçant son licenciement que certains de ses collègues lui avaient transmis; il a indiqué à son conseil que l'entretien qu'il avait eu avec H_____ le 21 décembre 2001, visant son éventuel départ à une date à convenir lors d'un prochain entretien, avait tourné court, qu'il en était surpris et qu'il n'avait reçu aucune lettre de licenciement à ce jour.
- i) Le 27 décembre 2001 au soir, T_____ s'est blessé en glissant sur une plaque de glace, ce qui a provoqué une incapacité totale de travail jusqu'au 11 janvier 2002.
- j) Par courrier recommandé du 28 décembre 2001, portant la signature de H_____, E_____ a remis à T_____ une lettre, datée du 21 décembre 2001, au contenu suivant :

« *Cher Monsieur,*

Faisant suite à notre entretien de ce jour, nous vous confirmons par la présente notre décision de résilier votre contrat de travail. Tenant compte de la période de préavis contractuelle, vous resterez sous contrat jusqu'au 31 mars 2002.

Cette décision intervient suite au manque de résultats cette année, nous conduisant à revoir notre organisation. Nous vous libérons de tout engagement dès aujourd'hui, à l'exception de celui qui relève du secret professionnel et de fonction.

Nous tenons à vous remercier de votre engagement durant ces années passées dans notre société et vous souhaitons plein succès dans la suite de votre carrière.

Nous vous prions d'agréer, Cher Monsieur, nos meilleures salutations ».

Cette lettre était accompagnée d'un petit mot manuscrit, daté du 28 décembre 2001, de H_____ : « *Voici la lettre que je voulais te remettre ce vendredi. Compte tenu de ton absence, je te l'envoie en te priant de m'en retourner un exemplaire signé* ».

H_____ a expliqué n'avoir pas soumis le 21 décembre 2001 la lettre de congé précitée à T_____, car l'annonce verbale lui semblait suffisante (p.-v. du 22.08.2002, p. 2).

- k) Par courrier électronique du 28 décembre 2001 à 10 h 32, K_____, responsable des ressources humaines de E_____, a demandé, de manière urgente, à N_____ et O_____, d'annuler, dès le 2 janvier 2002 « à la première heure », les comptes informatiques de T_____ précisant attendre la confirmation de la suppression de ses accès informatiques.
- l) Le 1er janvier 2002, entre 23 h 14 et 23 h 44, T_____ a transféré, pour les copier, par le biais du serveur de E_____, de son ordinateur privé - qu'il utilisait professionnellement - à la messagerie privée de son ordinateur domestique, 45 documents contenant tous, sauf un, des informations confidentielles sur les projets et les besoins de la clientèle de E_____, recueillies par les différents collaborateurs de la société lors de séances de travail. A l'exception de l'un deux (dossier P__), il s'agissait de dossiers que T_____ ne traitait ni directement ni indirectement.

Par ailleurs, au début du mois de janvier 2002, T_____, qui n'avait transféré à son adresse e-mail privée qu'une petite partie des messages reçus chez E_____, selon lui moins d'1 %, s'est adressé à N_____ afin d'obtenir une copie complète de sa messagerie sur un cd-rom, document que l'intéressé a établi et lui a remis en mains propres.

Il résulte d'une expertise privée produite par T_____, qui n'a pas été contestée, que le contenu du cd-rom susmentionné est identique à celui de la messagerie qui se trouvait sur le disque dur de son ordinateur portable privé utilisé professionnellement, à l'exception de quelques messages reçus entre la date de la dernière connexion et celle à laquelle ledit cd-rom a été gravé.

T_____ affirme que ce n'est qu'après avoir reçu le cd-rom précité qu'il avait réalisé être déjà en possession de presque tous les messages sur le disque dur de son ordinateur portable privé utilisé professionnellement (p.-v. du 28.07.2003 p. 3), précisant n'en avoir pas eu conscience lorsqu'il avait procédé à ce transfert de données et que c'était pour cette raison qu'il était « passé » par le serveur de E_____ sans avoir à se rendre dans les locaux de la société alors qu'il aurait pu simplement connecter les deux ordinateurs se trouvant à son domicile privé (p.-v. du 22.09.2004, p. 1-2).

- m) Le 29 janvier 2002, H_____ a demandé à T_____ de ne plus se rendre sur son lieu de travail.
- n) Par courrier du 27 février 2002, E_____, sous la plume de H_____, a adressé à T_____ une proposition concernant la clôture de leurs relations contractuelles.

Ce courrier prévoyait, notamment, le versement de deux commissions pour les années 2001 et 2002, respectivement à hauteur de fr. 12'369.80, arrondis à fr. 12'500.-, et de fr. 8'800.-. La « variable 2001 » était fondée sur un objectif de fr. 4'000'000.-, dont 54,95 % avaient été réalisés, de sorte que c'était un montant de fr. 35'169.80 qui était dû, ce qui, compte tenu d'un « variable déjà versé » de fr. 22'800.- (soit fr. 12'800.- en avril et fr. 10'000.- en octobre), donnait un solde à payer de fr. 12'369.80. S'agissant du « variable 2002 », il était indiqué une prise en compte de tous les mandats invendus initialement par P__ plus ceux renouvelés en 2002; sur la base des résultats du deuxième semestre 2001, il était proposé un forfait estimé à fr. 100'000.- de chiffre d'affaires par mois en janvier, février et mars, plus la rémunération sur la vente de Q_____ chez R_____ lorsque celle-ci aura été confirmée, ce qui revenait à un chiffre d'affaires de « 300 k » sur le premier semestre (sans R_____, soit 30 % de l'objectif, correspondant à une prime de fr. 4'800.-, ainsi qu'une prime de fr. 4'000.- relative à la vente Q_____ après confirmation).

- o) En date du 6 mars 2002, le conseil de T_____ a adressé à E_____ une lettre pour se prévaloir de la nullité du licenciement de son client qui était intervenu pendant une période d'incapacité de travail. L'avocat de T_____ prenait note que son client avait été prié de ne plus se rendre sur son lieu de travail, mais relevait que les obligations de E_____ ne pourraient prendre fin avant le 30 juin 2002. Dès lors, il réclamait le versement d'une somme de fr. 271'849.70, à titre de salaire de base jusqu'au 30 juin 2002, de commissions et d'indemnités pour frais professionnels et d'heures supplémentaires.
- p) Le 18 mars 2002, à la suite d'un contrôle de la messagerie informatique professionnelle de T_____, E_____ a découvert, en les imprimant, la liste des 45 documents que son ex-employé avait transférés le 1^{er} janvier 2002 sur sa messagerie privée.

A la suite de cette découverte, E_____ a contacté son avocat, ce qui a donné lieu, le 26 mars 2002, à l'envoi de deux courriers recommandés - l'un de E_____ à T_____, et l'autre du conseil de E_____ à l'avocat de T_____ - résiliant le contrat de travail de l'intéressé avec effet immédiat, pour justes motifs, à savoir qu'en dépit de l'interdiction de travailler et de revenir dans les bureaux dès le 31 décembre 2001, il s'était « permis de pénétrer dans les locaux de E_____ tard dans la soirée du 1^{er} janvier 2002 pour s'emparer des données informatiques confidentielles » qu'il avait copiées et envoyées sur son adresse internet privée.

Le courrier du 26 mars 2002 précité adressé au conseil de T_____ indiquait également que l'offre transactionnelle de E_____ du 27 février 2002 était révoquée.

