



E _____ Sàrl
Dom. élu: Me Jean-Luc MARSANO
Boulevard James-Fazy 3
1201 Genève

T _____
Route _____
Case postale _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 28 septembre 2009

Mme Sylvie DROIN, présidente

MM. François MINO et Pierre REICHENBACH, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Pierre André THORIMBERT, juges salariés

Mme Véronique DUBOSSON, greffière d'audience

EN FAIT

- A. E_____SÀRL est une société à responsabilité limitée, dont le siège est à Z. Elle a pour but social l'entretien et la maintenance d'abris de protection civile, et les travaux dans le domaine du bâtiment, notamment la menuiserie.
- B. Par contrat du 5 janvier 2006, E_____SÀRL a engagé T_____, né le 8 décembre 1938, en qualité d'"agent général (vendeur)", à compter du 9 janvier 2006.

Les parties sont notamment convenues que le délai de résiliation était fixé à un mois pour la fin d'un mois durant la première année, et à deux mois pour la fin d'un mois dès la deuxième année, que la durée du travail était fixée à 38 heures par semaine, avec la possibilité de l'étendre à 42 heures hebdomadaires au cas où les impératifs de travail l'exigeraient, que le travailleur organisait son temps de travail en tenant compte des besoins du service, que le travailleur s'engageait à ne pas faire concurrence à l'employeur et ce, même après la fin des rapports de travail.

La rubrique salaire était rédigée ainsi: "Le travailleur touche une commission sur le chiffre d'affaires (hors taxes) facturé et encaissé. Le montant de la commission est de 5%. Les décomptes seront établis mensuellement et payés à la fin de chaque mois. De plus une prime de frs 5'000.- sera versée par tranche de frs 500'000.- de chiffre d'affaires atteint, facturé et encaissé. L'employeur opère les déductions légales et conventionnelles".

Les parties s'entendent pour considérer que la commission était due sur le chiffre d'affaires généré par T_____.

E_____SÀRL a encore mis à disposition de son employé une carte d'essence au nom de la société.

- C. En mai et juin 2006, E_____SÀRL a obtenu de l'entreprise générale A_____SA l'adjudication de travaux de pose de grilles roulantes et de porte métalliques sur le complexe de G_____ à Y_____.

T_____ s'est occupé du suivi du dossier, ce qui a occupé l'essentiel de son temps.

Dans ce cadre, il est arrivé au directeur de E_____SÀRL de se plaindre un peu du manque d'informations reçues (témoins B_____, procès-verbal du 8 juillet 2008; C_____ procès-verbal du 23 septembre 2008; D_____, procès-verbal du 18 août 2008).

- D. A_____SA s'est acquittée d'une première facture en CHF 447'805,95. La commission à T_____ due sur celle-ci a été arrêtée à CHF 22'390,30.

Une deuxième facture de travaux soumise par E_____SÀRL à A_____SA, en CHF 602'401,30, n'a pas été réglée. Un litige les divise, pendant devant un tribunal arbitral, A_____SA opposant en substance des montants compensatoires dérivant de prétendues pénalités et une discordance entre ce que E_____SÀRL a facturé et ce qui était convenu contractuellement.

La commission correspondante revenant à T_____ a été fixée à CHF 30'120,07.

- E. Dès le début de la relation de travail, E_____SÀRL a versé à T_____ des avances sur commission mensuelles, qu'elle a fixées à bien plaisir. A compter du mois de mars 2006, les fiches de salaire établies portent, en regard du montant versé, la mention "avance sur commission".

Des charges sociales et légales ont été prélevées sur ces sommes, variables de mois en mois.

Les parties admettent que, pour l'entier de leur relation de travail, le total des avances sur commissions versées par E_____SÀRL s'est élevé à CHF 72'300.-, tandis que le total des commissions dues à l'employé a atteint CHF 54'744.-.

- F. T_____ n'a pas pris de vacances durant son emploi.

- G. Les parties sont convenues de mettre fin à leurs rapports de travail avec effet au 15 mars 2007.

Le 18 avril 2007, E_____SÀRL a établi une attestation confirmant cela, ajoutant que T_____ "rest[ait] cependant à [sa] disposition pour toute question relative à divers chantiers".

Un décompte salaire a été dressé pour la période allant au 1^{er} au 30 avril 2007.