B. a) Après un échange de courriers entre les conseils des parties, T_____ a, par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 26 avril 2002, assigné E_____ en paiement d'un montant de fr. 347'441.50, plus intérêts, soit :

- fr. 12'370.-- à titre de commissions pour le quatrième trimestre 2001;
- fr. 32'200.-- à titre de commissions pour les six premiers mois de l'année 2002;
- fr. 26'162.50 à titre de salaire pour les mois d'avril, mai et juin 2002;
- fr. 80'500.-- à titre d'indemnités pour « résiliation immédiate injustifiée et abusive »;
- fr. 126'209.-- à titre de compensation du travail supplémentaire effectué.

b) S'agissant du dernier poste de ses prétentions, T_____ faisait tout d'abord valoir que, depuis de nombreuses années, il avait effectué sans compensation des heures et du travail supplémentaires tant en faveur de A_____ SA, dont E_____ avait repris les droits et obligations liés au contrat de travail, que de E_____; ainsi, selon le décompte approuvé par F_____, directeur de l'agence A_____ SA de C___, il avait effectué 326,5 heures supplémentaires en 1966 et 289,5 heures en 1997. En 1998 et 1999, il avait accompli au minimum le même nombre d'heures supplémentaires que les années précédentes et suivantes, de sorte qu'on pouvait estimer les heures supplémentaires effectuées en 1998 et 1999 à 250 heures par année. Par ailleurs, il estimait avoir accompli, de janvier à juin 2000, au minimum 125 heures supplémentaires, de juillet à décembre 2000, 239 heures supplémentaires, et, de janvier à décembre 2001, 275 heures supplémentaires. En signant, le 17 janvier 1998, le décompte des heures supplémentaires qu'il avait effectuées en 1996 et 1997, F_____ avait renoncé expressément au bénéfice de l'art. 8 du contrat de travail. Par ailleurs, n'exerçant pas une fonction dirigeante élevée au sein de E_____ et ne jouissant d'aucun pouvoir de décision dans les affaires essentielles de la société, il avait droit à une rémunération pour son travail supplémentaire, soit les heures dépassant la limite hebdomadaire de 45 heures prévues à l'art. 9 de la loi sur le travail (ci-après LTr). Ainsi, c'était au total 1'750 heures supplémentaires qu'il avait accomplies de 1996 à 2001, ce qui, compte tenu de son salaire annuel fixe et variable, correspondait à une rémunération horaire de fr. 89.45; en y ajoutant la majoration de 25 % prévue par la loi, on arrivait à un tarif horaire pour le travail supplémentaire de fr. 111.80, ce qui représentait au total un montant de fr. 196'209.--.

A l'appui de ses prétentions, T_____ produisait une note interne du 17 février 1998 que F_____ lui avait adressée, établissant ses heures supplémentaires au 1^{er} janvier 1998 à 616 (pièce 9, chargé T_____) ainsi que des « rapports men-

suels d'activité », non signés, de juillet 2000 à fin 2001 (pièces 10 et 11, chargé T_____).

- c) A cet égard, E_____ a conclu au déboutement de sa partie adverse, faisant valoir que : le contrat de travail excluait expressément tout paiement d'heures supplémentaires; le décompte d'heures supplémentaires établi par F_____ n'avait aucune valeur dans la mesure où celui-ci n'avait pas qualité pour modifier seul le contrat de travail de T_____ au sujet des heures supplémentaires; s'agissant des pièces 10 et 11 produites par ce dernier, E_____ versait à la procédure les mêmes rapports mensuels d'activité pour les mois de juillet 2000 à décembre 2001, mais corrigés et approuvés par la direction, ce qui n'était pas le cas de ceux produits par son ex-employé. En outre, E_____ contestait la réalité de toute heure supplémentaire et offrait de prouver l'accomplissement d'éventuelles heures de présence de l'intéressé dans le bureau à des fins « exclusivement personnelles et strictement privées », T_____, « ce qui était notoire », occupant diverses fonctions auprès d'entreprises non concurrentes de E_____ en qualité d'administrateur ou de conseiller.
- d) S'agissant de l'accomplissement d'heures supplémentaires par T_____, le Tribunal a procédé à l'audition de plusieurs témoins.

D_____ a déclaré que l'intéressé « avait une activité commerciale ainsi qu'une activité consistant à développer les opportunités. Il a passé au moins 100 heures à cette seconde activité, mais je ne suis pas en mesure de donner l'indication exacte du nombre d'heures, sachant que les trois dossiers qui nous ont été présentés ont nécessité de très nombreuses heures de travail. En plus de la part variable figurant sur la pièce 4, T_____ pouvait obtenir des commissions. La pièce 4 produite par T_____ ne concernait que son activité commerciale. E_____ ne payait pas ni ne compensait les heures de travail supplémentaire d'un commercial. La réglementation à ce sujet auprès de E_____ était donc pareille à celle existant auprès de A_____ (cf. art. 8 du contrat de travail de T_____). Ils étaient quatre commerciaux dans l'entreprise et ceux-ci ne pouvaient compenser leurs heures supplémentaires en raison de la nature de leurs activités (...) Selon nous, il était logique de rémunérer T_____ pour l'activité déployée en vue de développer des opportunités. Sans T_____, nous aurions d'ailleurs mandaté un tiers externe, comme nous l'avons fait auparavant. Les lettres COM qui figurent sur les pièces 10 et ss de T_____ correspondent aux activités commerciales. Pour être rémunérées, les heures destinées à développer les opportunités auraient dû être inscrites dans les rapports mensuels d'activité (cf. pièces 10 et ss). A ma connaissance, ces heures n'ont jamais été payées à T_____. Ce dernier était le seul dans son cas au sein de la société (...) Le travail de T_____ pour développer des opportunités aurait dû être payé. Nous n'avons, toutefois, jamais convenu de tarif horaire, ni d'ailleurs du montant des commissions qu'il aurait reçues en cas de conclusion d'une affaire (p.-v. du 28.07.2003, p. 2).

A cet égard, S_____, directeur général de E_____ jusqu'en 2001, a déclaré

que T_____ avait une activité commerciale mais qu'il s'était toutefois impliqué dans d'autres tâches, comme par exemple, retrouver un locataire pour l'agence de C____, suivre certaines procédures à l'égard de certains clients ou encore créer des synergies avec certains fournisseurs (p.-v. du 7.10.2002, p. 3).

U_____, ancien directeur général adjoint de V_____, qui a mené des négociations avec T_____, agissant pour le compte de E_____, dans le cadre d'un projet de commercialisation d'un logiciel bancaire, a précisé que W_____ avait laissé carte blanche à T_____ pour négocier une convention lorsqu'il avait été envisagé de transférer certains collaborateurs de sa société auprès de E_____ et qu'ils s'étaient rencontrés avec T_____ sur ces questions une bonne dizaine de fois, précisant que le contrat portait sur un montant de plus de fr. 1'000'000.-- (p.-v. du 14.04.2003 p. 2).

Pour sa part, X_____, ancien actionnaire de la société Y_____, a expliqué que lorsqu'il avait commencé à chercher, en 1999, un acquéreur pour acheter sa société, T_____ avait pris contact avec lui vers le mois de mars 1999 et que les discussions avaient duré jusqu'en juin 1999, précisant que si celui-ci était partant pour conclure l'affaire, celle-ci n'avait pas été conclue, probablement par manque d'intérêt de E_____ et de connaissances de la valeur de Y_____ sur le marché; ce témoin a précisé avoir vendu sa société à un groupe allemand pour le double du prix articulé lors des négociations avec E_____ (p.-v. du 28.07.2003 p. 2).

Par ailleurs, les divers témoignages recueillis ont montré la grande indépendance de T_____ dans l'organisation de son travail, l'extrême liberté dont il disposait pour compenser ses heures et ses absences durant plusieurs semaines à cet effet (son autonomie à cet égard ayant toutefois été fortement réduite « après la fusion ») ainsi que la pratique de E_____ de refuser de payer les heures supplémentaires effectuées par ses employés « commerciaux » (témoignage F_____ (p.-v. du 22.08.2002, p. 3), B_____ (p.-v. du 22.08.2002, p.3-4), K_____ (p.-v. du 7.10.2002, p. 3), M_____ (p.-v. du 14.04.2003, p. 2), L_____ (p.-v. du 12.05.2003, p. 2) et D_____ (p.-v. du 28.07.2003, p. 2). Seul le témoin S_____ a déclaré qu'en règle générale, les heures supplémentaires étaient soit payées soit compensées (p.-v. du 7.10.2002, p. 3).

- f) T_____ a établi une liste de ses activités non commerciales au sein de E_____ qui consistaient, notamment, à : démarcher des fournisseurs (Q_____, Z_____, etc.), négocier les contrats de représentation et les accords commerciaux, récupérer des factures des débiteurs, y compris ceux n'étant pas sous sa responsabilité, rechercher de nouveaux locataires pour les locaux de C____, rechercher des sociétés informatiques capables de s'intégrer au groupe E_____, représenter E_____ devant les tribunaux pour les mainlevées d'opposition ou des affaires pénales, rechercher des locaux d'habitation pour des clients ou des membres de la direction (conclusions après enquêtes de T_____ du 15 septembre 2003, p. 9-10).

g) S'agissant des commissions qu'il estimait lui être dues, T_____, a fait valoir, dans le cadre de la procédure, que les pièces produites par les parties démontraient que sa rémunération était calculée conformément à la note interne du 18 mai 2000 établie par B_____ et non sur la base du contrat de travail de 1996 puisque, dans son courrier du 27 février 2002, E_____ – tout en partant à tort du principe que le contrat avait été valablement résilié en décembre 2001 – avait été établi un récapitulatif des montants qui lui étaient dus à fin mars 2002, reconnaissant lui devoir un salaire variable pour 2001 et 2002. Par ailleurs, parmi les pièces déposées par E_____ au greffe du Tribunal le 22 mai 2003, figurait un courrier de son conseil du 20 mai 2003 dans lequel il était prétendu que le salaire de son ex-employé ne serait pas calculé sur la base de la note interne précitée, puisqu'il existait, pour l'année 2001, une différence de fr. 12'555.60 entre le salaire variable auquel il prétendait et celui qui lui avait été effectivement versé. Or, cette différence correspondait au solde du salaire variable que E_____ reconnaissait lui devoir pour l'année 2001 (fr. 12'500.--) mais qui ne lui avait toujours pas été versé à ce jour.

C. Par jugement rendu suite à l'audience de délibération du 3 octobre 2001, notifiée le 13 février 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ à payer à T_____ les montants suivants, avec intérêts à 5 % l'an :

- fr. 12'369.80 brut à titre de commission pour le quatrième trimestre 2001;
- fr. 24'149.95 brut à titre de salaire et 13^{ème} salaire pour les mois d'avril à juin 2002;
- fr. 8'099.60 net à titre, d'une part, d'allocations familiales et de participations à l'assurance maladie (fr. 1'620.--) et, d'autre part, d'indemnités pour résiliation immédiate injustifiée (fr. 6'479.60, correspondant à un salaire mensuel net).

En substance, les premiers juges ont considéré que le congé n'avait pas été valablement donné lors de l'entretien du 21 décembre 2001 et que la résiliation immédiate du 26 mars 2002 était injustifiée; en revanche, le Tribunal a estimé que ce congé du 26 mars 2002 n'était pas abusif, dans la mesure où il avait été donné pour l'échéance contractuelle normale du 30 juin 2002. S'agissant des commissions réclamées par T_____, les premiers juges ont admis que la somme réclamée à ce titre pour le quatrième trimestre 2001 devait être payée au vu du courrier du 27 février 2002 adressé par E_____ à son ex-employé, et ce, nonobstant la révocation de cette proposition transactionnelle figurant dans la lettre du 26 mars 2002; en revanche, les autres commissions n'étaient pas dues, T_____ n'ayant pas apporté d'éléments permettant d'admettre qu'il avait exercé une activité susceptible de justifier le versement d'une commission 2002. En ce qui concernait la somme de fr. 196'209.-- réclamée à titre de compensation du travail

supplémentaire effectué, le Tribunal a considéré qu'en raison de l'indépendance de T_____ dans l'organisation de son travail et de la pratique constante de la société refusant le paiement des heures supplémentaires à ses commerciaux, il n'y avait pas lieu de faire droit à ses prétentions sur ce point.

- D. a)** Par acte déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 17 mars 2004, T_____ appelle de ce jugement, dont il sollicite l'annulation dans la mesure où il l'a débouté de ses conclusions relatives au paiement des commissions additionnelles pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2002 ainsi que des heures et du travail supplémentaires accomplis de 1996 à 2001.
- b)** E_____ a conclu au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions, et, dans ses écritures responsives du 3 mai 2004, a formé appel incident, concluant à l'annulation du jugement entrepris et à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle s'engageait à payer à T_____ la somme de fr. 12'369.80 brut à titre de commissions pour le quatrième trimestre 2001.
- c)** Dans son mémoire de réponse à l'appel incident du 28 juin 2004, T_____ a conclu au déboutement de E_____ de toutes ses conclusions.
- d)** T_____ a retrouvé un emploi le 1^{er} juillet 2002.
- e)** A l'issue de l'audience du 22 septembre 2004 devant la Cour de céans, les parties ont persisté devant leurs explications et conclusions.

Leurs arguments ainsi que les pièces qu'elles ont produites seront repris, dans la mesure utile, ci-dessous.

EN DROIT

- 1.** Interjetés dans les forme et délai prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après : LJP), les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.
- 2. 2.1.** L'appelante incidente ne remet en cause le jugement du Tribunal des prud'hommes qu'en tant qu'il a refusé d'admettre fondé le licenciement avec effet immédiat pour justes motifs du 26 mars 2002, et partant, les conséquences en découlant.

E_____ fait ainsi grief aux premiers juges d'avoir considéré, à tort, qu'elle n'avait pas su démontrer que T_____ avait divulgué à des tiers les documents couverts par le secret d'affaires, et, par ailleurs, que l'intéressé avait sollicité ces

informations dans la perspective d'une procédure judiciaire, estimant ainsi, compte tenu du fait qu'elle avait manifesté le souhait de se séparer de son employé, que le comportement de ce dernier ne pouvait justifier la fin immédiate des rapports de travail. Le Tribunal avait ainsi méconnu le fait que les 45 documents copiés traitaient tous, sauf un, des besoins et des projets actuels ou futurs de la société, informations recueillies lors de séances de travail entre un commercial et le client, aucun document n'étant le fruit de l'activité de T_____, directement ou même indirectement, de sorte que ces pièces ne pouvaient lui être utiles pour justifier auprès de son employeur d'éventuels résultats ou surcharges de travail et ainsi préparer la défense de ses intérêts.