La carte d'essence de la société n'a pas été retirée à T_____, qui en a encore fait usage d'avril à novembre 2007, pour un montant total de CHF 4'677,55. Il soutient s'être rendu, à la demande de E_____SÀRL, sur le chantier de G_____, raison pour laquelle ses frais de déplacements étaient payés. E_____SÀRL le conteste, expliquant ne pas s'être aperçue, dans un premier temps, que son ancien employé avait conservé la carte, ensuite qu'il l'avait autorisé à en faire usage uniquement dans le cadre d'une procédure d'inscription d'hypothèque légale.

- H. Le 16 juillet 2007, l'entreprise F_____ GmbH a adressé un document à E_____ SÀRL, à l'attention de T_____, se rapportant à un crédit de commission de EUR 800.- relatif à une facture du 28 novembre 2006. Le montant a été encaissé par E_____ SÀRL. F_____ GmbH en a, le 28 août 2007, réclamé la restitution au motif qu'il était destiné à T_____ personnellement.

Selon ce dernier, il s'est agi d'une rémunération liée à la finition d'un travail requis par A_____ SA, qui ne concernait pas E_____ SÀRL, et qui était postérieur à la fin de ses rapports de travail. E_____ SÀRL y voit en revanche le paiement d'une activité durant la relation de travail.

- I. Par demande du 21 avril 2009, T_____ a conclu à ce que E_____ SÀRL soit condamnée à lui verser CHF 123'972.- avec intérêts moratoires à 5% dès le 15 mars 2007, à titre de commissions, salaire, heures supplémentaires, et vacances.

Par acte du 17 juin 2008, E_____ SÀRL a conclu au déboutement de T_____, avec suite de dépens. A titre reconventionnel, elle a conclu à ce que T_____ soit condamné à lui verser CHF 11'677,55, représentant les frais d'essence pris en charge postérieurement à la fin des rapports de travail, ainsi qu'une indemnité pour violation de l'obligation de fidélité.

- J. Par jugement du 31 mars 2009, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E_____ SÀRL à verser à T_____ CHF 30'120,05 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2008, et CHF 8'531,60 plus intérêts moratoires à 5% dès le 15 mars 2007, invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles et débouté les parties de toute autre conclusion.

En substance, les premiers juges ont retenu que T_____ avait droit à une commission de CHF 30'120,05 sur la seconde facture soumise à A_____ SA, à du salaire correspondant à des vacances, qu'il avait été payé selon sa fonction, qu'il n'avait pas prouvé avoir accompli des heures supplémentaires, que les rapports de travail avaient pris fin le 15 mars 2007 de sorte qu'aucune prétention ne pouvait être élevée au-delà, que E_____ SÀRL n'avait pas prouvé avoir versé des indemnités essence non dues, ni avoir subi une violation de l'obligation de fidélité de la part de son employé.

- K. Par acte du 4 mai 2009, E_____ SÀRL a conclu principalement à l'annulation du jugement entrepris, à la condamnation de T_____ à lui verser CHF 11'677,55 plus intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} avril 2007, au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions, et, subsidiairement, à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser à T_____ une commission de 5% sur le montant à recevoir de A_____ SA, sous déduction des avances sur commission de CHF 47'676.-, la con-

damnation de T_____ à lui verser CHF 11'677,55 plus intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} avril 2007, au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions.

Elle soutient qu'elle s'est déjà acquittée de versements de commissions supérieurs à ce qu'elle devait, qu'elle a également déjà versé la part de vacances, que l'employé a utilisé sa carte essence au-delà de la fin des rapports de travail, et a violé son obligation de fidélité en recevant une commission de A_____SA.

Par mémoire du 19 juin 2008, l'intimé a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

EN DROIT

1. Déposé dans la forme et les délais légaux (art. 59 LJP), l'appel est recevable. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).
2. L'appelante soutient qu'elle s'est entièrement acquittée de ses obligations salariales envers l'intimé, en lui versant des avances sur commissions totales de CHF 72'300.- alors qu'elle ne lui était redevable que de CHF 54'744.-, montant correspondant aux commissions générées par le travail de son employé.
 - a) Aux termes de l'art. 322b CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers (al. 1). (...). Le droit à la provision s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ou si le tiers ne remplit pas ses obligations; si l'inexécution n'est que partielle, la provision est réduite proportionnellement (al. 3).

Il ne peut être dérogé, sous peine de nullité, à l'art. 322b al. 1 au détriment de l'employé (art. 362 CO).