En outre, selon E_____, son ex-employé avait non seulement délibérément violé l'art. 6 de son contrat de travail, mais, par son comportement, commis une infraction pénale réprimée par l'art. 143bis CP.

- 2.2. A cet égard, T_____ se prévaut du caractère tardif de la notification de son licenciement immédiat du 26 mars 2002, aux motifs que E_____ avait eu connaissance le 18 mars 2002 au plus tard du fait qu'il avait procédé au téléchargement de tout ou partie de sa messagerie informatique. En attendant au moins 6 jours ouvrables, soit 8 jours pleins, avant de se prévaloir d'un prétendu juste motif, E_____ avait agi tardivement.

Par ailleurs, l'infraction d'accès indu à un système informatique, au sens de l'art. 143bis CP, n'était pas réalisée dans ce cas d'espèces puisqu'il n'avait fait qu'utiliser un accès autorisé à sa propre boîte de réception, sans qu'aucune restriction n'ait été apportée à son accès, ni qu'aucune interdiction verbale ou écrite d'utilisation ne lui ait été notifiée. Il n'y avait ainsi jamais eu de manipulation informatique de sa part, ni de la part de qui que ce soit, pour accéder aux données relatives à sa propre messagerie.

Enfin, T_____ soutient que le congé immédiat qui lui a été notifié visait uniquement à l'empêcher de faire valoir les prétentions qu'il avait formulées par courrier du 6 mars 2002, E_____ réalisant que son congé ordinaire notifié le 31 décembre 2001 était nul et ne voyant que cette solution pour « rattraper le coup » (sic).

- 2.3. Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérés 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 (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la

confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail, ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806; ATF 116 II 142 c. 5c; ATF 112 II 41 c. 3a; ATF 108 II 444 c. 2).

Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail (ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a); (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « ultima ratio » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92). Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149; ATF 117 II 72 c. 3). Le comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF 111 II 245 c. 3; ATF 104 II 28 c. 1).

L'employeur a un intérêt particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque ce dernier exerce une fonction à responsabilités où il devrait être à même d'agir seul, sans le contrôle de son employeur (ATF 108 II 444 c. 2 b), notamment quand il est en contact direct avec la clientèle (ATF 166 II 145 c. 6 b).

Lorsque le manquement est moins grave, il peut néanmoins donner lieu à une résiliation immédiate du contrat de travail lorsqu'il a été précédé de vains avertissements de l'employeur (ATF 117 II 560; ATF 116 II 145 c. 6a; ATF 112 II 41 c. 3a). L'avertissement doit comprendre la menace d'un renvoi immédiat (CAPH du 11.02.1998, SARB 1999 p. 498).

Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC). Le fardeau de la preuve d'une résiliation intervenue en temps utile incombe également à la partie qui donne le congé (ATF du 22.02.1996, JAR 1997 p. 201).

2.4. En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que l'appelante incidente passe

sous silence le fait qu'un des motifs retenu par le Tribunal à l'appui de sa décision de considérer comme injustifié le licenciement immédiat du 26 mars 2002, était que T_____ disposait d'ores et déjà des informations transférées sur son ordinateur personnel, ce que la société savait (cf. jugement p. 19, 2^{ème} § *in fine*).

Cela dit, il résulte de la procédure que T_____ a, le 1^{er} janvier 2002, transféré de son ordinateur portable privé qu'il utilisait professionnellement à sa messagerie privée de son ordinateur domestique, 45 documents traitant tous, sauf un, des besoins et projets des clients actuels et futurs de E_____, informations recueillies lors de séance de travail entre les « commerciaux » de la société et les clients, aucun document, sauf un, n'étant le fruit du travail, directement ou indirectement, de l'intéressé. Ces documents relevaient manifestement couverts par le secret des affaires de E_____ au sens de l'art. 6 du contrat de travail ayant lié les parties.

Par ailleurs, n'ayant pas pu télécharger plus de 1 % des données de sa messagerie, auprès de E_____, T_____ a requis, le 4 janvier 2002, de son collègue N_____ qu'il lui grave sur un cd-rom la totalité du contenu de sa messagerie, ce que l'intéressé a accepté de faire, quand bien même la responsable des ressources humaines de la société lui avait envoyé, le 28 décembre 2002, un courrier électronique lui demandant de bloquer les comptes informatiques de T_____.

Lorsqu'il a agi de la sorte, l'intimé sur appel incident savait qu'il avait été licencié par E_____, puisque, s'il n'avait pas déjà reçu le courrier recommandé de H_____ du 28 décembre 2001, il avait eu à tout le moins connaissance, par ses collègues, le 27 décembre 2001, de l'e-mail transmis la veille par ce même H_____ aux « commerciaux » de la société annonçant son licenciement, document qu'il avait transféré, le même jour, à son avocat.

Or, à teneur de l'art. 14 du contrat de travail liant les parties, l'employé quittant la société doit, avant son départ, restituer à la direction notamment tous les documents de travail ainsi que les pièces et notes de toute nature qui lui ont été confiés ou qu'il a établis et qui concernent les affaires dont il a eu connaissance en sa qualité d'employé de E_____. T_____ n'avait ainsi pas le droit de conserver des doubles ou des copies de ces documents.

Dès lors, en transférant sur son ordinateur domestique des données informatiques relevant du secret des affaires de E_____, avec l'intention avérée de les conserver après son départ de E_____, T_____ a manifestement contrevenu à cette disposition.

A cet égard, il importe peu que les documents transférés par T_____ sur son ordinateur domestique figuraient sur le disque dur de son ordinateur privé portable utilisé professionnellement puisqu'un grand nombre, si ce n'est la totalité, de ces documents relevait du secret des affaires de E_____, à teneur de l'art. 6 du contrat de travail liant les parties et T_____ n'avait aucun droit de les conserver.

Au demeurant, l'appelant incident a lui-même indiqué que, lorsqu'il avait téléchargé ces données de sa messagerie de E_____ sur son ordinateur, il ignorait que celles-ci figuraient déjà sur son disque dur, ce qui illustre bien son intention de s'approprier lesdites données. De surcroît, si, comme il l'a mentionné dans sa demande en justice, T_____ a indiqué que l'unique but visé en copiant les documents informatiques se trouvant dans sa messagerie avait été de « préparer la défense de ses intérêts », cela ne peut que signifier qu'il avait l'intention de se servir de ces documents à caractère confidentiel dans le cadre, notamment, d'une procédure judiciaire, ce qui impliquait forcément, d'une manière ou d'une autre, leur divulgation auprès de tiers.

C'est donc à tort que le Tribunal a considéré que les conditions d'un licenciement immédiat n'étaient pas réunies. Le fait que E_____ ait annoncé l'intention de se séparer de T_____ quelques jours avant les agissements incriminés de l'intéressé ne justifiaient pas, non plus, que l'appelante incidente continue à rémunérer, et ce jusqu'au 30 juin 2002, compte tenu de l'incapacité de travail de T_____, un collaborateur ayant violé de manière flagrante une des dispositions importantes de son contrat de travail.

2.5. En revanche, ce congé immédiat a été notifié tardivement.

En effet, il est de jurisprudence constante que l'employeur doit notifier un licenciement immédiat dès qu'il a connaissance du juste motif dont il entend se prévaloir ou, au plus tard, après un bref délai de réflexion qui, sauf circonstances particulières, est de 2 à 3 jours ouvrables à compter de la date à laquelle il a la preuve du manquement invoqué pour justifier la résiliation immédiate (ATF 69 II 311; 93 II 18; ATF du 26.10.1999, JAR 2000, 232). La partie qui tarde à résilier un contrat de travail pour de justes motifs est forclosée de son droit (ATF 123 III 86; JT 1998 I 30, 1; ATF 112 II 41, JT 1986 I 253). Parmi les circonstances exceptionnelles justifiant une prolongation du délai figure le fait que la décision doit être prise par le conseil d'administration composé de plusieurs personnes qui doivent se rencontrer; un délai de réflexion de 6 jours est alors admissible (ATF du 26.10.1999, JAR 2000, 232).

En l'occurrence, il est établi que E_____ a pris connaissance des agissements de T_____ lundi 18 mars 2002 et qu'elle a notifié le licenciement immédiat de son employé le mardi 26 mars 2002. En attendant 8 jours, soit 6 jours ouvrables, pour informer T_____ de sa décision, E_____, qui ne justifie ce laps de temps par aucune circonstance exceptionnelle, a ainsi agi tardivement, de sorte qu'elle est forclosée à se prévaloir de l'art. 337 CO.

Il en découle que le licenciement immédiat litigieux était injustifié.

3. Dès lors, T_____ a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al.1 CO), soit, le 30 juin

2002 retenu par les premiers juges.

A cet égard, E_____ ne conteste pas que son ex-employé a droit à son salaire pour les 6 premiers mois de l'année 2002, soit notamment, selon ce qu'a retenu le Tribunal, la somme de fr. 24'149,95 pour les mois d'avril, mai et juin, ainsi que fr. 1'620.--, à titre d'allocations familiales et de participations à l'assurance maladie.

Par ailleurs, l'intimée admet également devoir payer à son ex employé la somme de fr. 12'369.80 brut, au titre des commissions dues pour le 4^{ème} trimestre 2001.

3.2. En revanche, E_____ conteste devoir payer à T_____ la moindre commission pour le 1^{er} semestre 2002, ainsi qu'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

3.3.1. En l'occurrence, le contrat de travail liant les parties ne prévoyait pas expressément le versement de commissions sur le chiffre d'affaires réalisé par T_____.

Il résulte toutefois de la note du 18 mai 2000 établie par B_____ ainsi que des déclarations des destinataires de ladite note, soit D_____ et F_____, qui tous deux étaient en mesure d'engager E_____ par leurs signatures, qu'il y a eu un accord verbal au sujet du versement de commissions à T_____ sur la base du chiffre d'affaires qu'il réalisait. Si cet accord n'a pas fait l'objet d'une modification formelle du contrat de travail de l'intéressé, en revanche, il a immédiatement été appliqué dans les faits, puisque T_____ a reçu des commissions sur le chiffre d'affaires réalisé dès le mois d'octobre 2000 et durant l'année 2001.

Dès lors, on peut admettre qu'il y a eu, par actes concluants, une modification du contrat de travail liant les parties (JT 2003 I 346). E_____ en convient du reste puisqu'elle a admis devoir verser à son ex-employé les commissions dues pour le 4^{ème} trimestre de l'année 2001.

Dès lors, le salaire de T_____ se composait d'une partie fixe et d'une partie variable, cette dernière étant fixée en fonction du pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par rapport à l'objectif fixé en la matière.

A cet égard, et quand bien même la proposition transactionnelle qu'elle contenait a été retirée par la suite, il résulte du courrier du 27 février 2002 adressé par E_____ à T_____ que l'on pouvait estimer, sur la base des résultats du 2^{ème} semestre 2001, que les affaires générées par son travail produisaient un chiffre d'affaires de l'ordre de fr. 300'000.-- pour le 1^{er} trimestre 2002, ce qui impliquait une commission de fr. 4'800.-- correspondant à 30 % de l'objectif fixé.

L'appelant ne fournit aucun élément concret susceptible de contester cette estimation de E_____, de sorte que, si les rapports de travail avaient duré jusqu'au 30 juin 2002, on peut admettre qu'il aurait pu percevoir une commission de

fr. 4'800.-- par trimestre, soit de fr. 9'600.-- pour le 1^{er} semestre 2002.

Dès lors, c'est ce montant que E_____ sera condamnée à lui payer à ce titre. Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé sur ce point.

3.3.2. S'agissant de l'indemnité accordée à l'appelant par les premiers juges en raison de son licenciement immédiat injustifié, soit un mois de salaire, E_____ a conclu à sa suppression sans développer d'argumentation particulière au sujet de son montant, T_____, pour sa part, ne remettant pas en cause le jugement entrepris sur ce point.

Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, et qui ne peut dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire du travailleur, dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5).

Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (116 II 300 consid. 5a).

En l'occurrence, les relations contractuelles entre les parties ont duré un peu plus de 3 ans depuis la reprise de A_____ SA par E1_____ SA. Il résulte des déclarations de T_____ qu'au mois de décembre 2001 il avait entamé des pourparlers avec E_____ pour transférer son activité auprès d'une autre société (cf. conclusions après enquêtes de T_____ du 15 septembre 2003, p. 2 ch. 4). Par ailleurs, il a été retenu plus haut que le congé immédiat qui a été notifié à l'appelant principal n'était injustifié qu'en raison de sa tardiveté mais qu'en revanche il était fondé dans la mesure où l'intéressé avait violé ses obligations contractuelles. Enfin, T_____ a retrouvé un emploi le 1^{er} juillet 2002, soit immédiatement après l'échéance des rapports contractuels entre les parties. Son licenciement abrupt injustifié n'a donc que faiblement porté atteinte à la personnalité de

T_____ tout comme il entraîné pour lui que des conséquences dommageables très limitées sur le plan économique.

Dans ces conditions, compte tenu notamment de toutes ces circonstances, il convient de réduire à fr. 5'000.-- l'indemnité d'un mois de salaire net fixée par le Tribunal.

Le jugement querellé sera également réformé sur ce point.

4. Il reste à statuer sur la question du travail et des heures supplémentaires dont l'appelant réclame le paiement à hauteur de fr. 196'209.--.

4.1. T_____, se référant à l'art. 8 de son contrat de travail, admet qu'il était convenu, au moment de son entrée en service, « que les heures supplémentaires relatives à l'activité de commercial ne seraient pas rémunérées. (mémoire d'appel p. 12 ch. 3, 3^{ème} §). En revanche, selon l'appelant, compte tenu de la nature différente de l'activité dite non commerciale qu'il exerçait en sus de son activité de « commercial », les parties avaient cherché un moyen d'assurer sa rémunération pour cette importante activité accessoire. C'est ainsi que s'était établie l'utilisation d'un système de comptabilisation des heures supplémentaires nécessitées par son activité non commerciale, et c'était pour cette raison que les premiers relevés visant à installer cette pratique avaient été officiellement acceptés par les dirigeants de E_____. A cet égard, l'appelant se réfère à la pièce 9 de son chargé, soit une « note interne » que F_____ lui a adressée le 17 février 1998 et dans laquelle est établi, au 31 décembre 1997, un décompte des frais, vacances et heures supplémentaires que l'appelant a effectuées, soit, s'agissant des heures supplémentaires, un solde reporté au 1^{er} janvier 1998 de 616 heures.