Le libellé du texte légal est clair en ce qui concerne le moment à partir duquel la provision est acquise au travailleur, soit "dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers". Pour ce qui est de l'activité que doit déployer le travailleur pour avoir droit à la provision, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le travailleur, sauf convention contraire, doit procurer, pendant le rapport contractuel, une affaire concrète ou trouver un client disposé à conclure (ATF 128 III 174 consid. 2b). Ainsi, le droit à la commission est subordonné à la condition que l'affaire soit valablement conclue et qu'il existe un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III précité; cf. ATF 84 II 521 consid. 1; 76 II 378 consid. 2; cf. aussi ATF 97 II 355 consid. 4 p. 359; 84 II 542 consid. 5 p. 549). Le mode de rémunération prévu à cette disposition a pour but éco-

nomique de motiver le travailleur et de l'intéresser au résultat de son travail (ATF 128 III précité).

La rémunération consistant en une provision sur les affaires conclues implique nécessairement qu'un décompte soit établi périodiquement, afin de déterminer le montant de la créance du travailleur, respectivement de la dette de l'employeur, et ne comporte aucun élément de compensation (ATF 129 III 121).

L'avance sur commission se caractérise comme un paiement anticipé sur une dette qui sera échue plus tard (ATF 129 III 120).

- b) En l'espèce, les parties sont convenues d'une rémunération constituée uniquement de commissions, sans part de salaire fixe.

Selon le texte impératif de la loi, la commission est due au travailleur dès que l'affaire a été valablement conclue.

Il n'est pas contesté que l'affaire ayant généré la commission de CHF 30'120,07 a été valablement conclue avec A_____SA, du fait de l'activité de l'intimé.

Par conséquent, elle est due à ce dernier, sans que les difficultés d'encaissement rencontrées par l'employeur soient pertinentes à cet égard.

- c) Alors que les parties n'étaient pas convenues du versement d'avances, l'appelante a, tous les mois de la relation contractuelle, versé un montant à ce titre, fixé, selon elle, à bien plaisir.

Il est établi que les montants d'avance sur commissions versés à l'intimé sont supérieurs au montant des commissions dues, y compris celle relative à la deuxième facturation A_____SA, ce que les parties admettent.

De la sorte, l'employeur s'est acquitté de ses obligations contractuelles salariales.

C'est dès lors, à tort, que les premiers juges ont accordé au travailleur un montant de CHF 30'120,05, auquel le travailleur a certes droit, mais qui lui a déjà été versé sous forme d'avances.

Le jugement entrepris sera dès lors annulé sur ce point.

3. L'appelante ne réclame pas la restitution des montants d'avance versés supérieurs à ceux des commissions dues, mais se prévaut à cet égard de compensation, s'agissant des vacances dues à l'intimé, dont il ne remet pas cause le principe.
- a) Face à un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans

s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

S'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui ne peut être remise en cause dans un recours en réforme (ATF 126 III 25 consid. c, 375 consid. 2e/aa; 125 III 305 consid. 2b, 435 consid. 2a/aa).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance (ATF 128 III 265 consid. 3a; 127 III 444 consid. 1b). Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (cf. ATF 126 III 59 consid. 5b, 375 consid. 2e/aa). Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444 consid. 1b); il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressées lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 128 III 265 consid. 3a).

Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (arrêt 4C.43/2000 du 21 mai 2001, publié in SJ 2001 I p. 541, consid. 2c et les références citées).

- b) Les parties n'ont rien stipulé dans leur contrat quant à d'éventuelles avances sur commission, a fortiori, elles n'ont pas déterminé le sort à réserver aux soldes négatifs ou positifs de celles-ci. Elles se sont bornées à indiquer que les décomptes seraient établis mensuellement et payés à la fin de chaque mois, ce qui n'a pas été le cas.

Le système de rémunération adopté par les parties, fondé uniquement sur les commissions dérivant des affaires apportées par le travailleur, sans aucune part de salaire fixe, est particulièrement hasardeux, et comporte un risque important pour l'employé.

L'employeur l'a perçu, puisqu'il a, selon ses propres dires, de son propre chef versé des avances, dont il a lui-même fixé le montant. Il s'est, comme il l'admet, trouvé en situation de le faire, puisqu'il avait confié la gestion du chantier A_____SA à l'intimé, ce qui était certes générateur d'une commission importante, mais empêchait l'acquisition d'autres affaires qui auraient donné lieu à provision.

Par ailleurs, l'appelante n'a pas régulièrement établi de décomptes, ne permettant pas à son employé de déterminer le montant de ses commissions. Il a, en revanche,

chaque mois, prélevé les cotisations sociales et légales sur les sommes versées, leur donnant de la sorte un caractère salarial complet.