L'appelant soutient que les enquêtes, en particulier les témoignages d'U_____ et X_____, tous deux partenaires commerciaux potentiels qui ont été en contact avec lui, sont venus confirmer la nature de son activité spécifique non commerciale. Le témoin D_____ avait estimé à une centaine au moins le nombre d'heures qu'il avait consacrées à la recherche et au développement de 3 dossiers qu'il avait traités dans un contexte non commercial, alors qu'il avait eu bien d'autres activités de même nature. Ainsi, selon l'appelant, le Tribunal avait erré en ne retenant que les témoignages d'employés subalternes qui ne faisaient que confirmer que les heures supplémentaires liées à l'activité de « commercial » n'étaient pas rémunérées, ce qu'il ne contestait pas, et en omettant de retenir les témoignages des anciens directeurs de E_____ qui, tous, confirmaient l'activité importante non commerciale qu'il avait déployée et qui devait être rémunérée spécifiquement comme heures supplémentaires.

4.2. A cet égard, l'intimée fait tout d'abord valoir que seuls, les « rapports mensuels d'activité » portant la signature de son responsable (pièces 6 et 7 chargé E_____) doivent être pris en considération, et non pas les décomptes versés à la

procédure par l'appelant (pièces 10 et 11 de son chargé), qui n'ont pas été validés par son supérieur hiérarchique. Par ailleurs, E_____ relève que le décompte des heures supplémentaires produit par son ex-employé sous pièce 8 de son chargé se fonde « dans une très large majorité », sur une estimation personnelle de sa partie adverse : ainsi, pour la période de juillet à décembre 2000, alors que T_____ déclare avoir effectué 239 heures supplémentaires, les rapports d'activité mensuels visés par le responsable de E_____ font état d'un total de 147 heures, déduction faite de 32 heures supplémentaires récupérées; pour la période du mois de janvier à décembre 2001, alors que l'appelant affirme avoir accompli 275 heures supplémentaires, ces mêmes rapports d'activité mensuels mentionnent un total de 203 heures, après déduction de 56 heures supplémentaires récupérées. De surcroît le rapport mensuel d'activité de l'appelant du mois de février 2001 indique, par la mention REH, soit « récupération heures supplémentaires », que l'intéressé avait pris 40 heures de congés, et non pas que 40 heures supplémentaires lui étaient dues, ce qui était la preuve incontestable que tout « commercial » de la société, tel que T_____, était libre de gérer son temps et de l'organiser à sa guise, ce que du reste les enquêtes avaient confirmé. E_____ fait encore valoir qu'aucune heure supplémentaire que son ex-employé prétend avoir effectuée n'a jamais été reportée ni validée sur le formulaire ad hoc, ni n'est jamais apparue sur une de ses fiches de salaire, T_____ n'ayant, en outre, jamais réclamé une quelconque rectification en ce sens durant son activité au sein de la société.

Enfin, selon E_____, une brève étude comparative entre les heures supplémentaires que l'appelant dit avoir accomplies et ses agendas électroniques des mois de juillet 2000 à décembre 2001 montrait clairement que les trop nombreuses activités extra- professionnelles de l'intéressé - qu'elle avait surlignées en jaune - rendaient impossible l'accomplissement du nombre d'heures supplémentaires prétendument effectué pour le compte de son employeur.

- 4.3. S'agissant des rapports mensuels d'activités le concernant, T_____ relève qu'à l'exclusion de 3 d'entre eux (décembre 2000 ainsi que janvier et octobre 2001), ceux-ci ne lui ont jamais été soumis par l'intimée qui s'en prévaut pour la première fois dans le cadre de la présente procédure, ne lui ayant ainsi pas laissé la possibilité de prouver, à l'époque de l'établissement desdits relevés, le nombre exact des heures et du travail supplémentaires effectués. Or, selon l'appelant, les relevés devaient, dans la règle, être établis mensuellement par chaque employé, puis ensuite contresignés par son supérieur hiérarchique et la direction, de sorte, que son ex-employeur le mettait ainsi devant une situation de fait accompli en ayant corrigé ses relevés horaires sans l'en informer et sans qu'il n'ait jamais pu s'exprimer à ce sujet. Dès lors, on ne pouvait que considérer que les autres relevés qu'il avait envoyés à la direction avaient été acceptés par cette dernière tels quels, puisqu'ils ne lui avaient pas été retournés modifiés.

En ce qui concernait son agenda électronique relatif aux mois de juillet à décembre 2000 et de janvier à décembre 2001, T_____ relève tout d'abord que sa partie adverse admet expressément qu'il a effectué 147 heures de travail supplémen-

taires pour la période de juillet à décembre 2000 ainsi que 275 heures de travail supplémentaires pour l'année 2001, heures de récupération déjà déduites pour les deux périodes. Par ailleurs, les rendez-vous que E_____ avait surlignés en jaune dans son agenda, afin de prouver son prétendu emploi du temps extra-professionnel très chargé, fourmillait d'inexactitudes et les rendez-vous mis en évidence correspondaient quasi exclusivement soit à des rendez-vous personnels organisés hors des horaires de travail, soit à des rendez-vous purement professionnels. A l'appui de ses dires, l'appelant a produit ses agendas « physiques » (c'est-à-dire traditionnels) relatifs aux années 1999/2000 et 2000/2001 (pièce 26 de son chargé). Enfin, s'agissant de ses activités extérieures à son employeur, l'appelant rappelle que ce dernier était le sponsor officiel de l'Union sportive AA_____, soit le club de football mentionné dans son agenda, ce même club étant l'un des participants - organisateur du « festival de C___ », de sorte que ses activités au sein dudit festival n'étaient pas exclusivement personnelles mais procédaient aussi du « développement marketing » de l'intimée qui avait beau jeu de s'en prévaloir aujourd'hui à son détriment. A cet égard, T_____ met en évidence dans son agenda électronique plusieurs rendez-vous soulignés en jaune par E_____, qui, selon lui, concernait bien son activité professionnelle (mémoire réponse à l'appel incident, p. 3 – 5 ch. 11).

- 4.4. L'art. 321c al. 3 CO dispose que 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.

Cette disposition, qui se réfère aux heures supplémentaires, c'est-à-dire aux heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (SJ 2000, p. 629, consid. 6a), n'est ainsi que partiellement impérative.

Toutefois, la renonciation à une rémunération d'heures dépassant l'horaire contractuel ne s'étend pas au droit à la rémunération du travail excédant le maximum légal (SJ 2000, p. 169). A cet égard, l'art. 9 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après LTr), fixe la durée maximum de la semaine de travail à 45 heures pour la catégorie de travailleurs à laquelle l'appelant appartient. Le travailleur ne peut pas renoncer valablement à la rémunération des heures de travail supplémentaires qu'il a déjà accomplies (ATF 124 III 469). L'art. 12 LTr permet toutefois, sous certaines conditions et à titre exceptionnel, le dépassement de cette durée maximum. Ce travail supplémentaire sera, d'après l'art. 13 LTr, rétribué par un supplément de salaire d'au moins 25% à partir de la 61ème heure supplémentaire accomplie dans l'année civile, sauf si le travail supplémentaire a été compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée.

Lorsque le travailleur - à qui incombe le fardeau de la preuve (ATF 4 C.364/2001 non publié du 19.07.2002, p. 9, 2.2) - a établi avoir effectué des heures supplémentaires dont le nombre ne peut plus être établi de manière exacte, le juge pourra

en faire l'estimation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO; le travailleur devra toutefois alléguer et trouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force (considérant 4a non publié de l'ATF 123 III 84; ATF 4C.364/2001 précité, p. 10, 2.2).

Le juge doit cependant se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si des circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé que le travail excédait l'heure normale dans une mesure déterminable. D'autre part, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période et non annoncées ne doivent pas être indemnisées, à moins que l'employeur ne les ait approuvées (ATF du 13.06.2000 in JAR 2001, 164). Les relevés personnels du travailleur ne suffisent pas. En revanche si celui-ci fournit des relevés journaliers ou mensuels à l'employeur, ils constituent un moyen de preuves approprié, quand bien même ils n'ont pas été contresignés par ce dernier (CAPH du 9.08.1999 in SARB 3/00 No 151, p. 976).

4.5. En l'occurrence l'appelant admet que les heures supplémentaires qu'il a accomplies dans le cadre de son activité dite commerciale, ne devaient pas, à teneur de l'art. 8 de son contrat de travail, être rémunérées. En revanche, il soutient qu'il doit être payé pour les heures supplémentaires dites non commerciales qu'il a effectuées.

4.5.1. Il est vrai qu'il résulte du témoignage de D_____, directeur général de E_____ jusqu'à fin juin 2000, que les activités accomplies par l'appelant « destinées à développer des opportunités » - et pour lesquelles l'engagement d'un « tiers externe », comme c'était le cas auparavant, aurait été nécessaire si T_____ ne s'en était pas occupé - auraient dû être rémunérées, ce témoin précisant également n'avoir toutefois jamais convenu à cet égard d'un tarif horaire. Par ailleurs, les témoignages de X_____ et de U_____ confirment que l'appelant était la personne de contact chez E_____ pour négocier le développement d'activités communes avec d'autres sociétés, voire la reprise de celles-ci par l'intimée.

Toutefois, force est de constater que le contrat de travail liant les parties ne fait aucune distinction entre une activité commerciale et non commerciale de l'appelant qui, chez A_____ SA, cumulait les fonctions d'administrateur et de directeur. Il ne résulte pas non plus de la procédure que la nature du travail de T_____ se soit modifiée lorsque A_____ SA a été reprise par E1_____ SA, puis par E_____, ce que du reste l'appelant ne prétend pas. La « note interne » de F_____ du 17 février 1998 relative aux heures supplémentaires accomplies par l'intéressé (pièce 9 chargé T_____) ne fait également aucune distinction quant à la nature de ces heures supplémentaires. Au demeurant, lorsqu'il a été entendu sur ce point, F_____ a déclaré que si T_____ avait effectué un certain nombre d'heures de travail supplémentaires, il gérait toutefois lui-même son horaire et la compensation de ses heures de travail, et qu'il était à cet égard

« extrêmement libre », s'étant « absenté plusieurs semaines à cet effet » (p.-v. du 22.08.2002 p. 3). B_____, a témoigné dans le même sens, en indiquant que, lorsque T_____ lui avait parlé des nombreuses heures supplémentaires qu'il avait effectuées, il lui avait déclaré qu'il n'entrerait pas en matière sur une demande à cet égard, car en tant que « commercial », il pouvait s'organiser comme il le voulait et que, en sa qualité de cadre supérieur, il n'était « pas question qu'il compense lesdites heures » (p.-v. du 22.08.2002 p. 4).

Ainsi, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les activités exercées par T_____ au sein de E_____. Cette différenciation apparaît du reste être née seulement au fil de la procédure prud'homale, puisque, dans sa demande en paiement du 26 avril 2002, de même que dans les courriers qu'il avait adressés antérieurement à sa partie adverse ainsi qu'au conseil de cette dernière, l'appelant ne faisait aucune distinction entre la nature du travail qu'il avait exercé lors de l'accomplissement de ses heures supplémentaires; en effet, il soutenait à cet égard, d'une part, que, sur la base du décompte d'heures supplémentaires signé le 17 février 1998 par F_____, qui avait renoncé ainsi expressément au bénéfice de l'art. 8 du contrat de travail, il avait droit au paiement des heures supplémentaires indiquées sur ledit décompte et, d'autre part, n'exerçant pas une fonction dirigeante élevée au sein de E_____, le travail supplémentaire qu'il avait accompli, soit les heures dépassant la limite hebdomadaire de 45 heures, devait lui être payé.

Cela étant, il ressort du dossier que l'appelant a effectué un nombre important d'heures supplémentaires. A cet égard, l'intimée elle-même admet que pour la période de juillet 2000 à décembre 2000, puis de janvier à décembre 2001, son ex-employé a accompli respectivement 147 heures et 203 heures supplémentaires, heures de récupération déduites.

Par ailleurs, selon la « note interne » du 17 février 1998 de F_____, T_____ avait effectué, à fin 1997, 616 heures supplémentaires, dont 289,50 heures en 1997.

Ainsi, si à teneur de l'art. 8 du contrat de travail ayant lié les parties l'appelant n'a pas droit au paiement des heures supplémentaires qu'il a effectuées, en revanche, il peut prétendre à une rémunération du travail supplémentaire accompli au cas où les dispositions de la LTr lui sont applicables.

Le jugement sera, dès lors, annulé sur ce point.

4.5.2. A teneur de l'art. 13 LTr, ce nombre d'heures doit être considéré comme du travail supplémentaire, au sens de l'art. 12 LTr, et doit impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25 % selon l'art. 13 LTr, soit seulement à partir de la 61ème heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (ATF 126 III 337, consid. 5c).

L'art. 3 lit. d LTr exclut de son champ d'application les travailleurs exerçant une

fonction dirigeante élevée, soit, selon l'art. 7 de l'ordonnance 1 concernant la LTr, celui qui, dans une entreprise ou une partie de l'entreprise, dispose d'un pouvoir de décision dans des affaires essentielles et assume une responsabilité correspondante. A cet égard, ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature, ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. Par affaire essentielle, il faut entendre celle qui influence de façon durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou du moins dans l'un de ses éléments principaux (ATF 126 III 337, consid. 5a).

En l'occurrence, l'appelant a lui-même déclaré que s'il ne participait pas aux décisions fondamentales de E_____, en revanche tel n'était pas le cas auparavant lorsqu'il travaillait pour A_____ SA et E1_____ SA.

Dès lors, en tant qu'il exerçait une fonction dirigeante élevée au sein des deux sociétés précitées, il ne peut se prévaloir de la LTr jusqu'à fin mars 2000, soit la date à laquelle E_____ a repris formellement E1_____ SA.

Dès lors, le travail supplémentaire accompli par T_____ doit être rémunéré depuis le 1^{er} avril 2000 jusqu'à la fin de l'année 2001.

4.5.3. Pour l'année 2000, l'appelant affirme avoir accompli 364 heures ou travail supplémentaires et, pour 2001, 275 de ces heures. Comme vu plus haut, pour sa part, l'intimée admet que pour la période de juillet 2000 à décembre 2000, puis de janvier à décembre 2001, son ex- employé a effectué respectivement 147 heures et 203 heures supplémentaires, heures de récupération déduites.