Ces circonstances permettent de considérer que les montants versés à titre d'avance, s'ils dégageaient un solde positif en faveur de l'employé, n'étaient pas sujets à restitution, dans l'esprit des parties.

Ainsi, l'appelante ne détient aucune créance envers son ancien employé, qu'elle pourrait lui opposer en compensation.

- d) Par conséquent, elle reste lui devoir une indemnité pour vacances non prises, comme l'ont justement retenu les premiers juges.

Le calcul opéré par ceux-ci devra toutefois être rectifié. L'indemnité pour vacances non prises correspond, en effet à 8,33% du salaire versé durant l'emploi, soit CHF 72'300.-, c'est-à-dire CHF 6'022,60.

Le jugement entrepris sera modifié dans ce sens.

4. L'appelante conclut reconventionnellement au remboursement de frais d'essence qu'elle a pris en charge postérieurement à la fin des rapports de travail.

Il est établi que l'intimé a fait usage de la carte mise à sa disposition par l'appelante jusqu'à fin novembre 2007, et que celle-ci a réglé les factures du fournisseur d'essence.

Il apparaît ainsi que l'appelante avait connaissance du fait que son ancien employé utilisait ladite carte au-delà de la fin convenue des rapports de travail au 15 mars 2007, et qu'il n'a pas réagi. Par ailleurs, il a établi un décompte de salaire pour le mois d'avril 2007 et attesté le même mois que l'intimé restait "à sa disposition" pour certaines questions de chantiers. Enfin, il affirme l'avoir autorisé à faire usage de la carte dans le cadre de la procédure d'inscription d'hypothèque légale, dont une audience a eu lieu en juin 2007, sans en requérir la restitution par la suite.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante s'est à tout le moins montrée peu claire, sinon négligente, dans l'expression de sa volonté, de sorte que la Cour considère qu'elle a consenti à ce que l'intimé mette à sa charge des frais d'essence par delà la fin des rapports de travail.

Par conséquent, elle ne peut prétendre à un quelconque remboursement, et son déboutement de ce chef de ses conclusions sera confirmé.

5. L'appelante réclame enfin une indemnité pour violation de l'obligation de fidélité. Elle affirme que l'intimé se serait lié juridiquement à F_____ GmbH avant ou

après le 15 mars 2007, ce qui s'est traduit par un versement de EUR 800.-, et ne lui aurait pas donné certains renseignements dont elle avait besoin.

- a) L'art. 321a al. 1 CO prévoit que le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts les intérêts légitimes de l'employeur.

Chaque partie doit prouver les faits dont elle entend déduire son droit (art. 8 CC).

Des pièces produites par l'appelante, rien de pertinent ne peut être déduit s'agissant de la cause de la prestation de EUR 800.-. E_____SÀRL n'est, en tout état, pas parvenue à démontrer que cette cause daterait d'avant le 15 mars 2007.

Par ailleurs, au vu des tâches contractuelles de l'intimé, on peine à saisir à quelles obligations d'information sur un suivi de chantier l'intimé se serait soustrait. Quand bien même il en aurait eues, rien ne démontre à satisfaction de droit, qu'il ne s'en serait pas acquitté. A cet égard, les témoignages recueillis auprès d'employés ou d'anciens employés de l'appelante, outre qu'ils doivent être appréciés avec circonspection, ne sont pas suffisamment précis pour l'établir. En outre, aucune mise en demeure de l'employé de se conformer à ses obligations n'a été apparemment faite, ce qui aurait été nécessaire.

Ainsi, rien ne permet d'établir que l'intimé aurait violé son devoir de fidélité.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont débouté E_____SÀRL de ce chef de ses conclusions.

6. La procédure étant gratuite (art. 76 LJP), il n'est pas alloué de dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 1,

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par E_____SÀRL contre le jugement rendu le 31 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes.

Au fond :

Annule le jugement entrepris en ce qu'il a condamné E_____SÀRL à payer à T_____ la somme brute de CHF 30'120,05 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2008 (chiffre 5 du dispositif), et la somme brute de CHF 8'531,60 plus intérêts moratoires à 5% dès le 15 mars 2007 (chiffre 6 du dispositif).

Et statuant à nouveau sur ce dernier point (chiffre 6 du dispositif) :

Condamne E_____SÀRL à verser à T_____ la somme de CHF 6'022,60, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 mars 2007.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

La présidente