Le nombre d'heures supplémentaires retenu par T_____ résulte des décomptes qu'il a produits en annexe de sa demande en justice; or, cette demande ne fait pas la distinction entre les heures dites commerciales et celles dites non commerciales, de sorte que lesdits décomptes - qui, de surcroît n'ont pas été approuvés, comme ils auraient dû l'être, par E_____ - ne sauraient être acceptés sans autres. Par ailleurs, le témoin D_____, qui a quitté E_____ à fin juin 2000, a évalué l'activité « non commerciale » de T_____ à au moins 100 heures, sans être toutefois en mesure de préciser le nombre exact. Il convient également de ne pas perdre de vue les divers témoignages recueillis qui ont montré la grande indépendance de T_____ dans l'organisation de son travail, l'extrême liberté dont il disposait pour compenser ses heures et ses absences durant plusieurs semaines à cet effet.

Dans ces conditions, le nombre exact des heures accomplies par l'appelant à titre de travail supplémentaire ne peut être déterminé précisément, de sorte que, en application de l'art. 42 al. 2 CO, celles-ci seront respectivement fixées à 255,5 pour 2000 et à 239 pour 2001, soit la moyenne entre les heures dont chacune des parties se prévaut.

Ainsi, le travail supplémentaire effectué par l'appelant en 2000, *pro rata temporis* correspond à 132 heures (255,5 heures : 12 mois x 9 mois - 60 heures = 131,62

heures, arrondies à 132 heures) et, en 2001, à 179 heures (239 heures – 60 heures) ce qui donne un total de 311 heures à rémunérer. Le calcul du montant dû à l'appelant s'établit comme suit :

- Année 2000 :
 - salaire annuel : fr. 119'140.-- (salaire annuel fixe : 96'600.--; salaire annuel variable [commissions] : fr. 22'540.-)
 - salaire mensuel : fr. 9'928.30 (fr. 119'140.-- : 12).
 - salaire journalier : fr. 456.50 (fr. 9'928.30 : 21.75).
 - salaire horaire : fr. 51.-- (fr. 456.50 : 9 heures [45heures/semaine, cf. art. 9 al. 1 lit. a LTr, applicable à l'appelant; cf. mémoire d'appel, p. 14 et 15 in fine]).
 - taux majoré de 25 % : fr. 63.75.

Le montant dû pour l'année 2000 est donc de : fr. 8'415.-- (132 heures x fr. 63.75).

- Année 2001 :
 - salaire annuel : fr. 146'525.15 (salaire annuel fixe : fr. 96'600.--; salaire annuel variable : fr. 14'755.35 [janvier] + fr. 12'800.-- [avril] + fr. 10'000.-- [octobre] + fr. 12'369.80 [quatrième trimestre]).
 - salaire mensuel : fr. 12'210.40 (fr. 146'525.-- : 12)
 - salaire journalier : fr. 561.40 (fr. 12'210,40 : 21.75).
 - salaire horaire : fr. 62.40 (fr. 561.40 : 9).
 - taux majoré de 25 % .fr. 78.--

Le montant dû pour l'année 2001 s'élève dès lors à : fr. 13'962.-- (fr. 78.-- x 179 h).

Ainsi, c'est un montant total de fr. 22'377.-- que E_____ devra verser à son ex-employé à titre de travail supplémentaire.

5. Par souci de clarté et de simplification, la décision entreprise sera entièrement annulée. Ainsi, en définitive :

- il sera donné acte à E_____ de son engagement à payer à T_____, avec intérêts, la somme de fr. 12'369.80 brut à titre de commissions dues pour le 4^{ème} trimestre 2001;
- E_____ sera condamnée à payer à son ex-employé, avec intérêts, les montants suivants :

- fr. 24'149,95 brut, à titre de salaire dû pour les mois de d'avril, mai et juin 2002;
- fr. 9'600.-- brut, à titre de commissions dues pour le 1^{er} semestre 2002;
- fr. 22'377.-- brut, à titre de travail supplémentaire au sens de la LTr.
- fr. 5'000.-- net, à titre d'indemnité pour licenciement injustifié.
- fr. 1'620.-- net, à titre de paiement d'allocations familiales et de participation à l'assurance maladie.

6. 6.1. Selon l'art. 60 al. 1 LJP, lorsque le montant litigieux excède fr. 30'000.--, l'appelant est astreint à un émolument de mise au rôle, conformément au tarif fixé par le Conseil d'Etat.

A teneur de l'art. 42 du règlement du Conseil d'Etat fixant le tarif des greffes en matière civile, l'émolument de mise au rôle d'un appel porté devant la Cour de céans s'élève à fr. 400.- si la valeur litigieuse se situe entre fr. 30'000.-- et fr. 50'000.--.

Or, en l'espèce, alors que l'appel incident de E_____ porte sur un montant supérieur à fr. 30'000.--, le greffe de la juridiction des prud'hommes ne lui a pas réclamé d'émolument.

Dès lors, cette omission sera réparée dans le dispositif du présent arrêt.

6.2. A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

T_____, qui réclamait en appel, à titre de commissions dues pour le 1^{er} semestre 2002 et d'heures/travail supplémentaires, la somme totale de fr. 228'409.--, que le Tribunal ne lui avait pas octroyée, n'obtient satisfaction qu'à hauteur de fr. 33'977.-- sur ces points, soit environ le 15 % de ses prétentions. Dès lors, il apparaît que ses conclusions étaient exagérées et que cet excès a très largement porté à conséquence sur l'émolument de mise au rôle de fr. 4'000.-- qu'il a payé (art. 176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), de sorte qu'il y a lieu de lui faire supporter les 3/4 dudit émolument, le solde étant mis à la charge de sa partie adverse.

Quant à E_____, elle succombe pour l'essentiel dans ses conclusions incidentes, si bien qu'il convient de supporter la totalité de l'émolument d'appel relatif à son appel incident.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par T_____ et E_____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes suite à l'audience de délibération du 3 octobre 2003, notifié le 13 février 2004, dans la cause C/8645/2002 – 4.

Au fond :

1 - Annule ledit jugement.

Et statuant sur appels tant principal qu'incident:

2. - Donne acte à E_____ SA de ce qu'elle s'engage à payer à T_____ la somme de fr. 12'369.80 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2002.

- L'y condamne en tant que de besoin.

3 - Condamne E_____ SA à payer à T_____ les montants suivants :

- fr. 24'149.95 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mars 2002;
- fr. 9'600.-- brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2002;
- fr. 22'377.-- brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2002;
- fr. 3'000.-- net, avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mars 2002;
- fr. 1'620.-- net, avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mars 2002.

- Invite la partie qui en a la charge à opérer sur les montants brut susmentionnés les déductions sociales et légales usuelles.

4 - Laisse à la charge de T_____ les 3/4 de l'émolument d'appel de fr. 4'000.- qu'il a payé, soit la somme de fr. 3'000.--.

Met à la charge de E_____ SA le quart de l'émolument d'appel susmentionné, soit la somme de fr. 1'000.--, et la condamne à payer ce montant à T_____.

5 - Condamne E_____ SA à payer à la Caisse du Palais de justice, à titre d'émolument d'appel, la somme de fr. 400.--.

6 - Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président